

DERECHO PUCP

80
ANIVERSARIO
REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

93

DERECHO CONSTITUCIONAL



FONDO
EDITORIAL

DERECHO PUCP

F U N D A D A E N 1 9 4 4

93
2024

DERECHO CONSTITUCIONAL



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2024
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

Coordinadora editorial: Angie Orihuela Jesús

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

e-ISSN: 2305-2546

Primera edición: noviembre 2024

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 Hervías
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

Abraham Siles Vallejos

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

César San Martín Castro
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

CONTENIDO

DERECHO CONSTITUCIONAL

- 9 Poder y Constitución: la argumentación de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y sus problemas
TRILCE VALDIVIA AGUILAR /
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO
- 55 Desinformación: aproximación conceptual, riesgos y remedios
JORGE ASTUDILLO MUÑOZ
- 99 Incorporation of the Premises of Structural Litigation by the Brazilian Federal Supreme Court in the Adjudication of Structural Disputes
MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL /
ELIZIANE FARDIN DE VARGAS
- 139 Violencia política, paz social y derecho
JORGE DEL PICÓ RUBIO

MISCELÁNEA

- 179 Regalos, viajes y gastos de hospitalidad. Corrupción penal en la esfera de los negocios
RAÚL A. CARNEVALI RODRÍGUEZ
- 207 Disparidad de consumidores y sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad para una relectura de la política de evaluación de solvencia
MIGUEL ÁNGEL ALARCÓN CAÑUTA
- 247 Experticia, vaguedad y máximas de la experiencia en los casos de elusión fiscal
HUGO OSORIO MORALES / PATRICIA TOLEDO ZUÑIGA

INTERDISCIPLINARIA

281 El diseño de un dispositivo de inclusión en torno a los grandes simios: el caso de la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia en Argentina

MARÍA CARMAN / MARÍA VALERIA BERROS

329 La crisis de la negociación colectiva y la discreta extinción del sindicato mayoritario en el Perú

RENZO VITO SALVADOR F LORIAN

DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Poder y Constitución: la argumentación de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y sus problemas*

Power and Constitution: The Argumentation of the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments in the Peruvian Constitutional Tribunal Case-Law and Its Problems

TRILCE VALDIVIA AGUILAR**

Universidad Católica San Pablo (Perú)

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO***

Universidad Católica San Pablo (Perú)

Resumen: Este trabajo tiene el propósito de esclarecer y valorar críticamente la argumentación jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de la doctrina de las «reformas constitucionales inconstitucionales». Desde una perspectiva principalmente constitucional, aunque complementariamente filosófico-jurídica, se defenderá la tesis de que el alto Tribunal mantiene básicamente una concepción sustancialista o valorativa de la Constitución —donde las reformas constitucionales están sujetas no solo a límites institucionales, sino también a límites materiales—, evidenciándose además que dicha concepción implícita, no obstante su plausibilidad, adolece de desequilibrios importantes que resulta necesario corregir.

Palabras clave: Tribunal Constitucional peruano, argumentación jurisprudencial, concepción de la Constitución, reformas constitucionales inconstitucionales, identidad constitucional

Abstract: This work has the purpose of clarifying and critically evaluating the doctrine of «unconstitutional constitutional amendments» of the Peruvian Constitutional Tribunal. From a mainly constitutional perspective, although complimented with a legal philosophy approach, this work defends that the

* Este artículo ha sido financiado como parte del trabajo del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Razonamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Los autores agradecen el apoyo de la profesora Stephany Cerpa Talavera para su culminación y, especialmente, los significativos aportes y críticas de los árbitros anónimos de la revista, de los que este trabajo se ha beneficiado.

** Profesora de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de la Universidad Católica San Pablo (Perú). Máster of Laws en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Northwestern (Estados Unidos).

Código ORCID: 0000-0002-6842-1632. Correo electrónico: tvaldivia@ucsp.edu.pe

*** Profesor de Filosofía del Derecho y de Argumentación Jurídica de la Universidad Católica San Pablo. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España).

Código ORCID: 0000-0002-1121-8983. Correo electrónico: jchavezfernandez@ucsp.edu.pe

Constitutional Tribunal basically maintains a substantialist or value-based conception of the Constitution—where constitutional amendments are subject not only to institutional limits, but also to material limits. It is also evident that this implicit conception, despite its plausibility, suffers from important imbalances that need to be corrected.

Keywords: Peruvian Constitutional Court, jurisprudential argumentation, conception of the Constitution, unconstitutional constitutional reform, constitutional identity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA BREVE MIRADA AL PROCEDIMIENTO PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN.- III. LA DOCTRINA DE LAS «ENMIENDAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC.- IV. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LAS «REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» DEL TC PERUANO.- IV.1. SOBRE LA VIABILIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL O «METACONTROL» DE CONSTITUCIONALIDAD.- IV.2. SOBRE EL ROL DEL TC COMO COMISIONADO DE UN PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO DE PODERES ILIMITADOS.- IV.3. SOBRE LA «IDENTIDAD CONSTITUCIONAL» Y EL CONTROL DE LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL.- V. COLOFÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En sus casi treinta años de existencia, el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC o Tribunal) parece haberse tomado en serio su rol de guardián de la Constitución. Un buen ejemplo es su ejercicio del control de las reformas constitucionales y el desarrollo de criterios para determinar cuándo una reforma constitucional es formal o materialmente inconstitucional¹. El camino ha sido complejo. El TC ha abordado temas que van desde la búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad de toda la Constitución de 1993 (en adelante, Constitución o CP) hasta los intentos legislativos de reformarla integralmente mediante la modificación de sus cláusulas de cambio constitucional. Este trabajo tiene el propósito de esclarecer y valorar críticamente la argumentación del TC respecto de la doctrina de las «reformas constitucionales inconstitucionales», y de proponer algunos elementos básicos para el esclarecimiento tanto de lo que se conoce como «identidad constitucional» como de los límites materiales para la reforma de la Constitución.

Con ese objetivo, asumiremos principalmente una perspectiva propia del derecho constitucional; aunque, por la naturaleza del tópico, será necesario también un abordaje filosófico-jurídico complementario. El

¹ El TC peruano no marcha aisladamente en este asunto. Véase Donaire (2021, p. 36) o Altavilla (2022, pp. 495 y ss).

itinerario será el siguiente. Primero (II), elaboraremos una breve síntesis de cómo opera el procedimiento de reforma constitucional. Segundo (III), reseñaremos la jurisprudencia relevante del TC respecto de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales. Tercero (IV), ofreceremos un análisis crítico de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales del TC, y propondremos algunos elementos básicos para el esclarecimiento de la identidad constitucional y de los límites materiales para la reforma constitucional. Por último, finalizaremos con un breve colofón (V).

II. UNA BREVE MIRADA AL PROCEDIMIENTO PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

En este acápite ensayaremos un análisis sistemático de las cláusulas de reforma de la Constitución de 1993: los artículos 206 y 32². El primero señala:

Toda reforma constitucional debe ser aprobada con mayoría absoluta del número legal de miembros de cada cámara, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo de cada cámara se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros de cada cámara. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los diputados; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Mientras que el artículo 32 establece:

Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

Albert (2017) ha elaborado una tipología de las cláusulas de reforma constitucional desde la perspectiva del derecho comparado que parece

2 Este es el texto del artículo modificado por parte del Congreso de la República mediante la Ley 31988, que restablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú.

exhaustiva (p. 91)³. En su opinión, las cláusulas de reforma pueden catalogarse como: a) marco comprensivo de vía única, b) marco comprensivo de vía múltiple, c) marco restringido de vía única, d) marco restringido de vía múltiple, e) marco excepcional de vía única y f) marco excepcional de vía múltiple. El modelo peruano sería uno comprensivo de vía múltiple, dado que establece más de un camino para enmendar la Constitución. El artículo 206 CP señala que distintos agentes pueden presentar proyectos de reforma constitucional, aunque estos pueden ser aprobados exclusivamente vía procedimiento legislativo o combinando esta vía con una posterior aprobación por referéndum.

Asimismo, desde una interpretación literal de las disposiciones, se puede inferir algunas conclusiones. Primero, que la Constitución prevé la posibilidad de ser reformada total o parcialmente. Segundo, que la facultad de proponer un proyecto de reforma constitucional se limita al presidente de la república, al Poder Legislativo y a un porcentaje mínimo de la población votante (0,3 %). Tercero, que —como todo proyecto de ley— un proyecto de reforma constitucional debe ser examinado y aprobado por el Congreso, y que no se puede someter un proyecto de reforma constitucional a votación directa por referéndum. Cuarto, que un proyecto de reforma constitucional está sujeto a dos rondas de aprobación consecutivas. En primera vuelta, es aprobado si obtiene la mayoría absoluta de votos en cada cámara; mientras que, si obtiene la mayoría absoluta sin alcanzar los dos tercios de los votos de cada cámara, se requiere del referéndum para su aprobación definitiva. En cambio, el referéndum no es necesario si alcanza los dos tercios votos en cada cámara, y el proyecto puede ser aprobado mediante una segunda y última ronda de votación en el Congreso que alcance las dos terceras partes del número legal de representantes de cada cámara. Y, quinto, que la ley de reforma constitucional aprobada no puede ser objetada por el presidente de la república.

La reforma constitucional ha sido objeto de la preocupación de los legisladores del último quinquenio (2021-2026), quienes han precisado los alcances de la llamada reforma total mediante la Ley 31399, donde definieron los alcances de los artículos 40 y 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. Hasta antes de la emisión de esta norma, los órganos electorales —como la Oficina Nacional de Procesos Electoral y el Jurado Nacional de Elecciones— entendían que un grupo de ciudadanos podía recolectar firmas equivalentes al 10 % del padrón electoral a fin de solicitar directamente un referéndum para la reforma total de la Constitución a través de la convocatoria a una asamblea constituyente⁴. Con esta norma, el Congreso precisó

3 Una síntesis de las diferentes clasificaciones presentadas por la doctrina —entre otras, las de Elster y Lipjhart— puede encontrarse en Doyle (2020, pp. 45-60).

4 Para una opinión sobre este actuar, véase Castillo (2021).

13

que no está permitido el sometimiento a referéndum de las materias establecidas por el artículo 32 CP ni de aquellas reformas que se tramiten por fuera del procedimiento establecido en el artículo 206 CP. Para un sector de la doctrina, la limitación del referéndum para la reforma total vulneraría el derecho fundamental a la participación ciudadana⁵. Otros, en cambio, consideran que el debate congresal es un límite necesario⁶. En el contexto de este debate, el Poder Ejecutivo planteó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 31399. En este proceso, el TC aclaró que una iniciativa de reforma total de la Constitución debe ser presentada, primero, ante el Congreso para que delibere y proponga un nuevo texto constitucional que, de ser aprobado, sería sometido a referéndum, ratificando así la constitucionalidad de la Ley 31399 (*Poder Ejecutivo c. Congreso de la República*, 2022)⁷.

En ese sentido, puede catalogarse a la Constitución como «rígida» (Bryce, 1988, p. 78)⁸, ya que establece un proceso de mayorías calificadas para su reforma, diferente al de las leyes ordinarias. En su sentencia sobre la inconstitucionalidad de la cuarta legislatura, el TC afirmó que la decisión del poder constituyente derivado de reformar la Constitución debe desarrollarse «sin apresuramientos, dentro de un tiempo razonable que contribuya a la necesaria reflexión y a un mejor estudio sobre la propuesta de modificación constitucional, incluso por parte de la ciudadanía» (*Colegio de Abogados de Ayacucho, El Santa y Lambayeque c. Congreso de la República del Perú*, 2021), lo que no siempre puede lograrse plenamente durante un proceso de referéndum (LeDuc, 2015, pp. 139-148), puesto que este procedimiento tiende a oscurecer la opinión de estas minorías (De Paz González & Amador Magaña, 2017, p. 102). Además, el recurso al referéndum ha sido un argumento

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

- 5 En opinión de Eguiguren (2018), a partir de una interpretación *pro homine* del artículo 32, se podría concluir que el referéndum en sí mismo constituye un medio para la aprobación de una reforma constitucional, ya que potencia el ejercicio del derecho a la participación política (pp. 253-254). Entonces, la convocatoria a referéndum sería una nueva forma de promover la aprobación expresa de un proyecto de reforma constitucional que no necesita ser aprobado previamente por el Congreso. A su juicio, pensar lo contrario daría lugar a una interpretación restrictiva en la aplicación del proceso de referéndum y los derechos a la participación política, ya que la convocatoria a referéndum sería obligatoria solo si los votos en el Congreso no alcanzan los ochenta y siete. A su modo de ver, debe preferirse una interpretación que apoye un ejercicio más amplio del derecho a la participación política, así como el reconocimiento de la voluntad del pueblo como verdadero poder constituyente.
- 6 Wieland (2023a) afirma que, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, el referéndum para la reforma de la CP previsto en el artículo 32 procede «de conformidad con» el artículo 206, lo que significa que la aprobación previa del Congreso es ineludible (pp. 216-222). En consecuencia, el recurso a un referéndum puede ser doble. En el primer escenario, es obligatorio cuando el Congreso ha aprobado un proyecto de reforma con menos de ochenta y siete votos. En el segundo escenario, la etapa propia de la convocatoria a referéndum comienza luego de la ratificación parlamentaria en dos legislaturas sucesivas. En otras palabras, aunque la aprobación por parte del Congreso es un paso requerido en caso de que la población no esté de acuerdo con el Congreso, es probable que convoque a un referéndum para manifestar esta insatisfacción.
- 7 Wieland (2023b) discrepa de la sentencia del TC, pues considera que se afecta el contenido protegido del derecho a la participación para el caso del referéndum legislativo, no así para el caso del referéndum ratificador de reforma constitucional.
- 8 Sin embargo, otros autores podrían considerar que la Constitución es fácil de modificar, ya que acepta para su modificación una reforma aprobada por la mayoría absoluta del Congreso en dos sesiones legislativas sucesivas.

recurrente de gobiernos dictatoriales en defensa de los mecanismos de democracia directa (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023) con el fin de someter el poder público a las mayorías, muchas veces guiadas por emociones de corte populista⁹. Es preciso recordar que el debate congresal de un proyecto de reforma constitucional está diseñado para asegurar un grado mínimo de discusión razonable sobre la conveniencia de la reforma, así como la participación de las distintas facciones de la sociedad peruana. Por el contrario, el procedimiento de referéndum no está diseñado para asegurar la participación informada de un gran número de votantes —al menos más del 50 % del padrón electoral— ni para darles tiempo suficiente para evaluar la idoneidad de las reformas. Lo que resulta más delicado: el recurso directo a un referéndum sin previo debate congresal podría ser utilizado como un arma por los gobiernos populistas o demagógicos para eludir la autoridad del Congreso y secuestrar el proceso democrático.

En nuestra opinión, las precisiones a la interpretación de los artículos 206 y 32 CP por parte del TC no resultaban necesarias. Quedaba claro del artículo 39, literal a) de la Ley de Participación que toda reforma constitucional debía ser aprobada por el Congreso y no exclusivamente por referéndum. No obstante, consideramos que el TC actuó frente al riesgo de un Ejecutivo que buscara modificar los límites del mandato presidencial de la Constitución a través de una reforma constitucional, valiéndose de la recolección de firmas para convocar a un referéndum ratificatorio sin previo debate congresal. Si bien el Poder Legislativo no es el principal guardián de la Constitución, debe operar como un freno para que el Ejecutivo no pueda alterar el sistema democrático.

En el modelo peruano, el Poder Ejecutivo tiene una participación limitada en el proceso de reforma constitucional. Según el artículo 206 CP, el presidente tiene iniciativa de reforma constitucional, pero no puede vetar dicha ley una vez que haya sido aprobada por el Congreso o ratificada por referéndum. Y si bien podría argumentarse que el veto a una reforma constitucional sería una expresión de su deber de proteger y hacer cumplir la Constitución (art. 102, num. 2), ello implicaría que en nuestro sistema el principal guardián de la Constitución es el presidente, lo que es contrario al modelo peruano, donde el guardián de la Constitución es el TC, que ha precisado que el presidente no tiene participación en el proceso de aprobación de una reforma constitucional. Ese poder solo corresponde al Poder Legislativo y al pueblo (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993*, 2003, § 85). En consecuencia, si el Ejecutivo considera que la enmienda

⁹ Como se aprecia en los trabajos de David Landau (2013), es precisamente este fenómeno el que la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales busca frenar (pp. 189-260). Por supuesto, la doctrina puede usarse también en un sentido contrario. Sobre este particular, véase el caso de Indonesia en Nugraha (2023, pp. 379-404).

constitucional aprobada resulta inconstitucional, solo le queda plantear contra la misma una acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, aun cuando se acepte que el Congreso debe examinar y aprobar previamente cualquier propuesta de reforma constitucional, quedan dudas sobre los límites de sus facultades toda vez que, así como el Legislativo debe frenar a un Ejecutivo con talante antidemocrático, el mismo rol corresponde al Ejecutivo frente a un Congreso de talante semejante. ¿Cuenta el Ejecutivo con una herramienta de contrapeso para controlar al Congreso en materia de reforma constitucional? Durante el proceso de reforma de 2018, el Ejecutivo persuadió a la población para no ratificar la reforma de retorno a la bicameralidad bajo el argumento de la desnaturalización del proyecto original enviado por dicho poder por parte del Legislativo. Otra herramienta del Ejecutivo a fin de limitar el poder constituyente derivado en manos del Congreso sería el recurso a la cuestión de confianza; sin embargo, con la promulgación de la Ley 31355 se prohibió presentar cuestiones de confianza respecto de proyectos de reformas constitucionales, las que serían declaradas improcedentes por el Legislativo¹⁰. Esta opinión es compartida por la Comisión de Venecia, la que, consultada por el presidente de la Mesa Directiva del Congreso, afirmó:

[t]odas las restricciones de tiempo rígidas, en particular el debate parlamentario bajo la amenaza de una cuestión de confianza, deben evitarse para las enmiendas constitucionales, ya que reducen las posibilidades de lograr un amplio consenso entre las fuerzas políticas y por involucrar a la sociedad civil en el proceso de reforma constitucional (*Opinión sobre la vinculación de las enmiendas constitucionales a la cuestión de la confianza*, 2019, § 32).

El TC también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la materia (*Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón c. Poder Ejecutivo*, 2020, § 77), expresando que no toda moción de confianza frente a un proyecto de reforma constitucional debe reputarse *prima facie* como inconstitucional. Una moción de confianza sería manifiestamente inconstitucional solo si impulsa reformas constitucionales contra el núcleo duro de la Constitución o cuando amenaza al Congreso con obtener los votos necesarios para ratificar un proyecto de reforma constitucional en dos legislaturas consecutivas. En nuestra opinión, el TC subestimó los riesgos de una moción de confianza utilizada para obligar al Congreso a aprobar un proyecto de reforma constitucional. Al parecer, el Tribunal partió de la premisa de que el pueblo no puede

10 La Ley 31355 fue cuestionada en su constitucionalidad por el Poder Ejecutivo; no obstante, no se obtuvo los cinco votos necesarios para declarar su inconstitucionalidad, por lo que continúa vigente (*Poder Ejecutivo c. Congreso de la República del Perú*, 2022). Asimismo, el TC volvió a pronunciarse sobre el tema sin cuestionar la constitucionalidad de la Ley 31355 en *Congreso de la República del Perú c. Poder Ejecutivo* (2023).

ser manipulado ni desinformado por el Ejecutivo para ratificar una ley de reforma constitucional.

III. LA DOCTRINA DE LAS «ENMIENDAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹¹

Antes de exponer y problematizar los principales criterios interpretativos esbozados por el TC para justificar su competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, daremos cuenta —sintética y descriptivamente— de la conceptualización que presenta la doctrina de los principales términos en juego.

Albert (2019b) ha propuesto distinguir entre una enmienda constitucional y un desmembramiento constitucional. La primera modificaría la constitución, manteniendo su coherencia interna. El segundo supondría una ruptura con los compromisos centrales de la constitución. Mientras que una enmienda constitucional «continúa el proyecto constitucional iniciado en su momento fundacional» (p. 79), el desmembramiento altera este proyecto. Para Albert, dichos desmembramientos pueden ser objeto de control constitucional a través de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales (p. 217). Dado que el pueblo sería el titular del poder constituyente, creador de la constitución, y ha instituido los poderes constituidos llamados a actuar en consistencia con los principios de la constitución, un acto judicial se justificaría si salvaguarda el pacto original del pueblo.

Por otro lado, Roznai (2017a), a partir de un estudio comparativo de la jurisprudencia de diferentes cortes constitucionales, concluye que los poderes de enmienda serían de tipo secundario; es decir, un poder delegado por los redactores —aquellos que ejercen el poder constituyente primario— a los constituidos (p. 46). En consecuencia, estos poderes estarían sujetos a limitaciones que pueden ser sustanciales (materiales) o procedimentales (formales). A su juicio, las limitaciones de carácter material pueden ser explícitas o implícitas. Entre los límites implícitos estarían los rasgos de identidad de la constitución, aquellos que componen su estructura básica. Citando a la Corte Suprema de la India, da cuenta de esta doctrina según la cual el Parlamento tiene un poder limitado para aprobar enmiendas constitucionales, pues si pudiera alterar la estructura básica y la identidad de la Constitución, se convertiría en la autoridad suprema en reemplazo de la Constitución.

Por su parte, Ragone (2020) propone cuatro criterios para clarificar esta doctrina en la jurisprudencia de tribunales constitucionales. Se trataría

¹¹ Una versión preliminar y significativamente menor de este acápite ha sido publicada como capítulo en Valdivia Aguilar (2022, pp. 161-174).

17

de determinar: a) el carácter codificado o reivindicado del control constitucional de la reforma constitucional, b) la naturaleza sustancial o meramente formal de los vicios evaluables, c) el carácter preventivo o *a posteriori* del control constitucional de la reforma constitucional, y d) la existencia o no de cláusulas pétreas (p. 88).

Por otro lado, Landau y Dixon (2015) advierten sobre los posibles excesos que ocasionaría el uso desproporcionado de esta doctrina por parte de los tribunales constitucionales. En su estudio de diversas jurisdicciones observan que es empleada por tribunales de manera innecesaria frente a cambios constitucionales que no suponen amenaza alguna al orden democrático. En su opinión, el recurso a esta doctrina para invalidar una reforma constitucional debe estar acotado a cambios constitucionales que, vistos a detalle en un contexto histórico concreto, supongan una amenaza al orden democrático. Para ello, el juez constitucional deberá conocer muy bien el régimen político constitucional, su diseño e historia, pero será también relevante el recurso al constitucionalismo transnacional a fin de identificar ciertos valores clave para el orden democrático, así como las amenazas más graves a los mismos.

A partir de los conceptos antes señalados, realizaremos un intento de sistematización de los rasgos característicos de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales del TC. Hemos identificado los siguientes: a) un control *praeter legem*, b) un control reivindicado, c) un control *a posteriori*, d) un control sobre la reforma parcial de la Constitución, e) un control sobre disposiciones constitucionales originarias, f) un control sobre límites formales y materiales difusos, g) un control de reformas constitucionales aprobadas por referéndum, y h) un control estricto en teoría y débil en los hechos.

Primero, el control sobre la constitucionalidad de la reforma constitucional es de carácter *praeter legem*. La Constitución no establece ninguna disposición expresa que autorice al TC a realizarlo. No contiene tampoco una «cláusula de eternidad», si por ella entendemos la clásica disposición inmodificable, como el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹². No obstante, una interpretación sistemática de los artículos 206 y 32 CP nos lleva a una conclusión diferente. Como afirma Roznai (2017a), las cláusulas de eternidad reflejan la idea de que ciertos asuntos constitucionales deben ser protegidos contra su alteración (pp. 17-21). Por tanto, prohíben al titular de la competencia ejercer la reforma respecto de determinadas materias, sean principios o instituciones.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

12 «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en Lander, o el principio de la participaci3n de los Lander en la legislaci3n, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

A juicio del TC, el artículo 32 CP¹³ es un límite explícito a las reformas constitucionales y, como tal, constriñe el proceso de reforma no solo cuando requiere referéndum, sino también cuando es consecuencia de una aprobación legislativa (*Colegio de Abogados del Cusco c. Congreso de la República del Perú*, 2002, §§ 92 y 94). Esta interpretación encontraría su justificación en el hecho de que el Congreso es un poder constituido, por lo que sus actividades están limitadas por los derechos fundamentales (en adelante, DD. FF) reconocidos en la Constitución, los que forman el plexo de valores o bienes materiales que legitiman el sistema en su conjunto¹⁴. Además, porque el Congreso no puede suprimir un derecho fundamental, sino solo regularlo respetando su contenido esencial. En ese sentido, la prohibición de la convocatoria a referéndum para abolir o cercenar DD. FF. refleja el espíritu *pro homine* de la Constitución y es aplicable a todo el Estado¹⁵. Sin embargo, no todas las materias prohibidas de ser sometidas a referéndum conforme al artículo 32 CP, como es el caso de las normas tributarias y presupuestales, o de los tratados internacionales vigentes, resultan también indisponibles para el constituyente derivado, pues tienen una naturaleza distinta a la de los DD. FF. reconocidos. Prohibir el sometimiento de estas materias a referéndum no significa necesariamente que el constituyente pretendiera protegerlas sustancialmente de toda alteración, como en el caso de los DD. FF.; antes bien, la razón podría radicar en la inconveniencia de dejar estos temas gravosos al voto popular. ¿Ratificaría el ciudadano de a pie la creación de nuevos impuestos? ¿Será plenamente consciente de las implicaciones de firmar un tratado internacional muy específico? Quizás, no. Por lo tanto, a nuestro juicio, el constituyente habría anticipado simplemente los efectos perniciosos de someter a referéndum la regulación de tales asuntos¹⁶.

Segundo, el control sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional es reivindicado. Recordemos que el primer caso en el que el TC se declaró competente para revisar reformas constitucionales fue el recurso contra la Ley 27600, de reforma total de la Constitución de 1993. Mediante esta, el Congreso autorizó a la Comisión de Constitución a presentar un proyecto de ley para la reforma total de la Constitución, que tras su aprobación en el Congreso sería sometido a referéndum. Esta ley no fue en sí misma una reforma constitucional, pero estableció un

13 Recordemos: «No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor».

14 Véase Cianciardo (2008, pp. 19-39).

15 El artículo 1 de la Constitución peruana establece: «La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

16 En el *Diario de Debates de la Constitución de 1993* quedó claro para la mayoría de constituyentes que eran los DD. FF. los que no debían ser sujetos a votación por referéndum, no así el caso de las normas tributarias o presupuestales, lo que fue objeto de controversia. Véase *Debate Constitucional Pleno 1993* (2011).

19

procedimiento especial para la reforma de la Constitución peruana¹⁷. El TC interpretó el artículo 200 en el sentido de permitir no solo la revisión de constitucionalidad de las leyes generales, sino también la de los actos de reforma constitucional, a pesar de que el artículo no los menciona, reivindicando para sí dicha competencia. Para el TC, las leyes de reforma constitucional deben tener una consideración análoga a las leyes generales, aunque requieren un procedimiento calificado para su aprobación¹⁸. La razón estaría en que tanto las leyes generales como los actos de reforma constitucional son creados por un poder constituido comparable al poder de aprobar leyes generales (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, 2003, §§ 35 y 74*).

Tercero, es un control que se ejerce luego de que la reforma es aprobada por el poder constituyente derivado —para el caso peruano, el Congreso o el pueblo mediante referéndum—, pues en el constitucionalismo peruano no se regula un control preventivo de constitucionalidad. Molina (2023) ha descrito algunas de las ventajas que dicho control supondría, tales como evitar los efectos traumáticos de la anulación de una ley o, para este caso, los aún mayores de una reforma constitucional; así como evitar posibles afectaciones a los DD. FF. provenientes de la entrada en vigencia de una ley inconstitucional (p. 196). No obstante, el modelo presenta también desventajas, como el retardo de los procedimientos legislativos y la tolerancia a ciertos efectos inconstitucionales de las leyes, dado que una vez sometida a control preventivo, una ley no podría ser cuestionada nuevamente. En todo caso, a su juicio, un modelo ideal combinaría el control previo con el control *a posteriori*.

Cuarto, se trata de un control que se extiende sobre las reformas parciales, pero no sobre la reforma total de la Constitución. Para el TC, «una reforma constitucional es siempre parcial» (§ 79), ya que es producto del poder constituyente derivado, por lo que en su producción se debe asegurar la identidad y continuidad de la Constitución toda. Sin embargo, una reforma constitucional puede ser total si esa es la voluntad del poder constituyente originario. La Constitución por sí sola no podría prohibir la actuación de dicho poder originario, el que habría sido constitucionalizado al ser reconocido expresamente en los

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

17 Nótese que la Constitución Política del Perú no consagra la cláusula de reforma frente a las reformas ordinarias.

18 En diferentes composiciones del TC algunos magistrados han manifestado opiniones distintas. Por ejemplo, en su voto singular en la sentencia del caso sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de prohibición de reelección de alcaldes, y luego en el caso de la reforma constitucional de la Junta Nacional de Justicia, el magistrado Sardón de Taboada votó por declarar improcedente la demanda, pues hacer a las leyes de reforma constitucional objeto del control constitucional implica para él un exceso en el ejercicio de las funciones del TC. Por su parte, el magistrado Gutiérrez Ticse, en su voto individual en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la reforma que prohíbe la reelección de congresistas, consideró que al TC le corresponde solo un control de los límites formales de la reforma.

artículos 32¹⁹ y 45 CP (§ 132)²⁰; sin embargo, no regula sus límites. El hecho de que se pueda votar en referéndum la reforma total de la Constitución no significaría que este sea el único medio para lograr un cambio constitucional total; sino que, dado que es el pueblo el llamado a establecer un orden constitucional, dicho artículo implicaría un reconocimiento por vía institucional a cierto derecho a la revolución (§ 118). En consecuencia, la actividad constituyente es libre y soberana, y como tal no está sujeta a límite procesal alguno, salvo que el poder constituyente originario establezca esos límites (§ 103)²¹. El poder constituyente sería único, extraordinario e ilimitado. Único en el sentido de que ningún otro poder o institución puede, en términos estrictos, desempeñar sus funciones. Extraordinario en tanto sus responsabilidades no son permanentes, sino históricamente excepcionales. Ilimitado, en el sentido de que tiene pleno ejercicio de poderes, sin más límites que los «valores sociales dominantes» (§ 60). En reciente jurisprudencia el TC ha distinguido entre el poder constituyente originario fundacional y el refundacional, otorgándole al segundo el poder de «transformar las bases mismas del sistema político fuera de los mecanismos estipulados por la Constitución» (*Poder Ejecutivo c. Congreso de la República*, 2022, § 30).

El TC ha reconocido su incompetencia para la revisión de reformas totales a la Constitución. En el caso *Inconstitucionalidad de la Constitución de 1993* lo declaró así, aunque no cerró la puerta a la revisión de algunas disposiciones (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993*, 2003, § 22)²². En este caso, el TC rechazó la revisión total en aplicación del artículo 200:

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Para el TC, la Constitución no es una ley ni ha sido aprobada por los medios ordinarios que promulgan las leyes, por lo que no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad (§ 24).

Uno de los argumentos de los demandantes afirmaba que la Constitución de 1993 no era, en puridad, una constitución, sino un documento

19 Artículo 32: «Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución».

20 El artículo 45 proclama: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen».

21 En la clasificación propuesta por Richard Albert (2014) sobre la reforma y revisión en las constituciones democráticas, la Constitución peruana se aproxima a las constituciones de Austria, Costa Rica, España y Suiza en el sentido de que «reconoce expresamente tanto la reforma como la revisión, y afianza la distinción» (p. 931).

22 Esta no es una práctica solitaria en el constitucionalismo latinoamericano. En 2015, la Corte Suprema de Justicia de Honduras declaró inconstitucional el artículo 239 de su Constitución. La disposición regulaba el límite del mandato presidencial. Sobre el particular, véase Landau (2019).

espurio. Recordaba que el artículo 307 de la Constitución de 1979 establecía que esta no perdía su vigencia si era modificada por medios diferentes a los que ella regulaba. Además, alegaron que la de 1993 carecía de legitimidad, dado que su ratificación no fue aprobada ni si quiera por el 50 % de la población votante (§ 7). Curiosamente, el TC valoró que a pesar de que los medios para instituir la Constitución de 1993 habían sido perversos (§ 6)²³, esta no se desligaba por completo de un sistema material de valores (§ 13).

El TC resaltó que la cuestión relevante en este caso no era la legitimidad política de la Constitución, sino su validez jurídica (§ 10). A su juicio, muchas constituciones peruanas podrían considerarse ilegítimas al nacer de revoluciones o golpes de Estado (§ 9). Sin embargo, el concepto de validez de una constitución puede entenderse de diferentes maneras, y dos de ellas cobrarían relevancia para este caso. Primero, una comprensión formal de la validez; es decir, de los procedimientos formales que debe cumplir para entrar en vigor y, como tal, convertirse en derecho vigente. Segundo, una comprensión material de la validez, que sugiere que una norma debe ser coherente y compatible con otras normas del ordenamiento jurídico (§ 15).

Por tanto, para el TC no es posible evaluar la vigencia de la Constitución de 1993. La principal razón aducida es el hecho de que no existe norma alguna que sirva como parámetro para dicha evaluación: ella es en sí misma la *norma normarum*, consecuencia del ejercicio del poder constituyente soberano e ilimitado (§ 16). A pesar de que los demandantes alegaron que el parámetro era la Constitución de 1979, el TC argumentó que como poder constituido bajo la Constitución de 1993, no podía declarar la inconstitucionalidad de la Constitución ni el proceso constitucional que originó sus poderes (§ 23). Esto habría dado lugar a varias paradojas en torno a la nulidad de la actuación del propio Tribunal. Sin embargo, el TC también sostuvo que esto no debe llevar a concluir que cualquier documento puede ser una «constitución». La constitución será un acto del poder constituyente, y reconocerá y garantizará los DD. FF, así como la separación de poderes (§ 17).

Sobre la revisión constitucional de los procesos de reforma total de la Constitución, Landau *et al.* (2019) consideran que los tribunales podrían revisar si el aparato regulatorio para la convocatoria de una asamblea, así como para la elaboración y ratificación de una constitución, reflejan auténticamente la voluntad popular. En su opinión, a pesar de los obstáculos, dicha revisión podría ser consistente con las teorías del

23 Entre otras, el TC tomó en consideración las irregularidades que rodearon la promulgación de la Constitución de 1993, en particular las intenciones del gobierno que la impulsó, el procedimiento de elección de los miembros del Congreso Constituyente, la falta de debate e, incluso, el referéndum que finalmente la aprobó.

poder constituyente y del control de constitucionalidad, ya que podrían entenderse como una defensa del poder constituyente original frente a los intentos de abuso de poder formales en nombre de poderosos actores. Por el contrario, la revisión judicial de la sustancia de una constitución sería peligrosa para la estabilidad del sistema político, pues una suerte de revisión de las decisiones del poder constituyente original puede dejar a un país en un vacío constitucional (pp. 55 y ss.).

Quinto, el control ejercido por el TC es posible de extenderse a algunas disposiciones constitucionales originales. Si bien no se trata de un control de inconstitucionalidad fuerte y abstracto que invalide las disposiciones, sí podría ofrecer una interpretación alternativa de las mismas. En ese sentido, se declararía improcedente un recurso de inconstitucionalidad contra una disposición original de la Constitución, pero esta podría reinterpretarse a través de otro tipo de procesos constitucionales ante el TC. Para este, ciertas «mutaciones constitucionales»²⁴ son legítimas, pues no adscribe una «interpretación originalista del texto constitucional», por lo que se considera competente para otorgar nuevos significados a las cláusulas constitucionales (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, 2003, § 70*), lo que no implicaría avalar las manipulaciones fraudulentas del texto constitucional, distorsiones interpretativas que están prohibidas²⁵. Desafortunadamente, el razonamiento del TC no da elementos para poder distinguir entre una mutación constitucional legítima y una fraudulenta.

Un ejemplo interesante de este último caso es el de la *Inconstitucionalidad del art. 89 del Reglamento del Congreso (65 Congresistas c. Congreso de la República del Perú, 2003)*, en el que el TC exhortó al Legislativo a modificar el artículo 100 CP por transgredir la autonomía del Ministerio Público, prevista en el artículo 159 CP (§ 17). El artículo 100 ordena que en caso de que el Congreso apruebe la acusación de un alto funcionario del Estado, el fiscal encargado de acusar ante la Corte Suprema no puede «ir más allá de los términos de los cargos del Congreso».

Un sector de la doctrina peruana ha sostenido que algunos de los artículos de la Constitución son en sí mismos inconstitucionales. Sería el caso, por ejemplo, del artículo 140, que proclama: «La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada». La Constitución de 1979, en su artículo 235, prescribía que dicha pena solo debía aplicarse por los delitos de traición a la patria en tiempo de guerra, no de terrorismo. Al momento de la promulgación

24 También conocido como «medio de cambio constitucional informal».

25 Esto sería un medio de «cambio constitucional inconstitucional por parte de los tribunales», en palabras de Roznai (2018, pp. 555-577).

de esta Constitución, el Perú ya era parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), la cual en su artículo 4, incisos 2 y 3, prescribe:

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

De la interpretación conjunta de estas normas, algunos concluyen que el constituyente de 1993 no debió extender la aplicación de la pena de muerte al delito de terrorismo. En el recurso de *habeas corpus* interpuesto por Rafael Cáceres (*Rafael Cáceres Neyra y otros c. Corte Superior de Justicia de Lima Norte*, 2007), el TC advirtió que la promulgación de una ley con el propósito de ampliar los casos para la aplicación de la pena de muerte sería inconstitucional porque transgrediría el principio de dignidad humana al contravenir la función resocializadora de la norma penal (§ 22). Si bien el TC no se pronunció explícitamente sobre la inconstitucionalidad del artículo 140, afirmó que los escenarios de aplicación de la pena de muerte no pueden ser ampliados sin dar lugar a responsabilidad internacional (§ 20). Y aunque no exhortó al Congreso a modificar esta disposición, fue claro que desalentó su aplicación. Asimismo, en el caso *Tineo Silva* (*Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos c. Decretos Ley 25475, 25659, 25708 y 25880*, 2003), el TC interpretó el artículo 173 CP en contra de su texto para adecuarlo a las obligaciones internacionales del Estado bajo la Convención. Así, sugirió que el artículo debe interpretarse en el sentido de no permitir que los tribunales militares juzguen a civiles en casos de traición y terrorismo (§ 104)²⁶.

Como hemos podido apreciar, la doctrina de las disposiciones originales inconstitucionales del TC tiene dos características sobresalientes, aunque en clara tensión. Por un lado, el TC reconoce tener un papel limitado en la revisión de estas normas, por lo que no evalúa su inconstitucionalidad en el marco de un proceso de control directo, sino solo en el marco de otras acciones de garantía constitucional; por otro, en línea con lo anterior, no puede expulsar a estas normas del orden constitucional, sino solo exhortar al poder constituyente derivado a modificarlas. Sin embargo, entiende que tendría competencias para proponer una forma obligatoria de interpretar una disposición constitucional cuya

23

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

26 Ello, de conformidad con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en *Castillo Petruzzi* (1999) y *Cantoral Benavides* (2000).

constitucionalidad resulta dudosa a través de un precedente obligatorio. Ambas opciones implican que el TC considera imposible declarar por sí mismo la inconstitucionalidad de una disposición constitucional debido a la falta de un parámetro objetivo para hacerlo. En ese sentido, existe una presunción a favor de la constitucionalidad de las disposiciones constitucionales, incluso en los casos en que la legitimidad del origen del documento es cuestionada²⁷. Ciertamente, ninguno de estos caminos parece satisfactorio. En el primer escenario, el TC corre el riesgo de que el poder constituyente derivado prescinda de su recomendación. En el segundo, el TC podría ser acusado de activismo judicial y de quebrantamiento del principio democrático al contradecir la voluntad expresa del constituyente originario.

Sexto, el TC controla la reforma valiéndose de parámetros formales y materiales (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, 2003, § 72*). Por un lado, los límites formales establecen las entidades competentes para presentar un proyecto de reforma constitucional, así como los procedimientos y mayorías necesarios para aprobarlo, los que están regulados por el artículo 206 CP. Por ejemplo, en un reciente pronunciamiento (*Colegio de Abogados de Ayacucho, El Santa y Lambayeque c. Congreso de la República del Perú, 2021*), el TC ha aclarado que es parte de los límites formales de toda reforma constitucional que el procedimiento de su aprobación sea sometido a un amplio nivel de deliberación. También declaró inconstitucional la Resolución Legislativa 021-2020-2021-CR, en la que se autorizaba el desdoblamiento de la tercera legislatura ordinaria en una cuarta, en la que el Congreso había aprobado importantes reformas constitucionales²⁸. El TC puso de relevancia que la gran mayoría de las labores parlamentarias habrían sido posibles de ser realizadas durante la tercera legislatura ordinaria sin la necesidad de aprobar una cuarta, de apenas un mes, y sin pausa respecto de la tercera. Para este tribunal,

[e]l afán de cumplir con una segunda votación favorable en una legislatura ordinaria sucesiva, a fin de prescindir de la realización de un referéndum para llevar a cabo la reforma constitucional, es la única finalidad subyacente en la decisión de aprobar la resolución legislativa objeto de control por cuanto [...] ninguna otra norma requería de tal desdoblamiento (§ 39).

27 Como advierte Ragone (2021), los tribunales constitucionales se han negado a revisar bajo control abstracto la constitucionalidad de una disposición original bajo «el argumento apagógico o *reductio ad absurdum*: si se anula la fuente que estableció el tribunal correspondiente, en consecuencia, también la decisión adoptada por el propio tribunal carecería de legitimidad» (p. 117). Una excepción a este caso lo encontramos en Honduras y Bolivia.

28 La Ley 31280, que modifica los artículos 99 y 101 CP, permitiendo el juicio de residencia contra el presidente de la república; la Ley 31304 sobre patrimonio cultural de la nación; y la Ley 31305, que autorizaba al contralor general de la república a solicitar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

En opinión del TC, el problema de fondo con la cuarta legislatura no era el desdoblamiento, sino

su uso indebido, orientado a trastocar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución, de cara a la realización de actuaciones parlamentarias especialmente importantes para el ordenamiento jurídico, como es el caso de la reforma constitucional (evitando así, la consulta popular) (§ 40).

Asimismo, consideró que el legislador debe respetar un determinado periodo de tiempo antes de emitir una votación que haga realidad una reforma constitucional.

Por otro lado, los límites materiales atañen a la esencia de la Constitución: se trata de aquellos principios que no pueden ser reformados (§ 74). Estos «parámetros de identidad» son esenciales para establecer un orden constitucional. Cuando son explícitos, estos se nombran como «cláusulas de eternidad» (§ 76). En el caso de la Constitución, los límites materiales están expresados en el artículo 32 y no abarcan todos los temas regulados por este artículo, sino solo lo referido a los DD. FF., dado su lugar como núcleo axiológico que legitima al sistema en su conjunto (§ 95). No obstante, los límites materiales tienen un carácter difuso, toda vez que el TC ha interpretado que existen otros límites materiales para las enmiendas constitucionales, aunque de carácter implícito, como la protección de la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado de derecho y la forma republicana de gobierno (§ 76).

El parámetro para dotar de contenido a dichos límites materiales queda a discreción del TC. En la primera sentencia en la que evaluó la inconstitucionalidad de una reforma constitucional —para este caso, de la reforma del sistema de pensiones— en 2005, el TC se autoafirmó como vocero del poder constituyente originario, interpretando su voluntad para dar a la Constitución un sentido vivo, dúctil e integral. Curiosamente, el parámetro bajo el cual evaluó la constitucionalidad de la enmienda fue el contenido fundamental de la Constitución, un concepto vago cuya interpretación corre el riesgo de quedar con frecuencia a discrecionalidad del TC²⁹ (*Colegios de Abogados de Cusco y Callao y más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú*, 2005, §§ 16-18). Este sostuvo que la forma democrática de gobierno, el principio de democracia representativa, la alternancia de gobiernos democráticos, el régimen económico y los DD. FF. son límites materiales a la facultad de reforma, pero ninguno de ellos fue transgredido por la

29 El TC toma en consideración este argumento y mantiene que, para determinar este contenido fundamental, la Corte debe ser muy cautelosa y procurar un ejercicio de interpretación constitucional y no de mutación constitucional. En este último escenario, la determinación de un nuevo contenido de la Constitución alteraría su fundamento (*Colegios de Abogados de Cusco y Callao y 5000 ciudadanos c. Congreso Peruano*, 2005, § 21).

ley de reforma en cuestión. Prestó especial atención al alegato de los demandantes relativo a la limitación del derecho fundamental a una pensión; sin embargo, en la línea del artículo 32, el TC evaluó la reforma bajo un examen de proporcionalidad para concluir que esta protegía el derecho a la pensión desde una perspectiva de justicia distributiva e igualdad (§ 109). Asimismo, señaló que sería inconstitucional toda reforma que afectase el contenido esencial de los DD. FF., ya que todo cambio en la protección de estos derechos debe tender a ampliar y fortalecer su ámbito de protección (§ 110).

Esta sentencia deja abiertas algunas cuestiones complejas. Primero, en cuanto al parámetro material para evaluar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales. ¿Es el mero texto de la Constitución o se trata de una interpretación del texto bajo una metodología evolutiva? ¿Este parámetro se encuentra integrado por el «bloque de constitucionalidad»³⁰? En segundo lugar, de la jurisprudencia del TC se desprende que no toda limitación a un derecho fundamental es inconstitucional; no obstante, esto se evaluaría en cada caso tras un test de proporcionalidad. ¿No deja esto una excesiva discrecionalidad en manos del TC respecto de los contenidos centrales de la Constitución? ¿Realmente dicho tribunal actúa como comisionado del poder constituyente originario o, antes bien, como una suerte de «Señor de la Constitución»? Otro asunto importante se refiere al papel de los DD. FF. como límites al poder. ¿No deberían actuar estos no solo como límite al poder constituyente derivado, sino también al del poder constituyente originario? Además, muchos de estos derechos también están reconocidos como derechos humanos (en adelante, DD. HH.) en el ámbito internacional. ¿Estos no deberían limitar el poder constituyente originario?

En un caso relativo a la constitucionalidad de la reforma de los artículos 194 y 203 CP sobre la reelección no inmediata de alcaldes y gobernadores regionales (*Más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú*, 2018), el TC recurrió a tratados internacionales de DD. HH., así como a sentencias de la Corte IDH como parámetros de control. El TC afirmó que su principal rol en la revisión de leyes de reforma constitucional es optimizador, lo que significa que la interpretación de las disposiciones constitucionales debe realizarse en conformidad con las características del constitucionalismo contemporáneo y los compromisos internacionales adoptados por el Estado o que han adquirido estatus de *jus cogens* (§ 30). En segundo lugar, afirmó que la declaración de inconstitucionalidad configura la última alternativa, procurando proponer interpretaciones que encajen en el texto de la Constitución, su lectura sistemática y lo que puede ser inferido de ella (§ 32). El TC reconoció que no puede imponer

30 No podemos detenernos sobre este concepto, véase Hakkanson (2006, pp. 137-141).

sus puntos de vista sobre la Constitución. En el caso de que una enmienda tenga interpretaciones disímiles, el TC defenderá aquella que permita reconocer la constitucionalidad de la enmienda (§ 33). En cuanto al argumento de la actora que alegó que la prohibición de la reelección restringiría derechos, el TC respondió afirmando que la reelección no es en sí un derecho humano, sino parte del derecho a la participación política, y que tiene limitaciones legítimas que buscan evitar abusos de poder (§ 42). En esta ocasión, tanto el derecho internacional como el derecho constitucional comparado fueron parte del parámetro para evaluar la constitucionalidad de la reforma, siendo el más relevante un informe de la Comisión de Venecia (2018, §§ 41-42). El TC no encontró ninguna violación a los límites formales de las reformas constitucionales ni una vulneración de la identidad constitucional.

Esto nos lleva a una nueva interrogante: ¿debe ser el derecho internacional de los DD. HH. parámetro material de control de la reforma constitucional? A partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, la respuesta sería afirmativa. Por ejemplo, en *Boyce c. Barbados* (2007), *La Última Tentación de Cristo v. Chile* (Olmedo Bustos c. Chile, 2005) y *YATAMA c. Nicaragua* (2005) la Corte IDH declaró que las disposiciones constitucionales relativas a la pena de muerte, la censura previa y la limitación al derecho a un recurso efectivo contra las decisiones de la autoridad electoral eran incompatibles con la Convención. En particular, en *Boyce* (2007), la Corte IDH afirmó que Barbados incumplió con sus obligaciones convencionales, ya que su constitución impedía el ejercicio del «derecho a buscar protección judicial contra violaciones a su derecho a la vida» (§ 79). A pesar de que estas tres disposiciones constitucionales fueron declaradas incompatibles con la Convención por la Corte IDH, salvo Chile, ninguno de estos países las ha modificado (Torres, 2017, p. 105). No obstante, esta posición nos genera nuevas dudas. Primero, en cuanto al parámetro para la evaluación de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en el Perú: ¿la Convención —u otros tratados de DD. HH. vinculantes para el Estado— siempre forma parte del parámetro de control? ¿La jurisprudencia de la Corte IDH también forma parte de dicho parámetro? Y, segundo, ¿los tratados internacionales de DD. HH. vinculan también al poder constituyente originario?

Las preguntas planteadas podrían tener diferentes respuestas, dependiendo del escenario fáctico que se considere. Por ejemplo, en una decisión posterior sobre la constitucionalidad de las reformas a los artículos 91, 191 y 194 CP, aprobadas como parte de la Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV de la Constitución peruana (descentralización) (*Miguel Ángel Mufarech Nemy c. Ley 28607 que modifica los artículos 91, 191 y 194 de la Constitución de 1993*, 2005), el TC recurrió a textos constitucionales históricos como parámetros de

27

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

control. Una vez más, el TC describió los límites formales y materiales del poder de reforma. Identificó los límites materiales con aquellos principios esenciales que otorgan identidad a una constitución, tales como la dignidad humana, la forma republicana de gobierno, el Estado de derecho, el poder soberano del pueblo o cualquier otro componente valorativo que la carta reconoce como materia fundamental. El TC concluyó que la enmienda era constitucional, utilizando como parámetro «la constitución histórica», alegando que muchas de las antiguas constituciones peruanas habían exigido a los candidatos a la presidencia y vicepresidencia la renuncia a los actuales cargos de elección popular (§§ 9-24). Asimismo, el TC consideró que aun en el caso de que la ley de reforma constitucional hubiera supuesto una limitación a un derecho fundamental —en concreto, al de igualdad, como se alegaba—, ello no habría llevado a proclamar su inconstitucionalidad *per se*, ya que, de ser así, debía someterse a un test de proporcionalidad (§§ 29-33). Recientemente, el TC ha señalado que el derecho a vivir en una democracia constitucional forma parte de los límites materiales a la reforma constitucional (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023, § 35).

Séptimo, el TC controla también las reformas constitucionales aprobadas por referéndum. Hace poco se sometió a conocimiento del TC la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30904, Ley de reforma constitucional que aprueba la creación de la Junta Nacional de Justicia, por pretendidos vicios formales y materiales que vulnerarían el derecho a la independencia e inamovilidad judicial. Se trataba de una ley aprobada por el Congreso en primera votación y ratificada por referéndum, lo que la convertía en el primer caso en el derecho comparado en el que un tribunal revisaba la constitucionalidad de una norma aprobada por la vía del referéndum. En el auto que resuelve admitir la demanda (*Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, 2021, auto 1), el TC señala que

aquellos reclamos en los que se aprecia alguna incidencia en lo que se puede calificar como la “identidad” o “esencia” de la Constitución de 1993 pueden ser analizados (y, darse el caso, amparados) por parte de este supremo intérprete de la norma fundamental (§ 7).

Asimismo, precisa que «una cuestión especialmente sensible desde el punto de vista democrático se presenta cuando las leyes de reforma han sido aprobadas a través de un referéndum» (§ 10). No obstante, se ratifica en su decisión de admitir la demanda, apoyándose en la jurisprudencia comparada. En su sentencia de fondo, el TC (*Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, sentencia 890/2021, 2021)

considera que es competente para revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional aprobada por referéndum, aunque declaró finalmente infundada la demanda.

En la sentencia del caso de la constitucionalidad de la reforma constitucional sobre la prohibición de reelección inmediata de congresistas, aprobado en el paquete de reformas propuestas en el referéndum de 2019, el TC volvió a revisar una reforma constitucional aprobada por referéndum. Allí señaló que para el constitucionalismo existen límites materiales a toda decisión democrática (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023, § 50). Asimismo, el TC advirtió de los riesgos de los mecanismos de democracia directa, los que han sido utilizados por dictaduras para fundamentar organizaciones totalitarias y supresión de partidos políticos (§ 52). Y reiteró su competencia para revisar la constitucionalidad de reformas constitucionales aprobadas por referéndum, aunque ratificó su constitucionalidad.

Octavo, el control de la reforma constitucional es estricto en teoría y débil en los hechos. Si bien el TC no ha desarrollado un test de sustitución semejante, por ejemplo, al test colombiano (Ragone, 2021, p. 109), sí es posible identificar en su jurisprudencia un esquema lógico para evaluar la constitucionalidad de una reforma constitucional, aunque este no se aplique siempre bajo los mismos alcances. Como primer paso, el TC busca determinar si la ley de reforma vulneró los límites formales establecidos. Estos se adecuarán a cada caso dependiendo de si la reforma fue aprobada exclusivamente por el Legislativo o si involucró un referéndum. Como segundo paso, el TC determina si la reforma desnaturalizó los límites materiales o elementos de identidad de la Constitución. Como parte de este examen, el TC identifica el límite material en cuestión, sea que se trate de uno explícito —vinculado al artículo 32 CP, como es el caso de los DD. FF.— o de uno implícito, definido por la jurisprudencia constitucional —como sería el caso de la separación de poderes o la constitución económica—. Luego, el TC evalúa si la reforma vulnera el contenido esencial de alguno de dichos límites. Y, finalmente, establece si vulnerar dicho contenido esencial implica desnaturalizar un elemento definitorio de la identidad constitucional.

Así, por ejemplo, en el caso de la reforma constitucional de la Junta Nacional de Justicia (*Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, sentencia 890/2021, 2021), el TC argumentó que la aprobación de la ley cumplió con los requisitos exigidos por la Constitución, incluida su aprobación por referéndum. Además, la formulación de la consulta habría cumplido también con los requisitos de neutralidad y de tener relación directa con la materia objeto de consulta. Por otro lado, el TC interpretó que «[e]l límite material al poder de reforma constitucional,

29

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

consagrado en el artículo 32 de la Constitución, presupone la idea de prohibición de disminución o supresión del contenido de un derecho fundamental preexistente a la reforma constitucional» (§ 76). En este caso, dicho derecho es la independencia judicial, consagrado en el artículo 154, numeral 2. Para este tribunal no existía mayor diferencia entre el artículo introducido por la Ley 30904 y las funciones con las que contaba el Consejo Nacional de la Magistratura antes de la reforma, entre las que se encontraba la ratificación de los jueces cada siete años, por lo que no se había desnaturalizado la identidad de la Constitución (§ 93). Adicionalmente, precisó que no se habría vulnerado el derecho a la independencia judicial con el establecimiento de mecanismos para la evaluación parcial y ratificación de los jueces, pues «todos los magistrados tienen un derecho de permanencia en el servicio, mientras se observe conducta e idoneidad propias de la función que desempeñan» (§ 81).

Ahora bien, en el caso de la reforma constitucional de prohibición de reelección de congresistas, el TC evaluó si dicha reforma respetó los límites formales, aclarando que este examen no supone juzgar las razones que motivaron los votos (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023, §§ 58-62). Con relación al examen de los límites materiales, en un primer momento parecía que el TC buscaba ampliar el catálogo de límites materiales al expresar que

la nueva norma constitucional incorporada solo podrá ser valorada en función a su armonía y concordancia con el resto del texto constitucional. Por lo tanto, la invalidez de una reforma constitucional será consecuencia de su incompatibilidad sustancial con el resto de la Constitución (§ 63).

Asimismo, afirmó:

no resulta pertinente la aplicación del test de proporcionalidad [...], pues, al convertirse la norma cuestionada en parte de la Constitución se convierte ella misma en parámetro. De ahí que [...] sólo corresponde verificar su compatibilidad y concordancia con el resto de la Norma Suprema (§ 72).

Así presentado, el test resulta aún laxo y no propio de un examen extraordinario, como el de la constitucionalidad de una reforma constitucional. Sin embargo, en el análisis del caso concreto, el TC examinó si la reforma referida al derecho a la participación política alteraba un parámetro de identidad constitucional. Al efecto, se citó el informe de la Comisión de Venecia (2018) donde se desalentaba la limitación de la reelección parlamentaria; no obstante, se concluyó que la restricción de la reelección parlamentaria inmediata desnaturalizó la identidad de la Constitución, pues aunque constituciones anteriores no limitaron la reelección parlamentaria, quedaba claro que esta «no

forma parte de los principios nucleares del ordenamiento constitucional exceptuados de cualquier intento de reforma» (§ 66), sino que decidir los mejores caminos para mejorar la gobernabilidad se trata de un asunto dejado a discreción de cada sistema constitucional.

En un caso anterior, el TC examinó la compatibilidad de la reforma constitucional que prohibió la reelección inmediata de alcaldes e identificó como límite material el derecho a la participación política. Consideró que este no había sido vulnerado, pues tanto en el derecho comparado como en los DD. HH. el TC no encuentra que dicho derecho no pueda ser limitado, impidiendo la posibilidad de reelección inmediata (*Más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú*, 2018, § 43). La prohibición del derecho a la participación política prohibiendo la reelección inmediata se consideró razonable; adicionalmente, el TC apreció que dicha modificación no desnaturalizaba la Constitución ni vulneraba su identidad (§ 48).

Como hemos podido apreciar, el control ejercido por el TC es principalmente de carácter abstracto y sin resultados tangibles, siendo que en ninguna ocasión ha declarado como inconstitucional una reforma constitucional. A juicio del TC, en ninguno de los casos analizados se habría puesto en riesgo el núcleo duro de la identidad constitucional³¹. Las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra leyes de reforma parecen buscar que se aplique un examen de constitucionalidad ordinario y no prueban de manera fehaciente la afectación a la identidad constitucional. Esto se debe, en parte, a que el parámetro material de evaluación de la constitucionalidad de las reformas es amplio e incluye valores tales como la dignidad humana, los derechos fundamentales, la soberanía popular, el principio democrático, el Estado unitario y descentralizado, el sistema democrático de gobierno, el régimen representativo, la alternancia de gobierno y la constitución económica. En consecuencia, al momento en el que el TC realiza el «test de la reforma», en muchas ocasiones no se centra en identificar primero si el elemento que supuestamente vulnera la ley de reforma es o no un rasgo identitario de la Constitución. Veamos, por ejemplo, el caso de los DD. FF. como límites explícitos a la reforma. El TC parece considerar que todos los derechos reconocidos en la Constitución forman parte de dicha identidad, desde los políticos de participación hasta los sociales, como el derecho a la pensión. En todos los casos el

³¹ Las ratificaciones de la constitucionalidad de la reforma han tenido, en general, pocas opiniones disidentes. Por ejemplo, en el caso de la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de la Junta Nacional de Justicia, los magistrados Blume y Miranda votaron por declarar fundada la demanda porque consideraban que dicha reforma no había respetado los límites formales, pues las preguntas del referéndum ratificadorio de la misma resultaron generales y sin conexión directa con los temas centrales de la reforma. En el caso de la reforma constitucional para la prohibición de reelección de alcaldes, solo votó en disidencia Blume, para quien la prohibición de reelección vulneraba un núcleo que consideraba esencial del derecho a elegir.

TC ha resuelto que, si bien dichos derechos podían verse modificados en cuanto a su contenido por medio de la reforma constitucional, el contenido alterado no era esencial, sino solo periférico. El TC parece obviar que el legislador constitucional limita el contenido de los DD. FF. y que aplicar un test de proporcionalidad —como en el caso de la evaluación de la constitucionalidad de una ley ordinaria— implica rechazar de plano el nuevo contenido dado a dicho derecho por parte del constituyente derivado. Del mismo modo, resulta necesario que el TC aclare si el mismo parámetro aplicará tanto para reformas constitucionales aprobadas únicamente por el Legislativo como para aquellas que han involucrado el voto por referéndum. Y si bien, como resultado de la aplicación de la doctrina, obtenemos que el TC ha ejercido su poder controlador con *self-restraint*, urge definir más claramente aquellos elementos de identidad constitucional para que el test de la constitucionalidad de la reforma constitucional no se convierta en un mero examen de constitucionalidad de leyes ordinarias. Bajo el estado actual de la jurisprudencia, ¿qué podemos esperar del Tribunal cuando se enfrente a leyes de reforma de talante evidentemente antidemocrático? ¿Se afirmará nuevamente la amplia discrecionalidad para definir un modelo u otro de gobernabilidad? ¿Cómo aplicaría el TC esta doctrina en el caso de examinar una acción de inconstitucionalidad contra la última reforma del retorno a la bicameralidad?

IV. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LAS «REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» DEL TC PERUANO

IV.1. Sobre la viabilidad del control de constitucionalidad de la reforma constitucional o «metacontrol» de constitucionalidad

En nuestra opinión, aunque el texto constitucional no señale expresamente que pueda plantearse una acción de inconstitucionalidad contra una ley de reforma constitucional, existen buenas razones para interpretar que dicha disposición tiene textualmente un carácter infraincluyente en relación con su justificación subyacente³². Nos parece que la garantía constitucional del artículo 200, numeral 4 CP busca precisamente proteger la supremacía de los valores o bienes constitucionales indisponibles frente a cambios que, aunque apoyados por mayorías políticas, terminen por desfigurar la Constitución. Estos cambios perniciosos pueden provenir no solo de disposiciones aprobadas por el legislador ordinario, sino también por el legislador constituyente derivado o, incluso, por el propio constituyente originario. Como

32 Revisar Ródenas (2012, p. 109).

ha anticipado Aguiló (2008), «la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas [...] en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas» (p. 70).

En ese sentido, creemos que se debe aceptar que, si de interpretación constitucional hablamos, solo parece viable una «lectura moral de la constitución (p. 70)³³.

En consecuencia, impedir que el TC pueda reivindicar para sí excepcionalmente un control tanto formal como material de la reforma constitucional supondría un serio riesgo para el mantenimiento de los valores constitucionales esenciales o básicos. Ciertamente, en otras jurisdicciones, los tribunales constitucionales se han limitado a reivindicar un control formal, como es el caso de Turquía. Aún más, algunos otros han rehusado tener cualquier tipo de competencia para revisar siquiera aspectos formales de una reforma constitucional, como es el caso de Francia o Georgia. El argumento al que suelen recurrir para justificar su refrenamiento es que sus constituciones no contienen cláusulas explícitas que les otorguen tal potestad. Incluso bajo la existencia de cláusulas de eternidad, algunos tribunales han alegado que una vez que los parlamentos adoptan una reforma constitucional, esta se integra a la constitución, y la constitución no puede ser constitucional e inconstitucional al mismo tiempo. Del mismo modo, se considera que el pueblo ejerce un poder constituyente permanente, sin distinción entre un poder constituyente originario y un poder constituyente derivado (Albert, 2019c, pp. 648-665).

Por nuestra parte, creemos que para responder a la pregunta de si resulta viable un control de constitucionalidad de la reforma constitucional es importante plantearse cuestiones muy de fondo, como qué define en última instancia lo que es constitucional o, incluso, de qué hablamos cuando nos referimos a una constitución³⁴. Si la constitución no es más que la creación autoritativa de la voluntad del poder constituyente en un momento histórico concreto, parece claro que solo si el constituyente ha autorizado a un órgano como el TC a revisar la constitucionalidad de la reforma, dicho control sería viable, limitándose, además, a corroborar si la reforma se ajusta o no a la voluntad original del constituyente³⁵. Pero

33

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

33 Si bien el caso de la interpretación de la Constitución norteamericana no puede ponerse en paralelo con el de la Constitución peruana sin varios matices que no es factible aquí, creemos que se cumple que «la lectura moral [...] incorpora la moralidad política al corazón del Derecho constitucional. Pero la moralidad política es inherentemente incierta y controvertida, por lo que cualquier sistema de gobierno que haga de tales principios una parte constitutiva de su Derecho habrá de decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos», lo que no consiste en conferir simplemente a sus tribunales «el poder absoluto de imponerle al público sus propias convicciones morales» (Dworkin, 2019, pp. 8-9).

34 No hay espacio para abordar específicamente estos asuntos aquí, véase Castellano (2013, pp. 58 y ss.).

35 Esta posición se asemeja al constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli (2011). Para una crítica de esta postura, véase Aguiló (2011).

si, como se ha propuesto desde la racionalidad de tradición aristotélica³⁶, el acto autoritativo constitucional no genera de la nada todas las disposiciones constitucionales, sino que algunas de ellas se limitan a reconocer, formalizar o determinar ciertos bienes y principios —ciertas condiciones normativas mínimas para el florecimiento humano³⁷—, entonces algunas disposiciones constitucionales son pasibles de considerarse materialmente «inconstitucionales» si desvirtúan ese núcleo normativo-axiológico indisponible. Incluso esto puede plantearse de modo semejante por quienes no se identifican necesariamente con una racionalidad de tradición aristotélica. Por ejemplo, para Aguiló (2011),

[e]n toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios y que, en consecuencia, son inderogables. No sólo en el sentido de que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa; sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional (p. 62)³⁸

A nuestro juicio, el llamado poder constituyente, a través de disposiciones constitucionales, no solo concreta algunos principios sustanciales para el bien humano —como cuando reconoce DD. FF., por ejemplo—, sino que también diseña instituciones para el ejercicio y coordinación del poder político³⁹. Las disposiciones constitucionales aportan así dos elementos constitutivos: uno más formal, estructurando mecanismos para el logro de consensos y la toma de decisiones en la manifestación de voluntad del poder constituyente; y uno más material, conformado por la concreción y determinación de ciertos principios básicos indispensables para el florecimiento humano en un determinado momento histórico. Por ello, no debería llamar la atención que la reforma constitucional tenga no solo requisitos formales de validez, sino también materiales.

36 Para la diferencia entre la racionalidad entendida desde la tradición aristotélica y desde la racionalidad kantiana, véase Chávez-Fernández Postigo (2023, pp. 38 y ss.). Para un esfuerzo reciente de concebir la constitución desde una racionalidad de tradición aristotélica, véase Vermeule (2022, pp. 17 y ss.). La propuesta no ha sido pacífica en absoluto, como se puede apreciar, por ejemplo, en Leiter (2023).

37 Para Casey (2022): «A constitution and its constitutive rules, principles, and conventions should ultimately arrange institutions in such a way that they are apt to ensure the community is governed well and suited to the pursuit of the wide-ranging and complex conditions required for human flourishing» (p. 180). En la doctrina nacional, una posición semejante se encuentra en Castillo Córdoba (2018, p. 53).

38 Para encontrar puntos de encuentro y de divergencia entre propuestas significativas tanto de la tradición aristotélica como de la kantiana respecto de las consecuencias jurídicas del derecho gravemente inmorale o injusto, puede ser útil tomar contacto con el debate entre Finnis y Alexy. Véase Chávez-Fernández (2021) y la bibliografía allí citada.

39 Quizá valga la pena aclarar que, desde la racionalidad de tradición aristotélica, no se propone un único modo de concretar estos elementos básicos para el florecimiento humano. Casey (2022) señala: «Respect for natural law principles and the political common good may demand creation of law-making, applying, and adjudicating bodies to issue ordinances and repeal law in response to good reasons and to fairly resolve disputes based on pre-existing law; organizing a just economy able to provide the necessities of life; respect and support for subsidiary units like the family; the prudent promotion of virtue; and ensuring peaceful relations with other nations. But the fact is there will be countless ways to proceed along all these fronts consistent with the natural law and common good, neither of which pinpoint a specific approach to any of these issues» (p. 176).

La consideración de la importancia tanto del elemento moral fundamental o indisponible como del elemento institucional de la constitución puede encontrarse en trabajos como el de Legarre (2018), para quien los principios que pueden llamarse «de ley» o «derecho natural» resultan más relevantes para la interpretación cuando puede argumentarse que las disposiciones constitucionales derivan necesariamente de ellos —sería el caso típico de los DD. FF. más básicos— que cuando se trata de elementos que guardan más relación con la estructura o forma de la constitución, aunque también en este caso dicha estructura contingente está al servicio de los DD. FF. o de las instituciones básicas de una comunidad política que velan por ellos (p. 897)⁴⁰. En nuestra opinión, solo en esa medida será posible afirmar que el poder constituyente derivado tiene límites, pues existen ciertos acuerdos indisponibles en la constitución que, además, han de atrincherarse para permanecer en el tiempo⁴¹.

Dicho esto, es importante precisar que en el caso peruano se admite que el poder constituyente se disolvió una vez emitida la Constitución y que el poder reformador es —como lo ha señalado la jurisprudencia— un poder constituyente derivado o poder constituido de reforma, el que convive junto a otro poder constituido que interpreta la voluntad del constituyente: el TC. En esa medida, si bien el TC no ostenta propiamente un poder reformador, sí tiene poder de controlar la constitucionalidad de la actuación del poder reformador y de —en palabras de Castillo (2018)— declarar las normas constitucionales directamente estatuidas que son voluntad del constituyente a partir de las cuales se enjuiciará la constitucionalidad formal y material de otras normas constitucionales. Nosotros añadiríamos que lo hace, precisamente, como consecuencia del debate y del consenso alcanzado por el órgano que detenta la competencia de reconocer y decidir los principios básicos para la convivencia política.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

40 La presencia de elementos de derecho natural y de derecho positivo en la constitución es evidenciada también por Casey (2022), para quien «The natural law can be conceived as offering a skeleton law to communities which determines what posited arrangements are just and right, but to enjoy concrete existence it requires the sinew, flesh, and muscle provided by positive law enacted through human creativity and discretion, a fact long recognized by the classical natural law tradition» (p. 177). En la misma línea, véase Finnis (2016, pp. 73-120) o George (2001, pp. 2269-2283). Desde una posición pospositivista, aunque no iusnaturalista, Aguiló (2011) distingue también entre normas necesarias y normas idiosincráticas o de contingencia histórica (pp. 62-63).

41 Sin embargo, para una lectura apropiada, por un lado, es indispensable identificar cuáles son los parámetros para esclarecer la razonabilidad pretendidamente objetiva de esa moral —núcleo material desde el que el texto constitucional ha de ser leído—, lo que nos lleva a una discusión ineludible sobre el fundamento y la determinación de dicha moral y de su relación con las instituciones positivas. Por otro lado, es imprescindible esclarecer cuáles son los mecanismos institucionales idóneos para la toma de decisiones constitucionales cuando los principios justificados de dicha moral no encuentran consenso político o entran en tensión con una ley de reforma constitucional aprobada formalmente o con el texto constitucional mismo. Desde luego, algo como lo que planteamos no puede admitirse desde enfoques iuspositivistas de la constitución, lo que merecería una discusión extensa que no puede abordarse aquí, aunque algo más diremos en el apartado IV.3 de este trabajo. En todo caso, sobre las desventajas en que se encuentra el positivismo jurídico frente al Estado constitucional de derecho, véase Atienza (2017, pp. 117 y ss.).

En ese sentido, no cuestionamos que el TC se haya irrogado la competencia de ejercer un control formal y material del poder reformador; sin embargo, existen algunos criterios que deberían tenerse en cuenta al momento de argumentar la pertinencia de un ejercicio concreto de dicha competencia. Primero, si una constitución es rígida y, no obstante, el poder constituyente derivado alcanza tras profunda deliberación un consenso reformador, el tribunal controlador debería ser muy cauteloso al evaluar la constitucionalidad formal o material de dicha reforma, pues es más probable que el poder constituyente derivado no haya alterado los elementos de la «identidad constitucional». Por el contrario, en la medida que la constitución sea más flexible y el procedimiento de cambio constitucional se asemeje más al de la expedición de una ley ordinaria, entonces el controlador tendrá un mayor margen de maniobra para ejercer esa competencia a fin de proteger los valores esenciales de la constitución. En el caso peruano, por ejemplo, esto sucede cuando la Constitución es aprobada exclusivamente por vía legislativa, procedimiento más sencillo que el de ratificación por referéndum.

Segundo, el margen de acción del tribunal controlador para enjuiciar la constitucionalidad de una reforma constitucional varía dependiendo de la existencia o no de cláusulas pétreas o de cláusulas que, explícita o implícitamente, lo autorizan a ejercer esa competencia. De existir dicha disposición, el controlador actúa bajo la autorización expresa del constituyente; mientras que, de no existir, lo hace bajo autorización de su propia interpretación de la decisión del constituyente. Este es, por ejemplo, el caso peruano.

Tercero, el tribunal controlador debe tomar en consideración qué aspecto de la constitución se reforma; por ejemplo, si se suprime un derecho fundamental o si se altera una institución de la parte orgánica adjudicando funciones de carácter irrazonable que faciliten el abuso de poder. Es probable —como refleja el caso peruano— que la mayoría de las reformas puedan modificar el contenido de ciertos derechos, cambiar el funcionamiento de algunos organismos constitucionales o incluso reformular el equilibrio de poderes, sin llegar a generar situaciones irrazonables de abuso de poder. En dichos casos, el controlador debe procurar respetar la posición jurídica y las atribuciones de los órganos productores habituales de derecho constitucional, como lo es el Legislativo (Castillo, 2019, p. 65). Serán menos los casos en los que el tribunal controlador se encuentre en la presencia de una reforma abiertamente inconstitucional, respecto de la que resulta imposible brindar siquiera alguna razón formal o material a favor de su constitucionalidad.

Es preciso recordar que el control de constitucionalidad de la reforma constitucional es excepcional y extraordinario, pues es un control

de lo ya constituido y no de lo infraconstitucional, al punto de que podríamos hablar de una suerte de «meta» o «súpercontrol» de la constitucionalidad de naturaleza distinta al ordinario⁴². Consideramos que, en esta excepcional circunstancia, el tribunal controlador actúa como guardián preferente o privilegiado —no único ni último— de la constitucionalidad. Ello ocurriría, en concreto, en el caso del TC peruano porque, por su posición estructural e histórica en el balance de poderes del Estado, puede confiársele la elaboración de una justificación con corrección y fuerza autoritativa suficiente que evite el camino violento hacia un quiebre constitucional. Por ello, en la medida que lo permitan las circunstancias, el TC debe procurar examinar diversas interpretaciones posibles que eviten la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de reforma impugnada y, de ser el caso que encuentre algunos vicios de inconstitucionalidad, invalidar solo los más graves y dejar a cargo del poder de reforma las restantes modificaciones necesarias.

Finalmente —como desarrollaremos más adelante—, por esta razón la reforma constitucional debe evaluarse bajo un parámetro bastante claro, que no sea susceptible de asemejarse a un listado fruto de la discrecionalidad de los magistrados de turno, como parece ser el caso peruano. Si el parámetro de evaluación es la identidad constitucional, identificar un rasgo de la constitución como parte integrante de dicha identidad requiere una argumentación exhaustiva, sostenida en su carácter de determinación necesaria de principios morales-jurídicos básicos para el bien común y su presencia a lo largo de las distintas normas directamente estatuidas por el constituyente histórico, así como por una afinidad con criterios comunes del constitucionalismo político.

IV.2. Sobre el rol del TC como comisionado de un poder constituyente originario de poderes ilimitados

El TC afirma que solo el poder constituyente derivado está constreñido por límites formales y materiales, no así el originario⁴³. En ese sentido, el TC se considera competente para revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales que trasgreden la voluntad de dicho poder soberano. Sin embargo, en la doctrina se encuentran diversas objeciones a esta tesis. Por ejemplo, Ferreres (2024) ha sugerido que debe abandonarse la visión tradicional del poder constituyente originario como no sujeto a límites morales ni jurídicos por contravenir los principios del constitucionalismo liberal y democrático (p. 63). Yendo más lejos, Hasebe (2009) considera que la noción de poder constituyente

42 Ragone (2021) repara en que este control se puede distinguir del ordinario por criterios objetivos (pp. 116-117).

43 Para una revisión comparada de cómo se entienden los límites materiales en el constitucionalismo latinoamericano, véase Nogueira (2010, pp. 1298 y ss.).

es dispensable, pues la validez de una constitución no lo requiere (p. 49). Por el contrario, la noción de poder constituyente ilimitado entraría en conflicto con el principio de supremacía constitucional, pues en cualquier momento dicho poder podría activarse y dejar atrás la constitución. Incluso la considera innecesaria para la justificación de la revisión de constitucionalidad de la reforma constitucional, ya que los límites a la reforma constitucional se fundan en principios de naturaleza moral a los que el juez podría recurrir directamente sin justificar su autoridad en dicha noción. En la misma línea, Dyzenhaus (2012) sostiene que la idea del poder constituyente es, en el mejor de los casos, una distracción para la teoría del derecho; y, en el peor, una teoría subversiva de los mismos ideales del constitucionalismo, donde la discusión central giraría en torno a comprender si las razones que sostienen la autoridad de la constitución son intrínsecas o extrínsecas al ordenamiento jurídico (p. 257).

Verdugo (2022), por su parte, presenta los problemas asociados a esta doctrina y cuestiona que la misma pueda ser reformada y redimida por sus partidarios. Considera que no logra explicar la paradoja del constitucionalismo, pues no describiría cómo sucede en la práctica un proceso constituyente. Asimismo, esta doctrina asumiría que el pueblo es una entidad unitaria que no debiera sujetarse a ningún tipo de revisión externa, por lo que sería incapaz de «proveer de categorías descriptivamente adecuadas y normativamente deseables» (pp. 219-222). A la par, Bernal Pulido (2016) propone prescindir de la doctrina del poder constituyente en la creación constitucional, noción que debería reemplazarse por una teoría de los límites del poder de creación y diseño constitucional. Estos límites serían principios jurídicos básicos que pueden encontrarse en los tratados internacionales, las instituciones democráticas clásicas que se hallan en el derecho transnacional y las constituciones históricas (pp. 39-70).

En nuestra opinión, lo que resulta necesario abandonar es la teoría más clásica sobre el poder constituyente originario, que lo entiende como absolutamente soberano e ilimitado. No creemos que sea un mero asunto de términos ni de reconstrucción histórica. Sucede que consideramos inviable prescindir de un órgano unitario de coordinación y concreción de los principios jurídicos básicos en disposiciones constitucionales, un órgano que en ciertos momentos históricos brinde salidas razonables a entrapamientos políticos que de otro modo se terminarían resolviendo mediante la violencia. Creemos indispensable un órgano sujeto a límites que pueden encontrarse también en fuentes no positivas o transpositivas del derecho; un órgano cuyo poder de creación constitucional no tiene un carácter *ex novo*, dado que algunos de los contenidos que constitucionaliza no son producto de su voluntad,

sino que son reconocidos y formalizados por su autoridad⁴⁴. Ese es el caso, precisamente, de algunos DD. FF. como la vida, la libertad o la igualdad. ¿Cómo se controlaría a este «poder constituyente originario, pero limitado»? Dicho control podría ejercerse a través de órganos ya constituidos. Por ejemplo, Landau *et al.* (2019) sostienen la posibilidad de un control constitucional de una disposición constitucional original, pero basada en aspectos procedimentales y llevada adelante en una franja temporal cercana a la promulgación de la constitución (p. 42); mientras que Castillo Córdova (2018) ha argumentado que en caso de que el TC sea llamado a revisar la constitucionalidad de una disposición constitucional, podría optar por la inaplicabilidad de la norma sin desterrarla del texto constitucional, lo que implicaría un ejercicio de argumentación exhaustivo (p. 77).

En el caso de la Constitución peruana, encontramos un ejemplo en el artículo 140, que modificó el régimen para la aplicación de la pena de muerte, ampliándolo al delito de terrorismo. Para ostentar validez formal, dicha disposición debió haber respetado acuerdos internacionales anteriores, como la Convención. Para ostentar validez material, debió alinearse con el núcleo del derecho internacional de los DD. HH. en la materia y no es el caso, ya que, si bien la pena de muerte no está prohibida, el proceso del corredor de la muerte ha sido considerado como tortura por muchos tribunales y la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional —*jus cogens*⁴⁵—. En ese sentido, el constituyente originario incorporó a la Constitución una norma inconstitucional. Como Jackson (2018) ha mantenido: «la autoridad legítima para hacer una constitución depende de algo más que la voluntad del pueblo» (p. 328), por lo que coincidimos con Bernal Pulido (2018) en la necesidad de establecer límites al ejercicio del poder de creación y diseño constitucional debido a que una constitución es un instrumento no solo político, sino también jurídico (pp. 71-80).

Del mismo modo, rechazar la doctrina de un poder constituyente originario ilimitado no tiene implicancias directas sobre el poder del TC para revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional. Como indicamos en la sección anterior, las normas constitucionales tienen un elemento configurador formal y otro material, y ninguno de los dos se reduce a la declaración de voluntad absoluta y soberana del constituyente. Podría darse el caso de que el constituyente instituya una norma formalmente constitucional, pero materialmente inconstitucional; y lo mismo puede replicarse para el poder constituyente derivado. En ese sentido, la competencia del TC se activa como órgano no solo de control, sino de metacontrol de la constitucionalidad, necesario para

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

44 Defendimos esta tesis en Chávez-Fernández Postigo y Valdivia Aguilar (2016, pp. 69-70).

45 Incluso parte del iusnaturalismo contemporáneo comienza a inclinarse por la tesis de la ilicitud intrínseca de la pena de muerte. Por ejemplo, véase Finnis (1998, pp. 279-284).

garantizar el respeto a los principios fundantes del bien común, sin los que ninguna comunidad política puede brindar condiciones adecuadas para el florecimiento de sus miembros.

IV.3. Sobre la «identidad constitucional» y el control de límites materiales a la reforma constitucional

Como describimos anteriormente, el TC recurre a conceptos altamente indeterminados como el de «identidad constitucional» para configurar los límites materiales de reforma de la Constitución. Esta no es una práctica exclusiva del TC, pues en el derecho comparado observamos que, ante la ausencia de cláusulas expresas que remitan a contenidos irreformables, los tribunales recurren a límites materiales implícitos relacionados con elementos de la identidad constitucional. Para configurar dicha identidad, el TC peruano ha recurrido indistintamente —y sin mayor justificación— tanto al constitucionalismo histórico como al derecho comparado, desarrollando un variado catálogo de límites materiales. En nuestra opinión, no todos los límites materiales propuestos constituyen razones suficientes para activar lo que hemos llamado un «metacontrol» de constitucionalidad. No obstante, límites tales como el principio de dignidad humana y los DD. FF, el principio de separación y equilibrio de poderes, el principio de gobierno limitado o el principio democrático tienen mejores credenciales para activar dicha competencia. No olvidemos que una constitución no solo garantiza un núcleo moral indisponible, sino que requiere también de elementos institucionales básicos para hacerlo efectivo.

En el derecho comparado encontramos, al menos, dos versiones del concepto de identidad constitucional. La primera se referiría a algunos rasgos fundamentales compartidos por las constituciones, mientras que la segunda se relacionaría con otros vinculados con la particularidad de una constitución (Stone, 2018, p. 365). En la doctrina, ocurre otro tanto. Por ejemplo, para Rosenfeld (1995), la identidad constitucional toma elementos de la identidad nacional, étnica, cultural, histórica y política de las naciones, pero se mantiene distinta a estas. A su juicio, la identidad constitucional se construye dinámicamente e involucra la negación de identidades previas, así como la incorporación y reconfiguración de los elementos más salientes de una nueva identidad.

Pero no toda la doctrina relaciona el concepto de identidad constitucional con los límites al cambio constitucional. Para Jacobsohn (2006), la identidad constitucional se constituye de elementos contingentes y contestables, una mezcla de aspiraciones y compromisos políticos expresivos del pasado de una nación, pero también de experiencias y diálogos que buscan trascenderlo (p. 363). A su modo de ver, las desarmonías en la constitución proveen el fundamento de la fluida

empresa de construir una identidad constitucional. Scholtes (2021), en el contexto de la relación entre la constitución de la Unión Europea y las constituciones europeas, ve la identidad constitucional desde una perspectiva metaconstitucional, no solo como un concepto normativo que permite proteger ciertos elementos de la cultura constitucional frente a la influencia del derecho internacional y transnacional, sino que —sostiene— la identidad constitucional debería entenderse como un argumento que concierne a la atribución de autoridad entre distintas autoridades constitucionales (p. 543). Desde esta perspectiva, la identidad constitucional tiene también un aspecto relacional y preserva elementos comunes al constitucionalismo global y transnacional.

Si quisiéramos sintetizar estas dos grandes formas de referirse a la identidad constitucional para que la terminología no resulte equívoca, podríamos decir que mientras que la primera hace alusión a la singularidad sistemática, cultural o histórica de una constitución, a aquello que distinguiría a una constitución de otra —lo que podríamos llamar «identidad como singularidad»—; la segunda lo hace a algo así como el mínimo común denominador de toda constitución o a la esencialidad de las constituciones —lo que podemos denominar «identidad como esencialidad»—. En ese sentido, la identidad constitucional como singularidad debería ser concreción o especificación de la identidad constitucional como esencialidad. La distinción podría parecer inútil, pero no lo es en absoluto. No es lo mismo ejercer el metacontrol de constitucionalidad sobre reformas que involucran aspectos de la identidad constitucional como singularidad de un país que hacerlo respecto de aquellas que involucran, además, aspectos concernientes a la identidad constitucional como esencialidad, control que exigiría estándares aún más rigurosos.

En el caso de la jurisprudencia del TC peruano, no parece encontrarse mayor reflexión sobre la noción de identidad constitucional, ni sobre los elementos que razonablemente la integran, los que parecen más bien aglutinarse en una lista más o menos arbitraria. El TC alude indistintamente tanto a la dignidad humana como a la soberanía popular, o al régimen económico, como límites materiales implícitos y elementos configuradores de la identidad constitucional; y, a su vez, como elementos absolutamente indisponibles para el poder constituyente derivado. Así, esta identidad constitucional parece reducirse a lo que genéricamente expresa el mismo texto constitucional, asimilando el metacontrol de la reforma a un control ordinario de constitucionalidad, por lo que no configura un parámetro claro que legitime dicho control. Para esbozar adecuadamente los elementos integradores de la identidad constitucional en su doble faceta, sería necesario, primero, que el TC haga el esfuerzo de responder a la pregunta «¿qué entiende por constitución y cuáles son sus elementos esenciales?»; y, luego, a otras cómo «¿cuáles de estos rasgos esenciales se encuentran, principalmente,

41

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

en el constitucionalismo histórico nacional y cuáles son afines, sobre todo, al constitucionalismo global?».

En todo caso, lo normal sería que, dependiendo del modelo de constitución escogido, se configuren los límites materiales de la reforma constitucional. Así, por ejemplo, para un modelo de constitución afín a algún tipo de positivismo jurídico normativista, justificar una doctrina de enmiendas constitucionales inconstitucionales es una tarea difícil, como hemos podido comprobar. Las enmiendas deberían constreñirse a partir de límites institucionales expresos y no conceptuales. En concreto, Guastini (2022) no encuentra mucho sentido en que se limite el poder constituyente derivado respecto de modificar la fórmula o identidad política de la constitución, lo que implicaría una denegación del poder de reforma como tal. Tampoco encuentra límites adecuados en la «identidad legal», pues para ello debiera existir jerarquía entre las disposiciones constitucionales: diferencias de grado entre las disposiciones originarias y las que se incorporan a través de una reforma. Por último, la llamada «identidad axiológica» tampoco configura un límite al poder de reforma para él, la que residiría en el conjunto de principios o valores que expresa la constitución.

Pero la posición del TC sobre la posibilidad de controlar la reforma de la Constitución parece alejarse claramente de posturas como la anterior. En todo caso, ¿bajo qué argumentos el Tribunal justifica adscribir a ciertos principios constitucionales el carácter de valores fundamentales o supremos dentro del ordenamiento? Esto último no ha sido respondido por este al momento de seleccionar y clasificar los elementos configuradores de la identidad constitucional.

Desde una concepción sustantivista de la constitución afín a la propugnada por el constitucionalismo político⁴⁶, Bernal Pulido (2013)⁴⁷ encuentra una fundamentación tanto conceptual como normativa al poder de revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional (pp. 403-432). Conforme a la fundamentación conceptual, la competencia del poder constituyente derivado para reformar la constitución no podría comprender la competencia para desnaturalizarla. Para Bernal, el concepto de constitución en el lenguaje técnico supone que tiene tres elementos: «la protección de derechos fundamentales, el principio del Estado de derecho y la separación de poderes» (p. 403). Si una reforma elimina alguno, ya no estaríamos ante una constitución. No obstante, este argumento resulta contingente al depender «de los usos lingüísticos

46 Para Aguiló (2001), «la clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y, en este sentido, la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es constitución)» (p. 443).

47 Para una postura bastante crítica con esta doctrina, véase Silva y Contreras (2020, pp. 395-434).

actuales del concepto de Constitución» (p. 404) y, además, parte de la premisa de que todas las constituciones compartirían básicamente estas características. A fin de argumentar la existencia de estas en un texto constitucional, Bernal Pulido propone una fundamentación normativa para la que «las constituciones son entidades intencionales» creadas con el propósito de dar solución a problemas morales y de coordinación de poder. El constituyente elegiría una vía para resolver estos problemas, decisión que cuenta con una doble dimensión: la fáctica y la ideal (p. 405)⁴⁸. En su dimensión fáctica, la decisión de darse una constitución es un hecho social contingente, pero en su dimensión ideal implicaría la intención de darse una correcta (p. 406). En consecuencia, un ejercicio correcto del poder constituyente derivado lo será si pretende «conservar o mejorar el sistema adoptado por el poder constituyente originario, si es un sistema correcto» (p. 408). Por el contrario, operará una sustitución de la constitución —y, por ende, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de dicha reforma en la sede de la corte constitucional— si dicho ejercicio del poder constituyente derivado deroga DD. FF. específicos o «los procedimientos que hacen posible que el sistema político institucionalice una democracia deliberativa» (p. 408).

La argumentación propuesta por el TC para su doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales resulta, sobre todo, afín a esta última concepción. Para el TC, la identidad constitucional comprende ciertos rasgos esenciales que se consideran propios del constitucionalismo político y otros muy particulares, propios de la misma Constitución, a los que el Tribunal denomina «identidad constitucional», pero —como hemos señalado— no aclara cómo ha identificado esa amalgama de contenidos implícitos. Tampoco aclara cuál es la justificación ni el contenido de estos principios, ni cómo se concretan o aplican en el test de la reforma constitucional. Esto podría dar lugar a que el TC peque por exceso y considere como elementos de la identidad constitucional aspectos que deberían poder ser modificados por el poder de reforma. Al fin y al cabo, mientras el poder constituyente derivado no convierta a la Constitución en un instrumento político-jurídico irreconocible, ¿por qué no deberían permitirse cambios radicales en el texto constitucional —en su identidad singular— si se logran los consensos políticos suficientes?

Como se ha expuesto anteriormente, consideramos que la validez de las normas constitucionales se determina a partir de dos criterios: uno más formal y otro con un acento material. Así, «[u]na norma será formalmente válida cuando cumple con las exigencias formales que

43

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

48 Como se sabe, la tesis de la doble dimensión del derecho le pertenece a Robert Alexy, quien ha compilado sus trabajos al respecto (Alexy, 2021).

la concreta fuente de derecho reclama» (Castillo, 2018, p. 52), que suelen ser que haya sido emitida por un órgano competente y bajo el procedimiento previsto. Adicionalmente, una disposición constitucional dogmática será materialmente válida «si su decisión se ajusta al bien humano reconocido» (p. 53), toda vez que las normas referidas a DD. FF. serían reconocidas y no creadas por el constituyente. Asimismo, una disposición constitucional orgánica será materialmente válida si brinda soluciones razonables con relación a las estructuras del poder y no lesiona bienes humanos debidamente constitucionalizados (p. 56).

En nuestra opinión, efectivamente, existen ciertos límites materiales a la reforma constitucional, aunque no han de ser tantos que terminen banalizando el metacontrol de constitucionalidad hasta confundirlo con un control ordinario. Por ello, la justificación de estos debe ser exhaustiva. En un primer nivel, los límites estarían configurados por aquellas lesiones gravísimas a bienes humanos básicos y, en un segundo nivel, por las graves afectaciones al ejercicio legítimo de la autoridad política. Creemos que su transgresión desnaturalizaría el propósito de cualquier texto constitucional. Podríamos decir que esta doble limitación constituye la garantía de que el control, ejercido como defensa de la identidad constitucional como esencialidad, no termine atentando contra la identidad como singularidad, y viceversa. Del mismo modo, es preciso señalar que el contraste del contenido de la reforma constitucional con el contenido de los límites materiales es el paso primordial de cualquier test que busque evaluar la constitucionalidad de una reforma constitucional. Para ello, la reforma no se contrasta con la totalidad de las disposiciones constitucionales, sino solo con aquellas que formulan —lingüística y contingentemente, no se debe olvidar— estos principios esenciales. Sin embargo, más allá de estos criterios, propios de todo texto constitucional, muchos otros aspectos deben ser dejados a la prudencia política del legislador constituyente derivado y del pueblo, que son quienes deciden —siempre imperfectamente— en última instancia los mejores caminos de gobierno en cada circunstancia concreta. Ellos son, además, quienes serán gobernados por dicho pacto y quienes, con su obediencia a dichos acuerdos, le otorgarán a la Constitución un carácter verdaderamente normativo.

V. COLOFÓN

El TC, a través de su jurisprudencia sobre la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, ha revelado una concepción sustancialista o valorativa de la Constitución en la que las reformas constitucionales están sujetas no solo a límites procesales o institucionales, sino también a límites materiales o sustanciales —principalmente morales—, con lo que estamos de acuerdo. No obstante, esta concepción

no parece del todo equilibrada y, por eso, puede catalogarse de no completamente consistente.

Dicho desequilibrio lleva al TC, por ejemplo, a cerrar la puerta a analizar la constitucionalidad de una disposición constitucional originaria por considerar —sin razón suficiente— que el poder constituyente originario resulta ilimitado, contrariando la concepción sustantiva de la Constitución adoptada; pero ello parece ser solo un síntoma de su falta de claridad sobre cuáles son los parámetros de determinación de estos límites sustanciales. El TC recurre a conceptos ambiguos como el de identidad constitucional, que abarca tanto a las constituciones históricas como el derecho transnacional e internacional. No queda claro tampoco cómo ha identificado los contenidos implícitos en dicha identidad constitucional, dado que no distingue, por ejemplo, cómo se integran dos límites potencialmente en conflicto y de naturaleza muy diferente como lo son la dignidad humana —fin supremo de la sociedad y del Estado— y la soberanía del pueblo.

Para terminar, basta señalar que resulta imprescindible, por un lado, identificar los parámetros para esclarecer la justificación y la determinación razonables de la moral que conforma el núcleo indisponible material de la Constitución; y, por otro lado, caracterizar los elementos institucionales necesarios para asegurar la realización efectiva de dicho núcleo material. Toda disposición constitucional, así como toda reforma constitucional, deberá ajustarse tanto a ese núcleo material indisponible como también a ciertos elementos institucionales básicos. Asimismo, resulta necesario dilucidar los mecanismos más apropiados para tomar decisiones autoritativas cuando dicho sustrato material no goce de consenso político suficiente, entre en conflicto con una ley de reforma constitucional o, de ser el caso, con disposiciones constitucionales dadas directamente por el poder constituyente originario. Una propuesta de esa naturaleza excede las posibilidades de este trabajo y ha de quedar pendiente para futuras investigaciones.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2001). Sobre la Constitución del Estado Constitucional. *Doxa*, (24), 429-454. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Aguiló, J. (2008). Tener una constitución, Darse una constitución y Vivir en constitución. *Isonomía*, (28), 67-86. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/394>
- Aguiló, J. (2011). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. *Doxa*, (34), 55-71. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32762/1/Doxa_34_03.pdf
- Albert, R. (2014). La estructura de las reglas de enmienda constitucional. *Wake Forest Law Review*, (49), 913-975.

Albert, R. (2017). *Formas y función de la Enmienda Constitucional*. Colombia: Universidad del Externado.

Albert, R. (2019a). Los métodos de la reforma informal. *Latin American Law Review*, (3), 29-47. <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.02>

Albert, R. (2019b). *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford: Oxford University Press.

Albert, R. (2019c). The formalist resistance to unconstitutional constitutional amendments. *Hastings Law Journal*, (70), 639-670.

Alexy, R. (2021). *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press.

Altavilla, C. (2022). Control de constitucionalidad y límites al poder de reforma constitucional: un análisis comparativo de la evolución jurisprudencial de los máximos tribunales en Argentina y Colombia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 481-509. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.15>

Atienza, M. (2007). Constitución y Argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 197-228. <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/AFD/articulo/view/2140/2140>

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Bernal Pulido, C. (2013). Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia. En J. C. Henao (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (pp. 430-432). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2016). Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos en el neoconstitucionalismo. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, (9), 39-70. https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/03_carlosbernal.pdf

Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del Poder Constituyente en la creación constitucional. Los límites constitucionales del poder para reemplazar o reformar una Constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 59-99. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>

Bryce, J. (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Carpizo, J. (2009). El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (12), 21-67.

Casey, C. (2022). Constitutional Design and the Point of Constitutional Law. *The American Journal of Jurisprudence*, 67(2), 173-197. <https://doi.org/10.1093/ajj/auac010>

Castellano, D. (2013). *Constitución y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

Castillo Córdova, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.

Castillo Córdova, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Castillo Córdova, L. (2021, 7 de octubre). La inconstitucionalidad de una asamblea constituyente. *La Ley*. <https://laley.pe/2021/10/07/la-inconstitucionalidad-de-una-asamblea-constituyente/>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la dignidad ontológica*. Lima: Palestra.

Chávez-Fernández Postigo, J. (2021). Las consecuencias jurídicas de los defectos morales del derecho: una propuesta a partir del debate entre Alexy y Finnis. *Prudentia Iuris*, (92), 125-158. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.125-158>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2023). Dignidad humana e injusticia extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (48), 37-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>

Chávez-Fernández Postigo, J., & Ríos Carrillo, P. (2019). De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un «iusnaturalismo moderado»: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 177-201. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000100177>

Chávez-Fernández Postigo, J., & Valdivia Aguilar, T. (2016). Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala. *Dikaion*, 25(1), 53-74. <https://doi.org/10.5294/dika.2016.25.1.3>

Cianciardo, J. (2008). *Una introducción a los principios constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

De Paz González, I., & Amador Magaña, D. (2017). Referéndums contemporáneos: Deliberación y problemas de su ejercicio en diversos contextos constitucionales. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 83-122. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/385/306>

Donaire Villa, F. (2021). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado. *Revista CEFLegal*, (240), 33-66. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2021.9491>

Doyle, O. (2020). Order from chaos?: Typology and models of constitutional change. En Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (pp. 45-60). Routledge.

Dworkin, R. (2019). *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana* (M. Parmigi, trad.). Lima: Palestra.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

Dyzenhaus, D. (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, 1(2), 229-260. <https://doi.org/10.1017/S2045381712000032>

Eguiguren, F. (2018). El referéndum y sus alcances en la reforma de la Constitución en el Perú: ¿Sólo procede para ratificar una reforma aprobada previamente por el Congreso? *Pensamiento Constitucional*, (23), 243-259. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20954/20646>

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, (34), 15-53. <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo->

Ferrerres, V. (2024). The Death of Constituent Power. En Ran Hirschl y Yaniv Roznai (eds.), *Deciphering the genome of constitutionalism. The foundations and future of constitutional identity* (pp. 63-75). Cambridge University Press.

Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Finnis, J. (2013). Reflections and responses. En John Finnis (ed.), *Reason, Morality and Law* (pp. 459-584). Oxford: Oxford University Press.

Finnis, J. (2016). Judicial Law-Making and the 'Living' Instrumentalisation of the ECHR. En N. W. Barber, Richard Elkins y Paul Yowell (eds.), *Lord Sumption and the Limits of the Law* (pp. 73-120). Oxford Portland: Hart Publishing.

George, R. (2001). Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review. *Fordham Law Review*, 69(6), 2269-2283. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss6/1>

Guastini, R. (2022). The multiple identities of Constitutions. *Revista de Ciencia de la Legislación*, (11). <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b5efeaa56c77db78fbd8270a07ea6d3d>

Hakkanson Nieto, C. (2006). El reconocimiento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. *Actualidad Jurídica*, (147), 137-141.

Hasebe, Y. (2009). On the dispensability of the concept of constituent power. *Indian Journal of Constitutional Law*, (3), 39-51. <http://www.commonlii.org/in/journals/INJlConLaw/2009/3.html>

Jackson, V. (2018). «Constituent Power» or degrees of legitimacy? *The Vienna Journal on International Constitutional Law*, 12(3), 319-244. <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0068>

Jacobsohn, G. (2006). Constitutional Identity. *The Review of Politics*, 68(3), 361-397. <https://www.jstor.org/stable/20452799>

Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP

Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, (47), 189-260. https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf

Landau, D., & Dixon, R. (2015). Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *Icon*, 13(3), 606-638. <https://doi.org/10.1093/icon/mov039>

Landau, D., Dixon, R., & Roznai, Y. (2019). From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution: lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, 8(1), 40-70. <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>

LeDuc, L. (2015). Referendos y democracia deliberativa. *Estudios Electorales*, (38), 139-148.

Legarre, S. (2018). A New Natural Law Reading of The Constitution. *Louisiana Law Review*, 78(3), 877-905. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol78/iss3/8>

Leiter, B. (2023). Politics by Other Means: The Jurisprudence of “Common Good Constitutionalism”. *The University of Chicago Law Review*, 90(6), 1685-1717. <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/politics-other-means-jurisprudence-common-good-constitutionalism>

Nogueira Alcalá, H. (2010). La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (129), 1261-1321. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2010.129.4649>

Nogueira Alcalá, H. (2017). Poder Constituyente, Reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, (36), 327-349. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.36.10868>

Nugraha, I. (2023). Abusive Unconstitutional Constitutional Amendments: Indonesia, the Pancasila and the Spectre of Authoritarianism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 43(2), 379-404. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqad002>

Portocarrero, A. (2011). El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (27), 75-102. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3013/2657>

Ragone, S. (2020). Control de constitucionalidad de los vicios de forma de la reforma constitucional. En M. Henríquez Viñas (ed.), *Jurisdicción Constitucional y vicios de forma* (pp. 87-104). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ragone, S. (2021). La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material”. *Revista Derecho del Estado*, (50), 99-131. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.05>

Roales Buján, O. (2023). *Constituciones inconstitucionales, soberanos limitados. El entramado de los derechos fundamentales como fundamento de la noción de soberanía*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.

Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

Rosenfeld, M. (2012). Constitutional identity. En M. Rosenfeld y A. Sajo (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 756-776). Oxford: Oxford University Press.

Roznai, Y. (2013). The theory and practice of 'supraconstitutional' limits on constitutional amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, 62(3), 557-597. <https://doi.org/10.1017/S0020589313000249>

Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford: Oxford University Press.

Roznai, Y. (2018). Unconstitutional constitutional change by Courts. *New England Law Review*, 51(3), 555-577. <https://ssrn.com/abstract=3273956>

Scholtes, J. (2021). Abusing constitutional identity. *German Law Journal*, 22(4), 534-556. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.21>

Silva, L., & Contreras, F. (2020). La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 18(1), 395-434. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/download/639/407>

Stone, A. (2018). Unconstitutional constitutional amendments: Between contradiction and necessity. *The Vienna Journal on International Constitutional Law*, 12(3), 357-368. <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0043>

Toller, F. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. Rivera, J. S. Elias, L. S. Grosman y S. Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales* (vol. I, pp. 107-199). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Torres, N. (2017). Control de Normas Constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiariedad, Deferencia e Impacto en la teoría del cambio constitucional. En A. Saiz Arnaiz (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (pp. 71-108). Valencia: Tirant lo Blanch.

Valdivia Aguilar, T. (2022). Reformas constitucionales inconstitucionales: el caso peruano. En C. Landa (ed.), *La reforma constitucional en América Latina y el Perú* (pp. 161-174). Valencia: Tirant lo Blanch.

Vermeule, A. (2022). *Common Good Constitutionalism*. Cambridge: Polity Press.

Verdugo, S. (2022). El poder constituyente impopular. *Actualidad Jurídica*, (46), 207-246. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2022/09/AJ-46-09-El-poder-constituyente-impopular-Sergio-Verdugo.pdf>

Wieland, H. (2023a). *El referéndum en el Perú. Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional* (2.ª ed.). Lima: Palestra.

Wieland, H. (2023b). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 31399, que elimina el derecho ciudadano de referéndum. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (183). <https://www.gacetajuridica.com.pe/productos/gaceta-constitucional/articulos-juridicos/autores/hubert-wieland-conroy>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

65 *Congresistas c. Reglamento del Congreso de la República del Perú*, sentencia (expediente 00006-2003-AI/TC) (TC [Perú], 1 de diciembre de 2003).

Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, sentencia (expediente 0014-2003-AI/TC) (TC [Perú], 10 de diciembre de 2003).

Boyce c. Barbados, Serie C.N.º 169 (Corte IDH, 20 de noviembre de 2007).

Ciudadanos c. Congreso de la República, sentencia 443/2023 (expediente 00001-2023-PI/TC) (TC [Perú], 20 de octubre de 2023).

Colegio de Abogados de Ayacucho, El Santa y Lambayeque c. Congreso de la República del Perú, sentencia 918/2021 (expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC) (TC [Perú], 11 de noviembre de 2021).

Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, auto 1 (expediente 00013-2020-PI/TC) (TC [Perú], 7 de enero de 2021).

Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, sentencia 890/2021 (expediente 00013-2020-PI/TC) (TC [Perú], 17 de noviembre de 2021).

Colegio de Abogados del Cusco c. Congreso de la República del Perú, sentencia (expediente 014-2002-AI/TC) (TC [Perú], 21 de enero de 2002).

Colegios de Abogados de Cusco y Callao y más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú, sentencia (expedientes 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, STC 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC) (TC [Perú], 3 de junio de 2005).

Congreso de la República del Perú c. Poder Ejecutivo, sentencia 307/2023 (expediente 0004-2022-CC/TC) (TC [Perú], 30 de mayo de 2023).

Constitución Política del Perú (Asamblea Constituyente [Perú], 1979).

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente [Perú], 1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. (OEA, 1969).

Debate Constitucional Pleno 1993, vol. I (Congreso de la República del Perú, 2011).

Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Congreso de la República [Perú], 2 de mayo de 1994). *Diario Oficial El Peruano*, 3 de mayo de 1994.

Ley 27680, Ley de reforma constitucional del capítulo XIV del título IV, sobre descentralización (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 7 de marzo de 2002.

Ley 30904, Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la junta nacional de justicia (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de enero de 2019.

51

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

Ley 31280, Ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia temporal del expresidente de la República (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 16 de julio de 2021.

Ley 31304, Ley de reforma constitucional que refuerza la protección del patrimonio cultural de la nación (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de julio de 2021.

Ley 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]). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de julio de 2021.

Ley 31355, Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú. (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de octubre de 2021.

Ley 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional. (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 16 de diciembre de 2021.

Ley 31399, Ley de reforma constitucional que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la ley 26300. (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 30 de enero de 2022.

Ley Fundamental [Grundgesetz, 1949] (versión en español) (República Federal de Alemania). Deutscher Bundestag, Berlín, junio de 2024.

Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos c. Decretos Ley 25475, 25659, 25708 y 25880, Sentencia (Expediente 010-2002-AI/TC) (TC [Perú], 3 de enero de 2003).

Más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú, Sentencia (Expediente 0008-2018-PI/TC) (TC [Perú], 4 de octubre de 2018).

Miguel Ángel Mufarech Nemy c. Ley 28607 que modifica los artículos 91, 191 y 194 de la Constitución de 1993, sentencia (expediente 00024-2005-AI/TC) (TC [Perú], 2 de noviembre de 2005).

Olmedo Bustos c. Chile, Serie C N.º 73 (CIDH, 5 de febrero de 2005).

Informe sobre los límites a la reelección. Parte I - Presidentes, CDL-AD(2018)010 (Comisión de Venecia, 2018).

Opinión sobre la vinculación de las enmiendas constitucionales a la cuestión de la confianza, Opinión 964 (Comisión de Venecia, 2019).

Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón c. Poder Ejecutivo, sentencia (expediente 006-2019-CC/TC) (TC [Perú], 14 de enero de 2020).

Poder Ejecutivo c. Congreso de la República del Perú, sentencia 6/2022 (expediente 00032-2021-PI/TC) (TC [Perú], 3 de febrero de 2022).

Poder Ejecutivo c. Congreso de la República, sentencia 374/2022 (expediente 00001-2022-CC/TC) (TC [Perú], 24 de noviembre de 2022).

Rafael Cáceres Neyra y otros c. Corte Superior de Justicia de Lima Norte, sentencia (expediente 0489-2006-PHC/TC) (TC [Perú], 25 de enero de 2007).

Reglamento del Congreso de la República del Perú (Congreso de la República [Perú], 2016).

Resolución Legislativa 021-2020-2021-CR (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 3 de junio de 2021.

Cantoral Benavides c. Perú, Serie C N.º 69 (CIDH, 18 de agosto de 2000).

Castillo Petruzzi y otros c. Perú, Serie C N.º 52 (CIDH, 30 de mayo de 1999).

YATAMA c. Nicaragua, Serie C N.º 127 (CIDH, 23 de junio de 2005).

Recibido: 29/11/2023
Aprobado: 30/07/2024

53

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO



Desinformación: aproximación conceptual, riesgos y remedios*

Disinformation: Conceptual Approach, Risks and Remedies

JORGE ASTUDILLO MUÑOZ**

Universidad Andres Bello (Chile)

Resumen: El presente trabajo busca ofrecer una reflexión general sobre el fenómeno de la desinformación en la era digital con el fin de crear conciencia sobre los riesgos que representa para el normal desarrollo de los procesos democráticos. Además, busca destacar la necesidad de abordar la desinformación desde diversos ámbitos, en armonía con el pleno respeto de la libertad de expresión. El estudio pretende proporcionar herramientas que permitan identificar claramente la desinformación, señalar algunas ideas respecto de las finalidades que subyacen a la actividad de desinformar y revisar las principales etapas del proceso de desinformación. También busca ofrecer una visión más acabada del concepto de desinformación, planteando una distinción e identificando las conexiones entre esta actividad y el fenómeno comunicativo de las *fake news*. Posteriormente, el análisis se centra en los efectos que la desinformación produce para la democracia y el respeto a los derechos humanos, especialmente en el marco de las sociedades modernas marcadas por el uso de las TIC. Por último, se ofrece un breve panorama sobre algunas de las herramientas que pueden ser consideradas para hacer frente a la desinformación, aunque no se profundizará en cada uno de estos remedios debido a los límites de extensión del estudio.

Palabras clave: Desinformación, noticias falsas, internet, redes sociales, democracia, derechos humanos

Abstract: The current work seeks to offer a general reflection on the phenomenon of misinformation in the digital age in order to raise awareness about the risks it poses to the normal development of democratic processes. Furthermore, it aims to emphasize the need to approach misinformation from various perspectives, in harmony with full respect for freedom of expression. The study intends to provide tools that allow the clear identification of misinformation, to point out some thoughts regarding the purposes that underlie the act of misinforming and to review the main stages of the misinformation process. It also strives to offer a more comprehensive understanding of the concept of misinformation, by proposing a distinction and identifying the connections between this activity and the communicative phenomenon of fake news. Later on, the analysis concentrates on the effects

* Este trabajo es parte de la ejecución del Proyecto de Investigación titulado «El negacionismo, el discurso del odio y fake news como límite a la libertad de expresión en las sociedades democráticas», Código DI-03-23/JM, financiado por la Dirección General de Investigación de la Universidad Andrés Bello de Chile en el marco del concurso Jorge Millas 2023.

** Doctor en Derecho y magister por la Universidad de Salamanca (España), y magister en Derecho con mención en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Docente regular e investigador del Área de Derecho Público de la Universidad Andres Bello (Chile). Código ORCID: 0000-0001-6562-1930. Correo electrónico: jastudillo@unab.cl

that misinformation has on democracy and the respect for human rights, particularly within the context of modern societies characterized by the use of ICTs. Lastly, a brief overview is presented of some of the tools that could be considered to confront misinformation, although the study will not delve into each of these remedies due to its length constraints.

Keywords: Disinformation, fake news, internet, social media, democracy, human rights

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DESINFORMACIÓN.- II.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL CONCEPTO.- II.2. MENSAJES QUE NO CONSTITUYEN DESINFORMACIÓN.- II.3. SOBRE EL PROCESO DE LA DESINFORMACIÓN.- III. DESINFORMACIÓN Y *FAKE NEWS*.- IV. LA DESINFORMACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA DEMOCRACIA Y EN EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA ERA DIGITAL.- V. BREVE ALUSIÓN A LA NECESIDAD DE HACER FRENTE AL FENÓMENO DE LA DESINFORMACIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la era digital es posible observar un crecimiento exponencial en la conectividad a internet en todos los rincones del planeta, lo que se traduce en la existencia de millones de personas usuarias de la red en casi todo el mundo. La masiva conectividad a la internet va de la mano con un importante número de usuarios de redes sociales (en adelante, RR. SS.), que en la actualidad son miles de millones. En este entorno, la internet y las RR. SS. se han convertido en una importante fuente de información para un gran número de estos usuarios, redefiniendo la manera en que las personas acceden a los contenidos informativos y consumen noticias.

Informes emanados de distintos organismos dan cuenta de este nuevo fenómeno. En el *Informe Sociedad Digital en España 2023*, publicado por la Fundación Telefónica en abril de ese año, se dio cuenta entre otros datos de que durante 2022 casi dos tercios de la población mundial —esto es, un 66,3 %— era usuaria de internet, en comparación al mismo estudio realizado en 2021, que arrojó una conectividad del 62,6 %. Así, durante 2022 el porcentaje se incrementó en un 3,7 %. En consecuencia, a 2022, más de 5280 millones de personas eran usuarias de internet. Por otra parte, en el *Digital 2023: Global Overview Report (We Are Social & Meltwater, 2023)* se registra que el año 2023 existían 5160 millones de usuarios de internet en el mundo, lo que equivale a un 64,4 % de la población mundial. Del total de personas conectadas a la red, el mismo reporte indica que 4760 millones de usuarios de internet utilizan al mismo tiempo alguna red social, lo que equivale a alrededor de un 60 % de la población mundial.

Respecto de la conectividad a internet en Chile, un estudio realizado por el Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales, con la colaboración del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Sence) y de la OTIC de la Cámara Chilena de la Construcción (Bravo *et al.*, 2023), señaló que para el año 2022 el 89,2 % de los hogares chilenos tenía acceso a internet. De acuerdo con este estudio, el acceso a internet crece en relación con el ingreso de cada hogar. Este estudio evidenció que del total de hogares con menores ingresos, el 81 % tiene acceso a internet; mientras que del total los hogares con mayores ingresos, un 97 % cuenta con este servicio, lo que demuestra el alto grado de conectividad a internet en el país. Asimismo, según el estudio referido, los usuarios declaran que los principales usos que dan a internet es comunicarse, entretenerse e informarse (p. 63).

Este cambio paradigmático, que sin duda ha sido la causa de muchos beneficios y avances en la calidad de vida de las personas, también ha generado una serie de factores propicios para la propagación acelerada y la profundización de las noticias falsas y la desinformación que ellas generan. La rapidez con la que la información circula en estas plataformas, combinada con la falta de verificación rigurosa, contribuye a la expansión descontrolada de contenido erróneo, distorsionado o derechamente falso, subrayando la importancia de abordar críticamente la información en el vasto panorama digital de hoy en día. En este orden de cosas,

las nuevas tecnologías de la información han favorecido la democratización informativa, sin embargo, este proceso comunicativo bidireccional por el cual los ciudadanos se pueden convertir en el origen de las noticias se encuentra exento de controles de veracidad, por lo que desaparece el rigor informativo y la verificación de datos (Alonso González, 2019, p. 31).

Este fenómeno representa un desafío significativo, ya que la ausencia de filtros de verificación y el rápido flujo de información pueden facilitar la difusión de datos inexactos o incompletos, lo que potencialmente lleva a malentendidos y desinformación en una escala amplia. Algunos autores denominan este fenómeno como «periodismo ciudadano» (Gooch, 2017, p. 14; Puente & Grasau, 2011; Pellegrini-Ripamonti, 2010, p. 272; Suárez-Villegas, 2017, p. 92).

It User Tech & Business (2023), Silicon Technology Powering Business (2023) y otros medios digitales dedicados a la tecnología comentaron las predicciones tecnológicas para el año 2024 propuestas por la compañía Zscaler. Una de estas predicciones postula que se espera observar en 2024 un mayor número de ataques operados por inteligencia artificial (en adelante, IA) que se utilizarán para difundir noticias falsas, cuestión

57

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

que se verá agravada sin una legislación eficiente que ponga límites a este tipo de prácticas, ya que sus autores podrán manipular socialmente cambios de comportamiento en diversos sectores de la sociedad. El *Informe de Riesgos Globales 2024* del Foro Económico Mundial (2024) califica la desinformación como el riesgo global más severo anticipado para los próximos dos años (p. 14).

Con todo, vale destacar que en el derecho comparado es posible observar diversas regulaciones normativas que tienen por finalidad hacer frente a la desinformación. Por ejemplo, en Europa la entrada en vigor de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea está llamada a desempeñar un papel clave para hacer frente a la desinformación, especialmente la que se produce y difunde en línea. Ello sin perjuicio de constatar que varios Estados europeos han comenzado a implementar legislaciones para abordar este fenómeno, con los matices propios de cada tradición jurídica y sistema político. De esta forma, legislaciones de esta naturaleza están vigentes en Hungría, Inglaterra, España y Alemania, entre otros países.

En definitiva, si bien la desinformación siempre ha estado presente en las sociedades humanas, en el marco de las sociedades de la información influenciadas por las TIC, sus formas, alcances y efectos tienen una inusitada extensión (Anguita *et al.*, 2023, p. 13; Bachmann & Valenzuela, 2021, p. 1; Guo & Vargo, 2020, p. 179; IONOS Digital Guide, 2020; Marchal, 2023, p. 2; Moreno, 2022, p. 59; Rodríguez, 2019, p. 68). En efecto, «la internet es una red descentralizada que ha expandido la posibilidad de que las personas y los ciudadanos se expresen en la esfera pública, con acceso a recursos tecnológicos mínimos» (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2019, p. 13) que sin duda potencian los alcances de este fenómeno de la desinformación.

Está claro que el desarrollo de las TIC ha influido de manera profunda en la producción y difusión de información (Astudillo, 2023, p. 408; Pauner, 2018, p. 297; Comisión Europea & Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, 2018). Las grandes compañías dueñas de las plataformas que operan en internet tienen un impacto profundo en este proceso. Gigantes tecnológicos como Google, Yahoo, Microsoft, Meta, etc., han cumplido un rol muy importante para facilitar el acceso a la información en la red y crear espacios para difundirla y compartir contenido, opiniones, ideas, y difundir información producida por terceros.

La era digital ha creado un escenario donde las noticias tradicionalmente generadas por periodistas coexisten con el contenido creado por usuarios comunes. Este fenómeno ha llevado a una sobreabundancia de información. Además, el anonimato que proporcionan las plataformas en línea contribuye a crear un ambiente propicio para el aumento de las

noticias falsas (Alonso, 2019, p. 32; Moreno, 2022, p. 56) y, con ello, un notable aumento de la desinformación que inunda la red y a la sociedad en general.

En el contexto actual, profundamente influenciado por las tecnologías emergentes, especialmente internet y las redes sociales, observamos un cambio significativo en el comportamiento ciudadano. Estas plataformas no solo remodelan la interacción social, sino que también brindan a Gobiernos, empresas, corporaciones, grupos de interés y hasta individuos, herramientas más sofisticadas y efectivas para la propagación de información falsa o engañosa. Esta capacidad de desinformar se ha convertido en un medio para lograr objetivos específicos, principalmente de naturaleza política y económica.

Dado este panorama, la desinformación se posiciona como uno de los riesgos más críticos de la era digital, planteando una amenaza considerable para la integridad de nuestras democracias. Enfrentar este desafío implica un esfuerzo colectivo para desarrollar estrategias eficaces que contrarresten la desinformación, promoviendo la educación en medios, el pensamiento crítico y la verificación rigurosa de la información. La lucha contra la desinformación no es solo una batalla por la verdad, sino también una defensa vital de los principios democráticos y la cohesión social en nuestro mundo cada vez más interconectado y digital.

En consecuencia, «la desinformación representa riesgos que debemos afrontar y contener colectivamente para aprovechar todo el potencial democrático, social y económico del progreso tecnológico, respetando al mismo tiempo la libertad de expresión y la libertad de recibir e impartir información» (High Level Group on Fake News and Online Disinformation, 2018, p. 10).

El presente estudio se enmarca en el contexto señalado precedentemente; esto es, en la existencia de sociedades marcadas fuertemente por las nuevas tecnologías y la desinformación que, atendidas estas circunstancias, produce mayores riesgos para la democracia y los derechos humanos.

El principal objetivo de este trabajo es ofrecer una reflexión general del fenómeno de la desinformación en la era digital a fin de contribuir a crear conciencia de los riesgos que esta genera para el normal desarrollo de los procesos democráticos, destacando la necesidad de abordarla desde diversos ámbitos en armonía con el pleno respeto a la libertad de expresión.

Para alcanzar el objetivo pretendido en este estudio ofreceremos en primer lugar una aproximación conceptual al fenómeno de la desinformación, trasladando herramientas que permitan identificarla claramente.

59

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

Para complementar el concepto de desinformación, señalaremos algunas ideas respecto de las finalidades que subyacen a la actividad de desinformar y las principales etapas del proceso de desinformación.

En la misma línea, con el objeto de ofrecer una visión más acabada del concepto de desinformación, hemos considerado oportuno plantear una distinción e identificar las conexiones entre esta actividad y el fenómeno comunicativo de las *fake news*. Lo anterior, creemos, es una tarea de la mayor relevancia, especialmente porque no es inusual que ambos términos se utilicen como sinónimos.

Posteriormente, nuestro análisis se centrará en los efectos que la desinformación produce para la democracia y el respeto a los derechos humanos, especialmente en el marco de las sociedades modernas marcadas por el uso de las TIC.

Por último, terminaremos este trabajo, ofreciendo un breve panorama sobre algunas de las herramientas que pueden ser consideradas para hacer frente a la desinformación. Con todo, en respeto a los límites de extensión de un estudio de esta naturaleza, no profundizaremos en cada uno de estos remedios, sino que solamente describiremos algunos de sus aspectos generales, dejando para futuras investigaciones su abordaje más profundo. A pesar de ello, advertimos que cualquier intento para combatir la desinformación no puede socavar la libertad de expresión y sus diversas manifestaciones, ya que se trata de un derecho que, en su perspectiva social y política, resulta crucial para la democracia.

II. LA DESINFORMACIÓN

II.1. Aproximación conceptual y elementos que configuran el concepto

El término «desinformación» reconoce diversas acepciones y su evolución ha cambiado a medida que el marco de discusión preferente ha sido el de la seguridad nacional, el del enfoque predominante de las distintas disciplinas o el del fortalecimiento de los sistemas democráticos. De esta forma, su uso masivo en los últimos años ha contribuido a la complejidad de construir una definición unitaria y unívoca al estar vinculada con las controversias derivadas del fenómeno y con las tecnologías asociadas a su difusión (Sánchez & Magallón-Rosa, 2023, p. 237).

En especial, el desarrollo y masificación de las nuevas tecnologías ha sido determinante para complejizar la labor de llevar a cabo una adecuada determinación conceptual del fenómeno de la desinformación. De esta forma, el abordaje del fenómeno de la desinformación en la era digital debe considerar una serie de factores. Hoy se debe tomar en consideración que las TIC permiten que la desinformación se propague

a una velocidad sin precedentes, pudiendo llegar a millones de personas en cosa de segundos, lo que dificulta determinar el origen y el contexto de la información original. Además, en el marco de la sociedad digital, cualquier ciudadano con acceso a internet (ya hemos visto cómo su uso se ha masificado exponencialmente) tiene la potencialidad para publicar contenido de diversa naturaleza, incluido el contenido falso o engañoso que —como hemos indicado— puede transformarse en viral en segundos. También se debe considerar la existencia de las burbujas informativas¹ creadas por los algoritmos que potencian el contenido desinformativo entre determinados grupos, permitiendo contextos de posverdad² en donde este tipo de noticias suelen ser más creídas; lo mismo que la práctica conocida como *deepfakes*, por medio de la cual se crea contenido falso con una impactante apariencia de veracidad, lo que dificulta la distinción entre lo falso y lo verídico. Asimismo, las TIC permiten e incentivan el anonimato, lo que hace que sea muchas veces casi imposible para la gran mayoría de los usuarios identificar a los autores de la desinformación. Por otro lado, las plataformas digitales, en especial las redes sociales y, particularmente, las burbujas informativas que se forman en su seno, permiten que se vayan creando microambientes que reconocen sus propias reglas y verdades, lo que también contribuye a dificultar la determinación de lo que es y no es desinformación, ya que lo verdadero o falso se atomiza, considerando los millones de microambientes existentes en la red. Del mismo modo, no se puede obviar que el desarrollo tecnológico evoluciona día a día a pasos agigantados y que con ello se van perfeccionando las técnicas para crear desinformación, como sucede con el notable progreso de la IA (Chat GTP, creador de imágenes).

En esta parte del trabajo intentaremos ofrecer una aproximación conceptual al fenómeno de la desinformación, a pesar de la complejidad que implica esta tarea.

La entrega de información reconoce diversos estadios. Así, en primer lugar, se identifica un tipo de información «veraz». Esta información veraz es aquella que se refiere a datos o afirmaciones que son objetivamente

61

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

1 Uno de los términos que se insertan dentro del nuevo paradigma creado a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías es el de «burbujas informativas». Y, si bien esta idea no es del todo desconocida debido a la existencia de las tradicionales «burbujas analógicas», creadas de alguna manera por las preferencias del público por ciertos periódicos y canales de televisión cuyas líneas editoriales mejor representaban a determinados grupos de ciudadanos, en la actualidad exacerban su impacto dadas las características propias de la era digital. Las «burbujas informativas» se definen como «el efecto de un resultado personalizado de un algoritmo de una empresa en la red, que predice las preferencias del usuario a través de búsquedas anteriores del mismo» (Vergara, 2019). De esta forma, las «burbujas informativas» se caracterizan por ser espacios «donde los individuos reciben y procesan información en función a sus creencias ideológicas previas y del grado de conectividad que mantienen con sus pares en línea» (Calvo & Aruguete, 2018, p. 191).

2 Básicamente, la posverdad corresponde a un fenómeno que se da en el seno de una sociedad, en virtud del cual los hechos objetivos y reales tienen menos peso y credibilidad, y por ende menos influencia que los sentimientos y creencias que los individuos tienen al momento de formarse una opinión y adoptar decisiones, especialmente en el ámbito político (Astudillo, 2023, p. 403).

correctos y precisos, se basan en hechos comprobables y cuentan con una sólida evidencia. Este tipo de información se caracteriza por su precisión, verificabilidad, consistencia, fiabilidad, actualidad y, en la medida de lo posible, objetividad.

La exigencia de precisión para catalogar una información de veraz implica que ella guarde correspondencia con la realidad o con hechos comprobables y que no se encuentra alterada por errores, malentendidos o interpretaciones subjetivas que persigan fines espurios. Con todo, se debe advertir que no toda información que adolece de errores o imprecisiones *per se* debe ser considerada como desinformación, ya que este juicio dependerá de su gravedad y potencialidad de causar daño (Sunstein, 2020, 2021); sin embargo, no por ello se transforma en veraz. Por su parte, la verificabilidad implica que la información pueda ser comprobada por fuentes confiables. La consistencia dice relación con la necesidad de que la información guarde coherencia con otros hechos establecidos y reconocidos dentro de la misma área de conocimiento. La fiabilidad significa que la información deriva de fuentes fidedignas y autorizadas que poseen la aptitud de generar un grado importante de confianza. Además, la información debe ser actual; es decir, debe ser el reflejo de un contexto determinado, ya sea social, político, económico, etc.

Muchas personas piensan que para que una información sea considerada como veraz debe ser esencialmente objetiva. Se plantea en este contexto que la información debe ser entregada libre de cualquier sesgo personal, al margen de emociones o intereses particulares. Empero, a pesar de las exigencias de objetividad, no se puede desconocer que, en muchos campos del conocimiento, la interpretación y el análisis crítico son necesarios para alcanzar una comprensión adecuada de la información que se difunde; y ello, por cierto, implica un grado de subjetividad³.

Con todo, consideramos que si bien el carácter objetivo que se espera de la información puede coexistir con las apreciaciones subjetivas del emisor y de quien la difunde, este debe encargarse de entregar esta información de buena fe, utilizando sin dobles intencionalidades el lenguaje, de tal manera que el receptor de la información pueda distinguir claramente el hecho que se informa de las apreciaciones subjetivas de quien informa.

Frente a la información que hemos denominado «veraz» está la información falsa o distorsionada. Según el High Level Group on Fake

³ Es más, autores como Galdón López (2006) sostienen que se debe superar el apego exacerbado a la objetividad en el periodismo y avanzar hacia un nuevo paradigma informativo basado en la prudencia y un enfoque más humanista. Argumenta que la búsqueda de la objetividad ha conducido a una práctica periodística superficial y desinformativa, y propone un periodismo prudencial que comunique adecuadamente el saber sobre las realidades humanas actuales, sirviendo así a los ciudadanos y a la sociedad de manera más justa, libre y solidaria.

News and Online Disinformation (2018), los debates actuales sobre noticias falsas abarcan un importante espectro de tipos de desinformación (p. 10). De esta manera, es posible apreciar formas de desinformación que generan riesgos bajos, como los errores cometidos por periodistas o el uso de cebos para que el usuario haga clic a determinados contenidos (*click-baiting*); y, por el contrario, actos de desinformación que producen altos riesgos como, por ejemplo, los intentos de socavar procesos políticos mediante el uso de diversas formas de invenciones maliciosas, la infiltración en grupos de base y las técnicas de amplificación automatizadas (Anguita *et al.*, 2023, p. 14).

Luego, tenemos la información errónea, que es un tipo de información falsa o equivocada que es difundida y compartida sin la intención de generar daño a otra persona, a colectivos, a instituciones o al Gobierno de un país. Cuando este tipo de información es publicada, el reproche que se hace al medio de comunicación o al agente respectivo no es el dolo, sino la falta de cuidado, de profesionalismo (en el caso de periodistas o comunicadores sociales) o la simple negligencia. Es más, tal como lo hemos sugerido previamente, la entrega de este tipo de información puede incluso estar protegida constitucionalmente. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el histórico fallo *New York Times v. Sullivan* (1964), señaló la importancia de un debate abierto y robusto en las sociedades libres respecto de temas de interés público, reconociendo que errores inevitables en el debate no pueden ser sancionados si no concurre una malicia real por parte del emisor de la información.

También se identifica a la desinformación propiamente tal. Esta categoría se refiere a un tipo de mensaje cuyo contenido es falso y que persigue una finalidad determinada, ya sea obtener réditos de su difusión (políticos, económicos) o generar daños a otra u otras personas, a una organización o al país.

Por último, es posible identificar asimismo el fenómeno de la revelación maliciosa. En este caso, se trata de información veraz compartida intencionalmente para causar daño. No obstante, se podría señalar que esta hipótesis corresponde a una conducta de revelación de secretos más que a un tema de desinformación. A pesar de ello, consideramos oportuno incluirla dentro de este esquema, especialmente a la luz de propuestas conceptuales como la que sigue.

Wardle y Derakhshan (2017) utilizan la expresión «desorden desinformativo», que se refiere a diversas alteraciones en la entrega de una información realizada de manera objetiva y veraz. Así, considerando las dimensiones y el daño que ocasiona la falsedad que contiene la información difundida, se distingue entre: misinformación, desinformación y malinformación (p. 5).

63

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOS

DISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

La misinformación se refiere a la divulgación de información falsa, pero realizada sin la intención de causar daños. La malinformación alude al hecho de compartir información genuina o veraz con el propósito de causar daño, por lo general mediante el traslado de información desde la esfera privada a la esfera pública. Finalmente, la desinformación implica difundir información falsa de manera consciente con el objetivo de causar daño.

Considerando lo anterior, el concepto de desinformación se puede abordar desde una aproximación restringida y una aproximación más amplia, especialmente considerando el elemento de la intencionalidad.

Así, desde una perspectiva restringida, la desinformación puede ser entendida como la difusión intencionada de información falsa, distorsionada o descontextualizada que persigue distintos objetivos, especialmente políticos y económicos, mediante la erosión de la confianza pública y la transmisión de una forma de apreciar la realidad de manera tendenciosa y espuria.

De esta forma, la desinformación es la difusión de información falsa, inexacta o engañosa con la intención de confundir o manipular a las personas para alcanzar objetivos de distinta naturaleza. En diversos textos, como el *Plan contra la desinformación* de la Comisión Europea y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (2018) y el Procedimiento de actuación contra la desinformación del Consejo de Seguridad Nacional español (2020), se define la desinformación —con base en el elemento intencionalidad— como aquella «información verificablemente falsa o engañosa, creada y difundida con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, que puede causar un perjuicio público» (Comisión Europea & Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, 2018).

En la misma línea, «la desinformación puede definirse como la difusión intencionada de información no rigurosa que busca minar la confianza pública, distorsionar los hechos, transmitir una determinada forma de percibir la realidad y explotar vulnerabilidades con el objetivo de desestabilizar» (Comisión Europea, 2018; Guo & Vargo, 2020, p. 180; Olmo y Romero, 2019, p. 4). O bien, se entenderá por desinformación la divulgación de información «falsa, inexacta o engañosa diseñada, presentada y promovida para causar intencionalmente daño público o con fines de lucro» (High Level Group on Fake News and Online Disinformation, 2018, p. 10).

Como es posible apreciar, uno de los rasgos que definen el concepto de desinformación viene dado por la intencionalidad. En esta dirección, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos (2019) sostiene que «la desinformación consiste en la difusión masiva de información falsa con la intención de engañar al público y a sabiendas de esa falsedad» (p. 13).

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española desinformación es «la acción y el efecto de desinformar» o «la falta de información, ignorancia». Por su parte, desinformar es «dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines» o «dar información insuficiente u omitirla». Esta última acepción del término desinformación propuesta por la RAE nos permite identificar una aproximación amplia a este concepto, más allá de la concurrencia de la intencionalidad.

En efecto, hay autores que consideran que la intencionalidad no necesariamente debe concurrir para definir la desinformación. De esta forma, desde la doctrina hay una tendencia a usar el término «desinformación» para «captar los matices y complejidades de la difusión de información incorrecta, sin evidencia (no verificada) o ambigua, pero que no tiene necesariamente la intención de engañar a la audiencia» (Bachmann & Valenzuela, 2021, p. 2). Así, Luciano Floridi (1996), de manera muy visionaria, reflexionaba hace casi treinta años sobre cómo es que en el futuro la internet —potencial medio de comunicación— podía convertirse en una poderosa plataforma de desinformación. El autor sostenía entonces que internet se iba a transformar en el futuro en un medio masivo de comunicación y, como tal, susceptible al problema y los riesgos asociados a la desinformación. En este contexto, el autor identifica diversas formas de desinformación que tienen su origen en la falta de objetividad, de completitud y de pluralismo. Además, Floridi reconocía que no toda desinformación es intencional ya que, en el proceso de la gestión de información, la desinformación involuntaria puede ocurrir en cualquier etapa. Con todo, el autor sostenía que, atendida la naturaleza interactiva y la facilidad de manipulación de documentos y antecedentes en internet, el problema de la difusión involuntaria de desinformación será mucho más agudo que el que ocurre en el marco de los medios tradicionales. Asimismo, Floridi preveía que en el contexto de la internet la desinformación también sería más problemática debido a otros factores, como el aumento del número de usuarios y la integración digital de varios medios masivos.

En consecuencia, Floridi sostenía que la desinformación no necesariamente tiene que ser intencional, puesto que reconoce que, especialmente en un espacio como internet, la desinformación puede surgir de manera involuntaria debido a las características propias de la red y la forma como se maneja la información. Esta forma de entender la desinformación tiene el mérito de permitir y ampliar su comprensión y extenderla más allá de actos deliberados de engaño, incluyendo de esta manera errores

65

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

e incluso omisiones que pueden conducir a interpretaciones erróneas o conclusiones distorsionadas. La misma perspectiva es sustentada por otros autores que entienden por desinformación «tanto a la información falsa diseñada intencionalmente para generar daño, o para obtener algún beneficio[,] como a la que se comparte por ignorancia» (Slipczyk, 2022, p. 8).

En esta misma línea, somos partidarios de un concepto amplio de desinformación que pone el acento en lo factual más que en la intencionalidad, pero reconociendo dentro de ella diversos niveles. Así, se puede distinguir entre desinformación intencional y desinformación involuntaria, siendo la desinformación intencional aquella que se lleva a cabo con la expresa intención de generar daño. En cambio, en la desinformación involuntaria además se incluyen todas aquellas figuras que, si bien generan errores y confusiones, no responden a una intencionalidad de producir daño. En esta categoría incluimos a la misinformación⁴.

Hemos optado por este concepto más amplio debido a que ambas categorías—vale decir, la desinformación intencional y la desinformación involuntaria— generan efectos sociales negativos y las dos pueden, o más bien deben, ser objeto de *fact checking* por el eventual perjuicio que pueden ocasionar. Tal como sostienen Bachmann y Valenzuela (2021), aquello que define el fenómeno de la desinformación poniendo énfasis en lo factual resulta fundamental en clave periodística, pues responde al desafío de los periodistas de trabajar con base en información veraz (p. 2). Así, el *fact checking* se concentra en mensajes que caen dentro de esta conceptualización; esto es, en la verificación de veracidad de la información que ha sido puesta en duda o en corregir los datos que son falsos.

Sin embargo, es la desinformación intencional la más dañina y peligrosa porque ha sido preparada y diseñada para alcanzar finalidades específicas, a pesar del daño que pueden ocasionar o justamente para causarlo. Por tanto, la principal preocupación de la academia, los actores sociales y los sistemas políticos es contrarrestar la desinformación que se encuentra marcada por la intencionalidad, la que a su vez va dirigida a alcanzar diferentes finalidades. Estas finalidades varían según el contexto

4 En efecto, en algunos casos la creación de contenidos inexactos no es necesariamente una táctica deliberada, dado que incluso los expertos en información necesitan habilidades específicas para discernir fuentes digitales fiables que sirvan como base para sus investigaciones. Es esencial que puedan seleccionar entre la vasta cantidad de materiales disponibles en línea, muchos de los cuales pueden ser engañosos o poco confiables. La simple exploración en motores de búsqueda a menudo no garantiza hallar información pertinente y exacta, lo que puede contribuir a la propagación de la ignorancia y la desinformación. Un ejemplo claro es la búsqueda de información sobre vacunas en internet, donde se encuentran innumerables fuentes, por lo que es crucial que los periodistas sean capaces de identificar aquellas que son científicamente válidas, dada la influencia social que pueden tener al difundir falsedades y rumores con apariencia de veracidad científica (Loterio *et al.*, 2018, pp. 298-299).

y el sujeto que está detrás de ella. En otras palabras, el concepto de desinformación intencional, la más peligrosa y grave, al que nos hemos referido precedentemente, reconoce dos elementos estructurales: la intencionalidad y la finalidad.

En relación con la intencionalidad, la desinformación la mayoría de las veces no es simplemente un fenómeno accidental o un subproducto de la era de la información, más bien se trata de una actividad realizada con un propósito claro y perfectamente definido. Quienes propagan desinformación lo hacen con plena conciencia de la falsedad inherente a su contenido y de las potenciales consecuencias que esta puede acarrear. Esta conciencia deliberada subraya la naturaleza perniciosa de la desinformación, pues no solo busca engañar, sino que también está diseñada para influir, manipular y, en muchos casos, desestabilizar la percepción pública sobre temas cruciales. Así, la desinformación se convierte en una herramienta estratégica utilizada con propósitos específicos, consciente de su capacidad para alterar la realidad percibida y generar impactos significativos en la sociedad. En otras palabras, en la desinformación existe

una intencionalidad de engañar, de mentir, independientemente del objetivo que se quiera con ello, que en el común de los casos no es otro que el impedir el recto conocimiento de los hechos, con el riesgo de la toma de decisiones en base a hechos o realidades falsas y engañosas (Bel, 2022, p. 33).

Por su parte, esta desinformación intencional no es un fenómeno neutral, detrás de ella existe una determinada finalidad. De esta forma, «la desinformación puede tener motivos, como políticos, ideológicos o comerciales, o una combinación de ellos» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2022, p. 3).

Respecto de su finalidad, la desinformación, lejos de ser un acto inofensivo, siempre acarrea daños cuya gravedad puede variar según el tipo de desinformación y el contexto en que se inserta. Estos daños pueden manifestarse en múltiples niveles, desde la erosión de la confianza en las instituciones hasta la creación de divisiones sociales profundas. Además, este tipo de desinformación intencional, tal como hemos indicado, no surge espontáneamente ni sin propósito; por el contrario, es creada y diseminada con objetivos específicos, que suelen ser oscuros y cuestionables.

La desinformación busca diferentes finalidades como, por ejemplo, manipulación política, desestabilización social, ganancias financieras, sabotaje económico, generación de caos y confusión, engaños y estafas en línea, radicalización y extremismo, desacreditación científica, negacionismo, revisionismo, censura y represión, etc. Por ello, «las

67

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

consecuencias efectivas y posibles de la desinformación atraviesan múltiples áreas de interés público» (Anguita *et al.*, 2023, p. 15; Guo & Vargo, 2020, p. 181). De esta forma,

en un sentido general, el principal riesgo de la desinformación es que podría afectar la toma de decisiones de personas e instituciones en materias tan sensibles como la salud, los desastres naturales, el medio ambiente, las relaciones internacionales, la economía o la política, entre otras (Anguita *et al.*, 2023, p. 15).

Sin perjuicio de las distintas finalidades y posibles consecuencias que subyacen a la desinformación, podemos resumir estas finalidades en económico-financieras y políticas. Así, si bien el uso de la desinformación como herramienta adquiere mayor grado de importancia en el periodo de la Guerra Fría, en la actualidad «ya no sólo se habla de desinformación ligada al ámbito bélico y ni siquiera se vincula en exclusiva a la política» (Rodríguez Andrés, 2018, p. 234)⁵, ya que es usual escuchar hablar, por ejemplo, «de desinformación mediática y también económica, empresarial o corporativa, en alusión a cómo las grandes compañías multinacionales controlan la difusión de noticias, ocultando a la ciudadanía aquellas que puedan resultar negativas para sus intereses y moviendo los hilos de la política y de la opinión pública» (Rodríguez Andrés, 2018, p. 235).

Por su parte, las finalidades políticas son de diversa naturaleza. Así, por ejemplo, es posible detectar finalidades electorales o bien la búsqueda de la desestabilización del Gobierno e, incluso, del sistema político.

Detrás de la desinformación intencional de naturaleza política encontramos finalidades que persiguen la obtención de «ventajas políticas, de minar los valores democráticos, de extender una nueva narrativa para, en definitiva, cambiar nuestra realidad» (Olmo y Romero, 2019, p. 4). Incluso, detrás de la desinformación se puede esconder un objetivo dirigido a atacar grupos vulnerables (migrantes, comunidad LGTBI, etc.). De esa forma, a través de la desinformación se pueden esconder discursos de odio en contra de estas colectividades.

Sin perjuicio de las consideraciones señaladas, resulta oportuno dar cuenta de un concepto de desinformación «vinculado con las herramientas que se utilizan para desinformar» (Anguita *et al.*, 2023, p. 19). Desde este

5 De todas formas, el fenómeno de la desinformación sigue siendo una poderosa herramienta que se utiliza en los contextos de guerras entre potencias. Por ejemplo, un informe del Atlantic Council emitido en febrero de 2024 señala cómo Rusia ha ampliado sus operaciones de desinformación global durante 2023 para socavar el apoyo internacional a Ucrania y debilitar la moral del pueblo y el Ejército ucraniano. Esta estrategia de desinformación incluye el uso de redes sociales, la difusión de noticias falsas, etc. En la misma línea, la desinformación también ha estado presente en el conflicto armado entre Israel y Hamás. Una avalancha de información falsa ha copado las diversas redes sociales, agudizando aún más el conflicto y polarizando las posiciones más allá de las fronteras de las partes involucradas (Wilson Center, 2023).

punto de vista, la desinformación implica la difusión intencionada y engañosa de contenido falso a través de medios tanto analógicos como digitales con el propósito de influir en la percepción pública y crear confusión en las personas para lograr diferentes objetivos.

Tal como hemos sostenido previamente, la desinformación no es un fenómeno nuevo de las sociedades actuales. Por ello, siempre resultará correcto hablar de una desinformación difundida a través de medios analógicos (diarios, televisión); sin embargo, en nuestros tiempos marcados por las TIC, las herramientas utilizadas para desinformar son distintas, más eficientes y con un mayor grado de penetración en el tejido social. Se trata de las herramientas digitales⁶. De esta manera, la diferencia fundamental entre la difusión de noticias falsas y la desinformación publicada en medios tradicionales y las que se publican en páginas web es que estas últimas alcanzan gran impacto y viralidad porque cuentan con las redes sociales para difundirse globalmente (Pauner, 2018, p. 298). Además, siempre es preciso considerar que otra gran diferencia entre la desinformación que se distribuye a través de los medios tradicionales y la que se produce y distribuye por medios digitales radica en que esta última no se encuentra sujeta a las limitaciones propias del espacio físico y el idioma. En el caso de la segunda limitación, por ejemplo, el gran abanico de traductores gratuitos *online* permite acceder al contenido de información en cualquier idioma en cosa de segundos.

II.2. Mensajes que no constituyen desinformación

En primer lugar, creemos que se torna necesario preguntarnos si todo mensaje falso o bien no estrictamente apegado a la verdad puede ser considerado como desinformación. Para Sánchez de Diego (2022), se puede admitir la divulgación de ciertos mensajes falsos bajo el amparo de la libertad de expresión (pp. 79-84). Al menos —sostiene el autor— las

6 Las herramientas digitales más recurrentes para generar desinformación son los medios sintéticos, *deepfakes*, plataformas digitales, redes sociales, bots, chatbots y socialbots. La expresión «medios sintéticos» es un término que incluye cualquier medio de audio, video, imagen y texto que haya sido generado o manipulado mediante un procedimiento computarizado. Estos medios sintéticos pueden ser parcial o totalmente sintéticos. Los medios parcialmente sintéticos implican la modificación de un material ya existente (por ejemplo, una fotografía); mientras que los medios totalmente sintéticos implican la creación de nuevos sonidos, imágenes o grabaciones a partir de técnicas basadas en la IA. El *deepfake* corresponde a un tipo particular de medio sintético en el que una persona en una imagen o video existente es reemplazada con la imagen de otro individuo. Las «plataformas digitales», por su parte, son básicamente infraestructuras o entornos tecnológicos en línea que permiten a los usuarios interactuar, compartir información, realizar transacciones y otros tipos de interacciones. Estas «plataformas digitales» varían según su propósito y funcionalidad. Las «redes sociales» son servicios que operan sobre plataformas y permiten que los usuarios compartan información con otros usuarios de esa red, y tienen como principal objeto facilitar una interconexión fluida —muchas veces en tiempo real— entre diversos sujetos. Los bots son programas computacionales que operan en internet y que realizan tareas específicas en línea de manera automatizada con diversos propósitos, como facilitar la búsqueda en internet. También se utilizan con finalidades maliciosas, como el robo de información. Los chatbots son programas informáticos diseñados para simular una conversación con usuarios humanos a través de internet. Los socialbots, por último, son programas informáticos automatizados que simulan ser un usuario en una red social (Anguita *et al.*, 2023, pp. 22-25).

siguientes situaciones son admisibles, en cuyo caso no estaríamos frente a hipótesis de desinformación: la parodia y la caricatura, la exageración publicitaria y el caso del acusado que miente en el marco de un proceso penal para protegerse.

De esta manera, el recurso de la parodia y la caricatura «supone una deformación de la realidad, al alterar los rasgos esenciales de una persona, en todo caso con una intención crítica y/o humorística» (p. 80). En los géneros de la parodia y la caricatura, aunque la realidad se muestre de forma distorsionada, no se puede considerar que constituyan desinformación. Esto se debe a que en estos casos no existe la intención de entregar un mensaje falso bajo la apariencia de veracidad; más bien, la naturaleza exagerada y a menudo humorística de la parodia y la caricatura está claramente orientada a la crítica, el entretenimiento o la reflexión social. Por lo tanto, el público —consciente de este contexto— comprende perfectamente el objetivo de estas expresiones artísticas, reconociendo su propósito satírico o crítico en lugar de interpretarlas como fuentes de información factual. La clave aquí radica en la intencionalidad y en la comprensión del público sobre el carácter simbólico y creativo de estas obras, que por cierto forman parte del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En otras palabras, «si bien las sátiras pueden ser parcial o totalmente falsas, se crean con la suposición de que tanto el autor como el lector de la noticia comparten el chiste» (Guo & Vargo, 2020, p. 180).

Así, el concepto de desinformación no debe limitar indebidamente expresiones que utilizan la ironía, sátira, parodia o humor, incluso si estas buscan cuestionar o ridiculizar normas, situaciones y agentes, especialmente públicos o que ejercen cargos públicos. Así, etiquetar estos contenidos como desinformación y buscar censurarlos de cualquier forma implica la supresión de la creatividad artística, científica y periodística, a la par que una restricción inaceptable al debate público (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2022, p. 2).

Por otro lado, la exageración publicitaria (que no se debe confundir con la publicidad engañosa) no puede ser considerada como desinformación, ya que esta práctica (*puffery*) básicamente se refiere a una técnica de promoción publicitaria en la que se usa el recurso de afirmaciones exageradas sobre un producto o servicio para captar la atención y el interés del consumidor, el que entiende que estas características y bondades del producto que son exacerbadas son irreales y que solo cumplen un fin publicitario. Se enmarcan en este tipo discursos, por ejemplo, mensajes de este tenor: «El café elegido hasta por los extraterrestres que nos visitan».

Por otro lado, en virtud del derecho a no ser obligado a autoincriminarse, es posible aceptar que el imputado dentro de un proceso penal pueda

mentir sobre los hechos u omitir información relevante (Sánchez de Diego, 2022, p. 82).

Desde una perspectiva más amplia, es importante abordar ciertas situaciones que, aunque no transmiten un mensaje completamente preciso, no deberían ser etiquetadas como desinformación. Estas circunstancias son variadas y se encuentran en diversos contextos, lo que nos lleva a reflexionar sobre la complejidad de la información y su interpretación en el mundo actual. Algunas de ellas guardan relación con la investigación científica, donde es común incurrir en errores en la recopilación e interpretación de datos; asimismo, en el ámbito académico y científico, es habitual presentar hipótesis y teorías antes de su comprobación. En campos como el arte y la cultura, los comentarios y opiniones suelen ser subjetivos y pueden variar significativamente según el punto de vista de los individuos; mientras que, tanto en la entrega de proyecciones y predicciones como en asuntos económicos o resultados electorales, es importante comprender que estas están basadas en modelos y suposiciones siempre sujetas a un cierto grado de incertidumbre que puede llevar a que no sean completamente precisas en todos los casos.

Asimismo, también se debe descartar como desinformación la exposición de noticias verídicas, pero que van contextualizadas según las líneas y los criterios editoriales de quienes las emiten. Por ejemplo, un medio de comunicación social ofrece información relativa a la situación de seguridad pública, copando su agenda con noticias sobre asaltos, robos, secuestros, sicariatos, etc., y evita dar la misma importancia a otros aspectos presentes en la sociedad. En este caso, se podría criticar la línea editorial de ese medio, pero en caso alguno este podría ser acusado de generar desinformación. Lo mismo pasa con la decisión de un medio de elegir el tipo de informaciones que ofrecerá al público. En este sentido, la Comisión Europea y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (2018) establecen que «la desinformación no incluye errores en los informes, sátiras y parodias, ni noticias y comentarios partidistas claramente identificados», ya que ello —como se ha sostenido— es parte de la línea editorial y, por ende, de la libertad de la empresa periodística o de comunicaciones.

En consecuencia, la comprensión de estas diferencias nos capacita para abordar con mayor precisión y equidad la complejidad del fenómeno de la desinformación en nuestra sociedad actual. Esto, a su vez, nos proporciona herramientas más efectivas para enfrentarlo sin menoscabar el crucial derecho a la libertad de expresión, el cual constituye un pilar fundamental de la democracia, como se ha sostenido reiteradamente.

71

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

II.3. Sobre el proceso de la desinformación

La desinformación esta precedida de un proceso que facilita la creación de noticias falsas y su difusión. En otras palabras, el proceso de desinformación reconoce una serie de etapas que no necesariamente se desarrollan de manera lineal y, más bien, suelen ocurrir simultáneamente.

En primer lugar, el proceso de la desinformación está marcado por la definición de los objetivos a la luz de las finalidades que se persiguen. Estos objetivos y finalidades pueden ser de diversa naturaleza, como ya sabemos.

Una vez que se han fijado las finalidades y los objetivos, se lleva a cabo la etapa de producción de la desinformación. Para crear desinformación se utilizan diversos instrumentos como, por ejemplo, la utilización de *fake news*, teorías conspirativas, citas fuera de contexto, manipulaciones de imágenes y videos, etc. La Comisión Europea destaca que, por lo general, la desinformación involucra la creación de documentos escritos, muchas veces complementados con imágenes auténticas o contenido audiovisual sacado de contexto. Sobre este punto, se debe prestar especial atención al uso de la IA, hoy ya prácticamente masificada, que puede ser utilizada como una poderosa herramienta para crear desinformación. Por ejemplo, a través de la IA se pueden generar mensajes de contenido falso, pero guardando un grado importante de coherencia y robustez interna que los dote de una aparente veracidad. Lo mismo sucede con la práctica conocida como *deepfakes*, en virtud de la cual se producen videos, imágenes o audios que imitan la apariencia y el sonido de una persona de una manera hiperrealista, y que se manipulan para decir o hacer cosas que nunca fueron dichas o realizadas (Corvalán, 2023; García-Ull, 2021, p. 107). En el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea (European Parliament, 2024) se destaca la capacidad de la IA para generar contenido sintético que resulta muy difícil de distinguir del contenido real, lo que tiene una enorme potencialidad para aumentar la desinformación y hacer más efectiva la manipulación, especialmente en el ámbito político.

Una vez producida la desinformación, sigue la etapa de difusión y distribución, para lo cual se utilizan diversas plataformas, especialmente digitales. Las redes sociales juegan un rol primordial en este proceso. En el marco de la internet y las redes sociales, la utilización de bots y cuentas falsas o pagadas, lo mismo que el uso de algoritmos para aumentar la visibilidad de la información falsa, resultan cruciales⁷. En este sentido, el

7 Según la Comisión Europea (2018), los principales factores que proporcionan un terreno fértil para la difusión de desinformación en línea son, primero, el uso de algoritmos, donde los criterios que estos utilizan para priorizar la visualización de la información están impulsados por el modelo de negocio de las plataformas y la forma en que este privilegia el contenido personalizado y sensacionalista, que normalmente tiene más probabilidades de llamar la atención y ser compartido entre los usuarios. Al facilitar el intercambio de contenido personalizado entre usuarios con ideas afines, los algoritmos

73

Reglamento de la Unión Europea 2022/2065, emanado del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (conocido como Digital Services Act o Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea), publicado el 16 de noviembre de 2022 y vigente desde agosto de 2023, contiene normativa que apunta a regular y combatir la desinformación y otros fenómenos perniciosos, como los discursos de odio en Europa, por ejemplo.

Otra etapa que es posible identificar en el proceso de desinformación es la de evaluación de la efectividad de las campañas de desinformación. Esta evaluación resulta fundamental para consolidar la estrategia usada o para decidir su reformulación a fin de hacerla más exitosa. También es necesario considerar que quienes están detrás de la desinformación, por lo general, tienen previstas estrategias de reacción frente a los intentos de contrarrestarla. Por ejemplo, durante la pandemia de COVID-19, Donald Trump utilizó frecuentemente el recurso de acusar a los medios que lo criticaban por sus respuestas tardías para enfrentar la pandemia de «divulgadores de *fake news*» (Levante, 2020).

En todo este proceso hay una búsqueda de crear narrativas que apelan a tocar las emociones de los sujetos, como el miedo, la ira, el orgullo; y que, a través del uso de los algoritmos, se dirigen principalmente a grupos identificados como susceptibles de creer y propagar estas narrativas. En buena cuenta, en el proceso de desinformación se suele explotar los sesgos cognitivos de las personas, apelando a sus emociones y deseos. De esta forma, la desinformación es más fecunda en un contexto de posverdad.

En este sentido, son entonces los propios internautas, especialmente los usuarios de las redes sociales, quienes desempeñan un papel esencial en la difusión de desinformación, que por cierto tiende a propagarse más rápidamente a través de estas plataformas, tanto por los millones de usuarios de estas como por su costumbre de compartir información casi de manera automática sin un esfuerzo mayor de verificación de fuentes y veracidad de los contenidos. Tal como indican la Comisión Europea y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (2018): «El volumen y la velocidad cada vez mayores del

umentan indirectamente la polarización y fortalecen los efectos de la desinformación. Luego tenemos el modelo de publicidad digital actual, basado en clics, lo que recompensa el contenido sensacionalista y viral. Este modelo se basa en redes publicitarias operadas por agencias que garantizan la colocación de anuncios en tiempo real, basándose en una toma de decisiones algorítmica. Esto facilita la colocación de anuncios en sitios web que publican contenido sensacionalista que apela a las emociones de los usuarios, incluida la desinformación. Finalmente, tanto las tecnologías en línea como los servicios automatizados (denominados bots) amplifican artificialmente la difusión de desinformación. Estos mecanismos pueden facilitarse mediante perfiles simulados (cuentas falsas) que no tienen ningún usuario auténtico detrás, a veces orquestados a gran escala (lo que se conoce como «fábricas de troles»).

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

contenido que circula en línea aumentan de riesgo de que se comparta indiscriminadamente información».

Con el objetivo de seguir profundizando en el fenómeno de la desinformación, en especial en el contexto de la era digital, es importante advertir y destacar que este problema no se deriva exclusivamente de la labor de los periodistas y profesionales de las comunicaciones, quienes históricamente han sido los principales transmisores de información a la opinión pública. Al analizar los tipos de mensajes fraudulentos que se producen y difunden en internet, es posible concluir que el aumento de la desinformación en línea está directamente relacionado con el sistema de comunicación entre pares propio y característico de las redes sociales. Es este fenómeno, favorecido por la pérdida de mediación social del periodismo profesional, lo que en última instancia ha impactado negativamente en la confianza general de las personas hacia toda la información que circula por la esfera pública, sobre todo a través de los medios tradicionales (Blanco Alfonso *et al.*, 2021, p. 780).

Finalmente, consideramos oportuno señalar que las distintas finalidades asociadas a la desinformación se alcanzan más fácilmente en el contexto de la sociedad digital y las redes sociales. Un estudio desarrollado por los investigadores Soroush Vosoughi *et al.* (2018) dio cuenta de que la difusión de noticias falsas es más eficiente en cuanto a su velocidad y alcance. La investigación aludida se centró en el comportamiento de usuarios de Twitter (hoy X) entre 2006 y 2017. Específicamente, el objeto de estudio recayó sobre 126 000 posteos o tuits (cascadas) publicados por tres millones de personas más de 4,5 millones de veces. El equipo de investigación clasificó el contenido de estos tuits de verdadero o falso, utilizando la información de seis organizaciones independientes de verificación de datos que mostraron estar entre un 95 % y 98 % de acuerdo en estas clasificaciones. Una de las principales conclusiones obtenidas de esta investigación fue que «la falsedad se difundió significativamente más lejos, más rápido, más profundamente y más ampliamente que la verdad en todas las categorías de información» (Vosoughi *et al.*, 2018). Ahora bien, específicamente, este estudio reveló que «las noticias políticas falsas también se difundieron más rápidamente y llegaron a más de 20.000 personas casi tres veces más rápido que todos los demás tipos de noticias falsas que llegaron a 10.000 personas» (Vosoughi *et al.*, 2018). De esta forma, al parecer el gran problema de las noticias que generan desinformación «es que es mucho más viral el contenido falso que la noticia que desmiente el contenido falso» (Marchal, 2023, p. 4). De alguna manera, algunos autores consideran que la rapidez y la facilidad con la que la desinformación sobre cuestiones cívicas se difunde y florece en línea aumenta los riesgos y amenazas para la subsistencia de la misma democracia (Wineburg *et al.*, 2016, p. 5).

75

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

A conclusiones similares arribó un equipo de investigación en Chile, las cuales fueron plasmadas en el *Estudio nacional sobre desinformación en redes sociales y su efecto en el pluralismo y la agenda de medios* (Mendoza *et al.*, 2022). De esta forma, dicho estudio confirma lo señalado por Soroush Vosoughi *et al.* (2018) al constatar que «los contenidos imprecisos viajan más rápido que los contenido verdaderos en Twitter» (Mendoza *et al.*, 2022, p. 19). Otras de las conclusiones contenidas en este estudio señalan que «los contenidos falsos llegan a más usuarios que los verdaderos, y que generan más interacciones tanto en Twitter como en Facebook» (p. 19).

Además, este mismo estudio «muestra que las barreras de acceso según comprensión lectora son más bajas para los contenidos falsos» (p. 19). Asimismo, concluye que «los contenidos verdaderos son menos verbosos pero a la vez generan menos interés en las audiencias, con hilos de conversación más cortos, de menor profundidad y con menor velocidad que los contenidos falsos o imprecisos» (p. 19).

III. DESINFORMACIÓN Y FAKE NEWS

«Hay quienes utilizan los conceptos de noticias falsas y desinformación como sinónimos para fustigar a alguien que opina sobre una materia de interés público, atribuyendo intención de engaño a sus opiniones» (Anguita *et al.*, 2023, p. 17). Sin embargo, *fake news* y desinformación no son términos equivalentes, aunque algunos autores usan ambas categorías conceptuales como sinónimos (Marchal, 2013, p. 5). Las *fake news* constituyen un fenómeno que genera desinformación. En efecto, las noticias falsas o *fake news* «no engloban todo el fenómeno de la desinformación, que también incluye, entre otros, al discurso público de autoridades y también al contenido que generan o difunden los usuarios de las redes sociales» (Anguita *et al.*, 2023, p. 17; López *et al.*, 2023, p. 70; Rodríguez, 2019, p. 67). En otras palabras, las *fake news* contienen siempre un tipo de información falsa que es creada y difundida con la expresa finalidad de engañar (Leeder, 2019).

De esta manera, podríamos señalar que la desinformación es el género y las *fake news*, la especie.

En clara conexión con la idea de posverdad, emerge el concepto de *fake news*, en general entendido como aquellos contenidos falsos que adoptan una apariencia verídica y simulan ser noticias legítimas que, en realidad, han sido creadas con la intención de engañar para favorecer determinados intereses políticos, económicos o ideológicos (García-Marín & Salvat Martinrey, 2021, p. 201).

Así, el concepto de *fake news* se refiere a noticias falsas que son presentadas a la opinión pública como hechos reales. Por su parte, la

desinformación es un término más amplio, más abarcador, que incluye cualquier información falsa o engañosa que se difunde con o sin la intención de engañar al público (según el concepto al que se adhiera) para satisfacer diversas necesidades. Entonces, la desinformación no solo incluye noticias falsas, sino que también otro tipo de contenido como rumores, teorías de la conspiración, e imágenes o videos manipulados.

Las *fake news* son un tipo de herramienta que se utiliza para desinformar. Este es el sentido que da a esta expresión la Federación Internacional de Periodistas (2018, p. 1). De esta forma, las *fake news* se definen como una «información falsa en forma de artículo, imagen o vídeo que se presenta como real y cuyo objetivo es manipular a la opinión pública» (IONOS Digital Guide, 2020). Tal como sostiene Moreno Bobadilla (2022), «una *fake news* es una noticia falsa que se publica a sabiendas de que es falsa y que se difunde rápidamente entre la opinión pública como si fuere verdadera» (p. 54).

Sin perjuicio de las diferencias que emanan de la misma naturaleza de la desinformación y de las *fake news*, ya que estas últimas aluden a una supuesta noticia, mientras que la desinformación muchas veces proviene de inventos fabricados. En la actualidad, y a pesar de la popularidad que ha adquirido esta última expresión, se desaconseja su utilización ya que este concepto «ha sido absorbido por el lenguaje político para atacar a periodistas y medios de comunicación por publicar noticias contrarias a los intereses políticos, ideológicos o personales del líder político» (Rodríguez, 2019, p. 69)⁸.

De esta forma, algunos autores consideran que el concepto de *fake news* no es un término idóneo para dar cuenta de todas las implicancias que encierra el fenómeno de la desinformación,

principalmente por dos motivos: en primer lugar, porque lo consideran un concepto inadecuado o insuficiente, ya que no captura toda la complejidad de las formas de manipulación informativa, que incluye información no propiamente falsa; en segundo lugar, porque, actualmente, el término puede inducir a confusión, ya que poderosos actores se han apropiado de él para deslegitimar informaciones veraces pero incómodas y atacar medios rigurosos por el solo hecho de ser críticos (Levi, 2019, p. 23)⁹.

Hemos indicado en este apartado la diferencia que existe entre desinformación y *fake news*, al margen de su estrecha vinculación. A continuación, consideramos oportuno plantear una breve reflexión entre estos dos fenómenos y la posverdad, sobre todo habida

⁸ Sobre este punto, véase también Slipczuk (2022, p. 8).

⁹ En la misma línea, ver Caplan *et al.* (2018, p. 6), y Bachmann y Valenzuela (2021, p. 2).

77

consideración de que en un contexto de posverdad los efectos dañinos de las *fake news* y la desinformación que generan serán más eficaces y, con ello, las posibilidades de concretar riesgos para la democracia y los derechos humanos serán mucho mayores.

Tal como lo hemos indicado en el curso del presente trabajo, la posverdad corresponde a un fenómeno social que se instala en determinados espacios del tejido social y en el que, para las personas que copan esos espacios, los hechos objetivos y reales, incluso empíricamente comprobados, pesan e influyen menos que sus convicciones, creencias y deseos (Astudillo, 2023, p. 403).

Entonces, considerando las características propias de la posverdad, y en el marco de una posverdad instalada, será más fácil llegar a captar el voto de los ciudadanos apelando más a su emocionalidad que a su racionalidad, lo que implica el uso de la manipulación política para alcanzar los resultados esperados. En todo este proceso las *fake news* y la desinformación juegan un papel crucial, el cual es particularmente relevante en el contexto de la era digital. Por ello, parafraseando a Rubio Núñez (2018), internet, las redes sociales y, en general, las nuevas tecnologías han desempeñado un papel fundamental en la generalización de estas prácticas y su cada vez mayor perfeccionamiento con herramientas tan sofisticadas (como bots) que son capaces de producir propaganda y crear medios de comunicación *online* con la finalidad expresa de explotar todo este potencial que entregan las redes sociales y los algoritmos de búsqueda. De esa forma, logran una gran visibilidad de sus contenidos y su integración con otros contenidos, lo que dificulta cada vez más la distinción entre la información veraz y la falsa (p. 194).

Por último, estimamos oportuno advertir respecto de la bidireccionalidad que existe entre la posverdad y los fenómenos de *fake news* y la desinformación. Así, el uso de las *fake news* y la desinformación que se genera a través de ellas es crucial para lograr instalar una posverdad, contexto que posteriormente será idóneo para llevar a cabo la manipulación política. Al mismo tiempo, una vez instalada una posverdad en un parte de la población, las noticias falsas y la desinformación serán más efectivas en la medida que su contenido tienda a reafirmar las creencias y convicciones del electorado (Astudillo, 2023, p. 403). En este escenario, los riesgos de daño a la democracia se incrementan.

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOS

DISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

IV. LA DESINFORMACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA DEMOCRACIA Y EN EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA ERA DIGITAL

Los daños que la desinformación genera son variados y graves. Así, Karlova y Fisher (2013) advertían que la desinformación puede tener efectos significativos en individuos, Gobiernos y empresas. Las personas pueden ser influenciadas en sus decisiones y comportamientos si creen en información falsa. Del mismo modo, los Gobiernos no son inmunes a la desinformación y esta puede afectar las decisiones y el éxito de sus programas y políticas públicas. Por su parte, las empresas también sufren impactos negativos por la desinformación, pues la reputación empresarial puede ser dañada por competidores, especuladores o conflictos en la industria.

Son tan profundos los riesgos asociados a la desinformación que algunos países han comenzado a llamar la atención sobre este fenómeno. Por ejemplo, en España quedó plasmado el fenómeno de las campañas de desinformación en la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, formulada por la Presidencia del Gobierno español. En este documento se destaca que las campañas de desinformación constituyen una amenaza para la seguridad nacional, diferenciándose de las *fake news* y la desinformación porque las primeras buscan manipular la realidad, no solo divulgar noticias falsas. Estas campañas buscan confundir y desestabilizar la cohesión social mediante el uso coordinado de medios para influir en la opinión pública. Los actores extranjeros pueden emplear la desinformación para polarizar sociedades y debilitar la confianza en las instituciones, representando un riesgo serio para los procesos democráticos (Presidencia del Gobierno, 2021, p. 60)¹⁰.

Por su parte, en el *Plan de Acción contra la Desinformación de la Unión Europea* (Comisión Europea & Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, 2018), posteriormente actualizado durante el año 2022 por el Código de Buenas Prácticas Reforzado, se advierte de los diversos peligros que la desinformación presenta para las sociedades democráticas, como son las amenazas a los procesos democráticos; daños a bienes públicos esenciales para la vida en sociedad como la salud, el medio ambiente y la seguridad pública; la polarización de la sociedad; la interferencia de actores externos que busquen la desestabilización política; y la erosión de la confianza en los medios de comunicación. En el plan de acción para la democracia europea (Comisión Europea, 2020) se plantea la urgente necesidad de proteger la democracia en la Unión Europea frente a las amenazas modernas para asegurar elecciones libres y justas, promoviendo el debate

¹⁰ En la misma línea, ver Comisión Europea (2018).

79

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

democrático abierto y actualizando las salvaguardias digitales que sean necesarias para enfrentar estas amenazas y desafíos actuales, entre ellos la desinformación. Estas mismas ideas son reiteradas y profundizadas en el paquete de defensa de la democracia elaborado por la Comisión Europea (2023).

«El peligro de las noticias falsas es que crean una sociedad que no es capaz de ponerse de acuerdo sobre los hechos básicos[,] lo que impide construir una democracia funcional» (Pauner, 2018, p. 299). En buena cuenta, «la desinformación afecta directamente a los fundamentos de las sociedades democráticas que se construyen sobre la presunción de que sus ciudadanos toman decisiones informadas en el momento de acudir a votar» (p. 299).

De esta manera, es evidente la gravedad de la desinformación y su influencia negativa para la democracia. Así, la propagación de información falsa representa una amenaza tangible para el normal desarrollo de los procesos democráticos, amén de ser utilizada como herramienta por ciertos grupos de poder para impedir u obstaculizar la adopción de medidas sociales, políticas, jurídicas o económicas que resulten contrarias a sus intereses. En efecto, «la desinformación pone en jaque una de las variables imprescindibles de las democracias: el derecho a recibir información veraz» (Rodríguez, 2019, p. 68).

Por otro lado, en estrecha relación con la democracia y la estabilidad política y social de los Estados, la desinformación puede significar un factor que acrecienta y exacerba la polarización política y afectiva dentro de una comunidad¹¹. La polarización es un fenómeno particularmente complejo, ya que promueve un extremismo que rechaza y excluye intereses y sensibilidades opuestas, lo que deriva en un enfoque radicalmente confrontacional incompatible con el logro de acuerdos básicos tan necesarios en una democracia saludable (Rojo-Martínez & Crespo-Martínez, 2023, p. 26; Torcal & Carty, 2023, pp. 131-133; Torcal & Comellas, 2022). Recuerda Martín Herrera (2020) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que esta polarización extrema, fomentada por la desinformación entre otros factores, puede debilitar el debate democrático e incentivar un ambiente de intolerancia e inestabilidad. Asimismo, es necesario destacar, tal como señala Martín Guardado (2022), que en el contexto digital se produce una especie de segregación de la esfera pública en donde diferentes grupos de personas se aíslan en las burbujas informativas. En ellas, dichos grupos solo se exponen a puntos de vista que vienen a reforzar sus creencias y convicciones, lo que reduce el diálogo entre diferentes sectores e incrementa la polarización (p. 6).

11 Tradicionalmente, la polarización responde a un fenómeno que se define por la distancia ideológica entre diversos actores políticos, como partidos, candidatos y ciudadanos (Sartori, 1976).

En consecuencia, la desinformación debilita la habilidad de los ciudadanos para tomar decisiones sobre una gama de información veraz disponible que la revista de racionalidad. En la medida que la ciudadanía se pronuncie sobre las cuestiones fundamentales en base a información falsa o distorsionada, se produce indefectiblemente una deslegitimización de la democracia y una afectación a grupos históricamente más vulnerables que cuentan con menos herramientas para detectar la información falsa que le ha sido proporcionada. De este modo, las personas pertenecientes a sectores marginados, al mundo rural o a pueblos indígenas resultan más afectadas y son más manipulables por quienes usan la desinformación como estrategia para alcanzar sus finalidades (Leeder, 2019).

En definitiva, cuando la desinformación «se utiliza por quienes tienen poder e influencia, puede minar la confianza en las instituciones públicas y contribuir a polarizar las sociedades y exacerbar las divisiones sociales, creando así un terreno fértil para que florezcan el populismo y el autoritarismo» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2022, p. 3).

La desinformación se convierte en una herramienta especialmente peligrosa cuando es utilizada en la creación y difusión de discursos de odio dirigidos contra colectivos vulnerables. Así, cuando la desinformación se utiliza en este contexto no solo distorsiona la realidad, sino que también nutre prejuicios y estereotipos negativos y con ello se exacerba la discriminación y, en general, la hostilidad hacia ciertos grupos específicos. Por ejemplo, expertos dan cuenta de que la desinformación es una de las principales causas que produce el discurso de odio y perjuicio hacia las personas LGTBI (Díaz, 2002).

De esta manera, al difundir información falsa o distorsionada sobre estos colectivos, se fomenta un ambiente de intolerancia y desconfianza, lo que puede conducir a consecuencias reales o dañinas, como el aumento de la violencia o la segregación social.

En consecuencia, la utilización de la desinformación para fomentar discursos de odio no solo atenta contra los valores democráticos y de convivencia pacífica, también erosiona cualquier esfuerzo para construir sociedades inclusivas y equitativas, poniendo en riesgo la paz social. En efecto, los discursos de odio pueden exacerbar las divisiones sociales, fomentar la intolerancia y disminuir de manera importante la cohesión social, lo que incide en la polarización que, tal como lo hemos señalado, pone en peligro la democracia (Martín Guardado, 2022, p. 5).

Por otro lado, la desinformación vinculada a ámbitos propios de la sanidad puede poner seriamente en riesgo la salud de las personas. Son tan graves los efectos que la desinformación puede generar en materia de salud que incluso hoy se habla de una verdadera infodemia.

La infodemia es un concepto de cuño reciente que hace referencia a la propagación de información falsa o engañosa que es transmitida por diferentes medios y que, al ser asimilada por la población como verdadera, puede tener consecuencias negativas en la economía, la política, la seguridad o en la salud (Mayorga, 2021, p. 465).

Por ejemplo,

con motivo del confinamiento durante los momentos más duros de la pandemia, todos los ciudadanos se vieron obligados a permanecer en sus casas y, por consiguiente, se incrementó el uso de las redes sociales y otros medios como fuente de información, dando lugar al fenómeno de la infodemia (Marchal, 2023, p. 4).

Es más,

la Organización Mundial de la Salud, ya utiliza el concepto de infodemia para referirse al exceso de información falsa, de bulos y rumores, que dificultan que las personas dispongan de informaciones fiables para orientarse frente a la pandemia. La desinformación, afirman, se ha convertido en el mejor aliado del coronavirus (García-Marza, 2021, p. 200)¹².

Durante la crisis sanitaria mundial provocada por la pandemia, el fenómeno de la infodemia exacerbó sus efectos adversos. La sobrecarga de información, a menudo incorrecta o no verificada, presentó obstáculos para que los responsables de la toma de decisiones y los profesionales de la salud pudieran encontrar fuentes dignas de confianza y directrices auténticas en apoyo a su labor esencial. Asimismo, este exceso informativo provocó en muchas personas trastornos psicológicos como ansiedad, depresión y fatiga emocional, tanto en el personal sanitario como en la población en general (OPS, 2020, p. 2). Así, la desinformación que asoló a los hogares durante la pandemia de COVID-19 se caracterizó por una incansable emisión de mensajes carentes de sustento científico que repercutieron de manera negativa con la propagación de contagios, compras de pánico, consumo de sustancias nocivas, desabasto de algunos medicamentos, falta de protección, discriminación y hasta actos violentos en contra de quienes procuraban atender a la población (Mayorga, 2021, p. 465).

En definitiva, «la desinformación erosiona la confianza en las instituciones y en los medios digitales y tradicionales, y daña nuestras democracias al obstaculizar la capacidad de los ciudadanos para tomar decisiones informadas», aunque «también suele respaldar ideas y actividades radicales y extremistas» (Comisión Europea, 2018) que arriesgan la estabilidad

¹² Sobre el particular, véase también OPS (2020, p. 2).

política, la paz social y los derechos de las personas. En consecuencia, tal como lo hemos planteado a lo largo del presente trabajo y ha sido advertido profusamente por diversos actores políticos, civiles, académicos, etc., la desinformación es particularmente peligrosa, ya que puede ser utilizada «para manipular las políticas, los debates sociales y el comportamiento en áreas como el cambio climático, la migración, la seguridad pública, la salud y las finanzas», además de «disminuir la confianza en la ciencia y la evidencia empírica» (Comisión Europea, 2018).

V. BREVE ALUSIÓN A LA NECESIDAD DE HACER FRENTE AL FENÓMENO DE LA DESINFORMACIÓN

Hemos tenido la oportunidad de analizar sucintamente todos los riesgos y daños que el fenómeno de la desinformación puede generar para las personas y el desarrollo social y democrático; empero, de todas formas, vale advertir que

el impacto de la desinformación difiere de una sociedad a otra, dependiendo de los niveles educativos, la cultura democrática, la confianza en las instituciones, la inclusividad de los sistemas electorales, el papel del dinero en los procesos políticos y las desigualdades sociales y económicas (Comisión Europea, 2018).

De esta manera, y aun cuando los efectos perniciosos de la desinformación tornan imperiosa la necesidad de hacerle frente, lo cierto es que los diferentes remedios que se puedan prever para llevar a cabo esta tarea siempre deben considerar una serie de factores que difieren en cada comunidad.

Por razones de oportunidad, la profundidad con la que abordaremos esta última temática no tiene el desarrollo que realmente requiere y solo nos limitaremos a ofrecer una visión general de las distintas herramientas y remedios que se pueden implementar dentro de cada sistema social y político para hacer frente a este fenómeno.

Uno de los remedios que se suelen proponer en la doctrina y en los diversos sistemas políticos dicen relación con la necesidad de abordar este fenómeno desde una perspectiva de comunicación estratégica, bajo la lógica de que este concepto hace alusión a una serie de metodologías y enfoques que buscan prever la planificación de la comunicación en diversos ámbitos (empresa, Gobierno, universidad, etc.) con base en las tendencias sociales, económicas políticas y tecnológicas (Prieto, 2023) que son utilizadas para alcanzar determinadas finalidades. De esta manera, consideramos que la comunicación estratégica resulta una herramienta imprescindible para hacer frente a la desinformación, ya que a través de ella se puede asegurar que mensajes veraces lleguen con

claridad a la mayor cantidad de personas o al público objetivo que ha sido blanco de campañas de desinformación. De esta forma, en un contexto como el entorno digital, especialmente plagado de información falsa, la emisión de comunicados claros y veraces se torna totalmente necesaria.

La comunicación estratégica también permite elaborar tácticas que integren los múltiples canales de difusión de información. Al planificar una estrategia que tome como punto de partida un uso óptimo de, por ejemplo, las redes sociales, es posible dotar de mayor eficacia los mensajes que contrarresten la desinformación. Esta focalización estratificada, ya sea en segmentos como los de adultos mayores o los jóvenes, permite una mayor efectividad en el contrarresto de la desinformación. Según el *Estudio de Redes Sociales 2023* (IAB, 2023), los grupos de personas más jóvenes son más llanos a preferir redes sociales más visuales como TikTok o Instagram, mientras que las personas que se encuentran en un rango etario mayor optan por Facebook o Twitter. De esta manera, por ejemplo, la comunicación estratégica permite no solo decidir a quien dirigir el contenido informativo para hacer frente a la desinformación, sino también el rango etario de dicho público y la red social que más utiliza ese sector de la población.

Además, la comunicación estratégica dota a las entidades, tanto públicas como privadas, de la agilidad necesaria para responder y reaccionar con prontitud ante las embestidas de la desinformación. Aprovechando los adelantos tecnológicos, tales campañas de falsedad se propagan a una gran velocidad, y es aquí donde la presteza y la adaptabilidad se convierten en herramientas de incalculable valor. En última instancia, la comunicación estratégica aboga por la propagación de mensajes sólidos y consistentes, especialmente dirigidos a aquellos grupos que son el blanco de campañas de desinformación. Esta praxis comunicacional no solo educa a las audiencias en el discernimiento de la información falsa, sino que también fomenta una cultura de verificación y escepticismo saludable ante la información que se recibe, antes de aceptarla como fidedigna. La comunicación estratégica como herramienta para hacer frente a la desinformación estará a cargo de organismos públicos o entes privados, dependiendo del área en que se desarrolla. Por ejemplo, en Europa la comunicación estratégica para hacer frente a la desinformación está a cargo del Servicio Europeo de Acción Exterior y la misma Comisión Europea. En el sector privado, cada organización dentro de su organigrama de cargos y funciones entregará esta tarea a departamentos y personal especializados, cada vez más necesarios en el mundo digital.

La alfabetización digital y los esfuerzos por disminuir la llamada «brecha digital» son herramientas insustituibles en la labor de hacer frente a la desinformación. A pesar de los notables avances en materia de tecnología y del aumento de usuarios de esta, sigue existiendo una importante

83

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

brecha digital que pone a un considerable número de ciudadanos fuera de la transformación digital, limitando sus posibilidades de un desarrollo integral propio de nuestros tiempos. Incluso en países como España, que se ha caracterizado por tener un importante desarrollo tecnológico y por un amplio acceso a las nuevas tecnologías por parte de su población, esta brecha tecnológica sigue estando presente y afecta con mayor fuerza a los adultos mayores. «Aunque el uso del teléfono móvil está totalmente extendido entre los mayores de 65 años, tan solo tres cuartas partes de estos han utilizado internet en los últimos tres meses, y solamente el 60% lo utiliza a diario» (Fundación Telefónica, 2023, p. 19). En efecto,

la propia naturaleza cambiante de la desinformación, las dificultades de su identificación como amenaza, su trazabilidad y la determinación de su autoría, unido todo ello a la legítima sensibilidad democrática respecto de eventuales limitaciones de los derechos y libertades fundamentales, obligan a los responsables de la toma de decisiones a extremar la prudencia a la hora de actuar (Olmo y Romero, 2019, p. 4).

Por medio de la alfabetización digital y la reducción de la brecha digital es posible contribuir a proporcionar a los usuarios mayores herramientas para detectar y entender cómo operan los vectores de desinformación —sobre todo, considerando la forma como la desinformación se propaga con mayor velocidad y profundidad en el marco de la internet—, los que a su vez se definen como todos aquellos canales a través de los cuales se difunde desinformación, especialmente aprovechando las potencialidades que ofrecen las TIC. En definitiva, según Sessa (2023), invertir en alfabetización mediática y digital para construir una sociedad resiliente que sea inmune a los engaños y a las manipulaciones, incluida la sátira malinterpretada o la caída en nuevas estrategias como la suplantación de identidad utilizada para difundir desinformación, es una tarea primordial y está llamada a jugar un rol clave en la lucha contra la desinformación.

Otra herramienta que ya es común en estos análisis es el *fact checking*. El fenómeno de la desinformación, en especial cuando se desarrolla en los entornos digitales y, en particular, se difunde a través de las redes sociales, impone cruciales desafíos a los profesionales de las comunicaciones, sobre todo a los periodistas, que se han visto en la necesidad de llevar a cabo una labor de verificación de noticias con la finalidad de corregir las inexactitudes y distorsiones que puedan afectarlas y desmentir las falsedades como un intento de contrarrestar sus efectos. En este contexto, el *fact checking* «surge ante la imperiosa necesidad de discernir entre lo verdadero y lo falso, entre lo que es verdad y mentira ante al abundante caudal de información que circula en internet» (Rodríguez, 2019, p. 69).

El *fact checking* o la verificación de hechos es el procedimiento que consiste en la revisión y evaluación de la veracidad de afirmaciones y declaraciones contenidas en un texto, un artículo académico, una noticia, etc. Si bien esta labor de verificación de contenido siempre ha estado presente en el ejercicio del periodismo, en el sentido de que la prensa tradicional debe verificar los hechos y las fuentes antes de divulgar una noticia, el tipo de chequeo o verificación a la que alude la expresión *fact checking* no es *ex-ante* sino *ex-post*, ya que el chequeo de datos se realiza después de que la información comienza a circular en la esfera pública (Slipczuk, 2022, p. 3).

Además de las señaladas anteriormente, se proponen herramientas para hacer frente a la desinformación desde el derecho. Desde el mundo del derecho, hay propuestas que sugieren la creación de delitos penales específicos para sancionar la desinformación, en consideración a la importancia de los bienes jurídicos que pone en riesgo. Marchal González (2023), por ejemplo, propone esta solución. Con todo, penalizar la desinformación es una solución que no está exenta de complicaciones y desafíos, como la necesidad de equilibrar la protección de los bienes jurídicos que persigue la reacción punitiva del Estado con la libertad de expresión. También es necesario considerar lo desafiante que resulta para estos efectos definir la desinformación, distinguirla de otros desórdenes informativos y, sobre todo, probar la intencionalidad que subyace detrás de ella. Además, la vocación transfronteriza de la desinformación en la era digital plantea desafíos significativos en términos de jurisdicción y aplicación efectiva de una ley penal. Finalmente, la tipificación de estos delitos podría ser utilizada por autocracias para censurar y perseguir a quienes sean opositores.

También desde la perspectiva del derecho, se propone establecer diversas regulaciones legales que permitan determinar estándares para el ejercicio de la libertad de expresión y fijarlos con toda precisión. Frente al establecimiento de regulaciones legales tendientes a hacer frente a la desinformación, se produce algo de desconfianza, ya que a través de ellas se podría poner en riesgo el pleno respeto a la libertad de expresión y propiciar formas de censura (Magallón, 2020, p. 20; Sunstein, 2020, p. 400).

Con todo, en este nuevo contexto, y a pesar de las legítimas aprehensiones que se pueda tener frente a este tipo de regulaciones legales,

no debatir sobre una posible regulación puede suponer la inclusión de leyes que poco tienen que ver con las nuevas formas de desinformación y mucho con el uso tradicional de la propaganda (interior y exterior) para restringir nuestras libertades, bajo los argumentos de la seguridad nacional o la confianza absoluta en las fuentes oficiales (Magallón, 2020, p. 20).

85

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

De esta manera, autores como Cass Sunstein (2020) proponen la existencia de regulaciones dirigidas y contextualizadas para enfrentar los desafíos modernos que presenta la desinformación, especialmente en el contexto digital. Así, deberían sostenerse —dice este autor— versiones más modernas de leyes contra la información falsa, adecuadas a los medios digitales y a la forma como se difunden las noticias falsas en este nuevo escenario, las que deberían ser elaboradas para permitir cierta flexibilidad a las dinámicas cambiantes de la comunicación y la información, pero siempre reconociendo la necesidad de proteger adecuadamente la libertad de expresión, mientras se hace el esfuerzo de controlar y hacer frente a la desinformación (p. 423).

Dentro de las normativas legales, se propone avanzar en la regulación de las plataformas *online*, las cuales, sin perjuicio de variar —considerando los espacios geográficos—, presentan áreas comunes que pueden ser objeto de regulación, como por ejemplo la protección de datos personales, los derechos de autor, la propiedad intelectual y, desde luego, la adopción de medidas para prevenir la difusión de contenidos ilícitos como discursos de odio, pornografía infantil, violencia y, por cierto, desinformación, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes. El Reglamento de la Unión Europea 2022/2065, publicado el 16 de noviembre de 2022 y vigente desde agosto de 2023, es un interesante parámetro de estudio para la proposición de estándares que permitan crear regulaciones legales que hagan frente al fenómeno de la desinformación sin afectar la libertad de expresión¹³.

Con todo, valga destacar que en el derecho comparado es posible observar diversas regulaciones normativas que tienen por finalidad hacer frente a la desinformación (Fagan & Sugarman, 2021; Lupa, 2023). Así, una revisión general de algunos sistemas políticos permite concluir que los países con sistemas autocráticos o democracias imperfectas tienen leyes específicas para combatir la desinformación, especialmente la que se produce en línea, previendo penas pecuniarias y de cárcel para los infractores, se trate de ciudadanos o de plataformas en línea y sus administradores (Singapur, Rusia, Turquía, Camerún, Nicaragua, etc.).

Por su parte, en Europa, tal como se ha indicado, la entrada en vigencia de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea resulta clave para hacer frente al fenómeno de la desinformación en línea. Sin perjuicio de ello, la mayoría de los Estados europeos han comenzado a implementar legislaciones para abordar este fenómeno. Ese fue el caso de algunos países, como Hungría, que han producido normativas durante la

13 La Comisión Europea (2023) ha iniciado procedimientos formales contra Facebook e Instagram bajo la Ley de Servicios Digitales, centrando la atención en cuestiones de cumplimiento relacionadas con los servicios digitales y su operación dentro de la Unión Europea. Una de las causas que han originado este procedimiento es que estas empresas, supuestamente, han incumplido las normas de la ley que buscan garantizar elecciones europeas libres y justas.

pandemia para prevenir y sancionar a los responsables del flujo de desinformación que pudiese afectar los esfuerzos para contener el virus de COVID-19. Otros Estados, como Inglaterra y España, cuentan con leyes que contienen medidas para hacer frente a la desinformación y salvaguardar la integridad de los procesos electorales.

Algunos países derechamente han tipificado la desinformación como delito penal en la medida que esta sea utilizada para perturbar el orden público (Italia). En otros países europeos existen regulaciones que apuntan a combatir la desinformación en las redes sociales, principalmente, cuyas sanciones no traen aparejada la pena de cárcel, pero sí millonarias multas a las plataformas, como es el caso de la Ley de Aplicación de la Red de Alemania (NetzDG) de 2017. Por su parte, la Online Safety Act de Inglaterra, promulgada en 2023, busca proteger a los usuarios de internet de contenido ilegal y dañino, como la desinformación, y va dirigida a todas las plataformas en línea que permiten a los usuarios publicar contenido. Esta ley prevé fuertes sanciones pecuniarias para las plataformas que no cumplan con estas obligaciones, las que pueden llegar incluso hasta el 10 % de sus ingresos globales anuales. Dicha normativa exige a las plataformas digitales combatir las cuentas que difunden masivamente contenido falso e implementar medidas de educación sobre medios de comunicación.

Otros países, como Sudáfrica, han optado por implementar códigos de conducta voluntarios para combatir la desinformación en general.

En Estados Unidos, la regulación de la desinformación enfrenta desafíos significativos debido a la primera enmienda, que protege la libertad de expresión. Básicamente, la respuesta a la desinformación es bastante fragmentada, con algunas iniciativas estatales a través de normas que apuntan a combatir discursos de odio y a la protección de procesos electorales (California, Nueva York).

En Latinoamérica, la regla general en los Estados democráticos es la ausencia de legislaciones específicas para hacer frente al fenómeno de la desinformación. En todo caso, ello no obsta a que exista una creciente preocupación en los países latinoamericanos por abordar este fenómeno, especialmente considerando la era digital. Así, por ejemplo, en Argentina, si bien no existe una ley federal contra la desinformación, el año 2020 fue creado un observatorio destinado a proteger a la ciudadanía de la información falsa. Además, en la actualidad se tramitan dos proyectos de ley que buscan sancionar la desinformación modificando el Código Penal (PL. 1453-2020 y PL. 848-5-2020). En Brasil, por su parte, las personas que difundan información errónea o falsa durante las elecciones pueden ser castigadas en los términos del artículo 323 del Código Electoral. En la actualidad, se está tramitando el Proyecto de Ley 2630/2020, que crea la Ley Brasileña de Libertad,

87

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

Responsabilidad y Transparencia en Internet, cuyo contenido no ha estado exento de polémicas justamente a raíz de su potencial impacto negativo en el ejercicio de la libertad de expresión. El resto de los países, como Perú o Colombia, no cuentan con legislaciones específicas. En el caso Ecuador, existe la Ley Orgánica de Comunicación (2013), pero ella no se refiere directamente a la desinformación, aunque establece una serie de normas sobre los contenidos que pueden ser difundidos por los medios de comunicación, prohibiéndose la difusión de contenidos discriminatorios y exigiendo que la información sea verificada, precisa y contextualizada. El caso chileno ya lo hemos referido al inicio de este documento.

Con todo, y al margen de los remedios que se puedan adoptar en el orden interno de cada Estado, la naturaleza global de la desinformación exige la cooperación internacional y el intercambio de las mejores prácticas entre países, organizaciones internacionales y actores privados para desarrollar estrategias para combatir la desinformación, especialmente aquella que es creada y difundida aprovechando las TIC y desde una perspectiva multidisciplinaria (Kalsnes, 2018, p. 15; Lazer *et al.*, 2018, p. 5).

En definitiva, la lucha contra la desinformación es vital para salvaguardar la democracia y los derechos humanos, destacando su importancia en el mantenimiento de sociedades informadas y libres. Sin embargo, en este esfuerzo, es primordial no imponer restricciones que comprometan el núcleo del derecho a la libertad de expresión y sus múltiples formas de manifestación. La libertad de expresión, con su profunda relevancia social y política, constituye un pilar fundamental de la democracia. Por lo tanto, uno de los retos más significativos en esta tarea es encontrar un balance justo entre la necesidad de combatir la desinformación y el respeto a la libertad de expresión. Este equilibrio es esencial para garantizar que mientras se protege a la sociedad de la influencia perniciosa de la información falsa, también se preserva el derecho inalienable a expresar y recibir ideas e información libremente.

VI. CONCLUSIONES

El fenómeno de la desinformación en la era digital plantea un desafío multifacético para las sociedades democráticas, que se extiende más allá de la mera difusión de información falsa o engañosa. Su impacto se siente en varios aspectos de la vida social y política, y abordar este problema requiere un enfoque holístico y multidimensional.

En primer lugar, la desinformación erosiona la confianza en las instituciones políticas y los medios de comunicación, fundamentales para el funcionamiento de una sociedad democrática. Esta erosión de la confianza puede llevar a una disminución de la participación ciudadana

y a un desencanto general con el proceso democrático. Además, la polarización y división social que la desinformación exagera pueden crear un ambiente de hostilidad y desconfianza entre diferentes grupos de la sociedad, socavando el diálogo constructivo y la deliberación democrática.

La interferencia en los procesos electorales es otro desafío crítico que la desinformación presenta para las democracias. Al manipular la opinión pública y alterar el resultado de las elecciones, la desinformación puede comprometer la integridad de los procesos democráticos y la legitimidad de los gobiernos elegidos. Este riesgo se ve agravado por la sofisticación de las herramientas digitales y las técnicas de manipulación de la información, que pueden ser utilizadas por actores internos y externos para influir en los resultados electorales.

Los desafíos regulatorios son igualmente importantes, ya que abordar la desinformación implica encontrar un equilibrio entre la lucha contra la difusión de información falsa, el respeto a la libertad de expresión y el acceso a la información. La regulación de las plataformas digitales y las redes sociales, que son canales clave para la propagación de la desinformación, plantea preguntas sobre la responsabilidad de estos actores en la moderación del contenido y la protección de la integridad de la información pública.

Por último, el impacto de la desinformación en la cohesión social es profundo. Al fomentar la desconfianza y el conflicto entre diferentes grupos de la sociedad, la desinformación puede debilitar el tejido democrático y amenazar la paz social. Este impacto se ve exacerbado cuando la desinformación se utiliza para fomentar discursos de odio o para atacar a grupos vulnerables, lo que puede llevar a la discriminación y la violencia.

En buenas cuentas, la desinformación en la era digital representa un desafío complejo para las democracias y requiere de un enfoque integral y colaborativo para su abordaje. Es necesario promover la educación en medios, fomentar el pensamiento crítico y desarrollar herramientas efectivas de verificación de la información. Al mismo tiempo, es crucial garantizar que las medidas adoptadas para combatir la desinformación respeten los principios democráticos y los derechos fundamentales, como la libertad de expresión y el acceso a la información. Y, desde luego, previamente a lo anterior, se hace imprescindible determinar con la mayor precisión posible el concepto de desinformación pues es la base para entender este fenómeno, tomar conciencia de sus riesgos y, especialmente, configurar e implementar remedios para hacerle frente.

89

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

REFERENCIAS

Alonso González, M. (2019). Fake News: Desinformación en la era de la sociedad de la información. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, (45), 29-52. <https://doi.org/10.12795/ambitos.2019.i45.03>

Anguita, P., Bachmann, I., Brossi, L., Elórtegui, C., Escobar, M. J., Ibarra, P., Lara, J. C., Padilla, F., & Peña, P. (2023). *El fenómeno de la desinformación: Revisión de experiencias internacionales y en Chile*. Santiago de Chile: Comité Asesor contra la Desinformación, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. https://doi.org/10.61670/informe-1_2023

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2022). *Informe Secretario General: Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales (A/77/287)*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/459/27/PDF/N2245927.pdf?OpenElement>

Astudillo, J. (2023). Notas sobre la posverdad, sus efectos en el sistema democrático y en la protección de los derechos humanos en el marco de la sociedad digital. *Teoría y Realidad Constitucional*, (52), 401-427. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39023>

Atlantic Council. (2023). *Undermining Ukraine: How Russia widened its global information war in 2023*. <https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/undermining-ukraine-how-russia-widened-its-global-information-war-in-2023/>

Bachmann, I., & Valenzuela, S. (2021). *El fenómeno de la desinformación y el desafío de corregirla: una revisión bibliográfica*. <https://efectofactcheck.cl>

Bel Mallén, I. (2022). La realidad de un proceso pernicioso. En Á. Moreno Bobadilla y B. Martínez Isidoro (eds.), *Fake News, Desinformación y otros desórdenes normativos* (pp. 19-34). Madrid: Fragua.

Blanco-Alfonso, I., Chaparro-Domínguez, M. Á., & Repiso, R. (2021). El fact-checking como estrategia global para contener la desinformación. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 27(3), 779-791. <https://doi.org/10.5209/esmp.76189>

Bradshaw, S., & Howard, P. N. (2017). *Troops Trolls and Troublemakers: A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation*. University of Oxford. <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:cef7e8d9-27bf-4ea5-9fd6-855209b3e1f6>

Bravo, D., Castillo, E., & Hughes, E. (2023). *Competencias, demanda por capacitación y búsqueda de empleo en un mercado laboral en recuperación*. Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales. <http://encuestas.uc.cl/wp-content/uploads/2023/09/Presentacion-Seminario-Agosto-31-2023-2.pdf>

Calvo, E., & Aruguete, N. (2018): #Tarifazo. Medios tradicionales y fusión de agenda en redes sociales. *Inmediaciones de la Comunicación*, 13(1), 189-213. https://www.arcotel.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/ley_organica_comunicacion.pdf

Caplan, R., Hanson, L., & Donovan, J. (2018). *Dead Reckoning. Navigating Content Moderation After "Fake News"*. Data & Society Research Institute.

Comisión Europea. (2018). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Abordar la desinformación en línea: un enfoque europeo* (COM (2018) 236 final). Bruselas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>

Comisión Europea. (2020). *Protecting democracy*. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan_en

Comisión Europea. (2022). *Un Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación reforzado*. [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_es#:~:text=C%C3%B3digo%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20reforzado%20\(2022\)&text=Garant%C3%ADa%20de%20una%20cobertura%20completa,se%C3%B1alar%20contenidos%20falsos%20o%20enga%C3%B1osos](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_es#:~:text=C%C3%B3digo%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20reforzado%20(2022)&text=Garant%C3%ADa%20de%20una%20cobertura%20completa,se%C3%B1alar%20contenidos%20falsos%20o%20enga%C3%B1osos)

Comisión Europea. (2023). *New measures will increase transparency to better protect European democracy*. https://commission.europa.eu/news/new-measures-will-increase-transparency-better-protect-european-democracy-2023-12-12_en

Comisión Europea, & Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. (2018). *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción contra la Desinformación* (COM (2018) 36 final). Bruselas. https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/action_plan_against_disinformation.pdf

Constante, S. (2014). El caricaturista Bonil, primer señalado por la Ley de Comunicación de Ecuador. *El País*. https://elpais.com/internacional/2014/01/23/actualidad/1390452426_870042.html?event_log=go

Corvalán, F. (2023, 27 de febrero). Cuando la IA amenaza la verdad: ¿Qué son los deepfakes y cómo pueden desinformar con personas ficticias? *La Tercera*. <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/cuando-la-ia-amenaza-la-verdad-que-son-los-deepfakes-y-como-pueden-desinformar-con-personas-ficticias/XOBJRCIM5ZCJXJMOYQEVFBR72Q/#>

Díaz Moreno, L. (2022). Así normaliza la desinformación el discurso del odio y los prejuicios hacia el colectivo LGTBI. *Newtral*. <https://www.newtral.es/desinformacion-colectivo-lgtbi-discurso-de-odio/20220628/>

Federación Internacional de Periodistas. (2018). *¿Qué son las Fake News? Guía para combatir la desinformación en la era de la posverdad*. <https://www.ifj.org/media-centre/reports/detail/que-son-las-fake-news-guia-para-combatir-la-desinformacion-en-la-era-de-la-posverdad/category/publications>

Floridi, L. (1996). Internet as a disinformation superhighway? *The Electronic Library*, 14(6), 509-514. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3128817>

Foro Económico Mundial. (2024). *Global Risks Report 2024*. <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/>

91

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

Fundación Telefónica. (2023). *Sociedad Digital en España 2023*. https://publiadmin.fundaciontelefonica.com/media/publicaciones/780/Sociedad_Digital_en_Espana_2023.pdf

Galdón López, G. (2006). De la objetividad a la prudencia. Hacia un paradigma informativo humanista. *Comunicación y Hombre*, (2), 43-53. <https://doi.org/10.32466/eufv-cyh.2006.2.82.43-53>

García-Marza, D. (2021). “Posverdad”. En J. Pizzi y M. Sérgio (orgs.), *Glosario de Patologías Sociales* (pp. 199-201). Pelotas: Ufpel. <https://doi.org/10.15210/7723>

García-Marín, D., & Salvat Martinrey, G. (2021). Investigación sobre desinformación en España. Análisis de tendencias temáticas a partir de una revisión sistematizada de literatura. *Fonseca, Journal of Communication*, (23), 199-225. <https://doi.org/10.14201/fjc202123199225>

García-Ull, F. J. (2021). Deepfakes: The next challenge in fake news detection. *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, (64), 103-120. <https://doi.org/10.5565/rev/analisi.3378>

Gooch, A. (2017, marzo). En pos de las verdades. *Revista UNO*. <https://www.revista-uno.com/numero-27/pos-las-verdades/>

Guo, L., & Vargo, C. (2020). “Fake News” and Emerging Online Media Ecosystem: An Integrated Intermedia Agenda-Setting Analysis of the 201 U.S. Presidential Election. *Communication Research*, 47(2), 170-200. <https://doi.org/10.1177/0093650218777177>

High Level Group on Fake News and Online Disinformation. (2018). *A Multi-dimensional Approach to Disinformation*. Luxemburgo: European Commission. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>

IAB Spain. (2023). *Estudio de redes sociales 2023*. <https://iabspain.es/iab-spain-presenta-el-estudio-de-redes-sociales-2023/>

IONOS Digital Guide. (2020). *¿Qué son las fake news? Definición, tipos y medios para identificarlas*. <https://www.ionos.es/digitalguide/online-marketing/redes-sociales/que-son-las-fake-news/>

It User Tech & Business. (2023, 8 de noviembre). *Diez predicciones para la industria de la tecnología en 2024*. <https://www.ituser.es/actualidad/2023/11/diez-predicciones-para-la-industria-de-la-tecnologia-en-2024>

Karlova, N. A., & Fisher, K. E. (2013). A social diffusion model of misinformation and disinformation for understanding human information behaviour. *Information Research*, 18(1). <http://InformationR.net/ir/18-1/paper573.html>

Kalsnes, B. (2018). Fake News. En *Oxford Research Encyclopedias: Communication*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228613.013.809>

Lazer, D., Baum, M., Benkler, Y., Berinsky, A., Greenhill, K., Menczer, F., Metzger, M., Nyhan, B., Pennycook, G., Rothschild, D., Schudson, M., Sloman, S.,

Sunstein, C., Thorson, E., Watts, D., & Zittrain, J. (2018). The science of fake news. *Science*, 359(6380), 1094-1096. <https://doi.org/10.1126/science.aao2998>

Leeder, C. (2019). How college students evaluate and share “fake news” stories. *Library and Information Science Research*, 41. <https://doi.org/10.1016/j.lisr.2019.100967>

Levante. (2020). *Trump califica de ‘fake news’ las críticas que señalan que actuó tarde frente al virus*. <https://www.levante-emv.com/internacional/2020/04/13/trump-califica-fake-news-criticas-11532718.html>

Levi, S. (2019). *#Fake You. Fake News y Desinformación* (2.ª ed.). Barcelona: Rayo Verde.

López López, P., Mila Maldonado, A., & Ribeiro, V. (2023). La desinformación en las democracias de América Latina y de la península ibérica: De las redes sociales a la inteligencia artificial (2015-2022). *Uru: Revista de Comunicación y Cultura*, 8, 69-89. <https://doi.org/10.32719/26312514.2023.8.5>

Lotero Echeverri, G., Romero Rodríguez, L., & Pérez Rodríguez, A. (2018). Fact checking vs fake news: Periodismo de confirmación como componente de la competencia mediática contra la desinformación. *Index Comunicación*, 8(2), 295-316. <https://indexcomunicacion.es/index.php/indexcomunicacion/article/view/370>

Magallón Rosa, R. (2020). La nueva infonormalidad: no pienses en ‘fake news’, piensa en desinformación. *Cuadernos de Periodistas*, 40, 12-21. <https://hdl.handle.net/10016/35689>

Marchal González, A. (2023). La necesidad de un nuevo tipo delictivo: la desinformación como una amenaza para el orden público. *Boletín Criminológico*, 29, 1-39. <https://doi.org/10.24310/boletin-criminologico.2023.vi29.17222>

Martín Herrera, D. (2020). Radicalización mediática y abuso del derecho en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Estudios de Deusto*, 68(1), 397-424. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp397-424](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp397-424)

Martín Guardado, S. (2023). Desinformación, odio y polarización en el entorno digital: segregación de la esfera pública y efectos sobre la democracia. *Revista Estudios en Derecho a la Información*, (15), 1-30. <https://doi.org/10.22201/ij.25940082e.2023.15.17469>

Mayorga Madrigal, C. (2021). Comunicación responsable durante la pandemia. En G. Ortiz Millán y M. J. Medina Arellano (comps.), *COVID-19 y bioética* (pp. 457-477). Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://doi.org/10.22201/ij.9786073048880e.2021>

Mendoza, M., Valenzuela, S., Padilla, F., Núñez, E., Aldana, V., Riquelme, A., Pefaur, D., Núñez, M., Campos, S., Bassi, R., Providel, E., & López, C. (2022). *Estudio nacional sobre desinformación en redes sociales y su efecto en el pluralismo y la agenda de medios*. Fondo de Estudios sobre el Pluralismo en el Sistema Informativo Nacional, Programa de Información Científica ANID. <https://desinformacion.cl/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Final-Desinformacion-Chile-2022.pdf>

93

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOSDISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

Moreno Bobadilla, Á. (2022). Fake news y su impacto en el derecho a la información. En Á. Moreno Bobadilla y B. Martínez Isidoro (eds.), *Fake News, Desinformación y otros desórdenes normativos* (pp. 53-72). Madrid: Fragua.

Olmo y Romero, J. (2019). Desinformación: concepto y perspectivas. *Revista Ari, Real Instituto Elcano*, (41), 1-8. <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari41-2019-olmoromero-desinformacion-concepto-y-perspectivas.pdf>

Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2020). *Entender la infodemia y la desinformación en la lucha con la COVID-19. Caja de Herramientas: transformación digital. Herramientas de Conocimiento*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52053/Factsheet-Infodemic_spa.pdf

Pauner Chulvi, C. (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red. *Teoría y Realidad Constitucional*, (41), 297-318. <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22123>

Pellegrini-Ripamonti, S. (2010). Análisis conceptual del Periodismo Ciudadano y propuesta metodológica para analizar su contribución informativa. *Palabra Clave*, 13(2), 271-290. <https://doi.org/10.5294/pacla.2010.13.2.3>

Presidencia del Gobierno. (2021). *Estrategia de Seguridad Nacional 2021*. <https://www.dsn.gob.es/es/documento/estrategia-seguridad-nacional-2021>

Prieto, E. (2023). ¿Qué es la comunicación estratégica y cuáles son las etapas del plan? *Southern New Hampshire University*. <https://es.snhu.edu/noticias/que-es-la-comunicacion-estrategica>

Puente Vergara, S., & Grassau Bustos, D. (2011). Periodismo ciudadano: dos términos contradictorios. La experiencia chilena según sus protagonistas. *Palabra Clave*, 14(1), 137-155. <https://doi.org/10.5294/pacla.2011.14.1.8>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Americana de Derechos Humanos. (2019). *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VE.pdf

Rodríguez Pérez, C. (2019). No diga fake news, di desinformación: una revisión sobre el fenómeno de las noticias falsas y sus implicaciones. *Comunicación*, (40), 65-74. <https://doi.org/10.18566/comunica.n40.a05>

Rodríguez Andrés, R. (2018). Fundamentos del concepto de desinformación como práctica manipuladora en la comunicación política y las relaciones internacionales. *Historia y Comunicación Social*, 23(1), 231-244. <https://doi.org/10.5209/hics.59843>

Rojo-Martínez, J. M., & Crespo-Martínez, I. (2023). Lo político como algo personal: Una revisión teórica sobre la polarización afectiva. *Revista de Ciencia Política*, 43(1), 25-48. <https://doi.org/10.4067/s0718-090x2023005000102>

Rubio Núñez, R. (2018). Los efectos de la posverdad en la democracia. *Revista de Derecho Político UNED*, (103), 191-228. <https://doi.org/10.5944/rdp.103.2018.23201>

Sánchez de Diego, M. (2022). Fake News y Libertad de Expresión. En Á. Moreno Bobadilla y B. Martínez Isidoro (eds.), *Fake News, Desinformación y otros desórdenes normativos* (pp. 73-95). Madrid: Fragua.

Sessa, M. G. (2023). *Connecting the disinformation dots: Insights, lessons, and guidance from 20 EU Member States*. EU Disinfo Lab. <https://www.disinfo.eu/publications/connecting-the-disinformation-dots>

Silicon Technology Powering Business. (2023). *Las 10 predicciones de Zscaler para la Industria Tecnológica en 2024*. <https://www.silicon.es/las-10-predicciones-de-zscaler-para-la-industria-tecnologica-en-2024-2490456>

Silvela Díaz-Criado, E. (2017). Comunicación estratégica: origen y evolución del concepto. En *Documentos de Seguridad y Defensa 72. Comunicación Estratégica* (pp. 13-34). Madrid: Ministerio de Defensa.

Slipczuk, M. (2022). *Una guía para principiantes para establecer una organización de fact-checking en América Latina y el Caribe*. Montevideo: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380932/PDF/380932spa.pdf.multi>

Suárez-Villegas, J. C. (2017). El periodismo ciudadano. Análisis de opiniones de periodistas de España, Italia y Bélgica. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, (74), 91-111. <https://doi.org/10.29101/crcs.v0i74.4383>

Sunstein, C. R. (2020). Falsehoods and the First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*, 33(2), 387-425. <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v33/33HarvJLTech387.pdf>

Sunstein, C. R. (2021). *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197545119.001.0001>

Torcal, M., & Carty, E. (2023). Populismo, ideología y polarización afectiva en Argentina. *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1(30), 128-157. https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/59717/Torcal_arg_popu.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torcal, M., & Comellas, J. M. (2022). Affective Polarisation in Times of Political Instability and Conflict. Spain from a Comparative Perspective. *South European Society and Politics*, 27(1), 1-26. <https://doi.org/10.1080/13608746.2022.2044236>

Vergara San Martín, D. (2019, 29 de marzo). Las burbujas informativas: qué son y cómo surgen en nuestra vida. *Medium*. <https://medium.com/@davidalejandrovsm99/las-burbujas-informativas-qu%C3%A9-son-y-%C3%B3mo-afectan-en-nuestras-vidas-2393da35f69f>

Vosoughi, S., Roy, D., & Aral, S. (2018). The spread of true and false news online. *Science*, 359(6380), 1146-1151. <https://doi.org/10.1126/science.aap9559>

Wardle, C., & Derakhshan, H. (2017). *Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking*. Estrasburgo: Council of Europe. <https://edoc.coe.int/en/media/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html>

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOS

DISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

We Are Social, & Meltwater. (2023). *Digital 2023: Global Overview Report*. <https://datareportal.com/reports/digital-2023-global-overview-report>

Wilson Center. (2023). *Digital Deception: Disinformation's Impact in the Israel-Hamas War*. Wilson Center. <https://www.wilsoncenter.org/article/digital-deception-disinformations-impact-israel-hamas-war>

Wineburg, S., McGrew, S., Breakstone, J., & Ortega, T. (2016). *Evaluating Information: The Cornerstone of Civic Online Reasoning*. <https://purl.stanford.edu/fv751yt5934>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Artificial Intelligence Regulation: Legislative resolution of the European Parliament of 13 March 2024 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)) (European Parliament, 2024). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_EN.html

Código de buenas prácticas reforzado sobre desinformación (Comisión Europea, 2022). <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>

Ley Orgánica de Comunicación (Ecuador, 25 de junio de 2013). https://www.arctel.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/ley_organica_comunicacion.pdf

Ley para mejorar la aplicación de la ley en las redes sociales (Ley de Aplicación de la Red - NetzDG). BGBl. I S. 3352 (Alemania, 2017). <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/>

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (Supreme Court [Estados Unidos], 1964).

Online Safety Act 2023 (Inglaterra, 2023). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>

Procedimiento de actuación contra la desinformación (Consejo de Seguridad Nacional [España], 30 de octubre de 2020). *Boletín Oficial del Estado*, (292), 5 de noviembre de 2020. <https://boe.es/boe/dias/2020/11/05/pdfs/BOE-A-2020-13663.pdf>

Proyecto de Ley N.º 0848-S-2020, sobre Protección y defensa por publicaciones de contenido ilegal en plataformas de proveedores de servicios de redes sociales - Fake News (Argentina, 6 de mayo de 2020). <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/848.20/S/PL>

Proyecto de Ley N.º 1453-D-2020, sobre Incorporación del artículo 211 Bis (Creación y difusión de noticias falsas del espectro digital, con el fin de difundir pánico, desacreditar autoridades oficiales o generar desórdenes o tumultos) (Argentina, 20 de abril de 2020). <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1453.20/S/PL>

Projeto de Ley N.º 2360/2020 (Brasil, 3 de julio de 2020). <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>

Regulation (EU) 2022/2065 on a single market for digital services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Parlamento Europe & Consejo de la Unión Europea, 19 de octubre de 2022). *Official Journal of the European Union*, 27 de octubre de 2022. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>

United States Constitution (Estados Unidos, 1787). <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>

Recibido: 17/03/2024
Aprobado: 15/07/2024

97

DESINFORMACIÓN:
APROXIMACIÓN
CONCEPTUAL,
RIESGOS Y REMEDIOS

DISINFORMATION:
CONCEPTUAL
APPROACH, RISKS
AND REMEDIES

Incorporation of the Premises of Structural Litigation by the Brazilian Federal Supreme Court in the Adjudication of Structural Disputes*

La incorporación de los presupuestos de los procesos estructurales por el Supremo Tribunal Federal en el juicio de litigios estructurales

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

University of Santa Cruz do Sul-UNISC (Brasil)

ELIZIANE FARDIN DE VARGAS***

University of Santa Cruz do Sul-UNISC (Brasil)

Abstract: The study examines the incorporation of the premises of structural litigation theory by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in decisions under monitoring by the Center for Complex Structural Litigation - Nupec (ADPFs 347, 635, and 709). Adopting a deductive approach and an analytical procedural method, theoretical contributions related to disputes, processes, and structural decisions are initially addressed, including a list of the premises of structural process theory. The article explores the internal restructurings that the Brazilian Federal Supreme Court has implemented

* This article was written with the support of Brazil's Department of Coordination of Higher Education Personnel Training (CAPES in the Portuguese acronym), under funding code 001. It is a result of the "Formulas" research project funded by the Brazilian Council for Scientific and Technological Development (CNPq in the Portuguese acronym) (Decree No. 14/2014-Process 454740/2014-0) and the Gaucho-FAPERGS Research Program (Decree No. 02/2014-File 2351-2551/14-5), whose objective is to evaluate thematic theory related to the "Degree of discretion of the legislature" (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers), in accordance with public policies on social inclusion and protection of minorities instituted by the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. This research is linked to the Open Constitutional Jurisdiction research group (part of the CNPq) and was carried out in collaboration with the Interdisciplinary Center for the Study of Public Policy (CIEPPP in the Portuguese acronym), funded by FINEP and the Latin American Constitutional Jurisdiction Observatory, also funded by FINEP, both linked to the Master's and Doctoral Programs in Law at the University of Santa Cruz do Sul-UNISC.

** Holder of a PhD from the Ruprecht Karl University of Heidelberg in Germany and a Doctorate in Law from the University of Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). She has conducted research at the Ruprecht Karl University of Heidelberg in Germany and is a professor on the Master's and Doctorate Programs in Law at the University of Santa Cruz do Sul-UNISC, where she teaches Constitutional Jurisdiction and Jurisdictional Control of Public Policies, respectively. She is a coordinator of the Open Constitutional Jurisdiction research group linked to the CNPq and is a research productivity fellow of the CNPq. Lattes Platform: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>
ORCID: 0000-0002-3446-1302. E-mail: moniah@unisc.br

*** Holder of a PhD from the Stricto Sensu Graduate Program in Social Rights and Public Policy of the University of Santa Cruz do Sul-UNISC, where she was awarded the PROSUC/CAPES Type I scholarship and the CAPES File No. 88881.933606/2024-01, PDSE Decree No. 30/2023 scholarship linked to the Faculty of Law of the University of Buenos Aires, Argentina. She obtained an undergraduate degree in Law in 2020 and a master's degree in Law in 2022 from the University of Santa Cruz do Sul-UNISC. She was awarded a PROSUC/CAPES Type II scholarship and a PROUNI scholarship for these programs, respectively. She is a member of the research group "Open Constitutional Jurisdiction" (UNISC) research group, linked to the CNPq. Lattes Platform: <http://lattes.cnpq.br/7125626353321424>
ORCID: 0000-0002-3192-659X. E-mail: elizianefvargas@mx2.unisc.br

to adjust judicial procedures to handle structural disputes in the absence of regulation on structural processes in Brazil. Finally, based on the premises of structural processes identified at the beginning of the study, the contents of Brazilian Federal Supreme Court decisions are analyzed, with the aim of verifying whether they incorporate the elements of structural processes. We conclude that the three decisions analyzed incorporate a dialogical perspective (both between institutions and between the parties involved and the state), prioritize the participation of affected groups in the formulation of fair and effective decisions, apply an experimentalist approach, apply mechanisms for monitoring the implementation and effectiveness of the decision, and, on some occasions, involve a legal-cultural translation of structural experiences and remedies from other countries by learning from similar cases judged by courts elsewhere and adapting those standards to the Brazilian context.

Keywords: Structural disputes; structural litigation; Brazilian Federal Supreme Court (STF); Center for Complex Structural Litigation (Nupec); incorporation of elements of structural litigation in the face of a lack of legislative regulations

Resumen: El estudio analiza la incorporación de los presupuestos de la teoría de los procesos estructurales por parte del Supremo Tribunal Federal (STF) en las decisiones en etapa de seguimiento por el Núcleo de Procesos Estructurales y Complejos - Nupec (ADPF 347, 635 y 709). Para tanto, adoptando el método de enfoque deductivo y el método de procedimiento analítico, se abordan los aportes teóricos sobre los litigios, los procesos y las decisiones estructurales, enumerando los presupuestos de la teoría de los procesos estructurales. Se exploran cuáles fueron las reestructuraciones internas que el Tribunal Supremo Federal implementó con el fin de ajustar los procedimientos judiciales de tratamiento de los litigios estructurales ante la falta de regulación legislativa de los procesos estructurales en Brasil. Por último, tomando como base los presupuestos de los procesos estructurales identificados al inicio del estudio, se analiza el contenido de las decisiones del Supremo Tribunal Federal con la intención de verificar si estas respetan e incorporan los elementos básicos de los procesos estructurales. De este análisis se concluye que las tres decisiones incorporan una perspectiva dialógica (tanto institucional como de las partes con el Poder Público), priorizan la participación de los grupos afectados en la construcción de decisiones justas y efectivas, aplican una actuación experimentalista, agregan mecanismos de seguimiento de la implementación y efectividad de la decisión y, en algunas ocasiones, realizan una traducción jurídico-cultural de experiencias y remedios estructurales extranjeros, aprendiendo de casos similares ya juzgados por Cortes de otros países, adaptando estos estándares a la realidad brasileña.

Palabras clave: litigios estructurales, procesos estructurales, Supremo Tribunal Federal, Núcleo de Procesos Estructurales y Complejos, incorporación de elementos de los litigios estructurales ante la falta de reglamentación normativa

I. INTRODUCTION.- II. STRUCTURAL DISPUTES, PROCESSES, AND DECISIONS: UNDERSTANDING CONCEPTS AND LISTING PREMISES FOR OVERCOMING STRUCTURAL PROBLEMS.- III. THE ABSENCE OF LEGISLATIVE REGULATION OF STRUCTURAL LITIGATION AND THE NEED FOR INTERNAL RESTRUCTURING OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S JUDICIAL PROCEDURES FOR HANDLING STRUCTURAL DISPUTES.- IV. AN ANALYSIS OF THE INCORPORATION OF PREMISES INHERENT TO STRUCTURAL LITIGATION INTO THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S ADJUDICATION OF STRUCTURAL DISPUTES.- IV.1. ADPF 347.- IV.2. ADPF 635.- IV.3. ADPF 709.- V. CONCLUSION.-

I. INTRODUCTION

Structural disputes play a crucial role in overcoming structural problems by encouraging those involved to expand their individual outlooks and focus on combating systemic flaws that violate human rights and perpetuate situations of inequality and injustice on a collective scale.

Due to the complexity of structural problems and the transformative impact this type of litigation hopes to achieve, the judicial procedure adopted must necessarily be adapted to the foundational premises of such distinct attempts to overcome situations where reality does not conform to the law.

Considering this, as well as the current absence of regulation of structural litigation processes in the Brazilian legal system and the recent restructuring efforts within the Brazilian Federal Supreme Court to accommodate structural disputes, the following question arises: do the measures established by the Brazilian Federal Supreme Court to adjudicate structural disputes within its jurisdiction adhere to the guiding premises of structural processes?

Using a deductive approach, an analytical procedure, and bibliographic and jurisprudential research, this study aims to: 1) Understand the role of structural disputes in seeking to overcome structural problems, considering the specificities and characteristics of the structural processes and decisions that drive structural changes, and listing some elementary premises of the theory of structural process; 2) Explore how the Brazilian Federal Supreme Court has internally restructured its judicial procedure for handling structural disputes in the absence of regulation of structural processes by the national legal system; and 3) Identify, based on decisions under monitoring by the Center for Complex Structural Litigation - Nupec (ADPFs 347, 635, and 709), whether the highest Brazilian court has incorporated the inherent premises of structural processes into its adjudication of structural disputes within its jurisdiction.

101

INCORPORATION OF THE PREMISES OF STRUCTURAL LITIGATION BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT IN THE ADJUDICATION OF STRUCTURAL DISPUTES

LA INCORPORACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LOS PROCESOS ESTRUCTURALES POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL JUICIO DE LITIGIOS ESTRUCTURALES

II. STRUCTURAL DISPUTES, PROCESSES, AND DECISIONS: UNDERSTANDING CONCEPTS AND LISTING PREMISES FOR OVERCOMING STRUCTURAL PROBLEMS

In cases of inherent infringement of fundamental human rights in the ways public and/or private institutions operate, there is an increasing trend of structural disputes being brought before the judiciary, with demands for structural litigation aimed at effecting substantive transformations to address systematic rights violations.

Intending to conceptualize such conflicts of a structural nature, França (2022a, p. 407, authors' translation) notes that: "Structural disputes are complex issues that, in order to be resolved, require the adjustment or implementation of public policies and/or the restructuring of state institutions whose operating methods (or negligence) violate fundamental rights."

Thus, the utility of this type of claim in terms of combating deficits in the formulation of public policies is acknowledged, enabling the pursuit of adequate defense of rights through the proper formulation of public policies. When the State fails to implement public policies, the Judiciary, which is also responsible for ensuring constitutional precepts are respected and enforced, can and should intervene to ensure the fulfillment of such objectives. This does not imply overruling the other branches of government, but rather ensuring that what was determined by the constitutional legislators comes to pass. If the Judiciary fails to act on the failures it identifies, it would be providing inadequate protection of rights, running counter to the principle of sufficient protection, given that it is its responsibility to ensure fundamental rights are upheld (Santos, 2021, p. 25).

Seeking to define structural disputes, Puga lists the seven characteristics most commonly used in the literature to identify this type of litigation: 1) The involvement of various procedural agents; 2) The cases involve a group of affected individuals who do not directly participate in the judicial process but are represented by other members of the group or by legally authorized third parties; 3) The problem has a root cause that leads to a cascading violation of rights. Generally, this cause originates from a legal norm, a policy or practice (public or private), or a social condition or situation that harms interests in a systemic or structural manner, although not always uniformly; 4) The operationalization of a state or bureaucratic institution that serves as the context for the rights-violating social situation or condition; 5) The claimants assert values and/or demand rights of an economic, social, or cultural nature; 6) The claims involve the distribution of goods and resources; and 7) The issuance of a judicial decision that encompasses a series of orders

that must be continuously implemented and executed long-term (Puga, 2014, pp. 45-46).

Given these constitutive elements, which highlight the inherent complexity of structural disputes, the judicial responses required will be equally complex. If the goal is simply that the violation cease, a temporary apparent solution to the problem can be found; however, the situation may recur in the future (Vitorelli, 2022, p. 287).

This point underlines the importance, in such cases, of the decision being distinct from the traditional model, including diffuse responses of a prospective nature, and involving the implementation of measures outlined in the decision that extend over time and aim to achieve truly transformative outcomes for the entire community (Fiss, 1979, p. 2). The judicialization of a structural dispute, therefore, “seeks to eradicate the root causes of the conflict rather than merely addressing its resulting consequences. Therefore, a structural litigation process aims to reconstruct a particular state of affairs, rather than to eliminate, repair, or punish isolated behaviors” (França, 2022a, p. 407, authors’ translation).

It is not uncommon for the Judiciary, when dealing with complex claims such as those related to the judicialization of public policies, to employ more traditional, quick, and individualistic resolution models, and thus be less effective in terms of solving the structural problem. By overlooking a broader (structural) perspective that considers the root causes rather than just the consequences, remedies capable of combating the structural flaw from a collective standpoint are not developed. This leads to a selective guarantee of fundamental rights only for those individuals who possess the knowledge and financial resources to pursue their interests judicially (França, 2022a, p. 400).

The inadequacy of the traditional process model (which is liberal and individualistic in nature) for resolving structural disputes also stems from the fact that these actions do not aim to challenge an isolated act of violation and restore a status quo, but rather to question the institutionalization and reproduction of factors that lead to structural violation, as well as to demand the reorganization of the structure/agency in order to prevent the repetition of wrongdoings with the same cause (França, 2022a, p. 405).

At this point the question arises: what is the appropriate judicial procedure to provide solutions in this type of claim? Drawing on the American theory—which originated the debate on the theme of structural disputes—Owen Fiss (2017, p. 120) contends that structural litigation is a judicial instrument through which the judge, confronting a bureaucratic structure that undermines constitutionally protected

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

values, undertakes the task of restructuring institutional arrangements to eliminate the threat to rights.

However, definition of the procedural framework for conducting this structural process will depend on the nature of the dispute being addressed (e.g., prison overcrowding, public daycare slots, structural discrimination, police lethality, environmental crises, etc.). Additionally, it may be necessary to combine more than one structural procedure, that is, to generate, approve, and implement a structural plan, all within a highly democratic environment where dialogue between the branches of government and civil society is a reality (Jobim, 2022, p. 857).

In view of this, litigation to address structural problems demands a new form of judicial action, but not only that, it also requires reformulation of the traditional mode of providing judicial protection, a shift in the emphasis of the judicial procedure to a more active role which includes empowering the parties involved, invoking close cooperation to resolve the structural conflict, and encouraging broad participation and dialogue between those involved and civil society (Santos, 2021, pp. 69-70).

Structural litigation, due to its complexity, is resolved in stages, following a cyclical and spiral procedure. This model embodies the continuous process of construction and reconstruction inherent in the resolution of structural disputes through structural decisions. Consequently, such cases are not resolved through a linear decision-making process; rather, the process allows for setbacks, revisions, and alternative measures beyond those initially established (Vitorelli, 2022, pp. 296-297).

According to Vitorelli (p. 297), the cyclical and spiral path of the judicial procedure for resolving structural litigation¹ involves six stages:

1. understanding the characteristics of the litigation in all its complexity and conflict, allowing different interest groups to be heard, with respect for the polycentric nature of the litigation;
2. developing a plan to alter the functioning of the structure, in a document or through various agreements or court orders, with the goal of changing its undesirable behavior;
3. implementing this plan, either compulsorily or through negotiation;
4. evaluating the results of the implementation to ensure the social outcome intended at the start of the process—correcting

¹ “Structural litigation is a type of litigation where the violation challenged arises from the operations of a bureaucratic structure, whether public or private, and, due to the characteristics of the context in which it occurs, resolution requires the restructuring of the functioning of that structure. [...] Structural cases are legal actions aimed at restructuring a public or private institution whose behavior causes, fosters, or enables structural litigation” (Vitorelli, 2018, pp. 340-347, authors’ translation).

the violation and achieving conditions that prevent its future recurrence—occurs;

5. revising the plan based on the evaluated results to address aspects initially unrecognized or to mitigate unforeseen side effects;
6. implementing the revised plan, which restarts the cycle which continues until the litigation is resolved, meaning, in the context of structural litigation, until the social result deemed appropriate given the circumstances of the conflict is achieved (p. 297, authors' translation).

In contrast, Didier Jr., Zaneti Jr. and Oliveira (2020, p. 65) argue that structural litigation is a bifurcated process, which involves initial recognition and definition of the structural problem, followed by definition of the necessary restructuring plan. Arenhart (2013, p. 394), meanwhile, maintains that structural processes involve cascading decisions; from the initial generic and broad decision, a chain of new decisions subsequently emerges, along with more specific measures that advance the protection of the rights initially recognized. Synthesizing the concepts, structural litigation refers to complex problems that must be addressed through a structural process, in which the Judiciary issues a decision outlining structural remedies intended to resolve the situation involving human and fundamental rights violations. The theory of structural processes entails various types of remedies, such as “structural injunctions” (from the U.S. Supreme Court), the “unconstitutional state of affairs” (from the Constitutional Court of Colombia), and “meaningful engagement” (from the Constitutional Court of South Africa) (Machado Segundo & Serafim, 2022, p. 94).

To briefly expand on these remedies, which originated from the jurisprudence of different constitutional courts, “structural injunctions” are issued by the Supreme Court of the United States, and are aimed at remedying systemic problems with broad social impact. Cases typically involve constitutional interpretation and may result in the restructuring of governmental institutions or the implementation of public policies through judicial action. The structural injunction, in the American context, originated as a judicial mechanism aimed at eliminating racial segregation in schools. It emerged as federal judges sought to implement the Supreme Court’s 1954 decision in *Brown v. Board of Education*, which mandated the transformation of segregated school systems into unitary and non-racial systems (Fiss, 2022, p. 35).

However, due to its success, it ended up being used in other cases as well. According to Owen Fiss (2022), “by the late 1960s lawyers and judges sought to use the lessons learned in school desegregation cases in other domains. As a result, the remedy crafted in school cases was

105

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

employed to reform hospitals, police departments, housing authorities, and prisons” (p. 35).

Considering that the structural judicial process aims to eradicate an ongoing threat to constitutional values through the issuance of structural injunctions, they act as a formal mechanism through which the Court issues directives on how this goal should be achieved, and aim to eliminate the possibility of persistence or recurrence of the violation in the future (Fiss, 1978, p. 11). As such, structural injunctions are not static; they are subject to amendment based on the needs and factual development of the case, which means that:

the judge maintains a continuous relationship with the institution over a significant period of time. There is no easy, one-shot method of reconstructing an institution; a series of interventions are inevitable, for the defendants’ performance must be evaluated, and new directions issued, time and time again. Structural injunctions entail a process of continuous interaction (p. 28).

Therefore, sanctions are issued through supplemental decrees, whereby “in each cycle of the supplemental relief process, the remedial obligation is defined with greater and greater specificity” (p. 36). Thus, the judicial approach to the structural problem is prospective, meaning this type of measure is particularly important in structural reforms.

The “unconstitutional state of affairs”, meanwhile, is a doctrine of the Constitutional Court of Colombia aimed at addressing situations involving widespread and systemic rights violations; that is, by declaring an unconstitutional state of affairs, the Constitutional Court of Colombia is asserting that a certain situation entails serious human rights violations, which are typically addressed in comparative constitutionalism under the term “structural cases” (Garavito, 2009, p. 435). Given the extent of the problem, instead of focusing on cases individually, the Court chooses to declare an “unconstitutional state of affairs”—based on certain criteria established in the jurisprudence of the Colombian Court itself²

² Broocke (2021) outlines six criteria defined in the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia, emphasizing that these are not exhaustive or necessarily concurrent, and that the Court may recognize other circumstances in its judgment of future cases. According to the author: “Based on the factual determination of certain indicative circumstances the Court defines whether structural litigation constitutes an ECI [unconstitutional state of affairs], with the factors to be assessed having been established in its own jurisprudence as follows: i) massive and widespread violation of various constitutional rights affecting a significant number of people; ii) prolonged failure by authorities to fulfill their obligations to ensure these rights; iii) adoption of unconstitutional practices, such as incorporating the action for protection as part of the procedure to guarantee the violated right; iv) failure to issue the necessary legislative, administrative, or budgetary measures to prevent the violation of rights; v) the existence of a social problem whose resolution involves the intervention of multiple entities, requires a complex and coordinated set of actions, and demands a level of resources which necessitate a significant additional budgetary effort; and vi) if all affected individuals resorted to the action for protection to obtain their rights, it would result in massive judicial congestion” (p. 36, authors’ translation).

—thereby acknowledging the deterioration of a particular sector and pressuring the government to adopt comprehensive measures to address the violations, and to benefit those individuals who were affected by the rights violations resulting from the “unconstitutional state of affairs” but who did not seek legal protection.

This can be observed in practice in Ruling T-025/2004 of the Constitutional Court of Colombia. On that occasion, the Court—reviewing and aggregating 108 *tutela* actions filed in 22 cities across the country by 1,150 displaced families—declared that the situation of internally displaced persons constituted an “unconstitutional state of affairs”, resulting from the failure of the state to fulfill its duty of protection (Garavito & Franco, 2015, p. 64).

The decision not only acknowledged the human rights violations but also mandated that the effects of the ruling extend to all displaced persons, regardless of whether they had filed a *tutela* action. Seeking a comprehensive approach to the problem, the Colombian Court issued several orders specifically mandating that the State develop a plan to address the “unconstitutional state of affairs”. The Court also committed to monitoring the State’s compliance with the provisions of Ruling T-25. To this end, it employed various tools, including conducting public hearings and technical sessions, creating a special compliance monitoring board, and issuing monitoring orders (Garavito & Franco, 2015, pp. 66-67).

The declaration of an “unconstitutional state of affairs” has a practical purpose and, due to the legal and political nature of this doctrine, requires constant monitoring to ensure the effectiveness of the judicial mechanisms to address the unconstitutional situation. Regarding the legal and political function of the “unconstitutional state of affairs”, César Rodríguez Garavito (2009, p. 438) identifies its pragmatic nature as its main characteristic. The recognition of an “unconstitutional state of affairs” has a practical purpose, in that it essentially seeks to compel the state to create, implement, fund, and evaluate the public policies necessary to address the massive violation of rights that led to this declaration. It also requires continuous monitoring of all “unconstitutional states of affairs” to ensure that the ruling declaring it is effective and fosters collaboration among the various public and private actors involved in structural cases.

This brief description of the doctrine of the “unconstitutional state of affairs” demonstrates its suitability for addressing structural litigations. Additionally, the primacy of the judicial tools inherent to structural processes is noteworthy, as well as the enhanced institutional and social dialogue, the increased participation of various stakeholders in the process, the ongoing monitoring of compliance with the judicial

107

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTESLA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

decision after issuance of the ruling, and the extension of the decision's effects beyond an individual case.

Finally, it is necessary to explore the “meaningful engagement” tool used by the Constitutional Court of South Africa, by means of which the Judiciary “functions as a driving force that rouses political powers from inertia, promoting a dialogue between judicial and administrative entities, including in this process the population segments affected by State inertia” (Serafim, 2019, p. 109, authors’ translation). In a manner very similar to the declaration of an “unconstitutional state of affairs” by the Constitutional Court of Colombia, the theory of “meaningful engagement” aims to foster the development of solutions through collaboration between public authorities and society. To this end, the Court acts as the coordinator of this dialogue, promoting cooperation between public authorities and social actors in the joint creation of structural measures designed to overcome the unconstitutional situation. According to Broocke (2021), this model of judicial action “brings forth a model of dialogic judicial activism, compatible with the idea of ‘experimentalist regulation’” (p. 57, authors’ translation).

An example of a ruling by the Constitutional Court of South Africa in which the theory of “meaningful engagement” was applied is the *Olivia Road* case, a legal dispute involving approximately 400 residents of informal settlements on the outskirts of Johannesburg. These individuals faced the threat of eviction due to the poor and unsafe conditions of the buildings they inhabited, a controversy that reached the Constitutional Court of South Africa. Prior to the ruling, the Court issued a provisional order requiring the parties involved to “meaningfully engage” to resolve their differences and difficulties based on constitutional values, with the aim of improving the habitability of the buildings and jointly developing a concrete plan for permanent housing. This judicial order reconfigured the power dynamics between the occupants and the public authorities, as it recognized that this vulnerable population had rights, including the right to participate democratically in decision-making (Broocke, 2021, p. 56).

Once the residents and the municipal government committed to dialogue, the parties reached a partial agreement after a number of months. Through this agreement, the municipality committed to suspending the eviction and implementing measures to improve the buildings and the quality of life of the residents, including cleaning the residential areas, providing access to water, and ensuring basic sanitation (Casimiro, 2022, p. 32).

In this context, the Constitutional Court took on the responsibility of facilitating dialogue and managing the structural aspects of the process, and the encouragement to “meaningfully engage” expedited

the implementation of obligations related to economic and social rights. This approach has proven effective in reconciling the various interests involved in decision-making, fostering proactive and honest dialogue among the parties. Additionally, the Constitutional Court plays the role of facilitator in managing structural procedures, defining the general objectives, fostering constructive dialogue, overseeing the judicial implementation of agreements, and setting deadlines for the provision of necessary information (Broocke, 2022, p. 45).

Despite the similarities between the South African and Colombian theories, there is a substantial difference between them. According to Broocke (2021, p. 56), unlike the “unconstitutional state of affairs”, “meaningful engagement” does not involve mechanisms for monitoring compliance with the provisions of the ruling. In the Colombian context, such mechanisms serve as the basis for the issuance of supplementary measures during the enforcement phase of the judicial decision.

In consideration of the valuable doctrinal contributions of all these theories, the path to developing a model of structural procedure that accommodates the local specificities of Brazil while encompassing the central ideas of structural processes from around the world should entail several actions, all aimed at ensuring the adequate resolution of structural disputes, such as: 1) Promoting broad social participation in the structural process and prioritizing judicial action guided by democratic experimentalism; 2) Critically importing experiences and structural remedies from abroad; and, 3) Incorporating mechanisms for monitoring and supervising the effectiveness of compliance with the actions set forth in the structural decision.

Regarding democratic experimentalism, this theory arose in American doctrine in articles like Charles F. Sabel and William H. Simon’s “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, published by the Harvard Law Review in 2004. Seeking to adapt the theory to the Brazilian context, Lanza (2022, p. 181) argues that experimentalism is a judicial method aimed at implementing court decisions, based on premises such as consensus, broad participation by the parties and stakeholders, and ensuring court proceedings are transparent and public. The author asserts that the experimentalist method is compatible with the Brazilian legal system—especially since the enactment of the Civil Procedure Code of 2015—by adopting the same logic that justifies the adaptation of structural process theory to the Brazilian legal context, namely that: “the underlying premises and doctrinal foundations are the same. After all, experimentalism is intended to be a model used ‘within’ a structural process, meaning it is a part of that process” (Lanza, 2022, p. 181, authors’ translation).

109

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTESLA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

It has been observed that, in terms of democratic experimentalism, in other countries participation by civil society is an essential element in the development of the structural process, necessary to overcome antidemocratic objections and claims of a lack of institutional capacity on the part of the Judiciary to propel social transformations. In this vein, Jobim (2022) argues that a model of structural process theory “would, therefore, involve democratic construction of a procedural law that encompasses, initially, the possibility of dialogue between the Judiciary, the Executive, the Legislature, and Civil Society” (p. 862, authors’ translation).

This arena for participation and dialogue also significantly contributes to overcoming the view of structural judicial interventions as undemocratic and lacking the power to effectively alter social reality due to judges’ lack of technical knowledge. On this point, Garavito and Franco (2015, pp. 240-241), aligning with the proposals in favor of democratic experimentalism and dialogical activism in reformulating the logic of judicial interventions in this type of process, argue that this stance has the potential to overcome these objections³.

When considering experimentalism as an adequate method for conducting a structural dispute process, it is important to note that the essence of experimentalism consists of: negotiation between the parties, with the possibility of integrating other interested individuals and experts into the deliberations; judicial intervention of the “rolling rule” type, meaning a decision that establishes basic rules but has a provisional nature, so that such measures can be continuously reassessed, including constant participation by the involved parties to evaluate the effectiveness of the adopted measures; and transparency, ensuring the measures adopted based on the “rolling rule” are made public, thus guaranteeing oversight of compliance with the structural measures plan (Sabel & Simon, 2017, pp. 60-71 and 73).

Therefore, the importance of incorporating democratic experimentalism into judicial practice is evident, not only prioritizing continuous dialogue between the Judiciary and political powers but also integrating the population affected by state negligence into the judicial discussion, fostering their broad inclusion in the deliberative process aimed

³ “These interventions respond to the objection about the judges’ lack of technical knowledge. By monitoring compliance with their rulings through a follow-up process that involves not only public officials, but also a wide variety of actors with relevant knowledge (professional associations, NGOs, victims’ organizations, academic experts, among others), dialogic courts can promote the collaborative search for solutions or, at least, a public discussion of possible actions. The direct and indirect effects that can arise from this dialogue include the unblocking of public policy processes, improved coordination between previously disjointed public agencies, and the development of public policies framed in a language of rights. These changes, in turn, can prevent the indiscriminate judicialization of conflicts” (Garavito & Franco, 2015, p. 241).

at mitigating political omissions (Machado Segundo & Serafim, 2022, p. 99).

Moreover, this dialogical dimension will characterize the construction of the experimentalist decision, as it is crucial that alternatives, trials, and errors be consistently discussed among the involved parties:

whenever a particular case involves structural issues of public interest, the measures taken by the authorities and other involved actors must be experimental and complex. If there is no room for the cycle of “attempt → failure; attempt → success; attempt → discovery of new paths,” the desired solution can never be achieved. This is because matters related to public policies, by their nature, depend on unpredictable and contingent variables that can only be identified in practice and at the time of their implementation or adjustment (França, 2022b, p. 406, authors’ translation).

Although models involving democratic experimentalism and structural remedies have been successful in countries around the world, the importation of such processes must be conducted critically. As highlighted by Machado Segundo and Serafim (2022, p. 99), in comparative studies the application of the inductive principle must be scrutinized, meaning that the mere identification of effective decisions in other jurisdictions cannot ensure the effectiveness of the structural remedy in a context different from its origin. In this process, it is necessary to consider the (legal/political/historical/social) context in which that structural remedy was conceived, and adapt it to the needs of the new reality in which it will be implemented.

The risk of an uncritical transplant of foreign structural experiences is evident, as will be discussed further, in the presence of traits of this decontextualized inductive reasoning in the content of Brazilian Federal Senate (Senado Federal) Bill no. 736/2015, which seeks to incorporate, in their entirety and without critical readjustment, structural remedies from the Constitutional Courts of Colombia and South Africa.

The implementation of a structural decision needs to be monitored, either through oversight carried out by the Judiciary or by an expert panel responsible for it, in order to measure progress and setbacks in addressing the problem and, if necessary, to request the Judiciary to review or establish new structural remedies. In this regard, according to Osuna (2015, pp. 114-115), the implementation of the decision relies on periodic and public monitoring mechanisms. Thus, by preserving “in order to maintain their jurisdiction over the case after sentencing, dialogic courts often issue new decisions in light of the progress and setbacks of the process, and encourage discussion among the actors in the case in public and deliberative hearings”.

111

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTESLA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

Imposing discipline on structural litigation within Brazilian legislation is no simple task. In addition to the points listed above, obstacles exist related to the need for restructuring in the application of certain legal principles (such as the principle of demand, the flexibility of judicial procedure, and party cooperation), as well as greater economic expenditure and funding, not only for the litigation process itself but also for the phase of monitoring compliance with structural decisions (Mossoi & Medina, 2020, p. 267).

If the absence of specific regulation has generated problems, paradoxically, deficient standardization can be equally detrimental. This is because a rigid procedural process in structural litigation, the incorporation of a procedural framework that obligates the Court to establish overly rigid, rigorous, and unilateral structural remedies, and the lack of mechanisms to effectively monitor compliance with the decision, can jeopardize the effectiveness of structural litigation processes in Brazil.

Specifically regarding procedural rigidity, it is worth emphasizing that the procedure through which structural litigation unfolds needs to be imbued with flexibility. This is because strictly delimiting procedural intricacies for this type of litigation beforehand implies ignoring the fact that structural disputes have distinct objects, thus varied procedures are required to address each case (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 53).

In contrast to the criticisms directed towards regulation, minimal standardization specifically addressing structural claims could contribute to predictability and legal certainty in the application of structural judicial techniques (Bockenek, 2022, p. 32). It is worth noting the legislative progress in this regard with the enactment of the new provisions of Law no. 13,665/2018, the “Introduction to Brazilian Law” Statute (LINDB in Portuguese), which details the precepts to be followed and applied by judges and administrators in their activities, especially in the context of disputes, conflicts, and structural processes. Among the aspects addressed in the LINDB, the consequentialism of judicial decisions and the establishment of public consultations as a tool for democratic participation in the judicial decision-making process stand out (Bockenek, 2022, p. 35).

It is evident that the theory of structural processes for structural disputes still has a long way to go. Many aspects of the traditional model of civil procedural law still need to be reinterpreted (such as those involving claims, parties, *res judicata*, standing, evidence, judgment, and enforcement) to accommodate the procedural requirements of structural litigation (Arenhart, 2013).

Moreover, beyond the reinterpretation of traditional legal institutions and legislation to accommodate this new procedure, there is a need for

a shift in the mindset of those involved in structural litigation (with emphasis on the Judiciary, the Public Prosecution Service, and the Public Defender's Office). They must adopt new tools, techniques, and even a new way of thinking about structural litigation in their daily practices. The enactment of laws is useless in the absence of a genuine political determination to promote change, accompanied by staff training, development of technical skills, and improvement of the appropriate infrastructure (Santos, 2021, p. 15).

After discussing some of the essential concepts and assumptions required to understand how structural disputes should be processed judicially, the next step is to analyze how the Brazilian Federal Supreme Court (STF) has dealt with this lack of regulation on the subject and provided solutions to structural disputes within its jurisdiction.

III. THE ABSENCE OF LEGISLATIVE REGULATION OF STRUCTURAL LITIGATION AND THE NEED FOR INTERNAL RESTRUCTURING OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S JUDICIAL PROCEDURES FOR HANDLING STRUCTURAL DISPUTES

Due to the increase in debates on structural disputes and litigation processes in Brazil since 2014, three bills⁴ have been introduced with the intention of providing the groundwork for structural litigation in Brazil.

The pioneers spearheading this work were the proceduralists Ada Pellegrini Grinover and Kazuo Watanabe, affiliated with the Brazilian Center for Judicial Studies and Research, who were the main parties responsible for drafting the text of Bill (PL) No. 8,058/2014, subsequently introduced in the Chamber of Deputies by Federal Deputy Paulo Teixeira.

This bill aimed to implement a procedure to control judicial interventions in public policy matters. Although not its main focus⁵, it ended up touching on the topic of structural litigation, not only by foreseeing characteristic elements of structural disputes but also because structural litigation is an effective means of reviewing and correcting possible omissions and/or inadequacies in public policies. When public policies are inadequate, they restrict fundamental rights, which can lead to systemic violation of human rights.

4 In addition to these previously presented bills, on March 4, 2024, the Brazilian Federal Senate established a commission composed of 15 jurists responsible for drafting a new proposal for a preliminary draft of a Structural Litigation Process Law in Brazil within 180 days (Ato do presidente no. 03/2024, 2024).

5 The term "structural" is mentioned only once in the Bill, in Article 2, paragraph 1, item I, which establishes that the special process for judicial review of public policies will be imbued with structural characteristics, aiming to promote institutional dialogue among the branches of government (Projeto de Lei n° 8.058, 2014, p. 2).

However, in 2023 Bill no. 8,058/2014 was archived at the end of the legislative term, having failed to achieve significant success in the task of creating structural operational standards to guide judicial interventions in public policies.

In 2015, with “Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept” (ADPF in Portuguese) Ruling no. 347 and the declaration of an “unconstitutional state of affairs” (ECI in Portuguese) in Brazilian prisons, concerns grew regarding inappropriate use of the ECI by the Brazilian Federal Supreme Court. In view of this, Senator Antonio Carlos Valadares introduced Senate Bill no. 736/2015, aiming to establish requirements for and limits on judicial reviews of the constitutionality (both concentrated and diffuse) of public policies by the Brazilian Federal Supreme Court, as well as to regulate the declaration of “unconstitutional states of affairs” and the issuance of orders for “meaningful engagement” by the Court to affected groups and those safeguarding rights through structural litigation (Projeto de Lei do Senado N° 736, 2015, p. 7).

Still, as noted by Casimiro, França, and Nóbrega (2023a, p. 442), this Senate Bill (PLS) has an evident flaw, in that it attempts to combine distinct structural remedies, namely the “unconstitutional state of affairs” (ECI) developed by the Constitutional Court of Colombia and “meaningful engagement”, which originated in the South African Constitutional Court. There is no obstacle to the use of such structural remedies within the Brazilian jurisdiction, as previously observed, as the ECI recognizes systemic violations and pressures the State to find solutions to structural problems, emphasizing the need for the State to continuously fulfill rights through public policies and the dialogical integration of affected groups. However, the incorporation of these new institutions must be carried out critically and based on evidence, with the decision-making standards of other countries adapted to the reality to which they will be transported, all based on an effective legal-cultural translation of the procedural model (Lima & Serafim, 2021, pp. 209-210).

After numerous debates and years of research on the development of structural litigation processes in Brazil, in 2021, the Ada Pellegrini Grinover Bill was introduced in the Chamber of Deputies (Bill no. 1,641/21, a replacement for Bills 4,441/20 and 4,778/20)⁶, proposing a new Law on Public Interest Litigation (Lei da Ação Civil Pública). This bill is related to our theme, as public interest litigation represents a

6 By the time this research was being concluded, Bill no. 1,641/2021 had been combined with Bill No. 4,441/2020 and was in the process of being considered by the Committee on Constitution and Justice and Citizenship.

valuable procedural instrument for seeking the resolution of structural disputes by the Judiciary⁷.

Although legislative proposals have not achieved effective progress in establishing minimum standards to be taken as guidelines for structural litigation, in practice, courts and judges in the country—especially those under the scope of the Brazilian Federal Supreme Court (STF)—attentive to doctrinal developments and facing the emerging need to address structural disputes, have independently incorporated special parameters for the handling of structural disputes through the avenue of structural litigation.

An example of this is Resolution 790/2022 of the Brazilian Federal Supreme Court (STF), dated December 22, 2022, through which the highest Brazilian court incorporated, for the first time, a differentiated procedure for handling structural disputes within its jurisdiction. The Resolution established the “Center for Alternative Dispute Resolution of the Brazilian Federal Supreme Court” (Cesal/STF), which was integrated into the “Center for Coordination and Support for Structural Demands and Complex Litigation” (Cadec/STF in Portuguese) (Resolução n. 790, 2022, p. 2).

This center was responsible for assisting, when so requested by the Rapporteur for the case (Article 4), in resolving structural claims and complex disputes under the jurisdiction of the Brazilian Federal Supreme Court. This meant that the structural problems outlined in actions referred to the Cadec/STF underwent detailed analysis in order to define the measures, including goals and deadlines, required to manage the issue appropriately (Article 5) (Resolução n. 790, 2022, pp. 2-3)⁸.

Furthermore, it is noteworthy that Resolution 790/2022 has advanced in aspects that the previously analyzed Senate Bills did not thoroughly explore. This is the case, for example, with the provision of Article 6, which stipulated that that the issue should be periodically reassessed (within a maximum period of six months). Despite its significant contribution

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

7 One example of this is the Public Interest Litigation (ACP) regarding coal, which addressed environmental protections in a coal mining area of Criciúma, Santa Catarina, aiming to develop and implement an environmental recovery plan in the area. For an analysis of the case through the lens of structural litigation, see Arenhart (2017).

8 Before its elimination, the Cadec/STF even participated in Brazilian Extraordinary Appeal 1.366.243/SC, which concerned recognition of the general repercussions of the passive legitimacy of the Union and the jurisdiction of the Federal Courts in disputes concerning the supply of medications registered with the National Health Surveillance Agency (ANVISA) but not standardized in the Unified Health System (SUS). According to the decision: “Referring the case to the Center for Coordination and Support for Structural Demands and Complex Litigations (Cadec/STF) would prioritize alignment of the need for federal participation in cases involving non-standardized medications under the SUS (Unified Health System) with the facilitation of access to justice and free legal aid. Additionally, it would enhance the institutional dialogue of the Judiciary both in terms of facilitating the conciliatory and interventionist measures inherent to complex litigations and involving other public and private bodies as well as civil society in the search for solutions” (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 3, authors’ translation).

to the handling of this type of litigation, the structure established by Resolution 790/2022 was abolished in 2023 during Minister Luís Roberto Barroso's term as president of the Court and replaced and enhanced with the creation of the Jurisdiction Support Advisory (AAJ in Portuguese), which operates alongside the Center for Complex Structural Litigation (Núcleo de Processos Estruturais e Complexos - Nupec in Portuguese)⁹. According to Article 17, paragraph 1, item I of the current Regulations of the Secretariat of the STF, Nupec is responsible for assisting in the identification and processing of structural and complex actions. Additionally, it is tasked with preparing opinions and technical notes on cases with economic and social impact, integrating monitoring bodies for structural actions, and assisting in the development of indicators for monitoring, evaluating, and analyzing the effectiveness of the measures adopted (Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2024, p. 13).

The significant innovation brought about by the creation of Nupec is its role in developing indicators for measuring the effectiveness of the measures established through processes, as well as its support in supervising and monitoring the implementation phase of decisions, including the possibility of establishing monitoring bodies to handle each structural process in a tailored manner (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, pp. 2-3).

The positive impacts of the renewed structure are already evident, particularly regarding transparency, an inherent characteristic of structural processes. This is demonstrated by the inclusion of a dedicated space on the Brazilian Federal Supreme Court's website for the Center for Complex Structural Litigation to record its ongoing and completed actions. Currently (with data from October 2023 to February 2024), the platform states that Nupec has been involved in: three processes in the monitoring phase (ADPFs 347, 635, and 709); 22 technical hearings and meetings; the issuance of 16 technical notes, and the provision of

⁹ Court President Minister Luís Roberto Barroso, in an administrative regulatory act, presented a proposal for restructuring and the creation of the Constitutional Jurisdiction Support Advisory (AAJ), arguing that the abolition of Cesal did not pose a risk nor ignore the emerging issue of structural disputes. Instead, according to the President of the STF: "The new advisory body will structure, expand, and enhance the current Center for Alternative Dispute Resolution (Cesal in Portuguese), equipping it with an interdisciplinary team suitable for its extensive functions. [...] Considering the increase in the number of structural cases coming before the Supreme Federal Court (STF) and the growing demand for consensual methods to resolve conflicts, there is a recognized need to significantly expand the team responsible and transform these centers into one specific administrative unit, tasked with providing specialized support for the judicial process, at the request of the Presidency and the Offices" (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 2, authors' translation).

assistance in 16 structural/complex decisions¹⁰ (Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC, 2024).

However, it is important to highlight that even before Resolution 790/2022 addressed the issue under the scope of the Brazilian Federal Supreme Court, ordinary courts were already facing claims related to structural problems. This led them to seek, to the extent possible according to the delimitation of their competencies, to create judicial mechanisms to address the particularities of these actions in the absence of specific regulations and the inadequacy of the traditional model of bipolar litigation for addressing structural problems.

An example of this is the 6th Regional Federal Court, which, on October 6, 2022 (before the publication of Resolution 790/2022), incorporated into its Internal Regulations the creation of a Deputy Coordinator for Structural Claims and Special Projects, to serve as a support to the Court in structural claims (Regimento interno do Tribunal Regional Federal da 6^a Região, 2022, p. 34).

With a similar aim of providing a foundation for addressing structural demands within its jurisdiction—prior to the initiative of the 6th Regional Federal Court—the Conciliation System Coordination Office (Sistcon in Portuguese) of the 4th Regional Federal Court, through Ordinance 49/2022, dated January 31, 2022, created the Office of Coordination of Support for Structural Demands, with the main objective of assisting jurisdictional units in addressing complex disputes, preferably through consensual means (Portaria n° 49, 2022, p. 1).

Like the Brazilian Federal Supreme Court, the 4th Regional Federal Court maintains a website where it lists structural processes submitted to Sistcon and those assisted by the Office of Coordination of Support for Structural Claims (which is currently engaged in nine ongoing claims). Additionally, the website highlights the pioneering nature of the initiative, its main objectives, and prospects for the future of addressing structural claims¹¹ (Sistema de Conciliação da 4^a Região - Demandas Estruturais, 2023).

10 More recently, during a review of this study on May 27, 2024, it was noticed that these numbers have increased. Up to this date, Nupec had been involved in: seven processes in the monitoring phase (ADPFs 347, 635, 709, 743, 746, 760, and 857); 31 hearings and technical meetings; the issuance of 19 technical notes, and the provision of assistance in 19 structural/complex decisions (Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC, 2024).

11 “The goal of the Structural Litigation Commission of the 4th Regional Federal Court is to support judges in developing structural litigation techniques to be applied to ongoing cases, as well as to disseminate the results of the application of these techniques in judicial processes. The pioneering nature of this initiative involves challenges both in terms of obstacles and the limits of applicability. However, the experience laboratory for structural claims is not new to the judiciary and is already established. Certainly, progress in studying procedural techniques will yield better results than the absence of any technique and the continued processing of cases in a non-structural, individualized manner without an overarching commitment to public policy, or without addressing complex claims effectively. In this context, new tools and functions for legal practitioners involved in judicial processes can be subject to evaluation, study, research, and theoretical-practical investigation to determine the extent to which the

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUTURALES

The distinct approaches adopted by the 4th and 6th Regional Federal Courts is evident. While the 6th Regional Federal Court focused on the creation of a coordination office tasked with monitoring structural disputes within the judicial sphere, the ordinance issued by the 4th Regional Federal Court includes the stipulation that these claims should preferably be addressed using consensual means when possible. This dialogical dimension and the possibility of consensual resolution of disputes, both judicially and extrajudicially, are typical of structural processes and are closely aligned with the provision of Article 2a, III of Senate Bill No. 1,641/2021¹². In such scenarios, if the Senate Bill is approved, the 4th Regional Federal Court will already be practically familiar with consensual dispute resolution in structural litigation, as it has already established a specialized center within the conciliation system dedicated to addressing structural demands. However, it will still require standards to guide its actions in the adversarial resolution of structural claims. Therefore, replication of this experience by other courts is recommended in order to provide stakeholders with the option of using consensual means to develop solutions to structural conflicts.

In light of the aforementioned, it is evident that the absence of regulatory norms for structural processes in Brazil has not hindered their recognition by the Judiciary; on the contrary, it has led to intense developments in terms of the protection of rights being sought through structural litigation. It is undeniable that both the Brazilian Federal Supreme Court and lower courts have made efforts to develop internal regulations to assist court staff and judges in handling structural processes, recognizing that traditional judicial procedures established in civil procedural law are insufficient for this type of claim. Structural disputes require complex reorganization of the functioning structures of the Judiciary. Moreover, such disputes demand the incorporation into adjudication practices of assumptions inherent in the theory of structural processes, which will be analyzed further below to identify whether they should be incorporated into the practice of the Brazilian Federal Supreme Court.

judicialization of public policy, with its challenges and potential, meets or fails to meet the demands of citizens and society through structural litigation. Furthermore, transparency, communication, and public values and interests are also assessed through the adoption of new procedural practices, which are always guided by the judiciary's mission and values, aiming for effective and concrete results for society as a whole" (Sistema de Conciliação da 4^a Região - Demandas Estruturais, 2023, authors' translation).

¹² Art. 2. Collective protection is governed by the following principles, among others: III - Prevention and consensual and integral resolution of collective conflicts, whether judicially or extrajudicially, through methods such as conciliation, mediation, negotiation, and other means considered appropriate for consensual resolution" (Projeto de Lei n° 1.641, 2021, p. 01, authors' translation).

IV. AN ANALYSIS OF THE INCORPORATION OF PREMISES INHERENT TO STRUCTURAL PROCESSES INTO THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S ADJUDICATION OF STRUCTURAL DISPUTES

During the initial stage of this study, three elements were identified that, from the theoretical perspective adopted in this work, provide the foundations for the appropriate development of structural processes: 1) Promotion of broad social participation in structural processes and the primacy of judicial action based on democratic experimentalism and dialogue; 2) Critical importation of structural experiences and remedies from other countries; and 3) Incorporation of mechanisms for monitoring and ensuring the effectiveness of compliance with the actions provided for in the structural decision¹³.

Given these doctrinal elements and the restructuring carried out by the Brazilian Federal Supreme Court to accommodate structural disputes in the absence of minimum legislative standards on the subject in the Brazilian legal system, an aim of this article is to explore whether the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court which are monitored by the Center for Complex Structural Litigation of the Brazilian Federal Supreme Court (ADPFs 635, 709, and 347)¹⁴ have incorporated these assumptions.

IV.1. Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept 347

ADPF 347 stands as one of the major milestones concerning this theme, as the resulting decision sparked much academic legal writing on structural disputes and the “unconstitutional state of affairs” (ECI) in the country. The case deals with the violation of human and fundamental rights resulting from the degrading situation in the Brazilian prison system, where overcrowding, homicide, torture, sexual violence, lack of minimum health and hygiene conditions, absence of water, lack of access to legal assistance, and the control of criminal organizations within this environment make the execution of sentences and rehabilitation unachievable (Projeto de Lei do Senado n° 736, 2015, p. 5).

¹³ Consonant with the identification of these assumptions, Mello (2024) recognizes several additional elements essential to structural processes: “Without procedural flexibility, broad participation by all parties involved, experimentalism, transparency, and accountability, the judiciary cannot effectively address the complexity of structural cases” (2024, p. 369, authors’ translation).

¹⁴ As highlighted by Patrícia Perrone Campos Mello (2024, p. 366), these three cases exemplify structural processes in the Brazilian Federal Supreme Court. Furthermore, they share some similarities, as they all: deal with massive human rights violations caused by systemic failures in the formulation and/or implementation of a public policy aimed at protecting vulnerable or stigmatized groups; involve actions or omissions by various public authorities, and require a judicial stance not yet practiced by the Brazilian Federal Supreme Court.

The Brazilian Federal Supreme Court granted interim relief, acknowledging that the situation in the national prison system constitutes an “unconstitutional state of affairs” (ECI) resulting from the state’s inaction in the face of the structural problem that causes widespread violation of fundamental rights. This situation requires the establishment of flexible, adaptable structural measures that undergo constant monitoring by the Brazilian Federal Supreme Court and other government agencies, as well as by affected groups of individuals (Projeto de Lei do Senado n° 736, 2015, p. 36).

In the decision, Rapporteur Minister Marco Aurélio further highlighted that the case constitutes a structural dispute, and in such contexts there arises a need for the implementation of public policies or the adoption of corrective measures to existing public policies that fail to achieve their intended objectives. These actions include the allocation of budgetary resources, adjustments in institutional arrangements, and new interpretations and application of criminal laws. In summary, it is imperative to promote a comprehensive set of structural changes, which encompasses the broad participation of government authorities, due to their systemic responsibility in the face of the shortcomings of state actions (Projeto de Lei do Senado n° 736, 2015, p. 29).

In our search for evidence of the assumptions of structural processes in the decision, we begin with an examination of the importation of structural experiences and remedies from other countries, specifically the importation of the “unconstitutional state of affairs” structural remedy from the Constitutional Court of Colombia (CCC) (Albuquerque & Serafim, 2020, p. 649).

Colombia confronted, and continues to confront, structural problems like those of the Brazilian prison system. This prompted the CCC, through Judgment T-153 of 1998, to implement judicial measures aimed at reformulating prison policies in the country. However, the stance of that Court proved insufficient, resulting in a decision of a palliative nature¹⁵ due to the excessive rigidity and unilateralism of the measures imposed, failure to address the root cause of the problem, and the absence of mechanisms to monitor compliance with the judicial decision.

Seeking to apply the ECI to restructure the Brazilian prison system, Colombia’s Judgment T-153 was used by the petitioner of ADPF 347 as an argument to justify the application of the ECI to their case. However, this argument overlooked two issues: 1) the unsatisfactory

¹⁵ The inefficiency of Judgment T-153 is evidenced by the persistence of the unconstitutional state of affairs even after the decision, leading to subsequent recognition of the unconstitutional state of affairs in the prison system in two additional judgments, T-338 of 2013 and T-162 of 2015.

results and failure of the decision to provide solutions to the problem in the Colombian context; and 2) the attempt to uncritically transplant the theory, by means of the principle of induction, without rigorously adapting the model of the structural remedy to the legal and factual reality of Brazil. Additionally, the petitioner of ADPF 347 made identical requests to those requested in Judgment T-153 (Machado Segundo & Serafim, 2022, pp. 102-103).

It is important to note that authors such as Machado Segundo and Serafim (2022, p. 103), Magalhães (2019, pp. 31-32), and Vieira and Bezerra (2016, p. 221) have a highly critical view of how the ECI was recognized by the Brazilian constitutional court. In the case of ADPF 347, “it becomes clear that the importation of the ECI can occur uncritically, based on inductive reasoning, without proper observation of the context in which it was produced and without the necessary accommodations to the Brazilian reality” (Machado Segundo & Serafim, 2022, p. 104, authors’ translation).

Focusing on the fact that the ECI was incorporated into the decision without an institutional redesign or the development of assertive criteria for identifying an ECI, Magalhães (2019) argues that the content of ADPF 347 reveals:

that the characterization of the assumptions justifying the declaration of an ECI (unconstitutional state of affairs) in Brazil is inconsistent; the precautionary measures granted are ineffective, there is an unjustified delay in the judgment of the merits, the authorities have provided narrow responses of the same nature as traditionally developed policies in Brazil, and the ability of a supreme court to change a factual state of affairs through law is questioned (p. 31, authors’ translation).

Despite this, there is no doubt about the appropriateness and importance of recognizing and applying the ECI to solve the structural problem of prisons; however, according to Vieira and Bezerra (2016), the way this doctrine is crafted can jeopardize the effectiveness of the theory, since:

acceptance of the “Unconstitutional State of Affairs” by Brazilian doctrine and jurisprudence, without considering the urgent need for a profound institutional redesign — not only of the STF’s decision-making process but also of our prison policy, through the creation of new mechanisms for deliberative participation, monitoring, and social control — ultimately undermines it. Furthermore, it should not be overlooked that, regardless of the origin, the incorporation of new ideas and legal mechanisms requires substantial preliminary social and institutional support to ensure their operability and effectiveness (p. 221, authors’ translation).

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

On the other hand, the decision acknowledges the need for dialogue, not only institutional but also with civil society. However, despite catalyzing this dialogue and overseeing the effectiveness of the measures to be adopted to correct public policies, the Brazilian Federal Supreme Court does not assume the responsibility of delimiting the specific content of these policies or detailing the means necessary to achieve the intended result. Its role is limited to acting as an “institutional coordinator” of changes in public policy with an “unblocking effect”¹⁶ (Projeto de Lei do Senado n° 736, 2015, p. 37).

In his opinion, Rapporteur Minister Marco Aurélio delimits the responsibilities of the Court¹⁷ in the face of the unconstitutional state of affairs in the prison system. The Minister argues that it is the Court’s responsibility to awaken the other public authorities from a state of inertia, to encourage the implementation of public policies, to promote political and social dialogue about the situation, as well as to monitor the process of implementation of the measures in order to ensure their effectiveness in solving the problem. Additionally, in support of the experimentalist model, the Rapporteur Minister states that: “flexible orders under monitoring prevent judicial supremacy while promoting the institutional integration envisioned by Minister Gilmar Mendes, formulated within the framework of cooperative constitutionalism” (Projeto de Lei do Senado n° 736, 2015, p. 37, authors’ translation).

Considering this point, a strong alignment with the experimentalist approach to structural litigation is observable, as the Brazilian Federal Supreme Court encourages political deliberation among the parties and including civil society on the problem, establishes flexible measures, and takes responsibility for monitoring and measuring the effectiveness of the solutions implemented.

Regarding democratic experimentalism and the incorporation of mechanisms to monitor and ensure the effectiveness of the actions prescribed in the structural decision, the decision mentions that it is the responsibility of the Brazilian Federal Supreme Court to coordinate the actions of government agencies in implementing the measures, as well as to evaluate the effectiveness of the solutions adopted (Projeto de Lei do Senado n° 736, 2015, p. 36). In a new decision issued on October 4, 2023, the Brazilian Federal Supreme Court noted that the structural litigation process will follow a two-phase model—in line with the model

16 As noted by Magalhães (2019), “In the case of the prison population, two institutional blockages exist: a) parliamentary underrepresentation (prisoners cannot vote or be elected) and b) the unpopularity of these individuals (there is no political priority for public spending on them, meaning they constitute a socially disregarded minority)” (p. 8, authors’ translation).

17 At this point, the Minister’s concern regarding the issue of judicial self-restraint, respect for the Legislature, and the separation of powers, is perceptible. Although these topics are relevant to the discussion about the legitimacy and limits of the Supreme Court’s actions, these themes are beyond the scope of this study, which focuses on structural litigation.

proposed by Didier Jr., Zaneti Jr., and Oliveira (2020, p. 65)—endowed with flexibility and characterized by extensive institutional and social dialogue¹⁸ (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 5).

For the purpose of mitigating the situation, the Brazilian Federal Supreme Court stipulated that the Union, the States, and the Federal District, together with the National Council of Justice (Conselho Nacional de Justiça - CNJ in Portuguese), should jointly develop (within six months) and execute (within three years) plans aimed at solving the structural problem. Such plans would be subject to the approval of the Brazilian Federal Supreme Court, and their implementation would be monitored by the CNJ, with additional supervision by the organs of the Brazilian Federal Supreme Court (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, pp. 331-332).

Based on the central axes defined by the Brazilian Federal Supreme Court decision for the elaboration of the National Plan to Address the “unconstitutional state of affairs” in Brazilian prisons¹⁹, on April 29 and 30, 2024, the National Council of Justice (CNJ)—through the Department of Monitoring and Oversight of the Penitentiary System and the System of Execution of Socioeducational Measures of the National Council of Justice (DMF in Portuguese)—and the Ministry of Justice and Public Security—through the National Secretariat of Penitentiary Policies (SENAPPEN in Portuguese)—held a public hearing to gather proposals concerning the elaboration, implementation, monitoring, and evaluation of the National Plan required by ADPF 347.

Both physical and virtual hearings were held, allowing interested parties to participate providing they registered beforehand. The target audience included institutes, research groups, and laboratories linked to higher education institutions, civil society organizations, social movements,

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

18 “4. Such processes involve a two-phase, dialogical, and flexible solution, consisting of: a first phase, recognizing the state of constitutional non-compliance and the goals to be achieved; and a second phase, detailing the measures, approving them, and monitoring the execution of the decision. 5. Promoting interinstitutional and social dialogue legitimizes judicial intervention in public policy matters, incorporating the participation of other branches of government, experts, and the community in crafting the solution, while considering the distinct institutional capacities of each” (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 5, authors’ translation).

19 “11. The national plan must encompass the logical framework of a structured public policy, involving various agencies and entities, and must adhere to the objectives and measures outlined in the ruling, which include: (i) controlling prison overcrowding, improving quality, and increasing capacity; (ii) promoting alternative measures to incarceration; and (iii) enhancing controls over release and regime progression. The plan should also define monitoring, evaluation, and effectiveness indicators, as well as the necessary and available resources for its implementation and the associated positive and negative risks. The DMF/CNJ, under the supervision of the STF, will be responsible for monitoring its execution and for the necessary regulations, while the Court will retain jurisdiction in cases of impasse or matters involving reserved jurisdiction” (Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 7, authors’ translation).

associations of family members, professional associations, entities representing the Judiciary and the justice system, the Executive, and the Legislature, as well as any interested individuals. The next steps include elaboration of the plan, its approval by the Brazilian Federal Supreme Court, and, if approved, a monitored implementation phase under the responsibility of the CNJ and the STF (Audiência Pública para Elaboração, Implementação, Monitoramento e Avaliação do Plano Nacional previsto na ADPF n. 347, 2024).

Despite the criticism, it is possible to perceive in communications from the Brazilian Federal Supreme Court an aim to learn from and reuse experiences from other countries (although often not in the most appropriate manner, that is, by uncritically transplanting structural remedies instead of conducting a cultural-legal translation of these models), seeking to incorporate new models of judicial protection in order to adapt judicial procedures to provide better responses to structural claims. Similarly, the focus on institutional and social dialogue in the process of building adequate and effective judicial solutions is evident, as well as a latent concern with the implementation phase of the decision, one of the crucial points of experimentalist theory.

IV.2.Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept 635

Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept 635 arose from a situation of violation of human and fundamental rights due to violent police raids and high lethality in the favelas of Rio de Janeiro. It is important to highlight that this situation had previously been addressed by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in its ruling on the Nova Brasília Favela vs. Brazil Case (2017)²⁰. On that occasion, the IACHR ordered the Brazilian State to develop a plan to reduce police lethality, a measure that was not carried out. Daniel Sarmiento and João Gabriel Madeira Pontes, lawyers for the PSB, which is party to the “ADPF das Favelas” (as it became popularly known), point out that in the face of this recalcitrant stance regarding compliance with the IACHR’s decision, concrete action by the Brazilian Federal Supreme Court is necessary, as it has greater proximity and the capacity to demand action by the State, “especially when considering the weakness of mechanisms for enforcing international decisions. Moreover, in human rights matters, the relationship between international and domestic jurisdiction should be one of complementarity and synergy,

²⁰ According to Osma e Fanti (2021), “unlike what happened with the ruling from the Inter-American Court of Human Rights, the ADPF directly addresses the connection between police violence and racism, both in the initial petition and especially after the entry of *amici curiae*, with this being one of its central elements from the perspective of the different actors involved” (p. 2120, authors’ translation).

rather than reciprocal exclusion” (Sarmiento & Pontes, 2023, p. 192, authors’ translation).

In its ruling on ADPF 635, the abovementioned plan is referenced and ordered by the Brazilian Federal Supreme Court, including an obligation to engage in genuine dialogue and monitoring of the conventionality of the precedent of the Inter-American Court. The ruling’s summary of ADPF 635 states that:

2. Although there was already an order from the Inter-American Court to adopt a plan to reduce police lethality, the delay in complying with the decision was exacerbated by the restriction of police operations, as the State did not have a standardized proportionality framework for defining cases of absolute necessity. This justifies reassessment of the precautionary measure to require the development, with a requirement for participation by civil society, of a plan that includes objective measures, specific timelines, and the allocation of the necessary resources for its implementation (Resolução n. 790, 2022, p. 3, authors’ translation).

ADPF 635, addressing the structural violence in the favelas of Rio de Janeiro²¹, is a clear example of a decision by the Brazilian Federal Supreme Court that encompasses the inherent assumptions of structural litigation, pointing towards a trend of the highest Brazilian court using the method of democratic experimentalism for the resolution of structural disputes. It adopts a judicial approach that recognizes the complexity of structural processes and is not restricted to rigid and predefined jurisdictional approaches, and incorporates experimental decision-making techniques adapted to the needs of the factual situation. In fact, the structural nature of the claim was expressly recognized in the decision, as in a passage from Justice Gilmar Mendes’ opinion where he asserts that the action “presents all the characteristics of a structural action. Indeed, in constitutional doctrine, structural actions are understood as those aimed at correcting structural failures in public policies that violate the fundamental rights and guarantees of a significant number of people” (Resolução n. 790, 2022, pp. 494-495, authors’ translation).

Minister Luiz Fux, attentive to the specificities of judicial handling of structural litigation, highlights the inherent particularities of this type of claim, stating that:

21 For Sarmiento and Pontes (2023), despite the action proceeding without a forecast for a definitive judgment, significant successes have already been achieved through ADPF, such as the inclusion of favela collectives and mothers of victims of police violence in the constitutional process before the Brazilian Federal Supreme Court and the significant reduction in police violence rates following the granting of the first precautionary measures in the action. According to the authors, the voices of the population “are being heard in a central institution of Brazilian democracy, which, unfortunately, is still quite uncommon. This inclusion of often silenced and marginalized voices in the constitutional debate is, in itself, an achievement” (p. 186, authors’ translation).

125

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTESLA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

The case under review qualifies as structural litigation, which requires: (1) more flexible decision-making techniques based on dialogue and cooperation; (2) assigning the responsibility for formulating the plan to the government, with a set deadline and allocation of resources, combined with the Court's retention of jurisdiction to dynamically monitor the progress of alignment of the public security policy of Rio de Janeiro with the Constitution and the laws of the country. Finally, the Court's monitoring of adherence to the guidelines set forth involves: (1) periodic submission of information by the authorities involved; (2) public hearings (Resolução n. 790, 2022, p. 520, authors' translation).

This passage touches on the experimentalist leanings of the Brazilian Federal Supreme Court's decision, as it embraces central ideas of the theory such as the issuance of flexible and provisional judicial measures (subject to supplementation or modification in accordance with the factual situation), the participation of and ongoing dialogue between interested parties, and the continuous review and monitoring of the effectiveness of the established judicial measures, all underpinned by transparency and openness towards society in general, through the holding of periodic public hearings and the primacy of ensuring effective public participation in all phases of the structural process.

Therefore, it is noteworthy that the judicial management of this structural dispute involved a process characterized by broad participation and social oversight by the parties involved and interested in the case, especially in public hearings (held on April 16 and 19, 2021) organized to discuss the plan to reduce police lethality and gather suggestions from affected members of civil society (Resolução n. 790, 2022, pp. 24-25).

Although the interventions of *amici curiae* and the contributions of civil society in such public hearings²² are often not strongly reflected in arguments supporting the decision, this is not the case with ADPF 635. In it, it is possible to observe the arguments delivered during the public hearings reflected in the votes and decisions, highlighting the protagonism of the affected population in the constitutional action of the *ADPF das Favelas*, as well as the active participation of *amici curiae* in the process, including the formulation of petitions (Sarmiento & Pontes, 2023, p. 193).

Beyond the protagonism and empowerment of the population, this process entails dialogue between society, groups of affected individuals, and public/police institutions, as the decision requires the government to create a plan aimed at reducing police lethality, which will subsequently be reviewed by the Judicial Observatory of Citizen Police, whose

²² To learn more about public hearings within the scope of the Brazilian Federal Supreme Court's activities, see Leal (2014).

creation was proposed by the Brazilian Federal Supreme Court (STF)—linked to the National Council of Justice (CNJ)—and which should include representatives from the STF, the police force, and civil society, as well as researchers, who will be responsible for “assisting the Court in evaluating the plan to be presented by the State of Rio de Janeiro and, moreover, proposing solutions and adjustments that may be necessary” (Resolução n. 790, 2022, pp. 68-528, authors’ translation).

In addition to dialogue, the decision also highlights the necessity for the Brazilian Federal Supreme Court (STF) to not only implement flexible judicial measures aimed at remedying the situation but also to supervise compliance with the decision and ensure the effectiveness of the measures throughout their implementation (Resolução n. 790, 2022).

In order to perform this monitoring and continuous reassessment, the case was referred, in November 2023, for ongoing monitoring to the Center for Complex Structural Litigation (Núcleo de Processos Estruturais e Complexos - Nupec) of the Brazilian Federal Supreme Court (STF), which was tasked with preparing opinions and technical notes (indeed, it had already done so in 2023 when it appended technical note 05/2023/NUPEC/SG/STF)²³ and establishing a monitoring panel to assist in monitoring, evaluating, and ensuring the effectiveness of the judicial measures mandated.

A passage from Justice Gilmar Mendes’ opinion exemplifies the concern of the Brazilian Federal Supreme Court with recognizing the issuance of flexible, adaptable judicial decisions—the subsequent granting of measures initially denied demonstrates the flexibility of this decision²⁴—as an elemental characteristic of this type of claim, to be subject to constant monitoring and reassessment in light of all potential impacts (desired or undesired):

It is worth noting that, in structural actions, the Federal Supreme Court has adopted a cautious stance, allowing for the eventual revision of decisions. Initially, the judgment takes the form of a precautionary measure, with the merits remaining open, including the possibility of public hearings and debates. In this specific case, the Court endorsed the precautionary measure and is now considering its expansion in

²³ This technical note addressed the stage of compliance with the measures established in ADPF 635 and the possible actions to be implemented to enhance the mechanisms for monitoring, evaluating, and ensuring the effectiveness of the ongoing measures.

²⁴ A decision handed down by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) on February 3, 2022, stipulated new precautionary measures regarding the obligation of the State of Rio de Janeiro to: 1) develop a plan aimed at reducing police lethality within 90 days; 2) create a working group on Citizen Police at the Human Rights Observatory, part of the National Council of Justice; 3) adopt new guidelines regarding the approaches to be used in home searches; 4) provide ambulances during police operations; and 5) install GPS equipment and audio and video recording systems in police vehicles and on the uniforms of security agents, with subsequent digital storage of the respective files, within 180 days (Resolução n. 790, 2022, pp. 5-8).

declaratory motions (which also highlights the reconfiguration of declaratory motions in structural actions). Therefore, the case will remain open for ongoing review of its consequences (Resolução n. 790, 2022, p. 496, authors' translation).

In a critical analysis of the Brazilian Federal Supreme Court's (STF) positions on the Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPF), and aiming to identify the essential points for successful transformation of the unconstitutional situation, Lopes highlights that:

The ADPF of the Favelas, as strategic litigation aimed at achieving social transformation through a structural process, may be a suitable and valid (legally and democratically) and effective (socially) means of overcoming the unconstitutional state of affairs related to institutional violence in Rio de Janeiro. The essential conditions for this are the retention of jurisdiction over the execution of the plan and the creation of monitoring mechanisms for the implementation of precautionary measures and indicators to assess the progress of the plan in overcoming the ECI. The Court should also seriously consider using incentives to encourage cooperation and sanctions to overcome potential resistance (Lopes, 2023, pp. 266-267, authors' translation).

At this point, regarding the mechanisms for monitoring the progress of the implementation of established measures, it is worth noting that not only the creation of the Judicial Observatory for Citizen Police, but also the internal restructuring of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and the establishment of the Nupec, serve this supervisory purpose, thereby increasing the likelihood of effective monitoring of compliance with the decisions issued in structural litigation processes. In light of the above, the situation can be perceived as an "unconstitutional state of affairs" as evidenced in the opinion of Reporting Justice Luiz Edson Fachin (Resolução n. 790, 2022, pp. 124-126).

Despite this recognition being based on ADPF 347, it is evident that the structural remedy in ADPF 635 was handled differently. As previously argued on other occasions, and reaffirmed in this analysis, in ADPF 635 the Brazilian Federal Supreme Court (STF) did not perform an uncritical transplant of the CCC's ECI model but rather a legal-cultural translation of that procedural model. This involved adapting standards from another country and incorporating other strategies as necessary given the specific case and the Brazilian reality. These included the creation of the Judicial Observatory on Citizen Police, the holding of public hearings, the order for development of a plan to reduce police lethality by the State, and the referral of the case to the Center for Complex Structural Litigation (Nupec) of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) for constant monitoring.

Therefore, it can be observed that, in addition to encompassing the basic assumptions of structural litigation such as deliberation among interested parties, the expansion of institutional dialogue with civil society, an experimentalist approach, and the implementation of mechanisms for monitoring the decision, the decision also effectively incorporates a reinterpretation of the ECI. It learns from the model developed by the CCC but adapts it to the specific needs of the Brazilian reality, which did not occur in the decision on ADPF 347.

IV.3.Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept 709

The Covid-19 pandemic posed significant challenges regarding protection of the right to health of minorities and groups in vulnerable situations, especially indigenous peoples, who were at a higher risk of contagion due to their forced contact with invaders of indigenous territories and their low immune resistance. This situation was addressed in ADPF 709, which recognized that the violation of the right to health of the indigenous population stemmed from the lack of territorial protection for those peoples, and sought to remedy this by imposing a duty to create a plan incorporating sanitary barriers and the prevention of illegal invasions of territory and, consequently, reducing the exposure of indigenous peoples to the Covid-19 virus (ADPF 709: Ação Declaratória de Preceito Fundamental n° 709, 2020, p. 6).

In the context of precautionary measures, the Brazilian Federal Supreme Court (STF) ordered that structural measures be taken to protect isolated or recently contacted indigenous peoples, including development of a plan to establish sanitary barriers preventing entry by third parties to these inhabited territories. Additionally, the Court ordered that a Supervisory Board be established to monitor the planning of sanitary barriers and assist in managing pandemic response actions in indigenous territories. This Board was to be composed of representatives from indigenous communities and members of the Federal Public Defender's Office and the Office of the Attorney General. For indigenous peoples in general, the Court ordered that a Covid-19 Response and Monitoring Plan for Indigenous Peoples be developed to prevent and reduce virus transmission (ADPF 709: Ação Declaratória de Preceito Fundamental n° 709, 2020, p. 6).

The Brazilian Federal Supreme Court (STF) further emphasized that the development of the Covid-19 Response and Monitoring Plan, which would subsequently be subject to the Court's approval, should involve robust participation and dialogic cooperation between competent public authorities and representatives of indigenous peoples. Additionally, this process should include the participation and contributions of the Public

129

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTESLA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

Prosecutor's Office, the Public Defender's Office, the National Council of Justice, the National Human Rights Council, and other institutions capable of offering different perspectives to aid development of the plan (ADPF 709: Ação Declaratória de Preceito Fundamental n° 709, 2020, p. 50).

It is notable that the decision shows the clear influence of the experimentalist approach, as well as the incorporation of dialogical logic to guide the structural process, entailing an aim to expand the dialogue between the public authorities, the affected groups, and other actors with technical knowledge on the subject. In this regard, Mello (2024, p. 371, authors' translation) argues that the decision promoted "the creation of a microinstitutionality aimed at fostering dialogue among these actors and ensuring the development of structural measures that would inevitably be endowed with experimentalism."

In contrast, Leal and Alves (2023, p. 72-74), despite identifying the characteristic features of structural judgments (broad dialogue, the participation of indigenous peoples, public hearings, and the integration of *amici curiae*), disagree that the measures ordered in the STF decision are structural in nature, arguing that the provision for the installation of health barriers "lacks the power to address the structural causes that lead to structural discrimination against Indigenous peoples. This is a temporary measure implemented due to the pandemic, which is why the protection granted should not necessarily be seen as a structural measure" (p. 66, authors' translation).

However, this does not compromise the experimentalist nature of the decision, which is evidenced in factors such as the novelty of the measures adopted, the robust debates that informed the development of the plan to address the situation, and the adaptations to the plan that were implemented even after it was approved by the Brazilian Federal Supreme Court:

Several versions of the plans were presented until they were partially approved by the Court. Subsequently, the Court also ordered that a monitoring plan be developed, including the creation of indicators to measure the execution of the original plans. New precautionary decisions were later issued in specific situations where it became necessary to reinforce the Court's decisions (Mello, 2024, p. 371, authors' translation).

As such, ADPF 709 shows traces of the influence of the American experimentalist approach of Sabel and Simon, such as a concern to engage in dialogue with the parties involved—exemplified by the creation of the Supervisory Board, indicating the Brazilian Federal Supreme Court's desire to integrate the affected group into the process

of devising solutions to the problem—the establishment of emergency measures to protect the vulnerable group, and the promotion of transparency in the actions of the Public Administration (Casimiro *et al.*, 2023b, p. 286).

It is noteworthy that the Brazilian Federal Supreme Court (STF), mindful of the recommended approach to conducting structural litigation, did not take on the responsibility to develop plans and establish strategies for reformulating indigenous health public policies. Instead, it merely ordered that the stakeholders engage in discussions and propose changes, subsequently homologating them. In this manner, the STF did not take on roles beyond its expertise, instead acting solely as a facilitator of dialogue and an “unblocker”, while remaining responsible for monitoring the implementation of the plans set forth by the parties and ensuring their effectiveness (Mello, 2024, p. 370).

Regarding the monitoring mechanisms for the implementation phase of the decision, the Plan to Combat and Monitor Covid-19 among Brazilian Indigenous Peoples, and oversight of actions related to the restriction of entry to indigenous lands, it is noteworthy that this task has been periodically carried out by the Ministry of Indigenous Peoples. The ministry issues quarterly monitoring reports for ADPF 709, and as of October 14, 2023, 10 reports had already been issued (Ministério dos Povos Indígenas, 2023). This oversight also falls within the purview of the Brazilian Federal Supreme Court, which, by delegating the action to the Center for Complex Structural Litigation (Nupec) of the STF, has been monitoring the progress of the strategies contained in the plan to combat the structural problem²⁵ and overseeing its effectiveness (Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC, 2024b).

In terms of importing theories or structural remedies from other countries, it is noteworthy that despite the mention of jurisprudential experiences in Colombia²⁶ and the similarity with structural measures of U.S. origin, there was no explicit incorporation of these models of structural remedies in the case of ADPF 709.

Therefore, from the analysis of the decision, it can be inferred that the judgment incorporated the prerequisites of promoting broad

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

25 It is important to emphasize that three plans to address the situation were rejected by the Rapporteur Minister before a strategy deemed to address the majority of the points outlined in the decision was presented.

26 Indeed, Leal and Alves (2023) note that the Supervisory Board implemented in accordance with the ADPF 709 decision does not resemble the typical monitoring mechanisms detailed in decisions by the Colombian Constitutional Court: “This is because the Supervisory Board does not correspond to a special monitoring board integrated into the Court itself, but rather to a policy developed by the Executive Branch through Joint Ordinance no. 4,094/2018 of the Ministry of Health and Funai [the National Indigenous People’s Foundation], as stipulated in Article 12. Therefore, the Supervisory Board was established based on and is governed by a federal regulation, with the Supreme Federal Court (STF) merely responsible for the judicial implementation of the federal norm” (pp. 66-67, authors’ translation).

social participation and prioritizing collaborative dialogue among parties and stakeholders in the construction of plans to address the issue. Notwithstanding the absence of clear indications of explicit incorporation of structural experiences/remedies from other countries, the decision involves an experimentalist approach, as it not only gives primacy to more flexible measures which are subject to reevaluation and reformulation, but also lists atypical strategies for resolving the problem, stipulating that these should be based on debate and active consideration of the views of the affected group. It should also be noted that the structure of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and the efforts of the Ministry of Indigenous Peoples have addressed the need to monitor and oversee implementation of the Covid-19 Response and Monitoring Plan, ensuring the effectiveness of the decision.

V. CONCLUSION

Structural disputes arise from attempts to address complex structural problems resulting from the inadequate operationalization of a bureaucratic structure that, through action or omission, violates human rights on a collective scale. When judicialized, such disputes are welcomed and handled using a structural (collective/prospective/corrective) procedure, distinct from the traditional (individual/compensatory) model of conflict resolution. Such structural procedures give rise to court decisions that, by stipulating that structural measures be taken, aim to correct the root cause of the problem, resulting in the process not concluding with the issuance of the ruling; on the contrary, an important part of the decision-making process extends into the “after”.

Although the topic has not seen significant advancements in terms of legislation by the Legislature, the Brazilian Federal Supreme Court has not shied away from its duty to provide responses and protect constitutionally guaranteed rights in the face of situations involving structural violation which are brought to its attention through structural litigation. Indeed, the highest Brazilian court, as well as other ordinary courts, has redesigned its internal structures with the aim of properly accepting and dealing with these highly complex cases. Currently, the Brazilian Federal Supreme Court has a specific committee dedicated to this function, the Center for Complex Structural Litigation (Nupec), which plays a fundamental role in identifying and monitoring structural claims, overseeing cases even after the related decision has been issued.

In the initial stages of this study, certain essential procedural elements and conditions necessary for the adequate processing of structural disputes were identified. Structural processes entail prerequisites such as dialogue, both institutional and between public institutions, the

affected collectives and civil society, in order to create a dialogically democratic environment, which is the hallmark of this type of judicial procedure. In conducting these processes, the Court takes an innovative and transformative stance, incorporating into its jurisprudence an experimentalist vision that enables the formulation of structural decisions based on a high level of participation by affected groups, experts in the field, and other stakeholders who can contribute to the development of effective judicial measures to solve the structural problem.

As we have seen, the development of structural processes in regions of the globe that still have little experience handling structural disputes can entail courts learning from and incorporating experiences, remedies, and protection standards developed by courts in other countries, but it is important that this involve a legal-cultural translation of such procedural models which adapts them to the reality of the target country. Finally, considering that a structural decision does not conclude the case but rather inaugurates a new phase of the process, it is important to note that the incorporation of mechanisms for monitoring the effectiveness of and ensuring compliance with the actions provided for in the decision are also key elements in the proper handling of structural processes.

To answer the research question, it can be stated that most of the measures established by the Brazilian Federal Supreme Court, in its rulings on the structural disputes that remain under the oversight of Nupec, follow the basic assumptions of the theory of structural processes. All three cases analyzed involved a high level of dialogue, with affected groups given the opportunity to be effectively heard within the process and have their views on the problem considered during the construction of the judicial decision. It is evident that the Brazilian Federal Supreme Court has adopted a stance which leans towards democratic experimentalism, increasing the dialogue and social participation involved in this type of process as well as recognizing the need for constant reassessment of the effectiveness of the judicial measures issued, and not considering the case concluded once the sentence is issued. Moreover, the influence of other countries' experiences with structural processes is evident, with successful (as in ADPF 635) and not so successful (as in ADPF 347) importation of such models. In other cases other countries' experiences have not been directly incorporated into the Brazilian decision as such, but served as argumentative reinforcement for the model developed by the Brazilian Federal Supreme Court to handle structural demands. Finally, regarding the incorporation of mechanisms to monitor the effectiveness of the decisions issued by the Brazilian Federal Supreme Court, all structural actions analyzed are under the responsibility of Nupec, a working group which represents a valuable contribution to the phase of monitoring of the implementation and effectiveness of the

133

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTESLA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

structural measures detailed in the decision, thus contributing to the consolidation of this model in the country.

REFERENCES

Albuquerque, F. B., & Serafim, M. C. G. S (2020). A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. *REI - Revista Estudos Institucionais*, 6(2), 643-665. <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.505>

Arenhart, S. C. (2013). Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo*, 38(225), 389-410. <https://hdl.handle.net/20.500.12178/113323>

Arenhart, S. C. (2017). Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 29(1/2), 70-79. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152>

Bockenek, A. C. (2022). Processo estrutural para o processo civil de interesse público. *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, 6, 26-42. <https://doi.org/10.5212/RBDJ.v6.0002>

Brooçke, B. M. S. (2022). Constitucionalismo transformador e litígios estruturais na África do Sul: o “compromisso significativo”. En M. Casimiro y E. P. C. França (orgs.), *Processos Estruturais no Sul Global* [e-book] (pp. 40-50). Londrina, PR: Thoth.

Brooçke, B. M. S. (2021). *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo*. Londrina, PR: Thoth.

Casimiro, M. (2022). O caso Mamba: quando a busca por diálogo esvazia direitos fundamentais. En M. Casimiro y E. P. C. França (orgs.), *Processos Estruturais no Sul Global* [e-book] (pp. 29-40). Londrina, PR: Thoth.

Casimiro, M., França, E. P. C., & Nóbrega, F. F. B. (2023b). Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra argumentativa das cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 13(3), 273-293. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i3.8844>

Casimiro, M., França, E. P. C., & Nóbrega, F. F. B. (2023a). Processos estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: é preciso uma legislação regulamentadora? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 24(3), 436-466. <https://doi.org/10.12957/redp.2023.73538>

Didier Jr, F., Zaneti Jr, H., & Oliveira, R. A. (2020). Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, 303, 45-81. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/147368>

Fiss, O. (1978). *The Civil Rights Injunction*. Estados Unidos: Indiana University Press. <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7>

Fiss, O. (1979). The forms of justice. *Harvard Law Review*, 93, 1-58. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/422?show=full>

Fiss, O. (2017). As formas de Justiça. En A. P. Grinover, K. Watanabe y S. H. Costa (orgs.), *O processo para solução de conflitos de interesse público* (pp. 119-174). São Paulo: Juspodivm.

Fiss, O. (2022). To make the constitution a living truth. Four Lectures on the Structural Injunction. En S. C. Arenhart, M. F. Jobim y G. Osna (orgs.), *Processos estruturais* (4.ª ed., pp. 35-40) São Paulo: Juspodivm.

França, E. P. C. (2022a). Respostas simples para problemas complexos? Processos estruturais e a proteção equitativa dos direitos fundamentais. En S. C. Arenhart, M. F. Jobim y G. Osna (orgs.), *Processos estruturais* (4.ª ed., pp. 399-422) São Paulo: Juspodivm.

França, E. P. C. (2022b). Processos estruturais e diálogos institucionais no Supremo Tribunal Federal: uma análise dos argumentos judiciais na ADPF 347. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, 23(1), 389-415. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.56753>

Garavito, C. R. (2009). ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En C. R. Garavito (coord.), *Más allá del desplazamiento*. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia (pp. 434-493). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.

Garavito, C. R., & Franco, D. R. (2015). *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (1.ª ed.). Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En R. Gargarella (org.), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. (pp. 119-158). Buenos Aires: Siglo XXI.

Jobim, M. F. (2022). Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: bases de uma possível construção. En S. C. Arenhart, M. F. Jobim y G. Osna (orgs.), *Processos estruturais* (4.ª ed., pp. 845-865) São Paulo: Juspodivm.

Lanza, K. F. (2022). *A promoção de mudanças sociais pelo poder judiciário: Análise da reforma do sistema prisional a partir do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF no. 347, de acordo com o processo estrutural e a teoria experimentalista* (Disertación de maestría en Derecho, Universidade Federal de Ouro Preto). Minas Gerais.

Leal, M. C. H. (2014). As audiências públicas no âmbito do supremo tribunal federal brasileiro: uma nova forma de participação? *Novos Estudos Jurídicos*, 19(2), 327-347. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n2.p327-347>

Leal, M. C. H., & Alves, F. S. (2023). O Supremo Tribunal Federal e as sentenças estruturantes: análise crítica da ADPF 709 (enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas enquanto grupo vulnerável). *Revista Culturas Jurídicas*, 10(26), 54-76. <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

Lima, F. G. M., & Serafim, M. C. G. (2021). Direito comparado e processos estruturais: é possível transplantar sentenças estrangeiras para o Brasil? *Revista Quaestio Iuris*, 14(1), 193-216. <https://doi.org/10.12957/rqi.74636>

Lopes, D. L. A. (2023). *Estudo de caso da “ADPF das favelas”: o litígio estratégico e estrutural perante o Supremo Tribunal Federal no enfrentamento à violência estatal no Rio de Janeiro* (Disertación de maestría en Derecho Constitucional, Universidade Federal Fluminense). Río de Janeiro.

Machado Segundo, H. B., & Serafim, M. C. G. (2022). As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. *Revista do Direito*, 66, 91-111. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi66.15739>

Magalhães, B. B. (2019). O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, 15(2), 1-37. <https://doi.org/10.5902/1981369432760>

Mello, P. P. C. (2024). Os processos estruturais no Supremo Tribunal Federal: repensando o processo constitucional e sua intervenção em políticas públicas. *Revista de Processo*, 349, 365-392. <https://bdjur.stj.jus.br/jsui/handle/2011/186713>

Ministério dos Povos Indígenas. (2023). 10º Relatório Trimestral da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709/2020 – STF (14 de outubro de 2023). https://s3.sa-east-1.amazonaws.com/ckan.saude.gov.br/SESAI/INDICADORES_COVID19/10%C2%B0+Relat%C3%B3rio_de_Monitoramento_Trimestral_Consolidado_MPI.pdf

Moraes, M. V., & Leal, M. C. H. (2021). *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch.

Mossoi, A. C., & Medina, J. M. G. (2020). Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 1018, 255-276. <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37912>

Nunes, L. S., Cota, S. P., & Faria, A. M. D. C. (2019). Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5(5), 1051-1076. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf

Osmo, C., & Fanti, F. (2021). ADPF das Favelas: mobilização do direito no encontro da pandemia com a violência policial e o racismo. *Revista Direito & Práxis*, 12(3), 2102-2146. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/61282>

Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En V. Bázan y C. Steiner (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales no. 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales* (pp. 91-115) Colombia: Unión Gráfica.

Puga, M. G. (2014). El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 1(2), 41-82. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_teoría_derecho/ediciones.html

Sabel, C. F., & Simon, W. H. (2017). Derechos de Desestabilización: El triunfo del litigio de interés público. *Revista de Interés Público*, 1(2), 9-91. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/67485>

Santos, C. P. Y. M. (2021). *Processo estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Almedina.

Sarmiento, D., & Pontes, J. G. M. (2023). A ADPF das Favelas: segurança pública, Constituição e o papel do STF na proteção dos grupos marginalizados. En A. Schreiber y M. A. B. de Melo (orgs.), *Direito e transformação social* (11.ª ed., pp. 185-203) São Paulo: Editora Foco.

Serafim, M. C. G. (2019). As demandas estruturais no Brasil e os riscos da importação acrítica de sentenças estrangeiras. En F. G. M de Lima (org.), *Estudos Jurídico-Sociais* (pp. 89-115) Fortaleza: Excola Social.

Vieira, J. R., & Bezerra, R. (2016). Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T025 e a ADPF 347/DF-MC. En J. R. Vieira, M. M. L. Camargo y L. Siddharta. (orgs.), *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional* (pp.203-223) Belo Horizonte: Editora Fórum.

Vitorelli, E. (2022). Bifásico, em cascata ou em aspiral? Considerações sobre o procedimento no processo estrutural e metodologia para a sua implementação prática. En M. Casimiro y E. P. C. França (orgs.), *Processos estruturais no Sul global*. (pp. 285-306) Londrina: Thoth.

Vitorelli, E. (2018). Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, (284), 333-369. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/126161>

Jurisprudence, regulations and other legal documents

ADPF 347: Ação Declaratória de Preceito Fundamental n° 347. (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 28 de mayo de 2015). <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

ADPF 635: Embargos de Declaração em Medida Cautelar na Ação Declaratória de Preceito Fundamental n° 635. (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 3 de febrero de 2022). <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>

ADPF 709: Ação Declaratória de Preceito Fundamental n° 709 (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 5 de agosto de 2020). <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>

Ato do presidente no. 03/2024 (Senado Federal [Brasil], 2024). <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/Ato%20do%20Senado%20que%20institui%20a%20comiss%c3%a3o%20de%20juristas%2015042024.pdf>

Ato Regulamentar interno que altera o Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 7 de diciembre de 2023). <https://digital.stf.jus.br/decisoes-monocraticas/api/public/votos/128452/conteudo.pdf>

INCORPORATION
OF THE PREMISES
OF STRUCTURAL
LITIGATION BY THE
BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT IN
THE ADJUDICATION
OF STRUCTURAL
DISPUTES

LA INCORPORACIÓN
DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LOS PROCESOS
ESTRUCTURALES
POR EL SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
EN EL JUICIO
DE LITIGIOS
ESTRUCTURALES

Audiência Pública para Elaboração, Implementação, Monitoramento e Avaliação do Plano Nacional previsto na ADPF n. 347 (Conselho Nacional de Justiça [Brasil], 2024). [https:// www.cnj.jus.br/agendas/audiencia-publica-para-elaboracao-implementacao-monitoramento-e-avaliacao-do-plano-nacional-previsto-na-adpf-n-347/](https://www.cnj.jus.br/agendas/audiencia-publica-para-elaboracao-implementacao-monitoramento-e-avaliacao-do-plano-nacional-previsto-na-adpf-n-347/)

Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 7 de marzo de 2024). https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao#litigio_em_analise

Portaria n° 49 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região [Brasil], 31 de enero de 2022). www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2023/kgw14_portaria-586.pdf

Projeto de Lei n° 8.058 (Câmara dos Deputados [Brasil], 2014). www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758

Projeto de Lei do Senado n° 736 (Senado Federal [Brasil], 2015). www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010

Projeto de Lei n° 1.641 (Câmara dos Deputados [Brasil], 2021). www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806

Regimento interno do Tribunal Regional Federal da 6ª Região (Tribunal Regional Federal da 6ª Região [Brasil], 6 de octubre de 2022). https://portal.trf6.jus.br/wp-content/uploads/2022/10/REGIMENTO_INTERNO_TRF6.pdf

Regulamento da Secretaria do Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 6 de febrero de 2024). <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoAtasSessoesAdministrativas/anexo/RegulamentodaSecretaria2024.pdf>

Resolução n. 790 (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 22 de diciembre de 2022). www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf

Sistema de Conciliação da 4ª Região - Demandas Estruturais (Tribunal Regional Federal da 4ª Região [Brasil], 2023). www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=4585

Recibido: 01/05/2024
Aprobado: 05/09/2024



Violencia política, paz social y derecho*

Violence, Peace and Legal Perspective

JORGE DEL PICÓ RUBIO**

Universidad de Talca (Chile)

Resumen: Este artículo propone una reflexión contemporánea acerca de la violencia basada en una evaluación jurídica finalista de la paz. Para estos efectos, distingue y relaciona estos dos conceptos, particularmente respecto de sus expresiones políticamente motivadas, así como destaca la funcionalidad del derecho para conseguir paz negativa y la consiguiente moralidad de la paz positiva. Al proceder de esta forma, considera los trabajos escritos por autores contemporáneos influyentes como referencia, después de lo cual proyecta una perspectiva legal sobre la violencia a través del análisis de tres dimensiones de este fenómeno que descansan en categorías de la teoría del derecho y la filosofía jurídica. Este trabajo concluye que las motivaciones finalistas que producen conflicto entre Estados, grupos e individuos admiten similitudes entre ellas mismas cuando son empujadas al máximo nivel de incivildad e irracionalidad. Del mismo modo, afirma que la distinción entre derecho y moral es utilizada impropiamente por quienes usan la violencia como método para la acción política porque pretenden justificar sus acciones en ella para desconocer o evadir su ser como sujetos gobernados por el derecho.

Palabras clave: Violencia política, paz social, fines del derecho, guerra, filosofía del derecho

Abstract: This article puts forward a contemporary reflection about violence based on a finalist legal assessment of peace. For that purpose, it both distinguishes and relates these two concepts, particularly regarding their politically motivated expressions, as well as it highlights the functionality of law to achieve negative peace and the ensuing morality of positive peace. In doing so, it considers the works written on this subject by influential contemporary authors as a reference point, after which it projects a legal perspective on violence through the analysis of three dimensions of this phenomenon that rely on categories both of legal theory and legal philosophy. This paper concludes that the final motivations that bring about conflict among States, groups and individuals admit similarities among themselves when they are pushed to the maximum level of incivility and irrationality. Likewise, it states that the distinction between law and morality is used improperly by those who use violence as a method for political action because they pretend to justify their actions therein as a way to ignore or evade their being as subjects ruled by the law.

Keywords: Political violence, social peace, purposes of the law, war, philosophy of law

* Investigación desarrollada en el Centro de Derechos de las Minorías y Gestión de la Diversidad de la Universidad de Talca.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Profesor de Derecho Civil y Ciencias del Derecho de la Universidad de Talca (Chile).

Código ORCID: 0000-0003-4534-247X. Correo electrónico: jlp@utalca.cl

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE PAZ.- III. LA VIOLENCIA COMO ESTADO CONTRAPUESTO A LA PAZ.- III.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIOLENCIA.- III.2. LECTURA ANALÍTICA DE LA VIOLENCIA.- III.2.1. CONTINUIDAD DEL CICLO DE LA VIOLENCIA.- III.2.2. RECIPROCIDAD GENÉTICA DE LA VIOLENCIA.- III.2.3. LA VIOLENCIA COMO PRODUCTO DE LA VIOLENCIA.- III.2.4. AUTOJUSTIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA.- III.2.5. LEGITIMIDAD DE LA COERCIBILIDAD FRENTE A LA TESIS DE LA IDENTIDAD DE TODAS LAS FORMAS DE VIOLENCIA.- III.2.6. LA VIOLENCIA SUPERLATIVA DEL TERROR.- IV. CONFLICTO SOCIAL Y DERECHO.- IV.1. EL CONFLICTO SOCIAL.- IV.2. LA VIOLENCIA POLÍTICA COMO NEGACIÓN DE LA PAZ POR MEDIO DE LA DESPERSONALIZACIÓN DEL ADVERSARIO.- IV.3. COACCIÓN ENTRE SUJETOS INDIVIDUALES POLÍTICAMENTE MOTIVADOS.- IV.4. VIOLENCIA CONTRA EL ESTADO Y SUS AGENTES.- IV.4.1. EN CUANTO MÉTODO O FORMA DE OPOSICIÓN ANTE UNA DICTADURA.- IV.4.2. EN CUANTO A LAS FORMAS DE LA ACCIÓN OPOSITORA FRENTE AL GOBIERNO EN UN ORDEN DEMOCRÁTICAMENTE ESTABLECIDO.- IV.4.3. EN CUANTO MANIFESTACIÓN INSURRECCIONAL EN CONTRA DE LA ESTRUCTURA Y EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO.- IV.5. ACCIONAR VIOLENTO DEL ESTADO.- V. LA GUERRA Y LA PAZ NEGATIVA.- VI. DERECHO, MORAL Y VIOLENCIA: LECTURA SINTÉTICA.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es llevar a cabo una reflexión actualizada sobre la violencia desde la perspectiva jurídica que ofrecen la teoría general del derecho y la filosofía jurídica, centrada en la consecución de la paz como uno de los fines esenciales del derecho. Para lograr dicho propósito, distingue y relaciona el concepto de paz con el de violencia, visualizando preferentemente el campo de sus manifestaciones políticamente motivadas, así como la funcionalidad del derecho en el logro de la paz negativa y la correspondiente valoración moral de la paz positiva.

En términos contextuales, asume que la violencia, considerando sus diversos grados y formas de manifestación, es un fenómeno social siempre presente en la comunidad humana que se proyecta a las diferentes formas sociales y a la relación entre los Estados. Dicho de manera preliminar, el concepto de violencia abarca desde una perspectiva amplia que comprende toda ruptura del orden natural de las cosas o que está fuera de su estado natural hasta precisiones disciplinarias que restringen su alcance conforme a las exigencias de cada enfoque específico.

El fenómeno de la violencia da lugar a diversas reflexiones y análisis disciplinarios, más o menos influyentes en el debate social contemporáneo, periódicamente realizados en correspondencia con las formas que adquiere su manifestación y agudización luego de cada acontecimiento histórico en que tiene lugar.

141

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHOVIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

Teniendo presente lo dicho, este trabajo considera la existencia de nuevos ciclos de violencia, tanto de naturaleza común como política, y específicamente en la sociedad latinoamericana contemporánea, marcados por nuevas expresiones vinculadas al crimen organizado, el narcotráfico y —con las prevenciones del caso— a la migración irregular. Dicha realidad coincide con ciclos similares ocurridos en otras realidades sociales contemporáneas, cuya lectura comparada permite extraer lecciones útiles al momento de enfrentar positivamente sus consecuencias con el fin de advertir las causas que los provocan y evitar su repetición, contribuyendo a la sustentación de la paz social futura.

Atendiendo lo ya indicado, el trabajo sostiene que la violencia en nuestra sociedad contemporánea exhibe caracteres que complejizan su definición y consideración en la esfera pública, asentadas principalmente en la incidencia persistente de su justificación moral por parte de los actores que recurren a ella al reconocer la justicia de las acciones violentas sustantivamente motivadas.

De manera concordante con la hipótesis planteada, intentaremos dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿es instrumentalizado el derecho como medio amoral para relativizar el impacto del juicio crítico sobre su uso en la esfera pública? ¿Es la visión procedimental del derecho un aliciente o facilitador de esta perspectiva, en apariencia dominante hoy? ¿Es, paradójicamente, el derecho un facilitador de la violencia desde su propia vinculación como orden de la fuerza, contradiciendo el logro de la paz como una de sus finalidades? ¿Al ser reconocida la justicia como la finalidad más sentida del derecho, aunque la seguridad jurídica sea la más propia, queda la paz supeditada a la justicia?

Metodológicamente, la reflexión analítica abordará preferentemente la expresión política de la violencia; esto es, aquella que tiene como referencia el poder estatal y el orden normativo jurídico que este genera y tutela, aspectos respecto de los cuales los sujetos imperados teorizan y actúan, constituyendo su motivación y propósito. Dicho análisis tratará preliminarmente una aproximación conceptual a la noción de paz para, luego, tratar en los apartados siguientes diferentes dimensiones del fenómeno de la violencia, partiendo por su lectura como estado contrapuesto a la paz, prosiguiendo con el conflicto social en relación con la intervención del Estado, y finalizando con una aproximación a la guerra y su contraposición con la idea de paz negativa. El estudio suma una reflexión final a partir de lo tratado en los apartados específicos y culmina con las conclusiones del trabajo realizado.

Se considerará, para el logro del objetivo propuesto, un marco disciplinariamente abierto que recurre a la obra de algunos autores ya clásicos, toda vez que, además de la vigencia de sus afirmaciones, el contexto de ellas en las décadas finales del pasado siglo e inicio

del presente las torna imprescindibles para entroncar con las causas de las manifestaciones actuales de violencia que motivan el presente estudio. Agregamos a ellas algunos autores contemporáneos que hemos seleccionado atendiendo a su influjo en el debate de nuestros días en torno a la dicotomía entre paz y violencia. Luego, procederemos a realizar el análisis principal desde una perspectiva asentada en la teoría general del derecho y la filosofía jurídica y social, postulando la superación de la visión dogmática estrictamente formalista y legalista sobre ambos fenómenos.

II. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE PAZ

Pese a ser citada recurrentemente en la doctrina especializada como uno de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico, el desarrollo analítico del concepto de paz, su contenido específico y la relación con los otros fines cuyo logro se vincula con la existencia del derecho no van de la mano con la importancia que se le atribuye, con la excepción destacable de Ferrajoli (2013, pp. 837-839). En las obras de teoría general del derecho más citadas y en el discurso de los agentes jurídicos, es mencionada como un estado ideal de las personas en la vida social, generalmente situado fuera de la órbita de los estudios dogmáticos, aunque valorado como un resultado de la vigencia de la justicia o del logro de la seguridad jurídica (Engisch, 1967, pp. 205-206; Radbruch, 2016, pp. 81-90).

En la perspectiva de su dimensión privada, pareciera incluso estar en entredicho con la justicia, como ocurre con los reparos que suscita la justificación de los institutos de la prescripción y la cosa juzgada, básicos en el ordenamiento civil.

A su vez, en su dimensión pública, aparece como una finalidad supeditada a la seguridad que teóricamente brinda el Estado, realzando las consecuencias de la transgresión de la norma primaria y la consiguiente primacía de la punibilidad estatal, pese a su naturaleza secundaria y accesorio (Atienza, 2001, p. 72). En la dimensión pública interestatal, tiende a circunscribirse al estadio intermedio entre dos guerras, en tanto que recientes procesos sociales suscitados después de conflictos políticos, de guerras civiles prolongadas y de conflictos bélicos internacionales incentivan la exploración de su correlato posterior en el campo jurídico, así como su revisión conceptual.

Asumiendo un concepto clásico, cabe distinguir preliminarmente entre la paz interna de la persona humana, entendida como ordenación de los propios apetitos hacia la unidad y la consiguiente ausencia de conflicto entre comportamientos o actitudes del mismo actor; y la paz social o interhumana, entendida a su vez como una ordenación de los

apetitos propios con los ajenos y el consiguiente cese del conflicto entre individuos o grupos diferentes. El estudio sistemático de la paz interna corresponde a la moral, en tanto que el de la paz externa es propio del campo del derecho (Bobbio, 2008, p. 158). Luego, la paz puede ser entendida como la tranquilidad en el orden social, siendo a su vez el orden la recta disposición de las cosas hacia su fin (Santo Tomás de Aquino, 1951, p. 54; Forment, 2008, pp. 69-70; Cowley, 1978, p. 12).

Si nos centramos en el orden social, que según lo anticipado corresponde al derecho, el fin de la disposición ordenada de las conductas humanas se orienta hacia el bien de las personas y de la comunidad, objeto y a la vez finalidad de la sociedad, ya que la ausencia de un orden que canalice la convivencia hacia el bien de las personas y de la comunidad genera un desorden que da lugar a la exacerbación del conflicto entre individuos y grupos.

De lo dicho, se puede colegir que la paz social es la tranquilidad objetiva que se deriva de la vida en una sociedad cuyo ordenamiento normativo de las conductas individuales y colectivas está orientado hacia el bien común, impidiendo, disminuyendo o cesando el conflicto. Taylor (2021), en concordancia con Kant, identifica el ordenamiento normativo orientado hacia el bien común con el sistema democrático, donde «las sociedades democráticas cada vez serán menos violentas, no se declararán la guerra entre sí y presumiblemente no sufrirán guerras civiles» (p. 85).

Como fin del derecho, entendiendo por fin la dirección de la acción y por acción algo conscientemente dirigido hacia un fin, la paz es la dirección consciente que orienta al derecho como orden social, consistente en actos orientados por el bien común que impiden, disminuyen o cesan las manifestaciones contraproducentes con dicho objetivo ocasionadas por el conflicto social. Teniendo en vista a la paz como fin del derecho, es posible identificar y promover ciertos eventos repetibles y ligados que favorecen su logro, y también aquellos que son inconducentes, pudiendo por tanto los sujetos prever los desarrollos de los actos funcionales a la paz y también de aquellos que no lo son. Particularmente, tiene sentido si se atiende al hecho de que «la paz es, al mismo tiempo, meta y método, fin y medio» (Boff, 2004, p. 93); a la par que se acepta que «una buena paz suele ser el resultado de la negociación y el compromiso, no necesariamente de un programa», permitiendo así su análisis en sede jurídica (Arendt, 2021b, p. 122)¹.

La paz no es un valor propio y exclusivo del derecho, porque tanto si es entendida como una aspiración social o como un objeto de atención particular, su análisis concita el interés desde diversas disciplinas

¹ Véase, asimismo, Leoni (2008, pp. 125-129).

morales o del saber humano, excediendo ampliamente las limitaciones del estudio jurídico dogmático, generalmente excluyente de otras perspectivas (Küng, 1999, pp. 126-167). Incluso, el derecho no es condición necesaria de la paz social, ya que al menos teóricamente es posible concebir una sociedad que, ordenada con base en valores morales compartidos y la constitución de un poder común, podría asegurar la convivencia pacífica de sus integrantes (Bobbio 1990, p. 245; Pérez, 2000, pp. 481-490; Garzón, 2000, pp. 397-421).

La paz alcanzada por medio del derecho es una paz relativa porque el derecho no logra erradicar completamente la violencia de la sociedad, tal como tampoco consigue regular todas las conductas humanas en tanto sistema ordenador de la conducta social. Esta afirmación adquiere relevancia si consideramos que, además, el propio derecho recurre a la fuerza estatal frente a conductas que transgreden sus normas, toda vez que es una organización de la fuerza, dando cuenta de una relación concordante con la concepción teórica fundamental del derecho en que «el empleo de la fuerza en las relaciones entre los individuos se evita reservándola para la comunidad» (Kelsen, 2008, p. 39)².

En tal sentido, Ferrajoli (2013) define la paz como la

expectativa del no uso desregulado y ofensivo de la fuerza, garantizada en vía primaria por la correspondiente prohibición y, en vía secundaria, por la obligación, efecto de su ilícita violación de un uso de la fuerza predispuesta por específicas normas hipotéticas deónticas (p. 838).

Este acercamiento, por tanto, conlleva la garantía primaria y secundaria del monopolio jurídico de la fuerza a través de dos imperativos, a saber, «la prohibición en general de la guerra y del crimen, y la obligación del uso de la fuerza solo en los casos en que esté normativamente previsto como respuesta reglada y limitada frente a un acto ilícito» (p. 838). Complementando lo dicho respecto del crimen, Raz (1986), en concordancia con Hart, afirma que «el propósito interno general de la legislación criminal es indicarle a la sociedad que ciertas acciones, no deben realizarse y asegurar que el menor número de ellas se lleve a cabo» (p. 29).

La noción de paz, llevada al ámbito del derecho, corresponde a la dimensión de la paz externa; esto es, una situación espacial y temporal identificada con uno de los efectos de la seguridad, correspondiente a la tranquilidad de la persona o del conjunto social, que aleja de ella el temor al daño individual o colectivo provocado por un agente externo. Se relaciona con la ausencia o contención de la violencia, sea

² Véase también Kelsen (2007, pp. 36-37), Jestaz (1996, pp. 15-16), Lloyd (1985, pp. 2-52), Squella (1999, pp. 18-20) y Millas (2012, pp. 354-356).

proveniente de otro sujeto individual o colectivo dentro de las fronteras de un Estado, u originada en otro en contra del propio, en el caso de las guerras contra un enemigo externo.

Asumiendo esta lectura, la inseguridad que impide la paz puede provenir de otros individuos, de la organización estatal del país en que la persona habita, o de otro Estado, permitiendo concluir que la paz en la perspectiva del derecho se identifica con la noción de paz social.

Profundizando en su concreción jurídica, cabe distinguir entre la noción de paz negativa, entendida como la ausencia de violencia directa; y la paz positiva, entendida a su vez como la ausencia de violencia estructural o indirecta. La paz «definida positivamente caracterizaría una situación, individual o colectiva, en la cual se podrían gozar, en el nivel espiritual y en el material, todos los derechos humanos» (Gori, 1988, p. 1204), derivando la determinación de su contenido y sus elementos a la teoría de los derechos humanos. Esto proyecta a su vez la dificultad jurídica de su recepción armónica como derechos fundamentales, atendidas las finalidades de la justicia en el orden social, uno de cuyos puntos de encuentro es su más que probable contradicción recíproca. Lo anterior determina que la paz positiva permanezca como un modelo ideal (p. 1204).

Considerando lo dicho, corresponde al derecho cumplir una función pacificadora de las relaciones humanas mediante el imperio de sus normas, tanto en una sociedad política concreta en el caso de los derechos nacionales como también entre Estados en el caso del derecho supranacional, sin negar las dificultades históricas que acarrea esta última dimensión.

En este sentido, el sistema normativo jurídico es un mecanismo de paz social (Latorre, 1971, p. 39) que, al monopolizar el uso de la fuerza e impedir la lucha desatada por intereses contrapuestos, provee de una paz relativa a la sociedad en que rige (Pérez, 2000, pp. 213-220). Así, el Estado moderno es «substancialmente el detentador del monopolio de la fuerza legítima porque está fundada en el consenso ciudadano» (Bobbio, 1990, p. 245) sobre la necesidad social de un orden normativo jurídico, particularmente para la resolución de conflictos, permitiendo así el «salto civilizatorio que ha hecho posible el surgimiento de los sistemas jurídicos modernos» (Calvo & Picontó, 2021, p. 223). En términos de Kelsen (2008), el orden social hace del uso de la fuerza «un monopolio de la comunidad y al obrar de ese modo pacifica las mutuas relaciones de sus miembros» (p. 39).

Al revisar la teoría de los fines del derecho, si se analiza el tema desde el punto de vista estricto de su especificidad y disciplina, se puede colegir que el único fin propiamente jurídico es la seguridad que brinda el derecho,

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHO

VIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

que precisamente denominamos «seguridad jurídica», por cuanto tanto la justicia como la paz concentran la atención de diversas disciplinas del saber humano, siendo además la paz una aspiración universal. Desde la perspectiva de su justificación social, el derecho es un medio propicio para alcanzar ciertos fines reconocidos como bienes éticos, ya que las prescripciones normativas se orientan hacia la consecución de objetivos moralmente aceptables y, por ello, privilegiados (Radbruch, 2005, pp. 39-40; Solanes, 2021, pp. 45-48). Así, la relación causal entre los fines de la justicia y la seguridad con la paz no puede ser negada, por lo que quien recurre a la violencia, sea un individuo o el Estado, ha desplazado principios humanistas fundamentales como la fraternidad, la libertad y el respeto a la dignidad humana, todos los cuales dan forma a la construcción de la paz (Atienza, 2022, p. 11; López, 2000, pp. 457-465; Santa Cruz, 1978, p. 370).

La noción de paz, sin perjuicio de su lectura como estado positivo, se ha construido principalmente sobre la base de los hechos, fenómenos o sucesos que contradicen o niegan su existencia. Tal es, en definitiva, el uso predominante del término tanto en las disciplinas sociales como en el lenguaje común, en el que la paz es definida como un estado contrario a la violencia, el conflicto o la guerra (Bobbio, 1988, p. 1196; Küng, 1999, pp. 126-167; Ferrajoli, 2013, pp. 837-839).

Con base en esta triple distinción, profundizaremos en la interrelación entre los conceptos de violencia y paz, y luego haremos una lectura del conflicto social en su expresión como violencia política, para finalizar con una aproximación a su mención como antónimo de la guerra, teniendo siempre presente el objetivo de responder a la interrogante sobre si el derecho cumple un papel pacificador frente a la violencia, lo que justifica y legitima su existencia social.

III. LA VIOLENCIA COMO ESTADO CONTRAPUESTO A LA PAZ

III.1. Aproximación al concepto de violencia

La mayor y más visible negación de la paz es la violencia, constituida en una evidencia desequilibrante de lo propiamente humano al destruir el contrapeso existente entre su animalidad y su racionalidad, supeditando la razón a la fuerza (Blanco, 1978, pp. 32-33; Ballesteros, 1981, pp. 265-268). Su presencia es constante en todos los ámbitos del sistema social y en todos los países, con diferentes connotaciones, entre las cuales confluyen factores sociales, económicos, políticos y culturales junto a unas formas de reproducción, causas desencadenantes y manifestaciones específicas (Blanco, 1992, p. 16; Han, 2019, pp. 7-11).

La violencia política niega la paz por medio de la despersonalización del adversario, siendo la guerra entre connacionales y entre Estados su máxima expresión.

La evidente dificultad que implica enunciar una definición de la violencia política aumenta en complejidad cuando se atiende a las posiciones políticas desde las cuales se realiza la perspectiva definitoria, tal como lo destaca Han (2019, pp. 83-104) en su interpretación de Schmitt (Butler, 2021, pp. 11-12).

En este sentido, las visiones conservadoras tradicionalmente identificadas con las derechas políticas tienden a considerar al Estado como una «garantía de una libertad contra la violencia que básicamente consiste en desatar la violencia contra las minorías raciales [podemos también sumar las minorías religiosas] y contra todas las personas caracterizadas como irracionales o como fuera de la norma nacional» (Butler, 2021, p. 11). Además, «el atacado debe ser presentado como una amenaza, un vehículo de violencia real o efectiva, para que la letal acción policial parezca defensa propia» (p. 11); e incluso si tal acto violento no puede ser probado, la persona es presentada como «una clase violenta de persona, o como si se tratase de violencia pura encarnada en y por esa persona» (p. 12). A su vez, desde la izquierda, existen posiciones que afirman que solo la violencia puede producir las transformaciones sociales y económicas, o que al menos es una de las tácticas para generar dicho cambio.

El concepto de violencia abarca desde una perspectiva amplia que comprende toda ruptura del orden natural de las cosas o que está fuera de su estado natural hasta precisiones disciplinarias que restringen su alcance según las exigencias de cada enfoque específico, coincidentes en el recurso de la fuerza. Así, se podría definir como «la causa de la diferencia entre lo potencial y lo actual, entre lo que habría podido ser y lo que es», expresada en la «utilización de la fuerza física; intencionalmente dirigida al efecto deseado por el sujeto activo; [y] no consentida por parte del sujeto pasivo» (Galtung, citado en Gori, 1988, pp. 1203-1204)³.

En este último sentido, desde el punto de vista del derecho, la violencia es la acción coactiva de un individuo o grupo sobre otros, mediando dolo en la forma de agresión o responsabilidad por los efectos colaterales en el caso de una acción culposa. A partir de aquí, el principal problema de una definición más precisa radica en la procedencia o no de la distinción entre violencia física y violencia discursiva, también llamada psicológica o simbólica, tal como ocurre con el uso de medios de manipulación de la voluntad para lograr un objetivo trazado por el actor y, en menor

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHO
VIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

3 Asimismo, véase Bobbio (1988, p. 1197) y Arendt (2021, pp. 59-61).

medida, con las acciones no intencionadas, pero que tienen igual efecto (Bobbio, 1988, p. 1197; Peña, 2020, p. D11)⁴.

III.2. Lectura analítica de la violencia en perspectiva disciplinaria abierta

Analizaremos la complejidad del fenómeno de la violencia a partir del reconocimiento de sus caracteres y de los principios que la rigen para proyectar sus efectos en el derecho desde una perspectiva no dogmática, profundizando luego en la especificidad de la violencia política⁵.

III.2.1. Continuidad del ciclo de la violencia

Una vez que se ha iniciado el camino de la violencia, se torna difícil o imposible desatender su curso progresivo, cuyo principal efecto nocivo afecta directamente las relaciones sociales al negar el derecho a la propia existencia de las personas, simplificando el círculo de la violencia. Esto por cuanto, una vez iniciado el ciclo violentista, no es posible o fácil desprenderse de ella al simplificar de manera extrema las situaciones políticas, sociales o humanas, y consecencialmente las relaciones con las otras personas, al convertirse en un hábito de parte del agresor la negación de quien considera su adversario en el derecho a la propia existencia. El efecto directo de la opción por la violencia determina y estimula la conducta de quien ya la ha ejercido a continuar exclusivamente en dicha senda, tornando imposible para este actor adoptar una nueva actitud hacia el otro, a quien le ha negado el reconocimiento fundamental a la vida y a su integridad física y psíquica (Blanco, 1978, p. 34).

La primera consecuencia al asumir esta tesis es la necesidad de establecer la funcionalidad de la violencia ejercida por el Estado en prevención, control o sanción de los actos violentos cometidos por los sujetos imperados por las normas jurídicas, en especial si se considera la opinión dominante de los teóricos del derecho sobre la íntima relación entre derecho y coacción, la que solo puede ser legitimada como tal por el resultado obtenido de reducir al mínimo la violencia ejercida entre los individuos (Gil, 2001, pp. 69-82; Han, 2019, pp. 104-105).

La segunda consecuencia se expresa en el resentimiento y odiosidad que genera la violencia, dividiendo radicalmente a la sociedad en que se produce y persistiendo sus efectos en el tiempo más allá del propio

4 Considérese, asimismo, la «doctrina del doble efecto» en S. Tomás de Aquino (Suma Teológica, 1988 [II-II, q.64. a.7, c]), Miranda (2008, pp. 485-519) y Manrique (2012). Textos citados de S. Tomás de Aquino y otros relacionados con la materia en discusión, en Forment (2008, pp. 130-131; Suma Teológica, 1988 [II-II, q. 164. a.1, in c], 144, Suma Teológica [II-II, q.64. a.2, ad-3] y 151, Suma Teológica [II-II, q.161. a.5, ad-2]).

5 Hemos considerado como referencia la exposición de las tesis sobre la violencia efectuada por Jacques Ellul en su obra *Contra los violentos* (1981) en concordancia con la lectura de la obra de Hannah Arendt, en especial *Sobre la violencia* (2021).

conflicto que le dio origen (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, p. 15). Tales consecuencias y la tesis que vienen a confirmar están en la base de la tendencia común a todos los ordenamientos jurídicos en orden a prohibir el uso de la fuerza física entre los individuos y grupos que forman la sociedad, la misma que, de ocurrir, configura el antecedente necesario que justifica la aplicación del acto coactivo por parte del derecho, ya que la violencia se manifiesta precisamente cuando desaparece el derecho como sustentador del orden social (Han, 2019, p. 105).

III.2.2. Reciprocidad genética de la violencia

La violencia engendra reciprocidad, toda vez que quien la aplica también la recibe de vuelta, convirtiéndose en una pieza fundamental del proceso que fomenta el ciclo de su continuidad y permanencia como factor rector de las relaciones interpersonales. A partir de aquí, dos consecuencias son importantes. Primero, que la reiteración del ciclo impediría alcanzar la paz, salvo por momentos acotados. Segundo, que la violencia estatal generaría a su vez violencia en su contra, justificada como tal, pero cuyos efectos padece la sociedad.

La respuesta a estos cuestionamientos remite a la moral y a la religión, reteniendo en sede jurídica la prioridad otorgada al mal menor y la búsqueda del bien común de la población, el que sería impactado negativamente por los embates de individuos o grupos que solo tendrían como horizonte de sus actuaciones violentas las meras expectativas individuales o de grupos minoritarios con intereses comunes.

La subjetividad derivada de la naturaleza autónoma de la moral, en su apreciación normativa en las sociedades pluralistas, lleva inexorablemente al terreno de la relatividad de los juicios moralmente fundados en la dimensión pública. Esta conclusión es también a la que conduce la búsqueda de respuestas y fundamentos metajurídicos respecto de la frontera entre fuerza y violencia, y el grado en que ella es socialmente tolerable.

La derivación al campo de la religión (Pikaza, 2004, pp. 15-29; Radbruch, 2016, p. 356; Marzal, 1993), por su parte, hace depender el resultado de la situación que ocupa la religión en el orden político y jurídico de un Estado, variando según se trata de una sociedad política pluralista que distingue y diferencia el campo propio de las normas jurídicas, religiosas y morales; u otra que, por el contrario, las confunde, como ocurre en sociedades integristas, absolutistas o en las que tendencias fundamentalistas ocupan un espacio relevante en el discurso y la acción pública. Los movimientos y tendencias fundamentalistas están presentes en todas las principales religiones contemporáneas, incluyendo al cristianismo, siguiendo un patrón básico que los caracteriza como formas defensivas de la espiritualidad frente a la crisis amenazante del laicismo,

situados en posición de conflicto en una lucha entre el bien y el mal. Este era el sentido justificador y finalista de la guerra iniciada contra Al Qaeda durante la presidencia de George W. Bush, que reprobaba el islam como «una religión absolutamente perversa e inherentemente violenta» (Armstrong, 2009, pp. 13-14 y 21).

Con esta base se puede concluir que, incluso en sociedades pluralistas y tolerantes, el tránsito y recepción jurídica de conceptos, fundamentos y valoraciones provenientes de las religiones no es un proceso ni tampoco un resultado que concite apoyo mayoritario y garantice el respeto a las visiones minoritarias, especialmente cuando dicho fundamento alimenta la convicción en torno a una verdad que no es susceptible de ser relativizada ni menos negociada, elementos instrumentales básicos del sistema democrático liberal.

Asimismo, la justificación política en un fundamento religioso no es patrimonio exclusivo de los poderes establecidos. También ha sido parte del discurso revolucionario o subversivo, como en algunos casos de guerrillas latinoamericanas a la vez religiosas y seculares, entendidas funcionalmente como «un conjunto de fenómenos que establecen una relación con lo trascendente y sagrado», caracterizando por medio de actitudes y representaciones religiosas a dichos movimientos revolucionarios (Estrada & Bataillon, 2012, p. 11; Bastián, 2012, pp. 17-33).

III.2.3. La violencia como producto de la violencia

Si se asume que la violencia engendra violencia y nada más, las metas y fines que a través de su uso se persiguen estarán contaminados por el principio en que se sitúa la violencia.

Así, tanto la justificación de la coercibilidad estatal por las mayores cotas de bienestar que es posible alcanzar al afianzar el orden y la seguridad, como la violencia revolucionaria que promete alcanzar la igualdad y la libertad mediante el recurso a la violencia moralmente justificada, son igualmente tributarios del mismo principio rector: que la violencia se justifica por el logro de un objetivo no propuesto a la libre deliberación pública, sino impuesto por un sector de la sociedad por medio de la fuerza. Considérese al efecto los siguientes ejemplos expuestos por Butler (2021):

Algunas personas defienden que el uso del lenguaje como una forma de agresión es ‘violencia’, mientras que otros sostienen que no se puede considerar que el lenguaje sea un instrumento ‘violento’, excepto en el caso de las amenazas explícitas. Hay quienes se aferran a concepciones más restringidas de la violencia y consideran que el ‘golpe’ es el momento físico que la define; otros hacen hincapié en que

las estructuras económicas y legales son ‘violentas’, que operan sobre los cuerpos, aunque no siempre adopten la forma de la violencia física (p. 10).

Asimismo,

Los Estados y las instituciones a veces califican como ‘violentas’ distintas manifestaciones del disenso político, o de oposición al Estado o a la autoridad de la institución de la que se trate. Las manifestaciones, las acampadas, las asambleas, los boicots y las huelgas pueden llegar a considerarse ‘violentos’ aun cuando no recurran a la lucha física ni a las formas de violencia sistémica o estructural que se mencionaron antes (p. 11).

En la perspectiva jurídica, su justificación radica en la legitimidad de la actuación de los agentes estatales cuando el mandato colectivo que constituye su causa es emitido por medios participativos democráticos, respondiendo a una voluntad mayoritaria y, a la vez, respetuosa de los derechos de las minorías, el principal de los cuales es eventualmente convertirse en mayoría por los mismos medios. Sin embargo, existe fundamento para la crítica de la violencia estatal cuando esta se encuentra sustentada en formas dictatoriales o no democráticas, agravadas cuando se trata del dominio dictatorial de una minoría por sobre la mayoría (Taylor, 2021, p. 84).

III.2.4. Autojustificación de la violencia

La violencia no surge como fenómeno espontáneo y natural que caracterice las relaciones humanas, sino que necesita ser justificada por quien la emplea, dando cuenta de la irracionalidad de su manifestación. Esto porque, ya ocurrida, debe ser justificada por el actor recurriendo a categorías morales o religiosas que, en la visión lógica del agresor, legitimarán su cometido, pero que en la realidad concreta solo lo justifican a él mediante la explicación de su ejercicio de una manera que, de forma más o menos explícita, quedará asociada a un discurso de odio que sembrará la semilla del próximo ciclo de la violencia.

El discurso de justificación de la violencia desde un punto de vista político ha discurrido entre la existencia de la guerra irregular y su glorificación por la necesidad de inmediatez del cambio social (Castillo, 1997, pp. 55-56; Arendt, 2021a, pp. 33-35). Taylor (2021) vincula la autojustificación de la violencia con la victimización del sujeto, donde afirmar la victimización

es afirmar nuestra pureza, afirmar que nosotros somos buenos. Además, nuestra causa es buena, así que podamos luchar, infligir una violencia justa: una violencia santa. Por consiguiente, tenemos el derecho a hacer cosas terribles, derecho que otros no tienen. Aquí está la lógica del

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHO

VIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

terrorismo moderno. Incluso los nazis hicieron uso de una protoforma de este sello. Hemos sufrido terriblemente a manos de otros, por lo tanto, podemos causar caos (p. 84).

III.2.5. Legitimidad de la coercibilidad frente a la tesis de la identidad de todas las formas de violencia

La tesis sobre la identidad de la violencia —esto es, que la violencia es idéntica a cualquier otra violencia— deja expuesto el problema central que ronda en torno a la diferenciación legitimante de la acción violenta del Estado, que sustenta el derecho y que evidencian las normas jurídicas.

En efecto, la mayor contradicción lógica y moral del problema de la violencia es la imposibilidad o, al menos, la gran dificultad que existe para poder distinguir la violencia justa de la injusta (Han, 2019, pp. 104-135). En esta lectura lógica se entiende la complejidad del problema que representa la inclusión dentro del concepto de violencia tanto de aquella que ejerce el manifestante anárquico como de la que aplica el policía que la reprime. A ella se suma, en determinadas visiones ideológicas, la violencia que aplica el Estado como el órgano represor; o, si se acepta el concepto la violencia institucionalizada, también el modelo económico aplicado en un país, que impone determinados roles en un esquema materialista de las relaciones interpersonales dentro de la sociedad (Butler, 2021, pp. 9 y 12).

Las ramificaciones complejas del concepto se acentúan si se considera válida la inclusión del concepto de violencia psicológica, según el cual la persona es obligada a hacer lo que no desea sin mediar coacción física, sino intervenciones mediáticamente dirigidas por terceros interesados, como la propaganda, la información dirigida o sesgada, y la aplicación de técnicas de intervención psicológicas presentadas como terapias, pero cuyo objetivo es tergiversar la voluntad del sujeto afectado (Cantón & Cortés, 1986, pp. 11-29).

Otra variante de la tesis enunciada confronta la violencia de los grupos dominantes que mantienen un orden social injusto con la de aquellos que están o se perciben a sí mismos como oprimidos por dicho ordenamiento social. Esto determina dos consecuencias adicionales: la ausencia de límites para su ejercicio por ambos lados y la tácita aceptación de la violencia del adversario, porque es ilógico no ser tratado de la misma manera que se trata a los demás (Castillo, 1997, p. 30; Butler, 2021, pp. 9-13).

La consecuencia más gravosa deriva de la extensión de esta premisa a la relación entre el Estado y el individuo, donde nuevamente la diferencia solo puede ser establecida con base en la legitimidad derivada de alguna forma de autonomía al menos simbólica del sujeto imperado en la aprobación de la norma constituyente de los Estados. La búsqueda

de un nuevo orden por medio de la violencia, por ejemplo, para tumbar a un dictador, solo habría cambiado a la persona que ejerce la violencia, justificando la tesis de que el Estado personifica la violencia institucionalizada, pues un gobierno instaurado bajo estas premisas no habrá creado ni libertad ni justicia (Blanco, 1978, pp. 32-40).

III.2.6. La violencia superlativa del terror

No siendo un fenómeno estrictamente contemporáneo, el terrorismo es una de las manifestaciones más complejas que caracterizan la violencia social de nuestros días, junto con la probabilidad de extinción global que encierra un conflicto en el que participen potencias nucleares.

El terrorismo, empero, marca la cotidianeidad de nuestras sociedades eludiendo las fronteras a través de los mensajes que trasladan los medios de comunicación y, sin límite alguno, las redes sociales.

A diferencia de otras formas de violencia cuyos teatros de operaciones son los territorios, como la ocupación en las guerras tradicionales o la actividad guerrillera, el terrorismo apunta directamente a ocupar las mentes de las personas, activando el imaginario colectivo e internalizando el miedo (Boff, 2004, p. 85). Detrás de un acto terrorista puede encontrarse tanto un grupo como un individuo solitario motivado por una creencia religiosa, un postulado político o un interés económico, pero también un Estado o un gobierno carente de legitimidad.

En el caso de la motivación política o religiosa, el uso del terror puede a veces intentar ser justificado éticamente por los actores involucrados y por apoyadores circunstanciales o permanentes. Estos justifican o dicen entender tales actos como el último recurso de defensa de grupos minoritarios que son o se sienten excluidos del campo político, recurriendo a la espectacularidad del mayor terror que sea posible ocasionar en contra no solo de quienes gobiernan, sino de la sociedad que a su entender les excluye. Traspasa así las fronteras que incluso en la guerra se tratan de mantener, como el respeto a los niños y evitar un sufrimiento mayor al combatiente vencido.

Su enfrentamiento por el derecho se topa generalmente con la calificación del tipo penal respectivo, específicamente en la dificultad para demostrar la motivación terrorista del hechor y no el efecto terrorífico causado en las víctimas (Mañalich, 2017, pp. 367-418).

Entre los anteriores ejemplos, procede relevar el fenómeno del terrorismo de Estado como una respuesta represiva y de control preventivo de las disidencias en casi todas las dictaduras latinoamericanas y del denominado tercer mundo durante la segunda mitad del pasado siglo, y también al constituir la respuesta estratégica de no pocos Estados contemporáneos para enfrentar al terrorismo internacional o infundir

mayor temor en los conflictos bélicos actualmente desarrollados (Boff, 2004, pp. 86-87).

IV. CONFLICTO SOCIAL Y DERECHO

IV.1. El conflicto social

El conflicto, aquella situación marcada por la confrontación de posiciones y de difícil salida, es propio de la vida humana en comunidad o sociedad.

Una aproximación definitoria referida al conflicto social lo concibe como una situación de interacción competitiva «en la que las partes son conscientes de la incompatibilidad de futuras potenciales posiciones y en la que cada parte aspira a ocupar una posición que es incompatible con las aspiraciones de la otra», convirtiéndolas en adversarias (Bobbio, 1988, p. 354). Tiene lugar cada vez que las necesidades o intereses de un individuo o grupo no pueden satisfacerse sino con el perjuicio de otro individuo o grupo, siendo típico el que se origina en la competencia de estos por la posesión de un bien escaso (Sánchez-Cordero, 2013, p. 125).

En algunas perspectivas ideológicas, «el conflicto es la fuerza fundamental del movimiento de la historia, pues, la sociedad constantemente carece de consenso, [y] para los teóricos del conflicto, el equilibrio armónico es una ilusión creada por los grupos dominantes», siendo la sociedad en esta misma visión «un sistema inestable de grupos opuestos, compartiendo el sentimiento de rechazo a la desigualdad social, orden social y a los valores e instituciones, pues refuerzan las estructuras de dominio» (Sánchez-Cordero, 2013, p. 125). Esta última lectura también remite, en algunos autores, a la confrontación entre comunidad y sociedad (Jaeggi & Celikates, 2023, pp. 43 y 102-103).

No obstante, aun para quienes sostienen la visión precedente, la funcionalidad del derecho como sistema de control social del conflicto no es rebatida en cuanto sanción de la transgresión de las normas jurídicas y, especialmente, en cuanto sanción social del delito mediante el castigo que impone la ley, justificada en la necesidad de protección de la propia sociedad ante la comisión del delito, la fuerza disuasoria frente a potenciales delincuentes y el logro de la justicia en su dimensión retributiva, junto con la rehabilitación social del delincuente y su efecto indirecto en el desincentivo de futuros delitos.

Sin perjuicio de la validez de estas justificaciones, estas pierden parte de su fuerza o derechamente no aplican en los delitos violentos políticamente motivados, siendo esto muy notorio en los crímenes de guerra, en los que la noción no utilitarista de retribución es disonante con la magnitud de los crímenes que se pretende sancionar, pero que

al contraponerse con la eventualidad de la impunidad, finalmente son aceptadas y aplicadas como fundamento de la sanción jurídica de la violencia social (Arendt, 2021c, pp. 402-403).

IV.2. La violencia política como negación de la paz por medio de la despersonalización del adversario

Llevado al terreno del conflicto motivado políticamente, el conflicto toma la forma de confrontación entre grupos organizados con el propósito de mantener o conquistar el máximo poder posible, referido al monopolio de la fuerza física para obtener obediencia a las propias órdenes entre y sobre personas que conviven en un lugar y tiempo determinados (Bobbio, 1988, p. 1197). Aquí el poder ha sido relacionado con la violencia en tanto esta es una manifestación de aquel, o es entendido como una forma de violencia mitigada en la que el derecho es una prerrogativa del poderoso que, a través de sus normas, impone su voluntad y sus intereses por medio de la violencia (Han, 2019, p. 105).

Una aproximación al fenómeno de la violencia política como solución al conflicto existente en torno al poder político requiere precisar si se considera dentro del concepto de violencia política la coacción entre sujetos individuales, sea unilateral o recíproca; la acción de sujetos individuales en contra del Estado y sus agentes; o la propia acción del Estado en contra de los sujetos imperados por las normas jurídicas estatales.

En todos los casos señalados, se aprecia de manera explícita o implícita la existencia de una motivación política en la voluntad de actuar. Esto es, de apoyar y defender, o de rechazar y destruir de forma parcial o total una determinada organización o estructura político-jurídica, económica y cultural, o genéricamente social, erigida y tutelada por la fuerza estatal. Asimismo, de apoyar y promover, o repudiar y rechazar los valores, la doctrina y/o la ideología que lo sustenta, a través de la aplicación de fuerza a los sujetos que la suscriben con el propósito de acallar, tergiversar o anular la expresión de la voluntad que se estima contraria a la propia. Junto con lo anterior, cabe preguntar si procede en cada caso la calificación de legitimidad de tales actuaciones, problema doblemente complejo en el caso del Estado porque este reclama para sí la legitimidad de la coacción que ejecutan sus agentes.

IV.3. Coacción entre sujetos individuales políticamente motivados

La coacción entre sujetos individuales motivada por causas políticas, efectuada de manera unilateral o recíproca, debe ser analizada considerando las distintas realidades sociales y políticas.

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHO

VIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

Así, en primer lugar, en la sociedad democrática la emergencia de la violencia es tratada como un asunto propio y recurrente de la vida civil que un Estado de derecho democrático soluciona mediante la función de orientación de comportamientos, prescribiendo jurídicamente que las diferencias deberán ser canalizadas dentro del marco de las reglas del juego democrático (Bobbio, 1986, p. 14; Squella, 2000, p. 518).

En segundo lugar, distinta es la situación existente en sociedades regidas por dictaduras y regímenes totalitarios, donde dicha acción adopta progresivamente la forma de un enfrentamiento entre la oposición y grupos que defienden el régimen imperante, que se confunden con él y cuya espiral más gravosa puede desembocar en una guerra civil. Esto es aún más complejo cuando el poder totalitario o tiránico configura escenarios propicios incluso para justificar el derecho a rebelión, particularmente en el caso de la violación sistemática de los derechos humanos fundamentales.

En tercer lugar, procede señalar los conflictos que, teniendo un origen tribal, religioso o étnico, adquieren naturaleza política en países en los cuales se ha ido socavando las estructuras del Estado y en los que estos grupos sienten la necesidad de «protegerse a sí mismos contra amenazas reales o imaginadas, tanto de otros grupos como de las autoridades centrales o de unos y otras» (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, p. 15). Estas formas de coacción tienen lugar no ya contra objetivos militares, sino contra las comunidades locales y, a veces, en las propias comunidades, que se ven afectadas por la expulsión de sus hogares por medio del terror, el desplazamiento forzoso y el asesinato de quienes se resisten (p. 15).

Finalmente, cabe tener presente el impacto social de la violencia generada por el crimen organizado, especialmente en torno al narcotráfico, como un fenómeno que teniendo su origen en la delincuencia común, ha extendido sus vinculaciones hacia el campo político, siendo especialmente crítica su corresponsalía en la corrupción del aparato estatal y de la clase política, y su asociación cada vez más reiterada con la migración ilegal (Hetzer, 2003, p. 43; Sagües, 2004, p. 451)⁶.

IV.4. Violencia contra el Estado y sus agentes

Se califica aquí como política la violencia ejercida por un individuo o un grupo de ellos cuya motivación no radica en un mero interés

⁶ En tal sentido, «el poder, la autoridad y el bienestar ya no derivan de una fuente central, sino del control que se pueda tener del contrabando de armas, del tráfico de drogas o de yacimientos minerales, de la capacidad de atemorizar a la población local, o de la cantidad de material que se pueda desviar de una organización internacional. En este contexto, fácil es imaginar la proliferación de grupos armados cuya identidad es difícil de determinar. Aunque esos grupos también albergan ambiciones políticas, sus actividades pueden ser una extraña y caótica mezcla de lucha armada, tráfico ilegal e intimidación» (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, pp. 14-15).

personal o de su grupo de referencia, sino en el interés y voluntad de atacar a quienes han instaurado o defienden un determinado orden social impuesto por el poder político. Asumen como instrumentos interrelacionados entre sí al derecho como orden normativo coactivo y a la policía como institución que vela por la eficacia de dicho orden. Cabe destacar, asimismo, que Arendt (2021, pp. 48-55) recuerda que la concepción imperativa de la ley, de base religiosa remota, ha determinado que para identificar la esencia de una ley basta la mera relación entre mandato y obediencia (Stuart Mill, 1991, pp. 59-85; Gil, 2001, pp. 69-82; Bova, 1988, pp. 1228-1230; Butler, 2021, pp. 9-13).

La violencia, en este caso, está dirigida en contra del gobierno, del Estado o de todo orden político, económico y social que cause rechazo a quien ejerce la acción violenta, siendo el ataque o agresión física no dirigido en contra de una entidad abstracta e impersonal, sino en contra de quienes son percibidos como agentes de dicho orden, sus defensores o sus beneficiarios, destacando como sujetos de la acción agresiva o defensiva —según sea quien califique la acción— a la clase política y la policía, y secundariamente a los apoyos ciudadanos del orden político, económico y social cuestionado. Cabe destacar aquí que la teoría política tradicional ha reconocido el monopolio de la coercibilidad al Estado, lo que tiene como consecuencia que todo lo que lo desconoce, erosiona o soslaya es considerado con la denominación de «subversivo» (Butler, 2021, p. 12; Daireaux, 1978, p. 53).

En este punto, es procedente precisar que se debe diferenciar el hecho de la oposición política subversiva de los métodos que la constituyen o a través de los cuales se expresa o materializa, en donde —por ejemplo— la calificación de «terrorista» asociada a determinadas acciones no está necesariamente consensuada ni es pacífica en su uso, por cuanto dicho carácter se utiliza tanto por parte de los Estados como de quienes subvierten el orden estatal, según la escala de valores e intereses que cada quien defiende⁷.

Al respecto, pueden identificarse tres distinciones en el discurso público sobre la violencia política originada en relación con el Estado.

IV.4.1. En cuanto método o forma de oposición ante una dictadura

La primera distinción es el cuestionamiento político y ético en torno a las formas de la reacción de la ciudadanía frente a las dictaduras y tiranías, especialmente cuando es evidente la represión de la disidencia reformista pacífica, la negación de la existencia de los conflictos sociales y la obstaculización de las vías políticas de solución frente a la escalada

⁷ Sobre la organización terrorista y sus acciones, considérese Mañalich (2017, pp. 367-418).

de estos. El problema adquiere mayor complejidad en el caso de las vías de acción legítimas frente a un régimen totalitario, referido a aquel caracterizado por la «coordinación por un monolítico régimen político de todas las manifestaciones públicas, culturales, artísticas o eruditas y todas las organizaciones, los servicios y las prestaciones sociales, incluidos los deportes y las diversiones» (Butler, 2021, p. 20)⁸.

La cuestión de la legitimidad de los medios utilizados para oponerse o derribar a una dictadura es siempre constitutiva de una disyuntiva compleja, especialmente en el caso de ocurrencia de acciones violatorias de los derechos humanos por parte de los gobernantes, como ocurre con la represión violenta con resultado de muerte luego de manifestaciones públicas y la acción represiva de las policías secretas de las dictaduras que marcaron el siglo XX en América (Castillo, 1997, pp. 33-39) y Europa (Hessel, 2011, pp. 41-48).

La definición de legitimidad de tales actos está ligada a la no menos compleja determinación del principio de legítima defensa frente a la violencia estatal, cuya manifestación extrema es el ejercicio del derecho a la rebelión concebido en los términos clásicos. Sin perjuicio de esto, otra lectura deriva al criterio de eficacia, tal como indica Huxley (2000), quien siguiendo a Barthélemy de Ligt afirma que «cuanto mayor sea la violencia, tanto menor resultará la revolución» (p. 31), afirmando la idea de que, para que una revolución sea considerada exitosa, debe significar algo nuevo y un progreso de la humanidad, lo que no ocurre necesaria ni habitualmente cuando su carácter es violento (pp. 31-33).

Cabe mencionar también el uso argumental de la tesis del mal menor, que implica optar por el menor entre dos males y que califica como irresponsable el no optar de esta manera, toda vez que encierra en sí misma la aceptación del mal que se pretende evitar, ya que quien escoge el mal menor olvida que está escogiendo el mal (Arendt, 2021c, pp. 411-412).

Finalmente, Butler (2021) deriva la resolución de la aparente paradoja a la necesidad de una «conceptualización que pueda tener en cuenta sus oscilaciones [de la violencia] dentro de marcos políticos contradictorios» (p. 22) y no una mera enumeración de sus instancias. Junto con esto, es necesario que pueda entenderse y poner en práctica una visión moral de conciencia del sujeto enfrentado a la decisión de usar la violencia, que desde una lógica no individualista permita que prime la valoración de que «ciertos lazos necesarios para la vida social, es decir, la vida de un ser social, se ven amenazados por la violencia» (p. 22)⁹.

8 Véase también Arendt (2021c, p. 409), Pacheco (1990, pp. 541-542) y, sobre la seguridad jurídica en los regímenes totalitarios, Solanes (2021, pp. 45-48).

9 Considérese, asimismo, la perspectiva fuertemente debatida de Hart sobre la validez jurídica y la resistencia contra el derecho (Arévalo, 1986, p. 72).

IV.4.2. En cuanto a las formas de la acción opositora frente al Gobierno en un orden democráticamente establecido

Esta segunda distinción considera como mecanismos de distensión social a los procesos de reforma legal dentro de los marcos constitucionales, en los que el derecho vigente es modificado o derogado de manera jurídicamente regulada por una nueva ley en los países del sistema continental, o que progresivamente dejan en la obsolescencia a las antiguas costumbres en los sistemas consuetudinarios.

En relación con este supuesto, surge la cuestión de la incidencia del derecho en la eventual petrificación de un orden social que es valorado como injusto, el que junto con impedir su evolución, congelaría la búsqueda de soluciones a problemas recurrentes originalmente circunstanciales que se transforman en estructurales como consecuencia de la inacción de los actores políticos dominantes, dando lugar a la percepción de que el origen de la violencia estaría radicado en el propio Estado (Daireaux, 1978, pp. 50-51).

En este punto, no solo los discursos anarquistas radicales han puesto en discusión pública la tesis de la existencia de un sistema policial al servicio de un Estado constituido para la defensa de un orden social y económico injusto (Han, 2019, p. 105), sino que dicho discurso ha influido en una opinión pública receptiva a toda explicación simplificada de las causas de las crisis económicas y la consiguiente frustración de las expectativas, en especial de sectores emergentes de la pobreza. Este razonamiento se ha extendido también a la concepción procedimental de democracia (Squella, 2000, p. 518), fuertemente cuestionada por el predominio de concepciones sustantivistas, incidiendo como causa no solo la frustración de las expectativas o el temor a la pobreza, sino también la asignación de responsabilidad a toda la clase política, a la que se percibe corrompida y solo preocupada de la defensa de sus propios intereses, lejanos o derechamente contrarios a las necesidades y demandas de las personas comunes y corrientes (Santalla, 2004, p. 65). Ello da cuenta de que las tensiones —como resalta Taylor (2021)— «también se intensifican por la democracia o la soberanía basada en la voluntad popular», toda vez que convocan a la necesidad de afirmar una identidad política que implica tener que «ser a nuestra manera, vivir a nuestro modo, y no podemos sentirnos desafiados por otros que podrían querer disputarnos esta legitimidad» (p. 76).

IV.4.3. En cuanto manifestación insurreccional en contra de la estructura y el funcionamiento del Estado

El tercer aspecto, emparentado con el primero, alude a la revolución insurreccional, la que en sí misma es constitutiva de una doble paradoja, ya que la alta traición que generalmente origina los procesos revolucionarios es un delito cuando fracasa, pero cuando triunfa

se juridifica lo que antes era una conducta antijurídica. Luego, los gobiernos revolucionarios se legitiman ante la población por su capacidad para mantener el orden y la paz, declarando de entrada que dicho orden y dicha paz, perturbados por la alta traición, serán garantizados enérgicamente por quienes han asumido el Gobierno por las vías de hecho (Radbruch, 2005, pp. 41-42; Pacheco, 1990, pp. 557-595).

Las causas de la subversión o revolución insurreccional son múltiples y comprenden las deficiencias de las estructuras jurídicas políticas, la opresión de los gobernantes, la injusticia social, la interrupción de los procesos graduales de cambio, el influjo cuestionado de doctrinas dominantes, factores culturales, el autoritarismo militar y el fracaso de los partidos políticos, por citar algunas de ellas.

Tampoco es extraño que la subversión se relacione con el cambio social, afirmándose que tanto la subversión como la revolución son formas de manifestación de poder popular conducente al logro de un cambio efectivo en el que interviene principalmente la violencia. En todas ellas se identifican motivaciones basadas en el descontento social, en el bloqueo de las estructuras ordinarias de cambio institucional o en los esfuerzos de grupos sociales para mejorar posiciones adquiridas en relación con el resto de la sociedad, cuyo mínimo común denominador es la existencia de una situación psicológica o social disfuncional como precondition del conflicto violento (Daireaux, 1978, pp. 50-51).

En tanto método, o más precisamente como instrumento, la violencia revolucionaria mantiene su atractivo en el plano interno de los países, a contrapelo de su mala reputación referida a la guerra entre países y con un sustento teórico-político igualmente cuestionado en su pertinencia y eficacia (Arendt, 2021a, pp. 21-26).

IV.5. Accionar violento del Estado

Una última dimensión de la violencia política es la calificación como tal de la acción del Estado, conceptualmente de mayor complejidad pues la coacción estatal, y más precisamente la coercibilidad, caracteriza al régimen jurídico producido y aplicado por el Estado y correspondiente, por tanto, al orden social normativamente previsto.

Aquí la cuestión debatible radica en la exigencia de legitimidad a los actores que participan de la producción normativa, toda vez que lo que caracteriza al Estado democrático moderno es la existencia de «una legislatura, una burocracia y una judicatura institucionalizadas que operan impersonalmente bajo un orden jurídico al que se confiere el monopolio del empleo legítimo de la fuerza» (Lloyd, 1985, p. 39).

En la visión lógica del poder político, la violencia es considerada como la manifestación más flagrante del poder y del Estado, tal como lo resalta

161

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHOVIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

Arendt (2021), quien sostiene lo extraño que resulta el consenso entre los teóricos de la política al considerar la violencia como la manifestación más flagrante del poder, ya que en cuanto a la equiparación del poder político con la «organización de la violencia», esto solo tiene sentido en la lógica marxista de la consideración del Estado como un instrumento de opresión en manos de la clase dominante (pp. 48-49).

Un aspecto importante de esta dimensión exige diferenciar la violencia que ejerce un sujeto individual para cambiar la voluntad de otro, autojustificada en sus propios intereses, de la coacción estatal, que presupone normas que regulan su aplicación y la responsabilidad de quien la ejerce ante los poderes administrativo y judicial de un determinado Estado. Por ello, «la violencia es por eso siempre incivil y no hay que vacilar para condenarla, porque ella (basta pensarlo un segundo para advertirlo) equivale al abandono de las reglas que son el sinónimo de la vida civilizada» (Peña, 2021, p. D11; Hessel, 2011, pp. 41-48). Por supuesto, distinta es la motivación política de quien ejerce el gobierno del Estado, la cual sí puede calificarse como violencia política cuando violenta el orden jurídico previsto para garantizar, por ejemplo, los derechos humanos.

En cuanto a la interacción coactiva recíproca entre gobernantes y gobernados dentro del marco de un Estado de derecho pluralista y democrático, pueden declararse todas las visiones políticas que den cuenta de dicha pluralidad. El sistema se fortalece incluso con la posibilidad de expresión de aquellas visiones que cuestionan el propio sistema democrático, o que postulen revisionismos históricos que nieguen violaciones a los derechos humanos o que defiendan posturas fronterizas con la intolerancia, el clasismo social o el racismo, por más que repugnen a las propias convicciones.

La diferencia central radica en que las conductas en que se traduce un determinado pensamiento no pueden recurrir a la violencia en caso alguno, pues traspasa la delgada línea roja que demarca el límite entre la libertad de pensamiento y expresión, y la acción política jurídicamente permitida.

En la visión lógica de la democracia procedimental, los derechos de libertad permiten esa libre expresión de ideas y creencias en tanto los actores respeten las reglas del juego democrático que admiten el gobierno de la mayoría, y mientras la minoría considere garantizados sus propios derechos básicos, así como el derecho y la opción —políticamente hablando— de convertirse a su vez en mayoría mediante el convencimiento (Bobbio, 1986, p. 14; Squella, 2000, p. 518; Peña, 2020, p. D11).

V. LA GUERRA Y LA PAZ NEGATIVA

La guerra es la mayor expresión de la violencia. En términos de Kelsen (2008), «la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura» (p. 35)¹⁰. Esta afirmación se sustenta en que la confrontación entre colectividades de individuos con el propósito de imposición de un grupo sobre el otro de sus particulares visiones, valores e intereses, recurriendo a la eliminación física del adversario combatiente, extiende sus efectos al entorno civil no directamente combatiente (Bobbio, 1988, pp. 1196-1200).

La guerra, conceptualmente hablando, consiste en una pugna o desavenencia entre dos o más personas en que las luchas se orientan hacia el aniquilamiento, aproximándose al caso extremo del exterminio, que tiene lugar cuando las partes no se imponen ciertas reservas, como no rematar heridos, incumplir la palabra dada o evitar la traición, puesto que, de ocurrir, se destruye la confianza que hace posible concertar una paz (Simmel, 2022, p. 307). Sin embargo, su mayor pertinencia en cuanto a su uso por parte de los Estados da cuenta del rompimiento de la paz entre ellos.

Por tanto, la guerra es la desavenencia entre Estados cuya agudización se traduce en un conflicto armado que conduce a la ruptura de la paz mediante la agresión coactiva y la correspondiente reciprocidad del atacado, y cuya solución se «asigna a la violencia organizada» (Bobbio, 1988, p. 1197), distinguiéndose como expresiones básicas del conflicto bélico a la guerra externa entre Estados soberanos o guerra interestatal, y a la guerra en el interior de un Estado o guerra civil.

Algunas distinciones son necesarias. En primer lugar, la diferenciación entre guerra ofensiva y defensiva, abordada por el derecho internacional con ocasión de la definición de la agresión, adoptada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974. Esta dispone en su artículo primero lo siguiente:

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición (ONU, 2008 [1974]).

También, considerando la asunción previa del concepto de imperio ideológico, antes referido a los imperios colonialistas, se distinguen las guerras insurreccionales o de liberación de una potencia regional;

¹⁰ Estas afirmaciones de Kelsen fueron emitidas en junio de 1944, aun no concluida la Segunda Guerra Mundial.

y las guerras, por medios muy diversos y no necesariamente armados, entre superpotencias económicas (Bobbio, 1988, p. 1197).

Asimismo, cabe resaltar la denominación más reciente de «guerra de baja intensidad» o «guerra no convencional», definida como «una lucha político-militar limitada con el fin de obtener objetivos políticos, sociales, económicos o psicológicos» (Selser, 1987, p. 102), para dar cuenta de un concepto inclusivo de las manifestaciones bélicas propias de la Guerra Fría y de conflictos insurreccionales contra el poder central, particularmente en países en desarrollo, que comprenden desde la contrainsurgencia hasta la contrarrevolución sin fronteras (pp. 100-105).

En todo caso, contemporáneamente, la guerra cambia de coyuntura en coyuntura, complejizándose y siendo determinada por la pluralidad de las armas, en particular las nucleares, que limitan las guerras al establecer al menos un límite máximo de violencia, así determinado por el terror a la extinción (Daireaux, 1978, p. 55; Boff, 2004, pp. 89-90; Arendt, 2021, p. 20).

Pensar y reflexionar sobre la guerra y su relación con el derecho abarca diversos campos nada pacíficos en su consideración, como ocurre con los problemas abiertos sobre su validación como institución jurídica (Radbruch, 2016, p. 350) y la significación radical que adquiere la propia contienda jurídica, determinada por la pretendida objetividad en el camino de lograr su fin, que la puede convertir en una lucha permanentemente formal, independiente de su contenido (Simmel, 2022, p. 314). Se agrega el complejo problema de la denominada guerra justa, teoría siempre presente en los argumentos oficiales sobre la guerra (Walzer, 2006, p. 2). Se entiende por guerra justa a aquellas guerras limitadas, cuya «conducta está gobernada por un conjunto de reglas diseñadas para frenar, en la medida de lo posible, el uso de la violencia y la coerción contra las poblaciones no combatientes» (Walzer, 2006, p. 7).

Sobre los problemas precedentes, resaltan algunas respuestas. En primer lugar, aquellas que centran el interés jurídico en variables éticas, como la ya indicada posibilidad de una guerra «justa» o el desincentivo de la guerra agresiva, abordando el problema del control de los efectos más dañinos en la población civil, el control al menos declarativo de cierto tipo de armas y la definición del combatiente, pues no es necesario afincarse en posiciones iuspositivistas para concluir en la imposibilidad de establecer un parámetro de legitimidad compartida como causa aceptable de una guerra (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, p. 7). En otra perspectiva, Radbruch (2016) enfatiza que el juicio de valor sobre ella debe fundarse en el modo que satisfaga su propio destino, marcado por su sentido específico en función de la victoria o la derrota, entendido como la decisión de un litigio jurídico o de una cuestión de intereses; es decir, una colisión de valores (pp. 349-351).

Otra perspectiva, igualmente relevante, implica abordar la compleja cuestión de las responsabilidades jurídicas personales involucradas en este tipo de conflictos, materia que trataremos brevemente al final de este apartado.

Abordando en particular el problema de la justificación de la guerra ofensiva, a través de la historia humana, esta ha evolucionado desde su consideración como un hecho o acontecimiento natural hasta la materialización de posiciones basadas en perspectivas religiosas, morales o meramente utilitaristas que atienden al resultado obtenido. En general, habría coincidencia en que la guerra sería permisible solo como reacción o sanción ante una ilicitud sufrida, excluyendo además la guerra como medio válido y legítimo de política nacional. En particular, estas justificaciones discurren desde la detención de un mal mayor hasta alcanzar elevados fines morales o religiosos, como establecer un orden político más justo, reinstaurar la democracia o recuperar sitios sagrados; llegando también a los objetivos extremos de lograr un espacio vital para la nación que es convocada a agredir a otra, la interminable lucha por la reivindicación de territorios basada en títulos unilaterales históricamente debatidos, o la búsqueda de la singularidad y pureza racial en un determinado territorio (Radbruch, 2016, pp. 352-356).

Bobbio (2008) destaca como un elemento común a todas las filosofías que consideran la guerra como un mal necesario su coincidencia en la noción de progreso, proyectando que la historia evoluciona hacia estadios temporales mejores, no regresivos, y que en todos estos movimientos históricos se encuentra presente la guerra, ya que no se puede concebir el progreso sin su existencia. Esta fue la idea dominante durante los debates que caracterizaron el siglo XIX, fuertemente cuestionada con la Gran Guerra y, definitivamente, sin sustentación a partir de la posibilidad extintiva de la humanidad tras la forma en que concluyó la Segunda Guerra Mundial. Bobbio, junto con destacar el factor común centrado en el progreso que caracterizaría a las corrientes filosóficas que justifican la guerra, destaca como afirmaciones concurrentes en esta justificación que la guerra sirve al progreso moral, al progreso cívico y al progreso técnico, todas finalmente descartadas, tal como adelantamos, por la posibilidad cierta de la guerra nuclear (pp. 63-69; Magnet, 1978, p. 293).

Las visiones contrarias a la guerra han confluído en lecturas contemporáneas sobre su ocurrencia, de la cual también participan de modo protagónico autores iusnaturalistas (Atienza, 2022, p. 11) que coinciden con las miradas positivistas en posturas pacifistas.

Estas incluyen dentro de un amplio rango a los movimientos que propugnan un pacifismo radical pasivo propiciado por algunas religiones contemplativas o movimientos filosóficos coincidentes en su oposición

a toda forma de manifestación bélica (Tamayo, 2009, pp. 282-289; Boff, 2004, p. 90), la distinción entre el pacifismo y la guerra justa (Walzer, 2006, p. 3), hasta aquellas que solo justifican la legítima defensa frente a una agresión, situando en un plano intermedio a las formas de no violencia activa como el conducto privilegiado de los objetores de conciencia frente a la guerra interna o externa (Butler, 2021, pp. 33-69 y 105-149; Küng, 2016, pp. 139-142; Bobbio, 1986, p. 31; Talavera, 2022, pp. 167-168; Atienza, 2022, p. 27, nota 6; Foy, 2008, pp. 111-112). Diversas teorías, que a su vez dan cuenta de filosofías diversas y no siempre coincidentes, procuran explicar el fundamento de la guerra y establecer la reacción pacifista necesaria, incluyendo entre otras al pacifismo instrumental y al pacifismo finalista, centrandó este último la visión del problema y de su solución en la persona humana y no en las instituciones u organizaciones políticamente estructuradas.

Algunas afirmaciones restan toda calificación de justicia, santidad o limpieza a la guerra, basadas precisamente en la ocurrencia de los últimos conflictos bélicos del siglo XX y de inicios del presente. Sostienen que las guerras no son inevitables, pero que no es responsable una paz a cualquier precio y tampoco un pacifismo absoluto que linde con la irresponsabilidad, validando determinadas formas de legítima defensa de carácter individual o colectivo (Küng, 2016, p. 140; Hessel, 2011, pp. 41-48).

El derecho se ha ocupado de los conflictos armados en distintos campos, que comprenden desde la condena nominal de la guerra ofensiva o agresión de un Estado a otro hasta la limitación de sus efectos por razones humanitarias, asumiendo la previa estipulación de los derechos de autodefensa y de libre determinación por parte del derecho internacional (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, p. 7).

En este aspecto, la responsabilidad por las acciones atentatorias contra el derecho humanitario, entre ellas las normas mínimas aplicables a los conflictos bélicos interestatales, es igualmente personal, tendencia cuyo origen bien puede encontrarse en los juicios de Núremberg, en donde se estableció por primera vez que los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los sujetos individuales y no por entidades abstractas, permitiendo sostener hoy día que solo juzgando a los individuos que cometieron los crímenes es posible aplicar tales normas (Santalla, 2004, p. 66). Esta responsabilidad individualmente atribuida, además, es uno de los medios más eficaces para prevenir la guerra y garantizar la paz internacional (Kelsen, 2008, p. 91). El castigo a los autores de una guerra hace a ciertos individuos responsables de los actos cometidos por ellos mismos, por sus órdenes o con su autorización, sin que impliquen un castigo al Estado como cuerpo colectivo (p. 92).

165

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHOVIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

En la actualidad, predomina la decisión de llevar a los criminales de guerra ante tribunales de la comunidad de naciones para ser enjuiciados, enfatizando la acreditación de la responsabilidad de los principales culpables y no meramente en quienes se encuentren al final de la cadena de responsabilidad, planteando como desafío el juicio efectivo de los jefes de regímenes violatorios de los derechos humanos, sin dar lugar a la prescripción en los crímenes de lesa humanidad (Küng, 2016, p. 142).

En los actos cuya responsabilidad es necesario determinar, surge una cuestión recurrente que remite a la justificación jurídica alegada por quienes son sometidos a juicio por causa de crímenes cometidos en la guerra entre Estados y también en los denominados casos de «guerra interna». En estos se recurre, por parte de la defensa, al expediente de calificar a las víctimas como enemigos en una guerra dentro de los límites de un determinado Estado como una forma de reducir o deslindar responsabilidades, y a la calificación de tales acciones como el debido cumplimiento de «órdenes superiores» o como «acciones de Estado». Aquí procede precisar que ambas categorías son diferentes, toda vez que la obediencia debida, que es el fundamento recurrente que asumen los defensores de los acusados para justificar las órdenes superiores, se puede encontrar comprendida dentro del marco normativo de la legalidad estatal. Esto a diferencia de las acciones del Estado, que en principio serían actos soberanos que quedarían fuera de la jurisdicción estatal, salvo acuerdos interestatales que reconocieran jurisdicción a entes supraestatales, como en la actualidad el Tribunal Penal Internacional.

Esta «razón de Estado», sin embargo, no solo pierde fundamento por la necesaria asimilación de la responsabilidad del Estado y del individuo al fundamentar la legítima defensa y el estado de necesidad, sino también por cuanto «presupone que el crimen se comete en un contexto de legalidad que el propio crimen sirve para mantener junto con la existencia política de la nación» (Arendt, 2021c, pp. 413-414).

Dicho lo anterior, atenderemos particularmente las visiones que radican en la dimensión institucional o en la estructura de la sociedad, el origen y solución del problema de la guerra, considerándola como acto de violencia sistemática estatal. No abordaremos en esta parte la distinción entre guerra regular e irregular, entendiendo esta última como aquella ajena a las «reglas de la guerra», que ampararía al combatiente institucional o estatal y excluye al insurgente que protagoniza acción de guerrilla, especialmente en el contexto de las contingencias de la guerra civil (Castillo, 1997, pp. 33-39).

En la vinculación que se realiza entre la guerra y el Estado, asumiendo aquí la acepción que sitúa a la guerra como la «lucha armada entre dos o más Estados», se distingue al pacifismo jurídico y al pacifismo social

como las dos maneras de hacer depender el fenómeno de la guerra del Estado como institución (Bobbio, 2008, pp. 77-84).

El pacifismo jurídico o la paz a través del derecho considera que la guerra depende de la existencia del Estado en cuanto tal, de modo que la única solución a la guerra permanente entre Estados es la instauración de un sistema internacional, *superestado* o Estado mundial que resuelva sus controversias, determinando quién tiene o no tiene la razón e imponiendo su decisión por la fuerza. Esta visión considera como solución la prosecución de la tendencia a la estatización de las relaciones sociales.

El pacifismo social, por su parte, considera que la guerra es un hecho que no depende del Estado en cuanto tal, sino de una determinada forma identificada con aquel que se sostiene socialmente por medio de la opresión de clase y que se proyecta en el imperialismo en el medio internacional, fundándose así debido a su propia ideología en la violencia interna e internacional. Tal sería, en esta visión, el Estado capitalista, frente al cual se postula la necesidad de avanzar en una nueva forma de convivencia que se traduzca en la transformación del orden social capitalista o su paso al socialismo, no eliminando los Estados sino un determinado tipo de Estado (Bobbio, 2008, pp. 77-84). Esta lectura, ideológicamente sustentada, ha sido en los hechos contradicha por la historia (Daireaux, 1978, pp. 58-67; Butler, 2021, p. 9).

Volviendo a la revisión inicial de la noción de paz en su dimensión negativa como ausencia de guerra (Gori, 1988, p. 1204), la común raíz de las palabras «paz» y «pacto» deriva a un significado histórico y lingüístico en torno a la idea de un acuerdo mediante el cual cesan las hostilidades y, además, al modo a través del cual quien es vencido aplaca o pacifica al vencedor, derivando de este segundo sentido los términos «pagar» y «aplar» (Giannini, 1978, p. 120).

Así, la paz, desde una perspectiva estrictamente jurídica, es la suspensión más o menos duradera de las modalidades violentas de las rivalidades entre unidades políticas, sean o no estatales, refrendada mediante un pacto entre vencedores y vencidos. Esta genera una nueva relación normada, cuyas prescripciones generalmente contemplan medidas accesorias que determinan que el vencido aplaca o pacifica al vencedor.

Sin embargo, en una conclusión inevitablemente pesimista, la persistencia de la guerra se explicaría por el simple hecho de que no ha surgido nada que la sustituya como un árbitro definitivo en el terreno de los asuntos internacionales (Arendt, 2021a, p. 14). En el caso de la pugna entre los Estados, las motivaciones finalistas que desatan el conflicto son las mismas que concurren en las confrontaciones entre individuos, aunque proyectadas al nivel de la máxima incivilidad e

irracionalidad posibles de imaginar; y muchas veces el pacto que sucede al fin del conflicto es la base o punto de inicio simbólico de un nuevo conflicto, dentro de la lógica de la continuidad del ciclo de la violencia (Bobbio, 2008, p. 160).

En relación con la consideración jurídica de la guerra, en su valoración se aprecia de manera clara y directa la subsistencia de la dificultad para armonizar el logro armónico de los tres principales fines reconocidos al derecho, en particular entre el derecho en su expresión formal legal y la justicia en función de la consecución de la paz. Lo anterior se puede desprender significativamente de la afirmación de Küng (1999), que siguiendo a Bauman y Kirchhof sostiene que

valores éticos como la dignidad humana y la justicia tienen validez independientemente de todo reconocimiento jurídico, de modo que, en casos graves de abierta e insoportable oposición a la justicia es preciso negar por principio la obediencia a la norma legal en cuestión (pp. 142-143).

Esto, por cuanto «las convicciones jurídicas compartidas por todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del hombre y los preceptos elementales de la justicia tienen prioridad sobre el derecho positivo» (p. 142).

Finalmente, cabe resaltar la tendencia ya histórica a procurar la prevención o el fin de una guerra mediante la creación de una jurisdicción universal, supraestatal, que recoja la eliminación del principio de la justicia por mano propia del derecho internacional, destacando y fortaleciendo, en términos de Kelsen (2008), la tendencia hacia la centralización en «una administración de justicia internacional, y no hacia el gobierno o la legislación internacional» (p. 54).

VI. DERECHO, MORAL Y VIOLENCIA

Las dimensiones de la violencia analizadas en los apartados precedentes han considerado su delimitación conceptual, una profundización de sus causas en el conflicto políticamente motivado y una aproximación a la guerra como su expresión más radical. El análisis particular de cada una de ellas permite obtener una perspectiva general del problema tratado, haciendo posible constatar la efectividad de la relativización del carácter negativo de la violencia en el supuesto de su justificación moral y las contradicciones que derivan de dicha relativización de los juicios morales en lo que a la violencia respecta.

El primer aspecto destaca que la relativización del juicio ético sobre el recurso a la violencia por parte de uno o más actores partícipes de sucesos confrontacionales, logra el efecto buscado e instala como elemento

del conflicto la reciprocidad genética de la violencia, en los términos abordados en la tercera sección de este trabajo.

Respecto de las contradicciones observadas, contrariamente a lo que constituye un juicio reiterado en parte de la doctrina, la relativización del carácter negativo de la violencia no deriva necesariamente de la visión normativa formalista del derecho, como lo expresa, por ejemplo, Atienza (2022); sino también de la persistencia del planteamiento referido a la justificación sustantiva de la norma, en el contenido de justicia que necesariamente debe incluir su núcleo prescriptivo para lograr su legitimidad e, incluso, en visiones extremas, su validez (p. 11). Lo anterior, por cierto, no excluye coincidir con este autor en la afirmación de que la dignidad humana es y debe ser el fundamento de todos los derechos, permitiéndonos discrepar de la afirmación que sostiene que la eventual calificación de una norma jurídica como contraria a la dignidad humana sea determinante de su validez.

Llegado a este punto, algunas cuestiones inicialmente planteadas pueden ser respondidas, atendiendo el análisis ya realizado en los apartados precedentes.

Primero, respecto de la posible instrumentalización del derecho entendido como un medio por definición amoral en la perspectiva jurídica formalista, que posibilite o facilite relativizar el impacto del juicio crítico sobre su uso en la esfera pública, procede afirmar que, desde la mirada de su justificación social, el derecho es un medio para alcanzar fines reconocidos como bienes éticos, existiendo una relación causal entre la justicia y la seguridad con la paz. La amoralidad del derecho, si preliminarmente se aceptara dicho calificativo, no está referida al rechazo de una valoración de la norma jurídica, sino a su diferenciación respecto de la norma moral basada principalmente en la incoercibilidad de esta última, que, como sabemos, es el criterio dominante en el derecho occidental. Si tomamos como ejemplo un caso en que el uso de la fuerza por los agentes estatales excede el marco constitucional y viola derechos humanos fundamentales, aun cuando la norma es formalmente válida, puede ser objeto de la crítica y del rechazo conducente a su derogación e, incluso, a su ineficacia social.

Segundo, si bien el derecho, desde una perspectiva formalista, es un ordenador de la fuerza social, no se colige por ello que sea un facilitador de la violencia y, por tanto, no se contradice con el logro de la paz como una de sus finalidades. El derecho recurre a la fuerza en la eventualidad de conductas que transgredan sus normas, toda vez que efectivamente es una organización de la fuerza, dando cuenta que el derecho y la fuerza poseen una relación concordante en la propia concepción teórica del derecho, lo que no exime la concurrencia de la cualidad de la legitimidad como base ineludible para asegurar el establecimiento y permanencia

de la paz social. Evitar la continuidad del ciclo de la violencia, su reciprocidad genética y su autojustificación está en la base de la tendencia común a todos los ordenamientos jurídicos, que prohíben el uso de la fuerza física entre los individuos y entre los grupos que integran la sociedad, y cuya transgresión configura el antecedente necesario que justifica la realización del acto coactivo por parte del Estado fundado en el derecho.

Tercero, la tendencia dominante en la doctrina, considera recurrentemente a la justicia, la paz y la seguridad jurídica como los principales fines del derecho, variando la prioridad asignada a uno de ellos respecto de los otros, en un abanico tan amplio como diversidad de juristas existen. De este modo, así como algunos destacan la paz como un estadio superior de civilización al cual se llega por medio del derecho, otros hacen lo propio con la seguridad jurídica, a la cual consideran un fin propiamente jurídico a diferencia de los otros, que también constituyen el objeto de otras disciplinas humanas, como la política, la teología y la economía, por citar algunas. Sin perjuicio de lo dicho, la justicia es la finalidad que, incluso en un terreno metajurídico, es generalmente asociada con el derecho, al extremo que en no pocas ocasiones se confunden; o en que la inexistencia de la ordenación prescriptiva hacia lo justo incluso privaría de la denominación como derecho al orden normativo respectivo. Asimismo, es igualmente cierto que la contraposición entre paz y justicia domina la discusión iusfilosófica, especialmente cuando concurren valoraciones políticas y religiosas, como se puede desprender de lo ya analizado con ocasión del conflicto social en el punto IV, donde la legitimidad de la violencia contra un Estado alegada por movimientos subversivos estriba precisamente en la justicia como el motor y justificación de dicha acción. La legitimidad del orden jurídico que asegura la paz social es la que se establece sobre la base del reconocimiento de alguna forma de autonomía mínima, al menos simbólica, del sujeto imperado en la aprobación de la norma constitucional, requisito concurrente en los sistemas democráticos.

Cuarto, la mayor complejidad contemporánea de las manifestaciones de la violencia en la esfera pública, paradójicamente, deriva tanto de su relativización moral por un sector social como de su justificación moral por otro, determinando que la solución política del problema político derivado del recurso a la violencia por parte de unos y otros actores esté necesariamente radicada en el terreno jurídico, en el cual la ley permitirá alcanzar la solución material que la moral no puede brindar. Esta solución tiene validez formal porque la norma jurídica lo admite en las tres dimensiones analizadas, sin que por ello se excluya su legitimación social posterior, tal como se pudo apreciar precedentemente en el desarrollo de las cuestiones tratadas en la dimensión de la violencia referida al conflicto social.

Quinto, la guerra sin duda alguna presenta las mayores y, a la vez, más peligrosas fronteras entre la violencia irrestricta y la fuerza regida por el derecho, precisamente por la ausencia de un sistema jurídico internacional con imperio obligatorio para todos los Estados en lo que a ejecución de las resoluciones judiciales se refiere¹¹. La tendencia dominante, pese a los avances en materia de jurisdicción internacional, es el rechazo de su reconocimiento, generalmente amparados en la preocupación por una eventual pérdida de soberanía, pero que en los hechos da cuenta de que lo que realmente importa es la reserva del compromiso interestatal o frente a la comunidad internacional para poder realizar acciones cuya ausencia de contención conlleva la inaplicabilidad o la ineficacia de la exigencia de observancia de algún criterio humanitario eventualmente restrictivo que les impida obtener ventajas en tales conflictos. Es la ley que impone el Estado poderoso, en definitiva.

VII. CONCLUSIONES

1. La paz es la justificación final del orden social, cuya disposición de las conductas está orientada hacia el bien de las personas y de la comunidad. La violencia asumida como método de acción política conspira contra el fin jurídico de obtener la paz al determinar como consecuencia inevitable la ausencia de límites para su ejercicio por ambas partes en conflicto y la tácita aceptación de la violencia del adversario.
2. La violencia en contra del Estado dirigida a modificar o sustituir el orden social existente en sus dimensiones política, económica y cultural, no se materializa en una entidad abstracta e impersonal, sino en quienes son percibidos como agentes de dicho orden, sus defensores o sus beneficiarios. Deriva, por tanto, al problema moral de la centralidad esencial y no accesoria de la persona humana.
3. Las motivaciones finalistas que desatan el conflicto entre Estados son las mismas que concurren en la confrontación entre individuos, aunque proyectadas al nivel de la máxima incivildad e irracionalidad. La afirmación y defensa de dignidad humana tiene validez tanto en la ocurrencia de conflictos entre los individuos y el Estado como en el supuesto de conflictos bélicos interestatales, independientemente de su reconocimiento jurídico positivo.
4. La distinción entre moral y derecho, que relativiza en una perspectiva formalista los juicios morales, es impropriamente utilizada por quienes usan la violencia como método de acción

11 Considérese la opinión de Kelsen (2008) sobre la necesidad de garantizar la paz mediante la jurisdicción obligatoria de las disputas internacionales (pp. 37 y ss.).

política, al nutrir en ella la justificación de sus acciones con el propósito de desconocer su calidad de sujetos imperados por la norma jurídica o eludir los efectos que derivan de la existencia misma del derecho.

REFERENCIAS

- Añón, M. (2021). *Teoría del Derecho* (2.ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Arendt, H. (2021a). *Sobre la violencia* (Carmen Criado, trad.). Madrid: Alianza Editorial.
- Arendt, H. (2021b). ¿Paz o armisticio en Oriente Próximo? En A. García Ortega (comp.), *Hanna Arendt: El valor de pensar* (pp. 117-147). Madrid: Paidós.
- Arendt, H. (2021c). Responsabilidad personal bajo una dictadura. En A. García Ortega (comp.), *Hanna Arendt: El valor de pensar* (pp. 395-422). Madrid: Paidós.
- Arévalo, V. (1986). Hart y el concepto de derecho. Síntesis crítica. *Revista de Ciencias Sociales*, (28), 55-81.
- Armstrong, K. (2009). *Los orígenes del fundamentalismo* (F. Villegas, trad.). Barcelona: Tusquets.
- Arriagada, G., Ballbontín, I., Daireaux, C., Wingerter, R., & Pérez Roma, M. A. (ed.). (1978). *Subversión y contrasubversión (un estudio de casos acerca de la eficacia de los métodos)*. Santiago de Chile: Cisec.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta.
- Ballesteros, J. (1981). La violencia hoy: sus tipos, sus orígenes. En A. Llano, J. Ballesteros, J. Choza y A. Pereira (eds.), *Ética y política en la sociedad democrática* (pp. 265-315). Madrid: Espasa-Calpe.
- Bastián, J. P. (2012). Cruzadas seculares: imaginario religioso y luchas revolucionarias en América Latina. En M. Estrada y G. Bataillon (eds.), *Cruzadas seculares: religión y luchas (anti) revolucionarias* (pp. 17-33). México: El Colegio de México.
- Blanco, G. (1978). La eficacia de la paz. En *Séptima Semana Social de Chile* (pp. 27-52). Santiago de Chile: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- Blanco, C., Docal, M., & Villamizar, M. (1992). *Marginalidad y violencia*. Bogotá: Instituto de Estudios Sociales Juan Pablo II.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia* (J. Fernández, trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1988). Voz "Paz". En N. Bobbio y N. Matteucci (eds.), *Diccionario de Política* (R. Crisafio, trad.; pp. 1195-1203). Bogotá: Siglo XXI.

Bobbio, N. (1990). La réplica de un octogenario. En A. Squella (ed.), *Anuario de Filosofía Jurídica y social, Homenaje a Norberto Bobbio* (pp. 243-247). Valparaíso: Edeval.

Bobbio, N. (2008). *El problema de la guerra y las vías de la paz* (J. Binaghi, trad.). Barcelona: Gedisa.

Boff, L. (2004). *Ética y moral* (R. Díez, trad.). Santander: Sal Terrae.

Bova, S. (1988). Voz "Policía". En N. Bobbio y N. Matteucci (eds.), *Diccionario de Política* (R. Crisafio, trad.; pp. 1228-1230). Bogotá: Siglo XXI.

Butler, J. (2021). *La fuerza de la no violencia* (M. Mayer, trad.). Barcelona: Paidós.

Calvo, M., & Picontó, T. (2021). *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*. Barcelona: UOC.

Cantón, J., & Arboleda, M. (1986). *Marginación e inadaptación social*. Madrid: Quorum.

Castillo, J. (1997). La ética democrática y su relación con los derechos humanos. En Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (ed.), *Gobernabilidad democrática y derechos humanos* (pp. 29-32). Caracas: Nueva Sociedad.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (1999). *La disponibilidad de armas y la situación de la población civil en los conflictos armados*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Cohn-Sherbock, D. (2003). *Breve enciclopedia del judaísmo* (A. Navarro, trad.). Madrid: Istmo.

Cowley, P. (1978). Presentación a la Eficacia de la Paz. En Comité Permanente del Episcopado (ed.), *La eficacia de la paz. Séptima semana Social de Chile 1978* (pp. 11-13). Santiago de Chile: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.

Daireaux, C. (1978). La subversión y la percepción de las causas. En M. Pérez (ed.), *Subversión y contra subversión* (pp. 47-68). Santiago de Chile: Cisec.

Ellul, J. (1981). *Contra los violentos* (J. Valiente, trad.). Madrid: Ediciones SM.

Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico* (E. Garzón, trad.). Madrid: Guadarrama.

Estrada, M., & G. Bataillon (2012). *Cruzadas seculares: religión y luchas (anti) revolucionarias*. México: El Colegio de México.

Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (P. Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, A. Ruiz Miguel, trans.). Madrid: Trotta.

Fischer, R. (2020). *Can nuclear war be morally justified?* BBC. <https://www.bbc.com/future/article/20200804-can-nuclear-war-ever-be-morally-justified>

Forment, E. (1981). Introducción y antología. *Tomás de Aquino esencial. El ente es el objeto propio del intelecto*. Madrid: Montesinos, Esencial.

VIOLENCIA
POLÍTICA, PAZ
SOCIAL Y DERECHO

VIOLENCE, PEACE
AND LEGAL
PERSPECTIVE

- Foy, P. (2008). El sistema jurídico y la violencia: una perspectiva ambiental. *Derecho PUCP*, (61), 111-145.
- García, E. (2011). *Positivism jurídico*. México: Fontamara.
- Garzón, E., & Laporta, F. (eds.). (2000). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.
- Giannini, H. (1978). El anhelo de la paz. En Comité Permanente del Episcopado (ed.), *La eficacia de la paz. Séptima semana Social de Chile 1978* (pp. 111-138). Santiago de Chile: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- Gil, T. (2001). La policía ante la intimidación. En M. Nebrera (ed.), *Intimidación y seguridad* (pp. 69-82). Madrid: Isegs-ADSI.
- González, F. (2020, 23 de febrero). Entrevista a Felipe González y la crisis en Chile. *El Mercurio*, p. D4.
- Gori, U. (1988). Investigación científica sobre la paz. En N. Bobbio y N. Matteucci (eds.), *Diccionario de Política* (R. Crisafio, trad.; pp. 1203-1204). Bogotá: Siglo XXI.
- Han, B. (2019). *Topología de la violencia* (E. Giachini, trad.). Petrópolis: Vozes.
- Hessel, S. (2011). *Indignate* (T. Moreno, trad.). Santiago de Chile: Planeta.
- Hetzer, W. (2003). Globalización y seguridad interior. Orden social y constitución económica. *Revista Diálogo Político*, (3), 35-51.
- Huxley, A. (2000). *El fin y los medios* (J. Bullrich, trad.). Buenos Aires: Sudamericana.
- Jaeggi, R., & Celikates, R. (2023). *Filosofía social: una introducción* (J. Magnet, trad.). Madrid: Alianza.
- Jestaz, P. (1996). *El derecho* (R. Domínguez, trad.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Kelsen, H. (1969). *Teoría General del Derecho y el Estado* (Eduardo García Máynez, trad.). México: UNAM.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia* (R. Luengo y L. Legaz, trad.). Barcelona: Labor.
- Kelsen, H. (2007). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (E. Garzón, trad.). Buenos Aires: Fontamara.
- Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del derecho* (L. Echévarri, trad.). Madrid: Trotta.
- Küng, H. (1999). *Una ética mundial para la economía y la política* (G. Canal, trad.). Madrid: Trotta.
- Latorre, A. (1971). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Leoni, B. (2008). *Lecciones de Filosofía del Derecho* (J. de la Fuente, trad.) Madrid: Unión.

- López, A., & Carnerero, R. (2008). *Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Iustel.
- López, N. (2000). *Funciones del Derecho*. En E. Garzón y F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 457-465). Madrid: Trotta.
- Lloyd, D. (1985). *La idea del derecho* (R. Aguilar y M. Barat, trads.). Madrid: Civitas.
- Mañalich, J. (2017). Terrorismo y organización. *Revista Ius et Praxis*, XXIII(1), 367-418.
- Manrique, M. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto*. Madrid: Marcial Pons.
- Marzal, M. (1993). *Sincretismos religiosos latinoamericanos*. En J. Gómez (ed.), *Religión* (pp. 55-67). Madrid: Trotta.
- Millas, J. (2012). *Filosofía del derecho*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Miranda, A. (2014). El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. *Revista Chilena de Derecho*, 35(3), 485-519. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-34372008000300005>.
- Pacheco, M. (1990). *Teoría del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2008 [1974]). Sesión Plenaria N° 2319 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En G. López y E. Carnerero (eds.), *Textos de Derecho Internacional Público* (p. 775). Madrid: Iustel.
- Peña, C. (2020, 23 de febrero). La porfía de la violencia. *El Mercurio*, p. D11.
- Pérez, A. (2000). Seguridad jurídica. En E. Garzón y F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 481-492). Madrid: Trotta.
- Pikaza, X. (2004). *Violencia y diálogo de religiones*. Santander: Sal Terrae.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (1997). *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas: Nueva Sociedad.
- Radbruch, G. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (W. Roces, trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Radbruch, G. (2016). *Filosofía del Derecho* (J. Medina, trad.). Madrid: Reus.
- Raz, J. (1986). H. L. Hart. *Revista de Ciencias Sociales*, (28), 17-31.
- Sagües, N. (2004). Derechos y contra derechos (propósito de la violencia urbana). En J. Woischnik (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 451-464). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Sánchez-Cordero, O. (2013). *Sociología General y Jurídica*. México: Porrúa.
- Santa Cruz, V. (1978). Formas engañosas de la paz. En Comité Permanente del Episcopado (ed.), *La eficacia de la paz. Séptima semana Social de Chile 1978* (pp. 367-377). Santiago de Chile: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.

- Santalla, E. (2004). Cuestionamientos y desafíos en un nuevo umbral para los derechos humanos. *Revista Diálogo Político*, (3), 61-83.
- Selser, G. (1987). La intensa guerra de baja intensidad. *Revista Nueva Sociedad*, (89), 100-113.
- Simmel, G. (2022). *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Squella, A. (1999). *Derecho y moral*. Valparaíso: Edeval.
- Squella, A. (2000). Democracia y derecho. En E. Garzón y F. Laporta (ed.). *El derecho y la justicia* (pp. 511-520). Madrid: Trotta.
- Solanes, A. (2021). Las funciones sociales del derecho. En *Teoría del Derecho* (pp. 33-52). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tamayo, J. (2009). *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*. Madrid: Trotta.
- Taylor, C. (2021). *El futuro del pasado religioso* (S. Rodríguez, trad.). Madrid: Trotta.
- Stuart Mill, J. (1991). *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (M. López, trad.). México: Gernika.
- Talavera, P. (2022). *Filosofía del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tomás de Aquino, S. (1951). *Suma contra los gentiles* (M. Bergodá, trad.). Buenos Aires: Club de Lectores.
- Tomás de Aquino, S. (1988). *Suma teológica* [versión bilingüe]. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Walzer, M. (2006). Prólogo a Guerras justas y guerras injustas. *Relaciones Internacionales*, (3), 1-14.

Recibido: 16/06/2024
Aprobado: 23/08/2024

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Regalos, viajes y gastos de hospitalidad. Corrupción penal en la esfera de los negocios*

Gifts, Travels and Hospitality Expenses. Criminal Corruption in the Business Field

RAÚL A. CARNEVALI RODRÍGUEZ**
Universidad de Talca (Chile)

Resumen: Existe una creciente preocupación por disponer de herramientas claras para enfrentar la corrupción, tal es así que desde la década de los noventa del siglo pasado se han dictado diversos instrumentos internacionales, instando a los Estados a que refuercen sus legislaciones. Si bien tradicionalmente se ha asociado este fenómeno al ámbito público, hoy ya no se cuestiona la necesidad de criminalizar actos corruptos que tienen lugar en la esfera privada. Prueba de ello es la creciente tipificación del delito de corrupción entre particulares. En este orden de ideas, uno de los gastos tradicionales en los que incurren las empresas privadas dice relación con la hospitalidad, como regalos y viajes dirigidos a promocionar productos o para la formación de sus empleados y clientes. No obstante, la línea que separa estos gastos con prácticas indebidas que afectan una competencia leal puede llegar a ser bastante difusa, ya que estos se podrían emplear para sobornar. Atendido lo anterior, resulta imprescindible disponer de criterios rectores que autorizan obrar con claridad a fin de impedir conductas corruptas. Para ello, en este trabajo se examina la Foreign Corrupt Practices Act y la Bribery Act, pues de sus regulaciones, así como de las recomendaciones dispuestas por organismos públicos, tanto de Estados Unidos como del Reino Unido, emanan importantes principios orientadores que permiten a las empresas privadas precisar sus programas de cumplimiento en orden a disponer de medidas y procedimientos que eviten que sus gastos de hospitalidad sean calificados como corruptos.

Palabras clave: Hospitalidad, corrupción, programas de cumplimiento, Bribery Act, Foreign Corrupt Practices Act, soborno, delito

Abstract: There is a growing concern for having better tools to address corruption, so much so that since the 1990s various international instruments have been issued, urging States to strengthen their legislation. Although this phenomenon has traditionally been associated with the public sphere, the need to criminalize corrupt acts that take place in the private sphere is no longer questioned. Proof of this is the growing criminalization of corruption between private individuals. In this regard, one of the traditional expenses incurred by private companies is related to hospitality, such as gifts and travel aimed at promoting products or for the training of their employees and

* Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt regular N.º 1210214, del que soy coinvestigador y cuyo director es el profesor Osvaldo Artaza. Agradezco las correcciones realizadas por Alison Villalón Avendaño, ayudante del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Talca (Chile).

Código ORCID: 0000-0003-4430-0139. Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl

customers. However, the line that separates these expenses from improper practices that affect fair competition can be quite blurred since they could be used for bribery. Given the above, it is essential to have guiding criteria that allow one to act with clarity to prevent corrupt conduct. To this end, this paper examines the Foreign Corrupt Practices Act and the Bribery Act, since their regulations, as well as the recommendations issued by public agencies, both in the United States and the United Kingdom, provide important guiding principles that allow private companies to specify their compliance programs to have measures and procedures in place to prevent their hospitality expenses from being classified as corrupt.

Keywords: Hospitality, corruption, compliance programs, Bribery Act, Foreign Corrupt Practices Act, bribery, crime

CONTENIDO: I. APROXIMACIÓN AL TEMA.- II. LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT Y LA BRIBERY ACT.- II.1. LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT.- II.1.1. PAGOS POR FACILITACIÓN.- II.1.2. DEFENSAS AFIRMATIVAS.- II.2. LA BRIBERY ACT DEL REINO UNIDO.- III. CRITERIOS A CONSIDERAR RESPECTO DE LOS VIAJES, REGALOS Y GASTOS DE HOSPITALIDAD. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.- IV. CONCLUSIONES.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA

La disposición de regalos u obsequios en las relaciones comerciales o políticas, ya sea en la esfera pública o en la privada, no es un tema nuevo y ha motivado serias discusiones de cómo deberían entenderse a fin de evitar conflicto de intereses. Al respecto, y con el objeto de graficar que estos problemas ya se presentaban en el pasado, quisiera iniciar este trabajo relatando un episodio de fines del siglo XVIII en el que participó Thomas Jefferson durante su visita a Estados europeos como diplomático en representación de la naciente república americana (Teachout, 2012, pp. 37-39). Si bien Jefferson sabía que la costumbre imponía que debía otorgar regalos, pensaba que no estaba obligado, en cambio, a recibirlos, partiendo de su interpretación de su Constitución. En efecto, esta prohibía la recepción de emolumentos o regalos, pero indicaba que podía recibirlos si contaba con el consentimiento del Congreso, cuestión esta última que Jefferson quería evitar para no levantar suspicacias. Atendido lo anterior, le pidió a su secretario que explicara que estaba impedido de recibir regalos del rey. Como se comprenderá, tal explicación no satisfizo a los anfitriones, quienes indicaron que se negarían a recibir sus obsequios si no hacía lo propio. Frente a tal situación y para no ser descortés, procedió a aceptarlos para luego destruir algunos de ellos con el objeto de romper la cadena de dependencias que tales presentes podían significar, siendo coherente con lo que su gobierno pretendía representar y evitando así cualquier sospecha acerca de su cometido.

181

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOSGIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

Si bien se trata de un caso que debe comprenderse dentro de su contexto histórico y bajo los parámetros culturales propios de su época, resulta interesante su invocación, pues refleja que la frontera entre lo que puede entenderse como adecuado y aquello que traspasa lo tolerable es un problema de larga data.

Es habitual en la esfera de los negocios que las empresas dispongan de un presupuesto para gastos de hospitalidad a través de los cuales se puedan hacer regalos o financiar actividades que permitan dar a conocer el giro del negocio. Por tanto, establecer criterios no resulta una tarea en principio sencilla, pues el propósito no es criminalizar gastos que pueden estimarse ineludibles para la promoción de productos o dirigidos a obtener beneficios comerciales frente a otras empresas de la competencia; empero, tampoco resultan aceptables aquellos que van más allá de los límites admisibles, que pueden estar dirigidos a incidir en la toma de decisiones y que representen una ventaja desleal que afecte la competencia.

Ahora bien, también es preciso distinguir la esfera de actuación de las empresas pues, en principio, podría pensarse que lo que se estima lícito en el mundo privado no lo sea en el ámbito público. Y es que, respecto de este último, los gastos de cortesía dirigidos a funcionarios públicos pueden ser valorados como un intento indebido de influir en las decisiones públicas que podría dar lugar a actos de soborno (Tillipman, 2014, p. 1). Al respecto, el artículo 251 *sexies* del Código Penal chileno (1874) establece una regla expresa a fin de precisar cuándo se puede estar o no frente a actos delictivos en el ámbito público. Es así que, tratándose de «donativos oficiales o protocolares», o aquellos de escaso valor económico que la costumbre autoriza como «manifestaciones de cortesía y buena educación», no se está en presencia de actos de cohecho, salvo cuando se ven involucrados funcionarios públicos extranjeros. La cuestión que surge entonces es si cabe o no hacer una distinción, dependiendo de los contextos en los que tienen lugar estos gastos de hospitalidad o regalos; es decir, si los baremos son más estrictos y rigurosos cuando se ven involucrados funcionarios públicos.

Hasta hace algunos años, cuando se discutía si la corrupción entre privados merecía ser considerada como delito —cuestión que comenzó a ser intensa recién en los años noventa—, se valoraba que se debía ser más estricto respecto de los actos en los que se veían involucrados funcionarios públicos, pues los intereses implicados eran diversos en relación con los privados (Carnevali & Artaza, 2016, pp. 60 y ss.). Y es que, tratándose de la esfera pública, los actos corruptores constituían una vulneración de la confianza que la sociedad depositaba en funcionarios públicos, ya que se presentaría una especie de apropiación de la función pública en provecho propio, desnaturalizando lo que se espera de un

servidor público (Artaza, 2021, p. 48; Rodríguez Collao & Ossandón, 2021, p. 363). En términos simples y volviendo a Jefferson, no deberían existir cadenas de dependencias que pudieran incidir en las decisiones a adoptar.

Con todo, si bien en la actualidad ya no se cuestiona el carácter pluriofensivo de la corrupción y la capacidad lesiva que también tienen los actos entre particulares, pues se está frente a comportamientos irregulares en la esfera de los negocios que alterarían la confianza en el mercado al afectar la existencia de una competencia leal (Bolea, 2013, pp. 10 y ss.; Artaza, 2019, pp. 2 y ss.), no resulta del todo pacífico —al menos para un sector importante de la doctrina— afirmar que ambas formas de corrupción son equiparables y que son merecedoras de un tratamiento punitivo similar (Green, 2013, pp. 39 y ss.). En este sentido, se ha señalado que existen importantes diferencias. Es así que, tratándose del funcionario público, este representa y actúa para el bien público; y que al aceptar un soborno, está traicionando la confianza que la comunidad toda depositó en él, pues es a esta a quien representa y está llamado a defenderla, y no a quien le pagó indebidamente (Boles, 2014, p. 688). En palabras de Green (2013), en una democracia los funcionarios públicos están allí, ya sea porque han sido elegidos directamente por el pueblo o bien porque fueron nombrados por los elegidos popularmente (p. 57). En consecuencia, al aceptar un soborno violan esa confianza y traicionan su cargo. Por el contrario, los empleados privados que aceptan sobornos también violan una confianza, pero esta se deposita en un ámbito más concreto y determinado que guarda relación con los directivos superiores, accionistas o clientes. Es decir, participan en un proceso que, en esencia, es privado, pues en caso de ofrecer productos de inferior calidad, será el mercado el que los castigue, ya que los clientes no tienen mayores expectativas respecto de cómo se tomaron las decisiones (pp. 57-58). En definitiva, si bien no se cuestiona la necesidad de punir la corrupción privada, no pueden valorarse de la misma forma, pues en la cometida en la esfera pública hay un mayor disvalor.

Sin embargo, por otro lado, también se sostiene que tal distinción se torna cada vez más difusa por cómo se están estructurando las relaciones comerciales y, particularmente, dada la privatización de importantes sectores públicos, por lo que ambas formas de corrupción compartirían criterios comunes que las tornan equivalentes. Cabe señalar que la Bribery Act del Reino Unido va en esta dirección, pues se refiere al soborno sin precisar, mayormente, entre público y privado. Esta ley no dispone de una distinción, pudiendo aplicarse tanto a funcionarios públicos como privados, y tanto en el ámbito nacional como internacional (Clark, 2013, p. 2302; Green, 2013, p. 46). Esencialmente, se ha esgrimido como razón para tal decisión que, dada la existencia de delitos separados, resulta muy difícil definir con suficiente claridad la distinción entre funciones

del sector público y las del privado. Hoy se ejecutan actividades del área pública a través de empresas privadas, así como los organismos públicos forman entidades conjuntas con compañías privadas, cuestión que en el pasado no acontecía. Cabe señalar que estas observaciones fueron expuestas en la discusión para la reforma de la ley sobre soborno en el Reino Unido¹ (Green, 2013, p. 47).

Así, también, se argumenta para no realizar tal distinción que en ambos se manifiestan elementos que son comunes, a saber, que se estaría frente a una violación de deberes fiduciarios que se deben o, asimismo, que los dos implicarían necesariamente la traición a una posición de confianza (Boles, 2014, p. 690; Artaza, 2019, p. 3). Es decir, en estas dos esferas se aprecian abusos de poderes decisorios que atentan contra intereses, ya sea públicos o privados, al privilegiarse aquellos diversos a los que se dice representar (Kindhäuser, 2007, p. 6). Mientras en el sector público lo que se promueve es la confianza y la honestidad en el actuar del funcionario, en el ámbito privado se dirige a mantener y fomentar la confianza y transparencia en las relaciones comerciales. En este sentido, los daños que puede ocasionar el soborno privado afectan las reglas propias de la economía, pues este puede dar lugar a la alteración de los precios, o afectar la calidad de los servicios y las relaciones laborales. Incluso, puede tener repercusiones en las políticas públicas al haber una menor recaudación tributaria, tras pretender recuperar los costos del soborno (Boles, 2014, pp. 695 y ss.).

Sin perjuicio de lo anterior, también debe tenerse presente que realizar una distinción tan tajante entre lo público y lo privado no responde a las relaciones económicas que hoy se están estructurando, lo que refrenda lo recientemente señalado; a saber, lo discutible de una distinción. Y es que hoy la gran mayoría de los servicios públicos son asumidos por empresas privadas, ya sea por licitaciones u otro tipo de contratos. En consecuencia, decisiones adoptadas entre particulares podrían tener un fuerte impacto en la sociedad, incluso más grave que aquellas ejecutadas exclusivamente por funcionarios públicos (Encinar del Pozo, 2016, p. 100). Hay que tener presente al respecto que en la actualidad muchas áreas sensibles para el Estado son manejadas por entes privados. Así, por ejemplo, los soportes militares, aeroportuarios, de infraestructura vial y recolección de residuos, entre otros.

No se intenta en este trabajo zanjar si es no preciso establecer un tratamiento único o diferenciado, sino más bien exponer que ambas formas de corrupción son merecedoras de una pena, pues comparten presupuestos comunes, de manera que las reglas dispuestas para determinados actos podrían ser aplicadas para ambas formas de

¹ Véase The Law Commission (2008).

soborno. En este sentido, sí puede afirmarse —siguiendo la línea de la Bribery Act— que, atendiendo a las reglas económicas y políticas hoy imperantes, estamos frente a ilícitos que podrían estimarse equiparables.

Pues bien, considerando todo lo expuesto, este trabajo pretende examinar y determinar cuáles deberían ser los criterios que permitan precisar cuándo ciertos actos protocolares, como los gastos de hospitalidad, pueden traspasar los límites de lo admisible y estimarse corruptos. Así, por ejemplo, cabe preguntarse lo siguiente: ¿puede estimarse como soborno la «gratificación» a un funcionario por haber efectuado una determinada gestión, las que muchas veces se realizan para evitarse molestias o pérdidas de tiempo? En este sentido, ¿son suficientes los criterios de proporcionalidad para estimar si un regalo afecta la imparcialidad del receptor? Por de pronto, es preciso esclarecer los contextos en que las decisiones de compra o asignación de obras o contratos se realizan; esto es, de qué modo podrían verse influenciadas dichas operaciones por favores, regalos, invitaciones, préstamos o servicios de cualquier naturaleza.

A tal efecto, vamos a recurrir a lo que se dispone en dos normas que, podríamos decir, son emblemáticas sobre la materia: la Foreign Corrupt Practices Act (en adelante, FCPA) de Estados Unidos y la Bribery Act del Reino Unido, prestándose una especial atención a la primera por las mayores repercusiones que ha tenido en el derecho comparado. Aunque es cierto que las disposiciones de la FCPA involucran a funcionarios públicos extranjeros —a diferencia de la Bribery Act, que no realiza tal distinción—, al entenderse dentro de un contexto comercial y de relaciones económicas, la verdad es que sus criterios también son perfectamente comprensibles para aquellos supuestos donde los actos tienen lugar entre agentes exclusivamente privados². El que se dedique un mayor espacio a la FCPA obedece a que ha sido el modelo tradicional que se ha seguido para regular el comportamiento ético dentro de las empresas y ha tenido una fuerte incidencia en materia de corrupción empresarial.

Al respecto, se tendrá presente no solo la propia regulación normativa, sino también los pronunciamientos judiciales y las recomendaciones dispuestas por organismos públicos donde se precisa cómo debe actuarse en determinados contextos. En este sentido, puede citarse la *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* en su segunda edición, de 2020, publicada por la División Criminal del Departamento de Justicia norteamericano (en adelante, DOJ por sus siglas en inglés) y la Comisión del Mercado de Valores (en adelante, SEC por sus siglas en

² Entendiendo el soborno a funcionarios públicos extranjeros dentro del marco de relaciones de carácter económico que presentan Carnevali y Artaza (2016, p. 68)

inglés), y *The Bribery Act 2010 Guidance* del Ministerio de Justicia del Reino Unido, de 2011³.

Una vez realizado este examen, se señalarán qué criterios deben considerarse a fin de evitar que estos gastos vinculados a la hospitalidad, como los viajes o los regalos, puedan estimarse como formas de soborno. Particularmente, cómo las empresas deben incorporar determinadas disposiciones en sus programas de cumplimiento.

II. LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT Y LA BRIBERY ACT

II.1. La Foreign Corrupt Practices Act

A fin de ir precisando contextos, y sin perjuicio de lo que se exponga más adelante, estos dos cuerpos normativos —en especial, la FCPA— se suelen citar como ejemplos de regulaciones bastante estrictas en materia de soborno (Shingler, 2013, pp. 536-560; Richard, 2014, pp. 419-450; Rose, 2015, pp. 59 y ss.; Weiss, 2009, pp. 471-514). Con todo, y en particular en el caso de la FCPA, se establecen ciertas excepciones como, por ejemplo, los pagos por facilitación y aquellos realizados de buena fe, las cuales permitirían no considerar ciertos pagos o gastos como corruptos. Justamente, estas excepciones —y, en especial, la de buena fe— han permitido ciertas interpretaciones para abordar aquellos pagos que guardan relación con la demostración de productos o con la ejecución de contratos. Es el caso de la compra de pasajes y desembolsos propios de la hospitalidad hacia funcionarios públicos extranjeros.

Cabe destacar que la FCPA, que surge en 1977, tuvo como principal objetivo prohibir los sobornos a funcionarios públicos extranjeros con el propósito de obtener ventajas comerciales indebidas, pues, como destaca Benito Sánchez (2012), era imprescindible poner término a ciertas prácticas indignas que venían sucediendo con bastante habitualidad en el comercio internacional y que lesionaban la libre competencia que debía estar presente en las relaciones económicas transnacionales, dado que tales comportamientos limitaban la participación en el mercado de los competidores de buena fe (Crites, 2012, p. 1050; Guideon, 2012, pp. 419-506; Benito Sánchez, 2012, pp. 54 y ss.; Zyla, 2011, pp. 11-20).

Atendido lo anterior, la FCPA supone un importante hito en cuanto al tratamiento que debe brindarse a las reglas del comercio internacional, ya que no solo va dirigido a impedir aquellos actos corruptos representados por el soborno a funcionarios públicos extranjeros, sino que además impone altas exigencias contables en cuanto al registro de las

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOS

GIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

³ Véase DOJ y SEC (2020), y Ministerio de Justicia del Reino Unido (2011).

operaciones comerciales que tengan lugar (Loughman & Sibery, 2011, p. 464; Sebelius, 2008, pp. 579 y ss.; Westbrook, 2011, pp. 510 y ss.). Qué duda cabe, hay un antes y un después, porque la FCPA influyó fuertemente en la dictación de instrumentos internacionales dirigidos a prohibir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, con ello, en la necesidad de imponer reglas claras acerca de en qué gastos se puede incurrir para la promoción de productos o de hospitalidad sin que estos se puedan considerar prácticas corruptas.

Esencialmente, lo que se está prohibiendo —conforme a lo que dispone el instrumento *en comento*— es ofrecer pagar, pagar, prometer pagar o autorizar el pago de dinero o mediante cualquier ítem de valor a un funcionario extranjero con el fin de influir en cualquier acto o decisión de este en su capacidad oficial, o para asegurar cualquier otra ventaja indebida bajo el propósito de obtener o retener negocios. Es así como en la FCPA (Ley de Valores y Bolsa, 1934, sec. 30A) se alude expresamente:

[Quien u]tilice el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal en forma corrupta a fin de promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, *oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor* (Disposiciones contra el soborno, título 15, cap. 2B, sec. 78 dd-1)⁴.

De lo anterior, es importante precisar a quién se dirige la norma, cuál es el ámbito de aplicación y qué puede entenderse por «cosa de valor». Por de pronto, tal como lo dispone la sección 78dd-2, ya puede quedar claro que prohíben realizar pagos o promesas a funcionarios públicos extranjeros que pretendan: a) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario; b) inducirlos a que realicen u omitan algún acto en infracción de su deber legítimo; c) obtener alguna ventaja indebida; o d) inducir a que ejerzan conductas de tráfico de influencias en los respectivos Gobiernos extranjeros o en sus instrumentos para afectar un acto o una decisión de dichos Gobiernos o instrumentos, siempre y cuando se efectúen con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener algún negocio para alguna persona o con ella, o para encaminar algún negocio (Carnevali & Artaza, 2016, p. 70).

Las disposiciones de la FCPA se aplican, en términos amplios, a tres categorías de personas y entidades: a) «emisores» y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúen en nombre de un emisor; b) «empresas nacionales» y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúen en nombre de una empresa nacional; y c) determinadas personas y entidades, distintas de los emisores y las empresas nacionales, que actúen en el territorio de los Estados Unidos (DOJ & SEC, 2020, p. 9).

4 Énfasis añadido. La fuente citada presenta una versión en castellano de la FCPA.

Asimismo, como el destinatario del soborno es un funcionario público extranjero, debe entenderse por tal, según la propia definición que entrega la FCPA (1977):

Cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma (Disposiciones contra el soborno, título 15, cap. 2B, sec. 78dd-1, lit. f, num. 1-A).

Al respecto, el Gobierno norteamericano ha interpretado el término «funcionario extranjero» en sentido amplio, incluyendo asesores de funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros y sus funcionarios, candidatos a cargos públicos y empresas privadas con funciones cuasi gubernamentales. El Congreso de los Estados Unidos añadió el término «organización internacional pública» a la definición de «funcionario extranjero» en 1998 para incluir a funcionarios de entidades como las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Cruz Roja (Tillipman, 2008, p. 4; Shingler, 2013, pp. 541 y ss.)⁵.

En cuanto al ámbito de aplicación de la FCPA, este es bastante amplio, pues pueden aplicarse a conductas tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. En este sentido, los emisores y las empresas nacionales, así como sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas, pueden ser imputados por emplear el correo estadounidense o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal para promover un pago corrupto a un funcionario extranjero. La FCPA precisa qué debe entenderse por comercio interestatal: «el comercio exterior e interior, el transporte o la comunicación entre los distintos Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado, o entre cualquier Estado y cualquier lugar o buque fuera de él» (sec. 78dd-2, lit. h, num. 5). El término también incluye el uso de cualquier medio de comunicación interestatal hacia o a través de Estados Unidos, como realizar una llamada telefónica o enviar un correo electrónico, un mensaje de texto o, incluso, un mensaje por WhatsApp, al igual que enviar una transferencia bancaria desde o hacia un banco estadounidense o utilizar de otro modo el sistema bancario de Estados Unidos, o viajar a través de las fronteras estatales o internacionalmente hacia o desde Estados Unidos (DOJ & SEC, 2020, pp. 10-11).

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOS

GIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

5 La lista completa de organizaciones designadas como «organizaciones internacionales públicas» figura en el 22 U.S. Code (§ 288) y también puede consultarse en el sitio web de la Oficina de Publicaciones del Gobierno de Estados Unidos.

Como se resaltó precedentemente, la FCPA señala que los actos corruptos se refieren a cualquier cosa de valor (*anything of value*). Es una cuestión importante que no resulta fácil de resolver, sobre todo si los actos desplegados guardan relación con regalos o gastos de hospitalidad que digan relación, por ejemplo, con la demostración de las bondades del producto que se quiere vender; es decir, que puedan entenderse dentro de los gastos propios del giro de la empresa. Además, lo que puede estimarse modesto o de escaso valor para un país puede que no lo sea para otro. Basta pensar las diferencias de criterios valorativos que se pueden presentar entre los Estados Unidos y un país de escaso desarrollo económico. Dificulta aún más la interpretación el que la propia norma nada haya precisado, por lo que resolver qué es lo indebido se torna incluso más difuso. Atendiendo a lo anterior, se ha considerado la intención perseguida por el dador más que el valor en sí mismo; es decir, la intención corrupta de inducir al receptor a tomas de decisiones indebidas. Ciertamente, el valor de la cosa también permite estimar lo que se persigue al entregarlo, pero debe también apreciarse un propósito corrupto (Loughman & Sibery, 2011, p. 521; Pacini, 2012, p. 563). Es así que, cuando se está frente a gastos excesivamente dadivosos que van más allá de lo que es propio de una relación comercial; o, por otro lado, cuando son gastos relativamente pequeños, pero que se entregan sistemáticamente o de forma prolongada, podría entenderse que detrás hay una actuación corrupta. Como lo ha resuelto el DOJ norteamericano, aquellos artículos de valor nominal, como los billetes de taxi, comidas razonables y gastos de representación; o los artículos promocionales de la empresa, tienen pocas probabilidades de influir indebidamente en un funcionario, lo que no daría lugar a la adopción de medidas. Sin embargo, si estos son de valor significativo o de carácter extravagante —así, autos deportivos, abrigos de piel y otros artículos de lujo—, lo más probable es que se hayan dado con un propósito indebido (DOJ & SEC, 2020, p. 15). Incluso, podría estimarse como actuación corrupta la donación benéfica si detrás se aprecia que hay propósitos de ocultar sobornos a funcionarios extranjeros (Tillipman, 2014, pp. 14 y ss.).

II.1.1. Pagos por facilitación

De lo expuesto, hay un tema esencial que es necesario precisar a fin de resolver cuándo estos gastos pueden estimarse soborno y se debe, por ende, aplicar la FCPA. ¿Qué se entiende por actuar de forma *corrupta*? La expresión que este instrumento emplea en inglés es *corruptly*, sin ofrecer mayores precisiones. A este respecto y para su delimitación, se hace necesario referirse a las dos defensas afirmativas de que se dispone; a saber, la aplicación de las leyes domésticas (*the local law defense*) y aquellos realizados de buena fe (*reasonable and bona fide expenditures*). Asimismo, se puede excepcionar cuando se está frente a lo que se

denomina «pagos por facilitación» (*facilitating or expediting payments*, aunque también se emplea la expresión *grease payments*).

Pues bien, según lo han interpretado las autoridades norteamericanas, tanto legislativas como judiciales, la expresión *corruptly* hace referencia a que los pagos, promesas o regalos deben tener la intención de inducir al receptor a hacer un uso indebido de su cargo oficial. Es decir, quien actúa «corruptamente» refleja una motivación de incidir en el funcionario público para que este haga un uso abusivo de sus atribuciones. El informe del Senado brinda una explicación similar del término:

La palabra ‘corruptamente’ se utiliza para dejar claro que la oferta, el pago, la promesa o el regalo, deben tener la intención de inducir al receptor a hacer un mal uso de su posición oficial con el fin de dirigir injustamente los negocios hacia el pagador o su cliente, o para obtener una legislación preferente o una regulación favorable (DOJ & SEC, 2020, p. 27).

Es así como la palabra «corruptamente» connota un motivo o propósito maligno, una intención de influir injustamente en el receptor (Benito Sánchez, 2012, p. 60; DOJ & SEC, 2020, p. 72; Loughman & Sibery, 2011, p. 545; Pacini, 2012, p. 549).

En este orden de ideas, al tratarse de consideraciones de carácter subjetivo —esto es, al tener que apreciarse la intencionalidad perseguida por los intervinientes en cuanto a la motivación de incidir indebidamente en el agente para que este abuse de su capacidad decisoria— es que se ha exigido un comportamiento deliberado. En efecto, si bien nada se dice en la FCPA, las cortes norteamericanas hablan de que debe haber una actuación deliberada —*act willfully*—; es decir, se debe actuar a sabiendas de que se trata de un acto ilícito (Deming, 2014, pp. 193 y ss.; Tillipman, 2014, p. 6). Bajo estas consideraciones subjetivas, debe entenderse también que los actos desplegados o que pueda desplegar el funcionario público extranjero puedan suponer, objetivamente, un abuso de su posición decisional. Es cierto que no se requiere que estos abusos se hayan realizado ni que el funcionario los haya aceptado, pero sí que tengan la suficiente capacidad lesiva como para estimarse corruptos.

En definitiva, la conducta que se prohíbe pretende que el funcionario respectivo abuse de su poder decisorio; es decir, que actúe en forma contraria con los intereses que debe representar (Carnevali & Artaza, 2016, p. 75). Si es así, se está actuando de forma corrupta en los términos que exige la FCPA.

Llegado a este punto, la propia norma analizada dispone —tal como se afirmó precedentemente— de excepciones y defensas que permiten excluir toda sanción. Dicho en otros términos, habilita que la conducta

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOS

GIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

desplegada no sea considerada corrupta, aun cuando se hayan realizado pagos o promesas a un funcionario público.

Respecto a la excepción de la acción gubernamental de rutina de la FCPA (Disposiciones contra el soborno, título 15, cap. 2B, sec. 78dd-1, lit. b), dice relación con los pagos por facilitación (*facilitating or expediting payments* o *grease payments*). Se trata de una figura que ha sido discutida y cada vez se procura recurrir menos a ella, pues consiste en excluir de la prohibición todos aquellos pagos realizados a funcionarios cuyo propósito sea facilitar, agilizar o conseguir la realización de un acto gubernamental de rutina por parte de estos mismos (Carnevali & Artaza, 2016, p. 75).

El propósito de disponer de esta excepción es reconocer que pueden presentarse ciertos pagos de montos que no sean excesivos y que se emiten para facilitar los negocios⁶, por lo que también se los conoce como *grease payments*; es decir, es una forma de expresar que son parte de los costos para agilizar los negocios (Deming, 2014, p. 227; Pacini, 2012, p. 569). Al respecto, se ha señalado que esta excepción permitiría operar en el extranjero pagando pequeñas cantidades para posibilitar las operaciones diarias de su negocio cuando ello podría no ocurrir sin estos pagos (Shingler, 2013, p. 544). En definitiva, lo que se pretende es la aceleración de los procesos y no incidir indebidamente en la toma de decisiones (Boedecker, 2010, p. 2; Rodhe, 2014, p. 551; Sebelius, 2008, p. 591; Shingler, 2013, p. 544). Para clarificar qué podría entenderse como pagos de rutina de acuerdo con la FCPA (Disposiciones contra el soborno, título 15, cap. 2B, sec. 78dd-1, lit. f, num. 3-A), se pueden señalar los siguientes: la tramitación de visados, la protección policial o el servicio de correos, y el suministro de servicios públicos como el teléfono, la electricidad y el agua (DOJ & SEC, 2020, p. 25).

Atendido lo anterior, los pagos de facilitación deben entenderse como «pagos de rutina» y solo se deben utilizar para facilitar operaciones, de manera que no podrían comprender aquellos que puedan considerarse propios del ejercicio de facultades discrecionales de un cargo público (DOJ & SEC, 2020, p. 20; Strauss, 2013, p. 241).

Puede decirse que, a pesar de la regulación expresa que hace la FCPA de estos pagos, el recurso a esta excepción por parte de las empresas es cada vez menor, ya sea por la interpretación restrictiva que están haciendo los fiscales o porque las entidades ven que la frontera con la ilegalidad puede ser difusa y prefieren evitar las dificultades que la acreditación de su legalidad puede representar, considerando que deben registrarlos en sus libros contables. Precisamente por ello, y para impedir cualquier

⁶ Pacini (2012) señala que esta excepción fue creada en 1988 debido al reclamo de ciertas empresas, las cuales sostenían que los negocios internacionales se verían mermados en forma sustancial sin este tipo de pagos (p. 569).

riesgo, es que los entes están derechamente prohibiendo el recurso a esta excepción, lo que ha llevado incluso, en términos de Strauss (2013, p. 258), a cuestionarse cuán conveniente sería seguir manteniendo esta excepción. Todo ello ha conducido a que el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE recomiende a los países que sus empresas prohíban o eviten los pagos de facilitación debido a lo vagos que resultan estos criterios y a la rigurosa persecución en los Estados Unidos (DOJ & SEC, 2020, p. 25). En la misma línea, tal como se verá, casos como el de Reino Unido y su Bribery Act no cuentan con una excepción para los pagos de facilitación (Deming, 2014, pp. 125 y ss.; Loughman & Sibery, 2011, pp. 876 y ss.; Richard, 2014, p. 427).

II.1.2. Defensas afirmativas

Tal como se afirmó precedentemente, además de la excepción ya examinada, la FCPA regula defensas afirmativas, las que se diferencian del pago por facilitación en cuanto a que debe acreditarse su concurrencia y que, por tanto, los pagos efectuados deben estimarse como legítimos —es decir, no fueron entregados *en forma corrupta*—. La primera de estas defensas hace referencia a que el pago efectuado al funcionario público extranjero fue lícito en el país respectivo (*legality of the payment*); esto es, que se actuó conforme a las leyes domésticas (*the local law defense*). La segunda defensa consiste en alegar que el gasto fue efectuado de buena fe (*bona fide expenditure*) (Earle & Cava, 2013, p. 116; Rohde, 2014, p. 556; Carnevali & Artaza, 2016, p. 78).

Con respecto a la primera defensa, referente a que el pago sea lícito conforme al país del funcionario público, debe entenderse que «el pago, regalo, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que se hizo, era legal en virtud de las leyes y reglamentos escritos del país del funcionario extranjero, partido político, funcionario del partido o candidato» (FCPA, sec. 78 dd-3, lit. c, num. 1). Dicho de otra forma, para que no se califique como un pago corrupto, el acusado debe acreditar que el pago era legal en virtud de las leyes y los reglamentos escritos del país extranjero; en consecuencia, no basta con alegar ausencia de normativa. En todo caso, cabe advertir que esta defensa fue introducida en 1988 a fin de permitir la legalidad del acto conforme a las leyes domésticas y no exigir, como se pretendía hasta esa fecha, que las empresas norteamericanas actúen con las mismas éticas impuestas en el país del norte⁷.

Si bien esta defensa ha tenido poca relevancia práctica, ya que resulta extraño que las leyes de los países regulen expresamente prácticas

7 Sobre el particular, señala Nieto Martín (2003) que «en su versión original la FCPA pretendía que las empresas multinacionales americanas actuasen en el extranjero con los mismos patrones morales que lo hacían en el interior, y exportaran de este modo la moral de los negocios norteamericana» (p. 13). Además, este autor afirma que durante el gobierno de Reagan se modificó la FCPA con un objetivo indudablemente limitador. Por una parte, «el tipo subjetivo se reduce a los supuestos claramente intencionales [...] y, de otro, se admiten más casos de pagos justificados» (pp. 12-13).

corruptas (Deming, 2014, p. 222), existe un caso citado en *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (2020)* por la División Criminal del DOJ norteamericano. En *United States v. Kozeny (2008)*, la defensa del acusado argumentó que los pagos realizados fueron legales bajo la ley de Azerbaiyán, debido a que en este país se excluiría la responsabilidad en tales clases de delitos si quien había efectuado el pago denunciaba voluntariamente el hecho ante las autoridades locales (Cohen *et al.*, 2008, p. 1257; Warin *et al.*, 2010, pp. 33-80; Carnevali & Artaza, 2016, p. 79). Sin embargo, los tribunales estadounidenses estimaron que las leyes de aquel país no estaban autorizando el pago de sobornos, por lo que se habría infringido su normativa penal. Y es que el hecho excluir la persecución penal por denuncia voluntaria no suponía una licitud del comportamiento. Asimismo, el tribunal consideró que una disposición de la legislación local que eximía de responsabilidad penal a los pagadores de sobornos si estos eran extorsionados no convertía en legales los pagos de sobornos. Que la ley de extorsión de Azerbaiyán impida el procesamiento del pagador de los sobornos por los pagos ilegales no hace que estos sean legales (DOJ & SEC, 2020; Shingler, 2013, p. 244).

Como se indicó precedentemente, la otra defensa afirmativa dice relación con la *bona fide expenditure defense*; esto es, que el pago haya sido efectuado de buena fe. Esencialmente, se ha entendido por gastos de esta naturaleza aquellos vinculados con la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios de una empresa, o que están relacionados con la ejecución o cumplimiento de un contrato de una empresa con un Gobierno o agencia extranjeros. Conforme a lo anterior, es posible considerar gastos de viaje, alojamientos y regalos que guarden relación con la entidad. Ciertamente, se trata de una defensa que plantea ciertos rasgos difusos, particularmente para delimitar cuándo estos gastos se enmarcan en una relación comercial y cuándo pueden pasar a transformarse en un pago corrupto para los estándares de la FCPA. Al efecto, Shingler (2013) afirma que se han presentado problemas interpretativos y que, al no existir mayores pronunciamientos jurisprudenciales, es necesario atender a la opinión de la DOJ y la SEC, la que debe emitirse en aquellos casos en que las empresas deciden realizar consultas (p. 551). Incluso, esta autora destaca que los mayores problemas han acontecido por falta de normas claras, presentándose resultados dispares para casos similares, como en *UTStarcom Inc.* (en adelante, *UTSI*) de 2009 y a *Lucent Technologies, Inc.* (en adelante, *Lucent*) de 2007 (p. 538). En efecto, ambas empresas incurrieron en gastos excesivos para viajes oficiales al extranjero; empero, *UTSI* pagó una multa más elevada que *Lucent*.

En términos generales, en el caso *UTSI (2009)*, la sociedad con sede en California se dedicaba al diseño, fabricación y venta de equipos de

red y teléfonos para el mercado chino. La mayoría de sus empleados y operaciones se encontraban en China. Se denunció que entre 2002 y 2007, UTSI gastó aproximadamente siete millones de dólares en doscientos veinticinco viajes para que los empleados de sus clientes realizaran viajes de formación. Los viajes solían durar dos semanas, costaban cinco mil dólares por cada empleado del cliente y se empleaban, principalmente, para hacer turismo y no para fines formativos. Además, UTSI pagó más de cuatro millones de dólares en concepto de «gastos de *marketing*» en siete ocasiones diferentes entre 2002 y 2004 por programas de formación de ejecutivos en los Estados Unidos que incluían un estipendio de entre ochocientos a tres mil dólares por persona (Shingler, 2013, p. 552; Tillipman, 2014, p. 16).

Similar escenario presentó el caso *Lucent* (2007), en donde se llegó a establecer que se gastaron más de diez millones de dólares en trescientos quince viajes para, aproximadamente, mil funcionarios del Gobierno chino de empresas estatales a las que Lucent quería vender sus equipos. Cabe señalar que Lucent clasificó estos viajes en sus registros como inspecciones de fábricas o de formación cuando ya no disponía de fábricas que fueran visitadas por sus clientes. Se trataba, principalmente, de excursiones turísticas a Disneyland y Nueva York, y cada viaje costaba alrededor de veinticinco mil dólares (Jordan, 2016, p. 305).

Tras la publicación de la *FCPA Resource Guide* en noviembre de 2012 —la actual, de 2020, es la segunda edición— sucedieron diversos casos en los que se estimó que los gastos incurridos excedían la normativa, por lo que no podían considerarse como razonables y de buena fe. Es así que en el caso *Diebold* de 2013 se estimó que hubo soborno a funcionarios de bancos estatales, pues las filiales de la empresa en China e Indonesia proporcionaron regalos, entretenimiento y viajes a funcionarios de los bancos públicos de China e Indonesia, dado que estos tenían la capacidad para influir en las decisiones de compra de sus bancos. Precisamente, la empresa los registró falsamente en sus libros como gastos legítimos de formación cuando, en realidad, se incurrió en viajes a destinos turísticos populares en Europa y los Estados Unidos, como el Gran Cañón y Disneyland. En el caso *Brucker* de 2014 se produjo un contexto similar, pues la empresa pagó viajes de placer a los Estados Unidos y Europa, no relacionados con el giro de la entidad, a funcionarios del Gobierno chino con el objeto de obtener negocios (Jordan, 2016, pp. 309 y ss.).

Otros casos relevantes que debió atender la SEC en 2015 fueron *FLIR* y *BHP Billiton*, vinculados con regalos, entretenimiento y viajes. En el primero, la SEC acusó a la empresa FLIR de violar la FCPA al financiar lo que se denominó una «gira mundial» de viajes personales de funcionarios en Oriente Medio que desempeñaban un papel importante en las decisiones de compra de productos de la empresa.

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOS

GIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

Se determinó que la empresa obtuvo más de siete millones de dólares de beneficios como resultado de las ventas «influenciadas por los viajes y regalos indebidos». Se constató que agentes de la empresa compraron cinco relojes por aproximadamente siete mil dólares cada uno, los que fueron entregados a funcionarios del ministerio durante un viaje a Arabia Saudí en marzo de 2009 para «hablar de varias oportunidades de negocio». Cabe destacar que estos regalos fueron identificados por la empresa como «obsequios ejecutivos», precisándose los nombres de los funcionarios del ministerio que los recibieron y autorizándose su pago (Jordan, 2016, pp. 313 y ss.).

En el caso *BHP Billiton*, la SEC determinó que se habría violado la FCPA cuando la empresa patrocinó la asistencia de funcionarios de Gobiernos extranjeros a los Juegos Olímpicos de Verano de Beijing en 2008. Se estableció que la firma no habría ideado y mantenido suficientes controles internos sobre un programa global de hospitalidad en relación con su patrocinio de los Juegos Olímpicos, y se señaló que la empresa invitó a ciento setenta y seis funcionarios del Gobierno, así como a algunos de sus cónyuges, para asistir a los Juegos Olímpicos a expensas de la empresa. Cabe consignar que la entidad indicó a sus empleados que tal patrocinio olímpico estaba dirigido a reforzar las relaciones comerciales de la empresa y que, precisamente, su programa de hospitalidad era fundamental para alcanzar este propósito. A pesar de estas argumentaciones, se resolvió que la empresa desarrolló controles internos «insuficientes» a pesar de saber que las invitaciones a las Olimpiadas «creaban un riesgo elevado» de infringir tanto las leyes antisoborno como el código de conducta de la empresa. También se dispuso de la escasa formación de sus funcionarios para evaluar los riesgos de soborno que podían implicar las invitaciones, pues no había controles para precisar si el invitado mantenía también relaciones comerciales con otras divisiones de la empresa. Es más, se llegó a la conclusión de que la empresa invitó a funcionarios públicos que sí estaban directamente implicados en negociaciones pendientes o en posición de influir en tratos comerciales con la organización empresarial (Jordan, 2016, p. 317; Koehler, 2019, p. 1287).

Atendidos los casos expuestos, y considerando que las empresas requieren incurrir en gastos de viajes, hospitalidad u otros de similar naturaleza a fin de promocionar sus productos, se hace indispensable contar con ciertos criterios ordenadores. Es así que se ha afirmado que pueden ser estimados razonables y de buena fe cuando estos son modestos, sensatos y están estrechamente relacionados con el giro del negocio; es decir, cuando no tengan la capacidad de influir en el funcionario ni de afectar su poder decisorio. Esta última cuestión puede acontecer si se trata de obsequios extravagantes, de gran valor o que, siendo de un valor menor, se obsequian constantemente. Asimismo, es esencial que los gastos

en los que se incurra sean debidamente contabilizados (Pacini, 2012, p. 572; Richard, 2014, p. 435; Rohde, 2014, p. 552; Tillipman, 2014, p. 16; Warin *et al.*, 2010, p. 67). En definitiva, si se aprecia que se trata de gastos necesarios para un conocimiento acabado del producto y su producción, no debieran ser estimados como incompatibles con los intereses que representa el funcionario cuando se trata de la elección de la mejor oferta⁸.

Sobre este punto, resulta importante conocer qué dice *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, la guía emitida por la DOJ y la SEC sobre la materia, a fin de precisar criterios para comprender cuándo se está frente a gastos razonables y de buena fe.

Por de pronto, tal como ya se ha afirmado, estos gastos están autorizados siempre que se enmarquen «con la promoción, demostración o explicación de los productos o servicios de una empresa, o están relacionados con la ejecución o cumplimiento de un contrato de una empresa con un gobierno o agencia extranjera» (DOC & SEC, 2020, p. 24), excluyéndose aquellos que tengan un fin eminentemente de entretenimiento personal. Ciertamente, es una exigencia ineludible su correcto registro contable, de forma que se pueda verificar que se han llevado a cabo los debidos controles internos. Al respecto, la DOJ y la SEC han entregado una serie de orientaciones, como se indica en la propia guía, donde se determina qué tipos de gastos pueden o no ser estimados atentatorios a las disposiciones antisoborno. Es así como, por ejemplo, «los viajes y gastos para visitar instalaciones u operaciones de la empresa; viajes y gastos de formación, y actividades de demostración o promoción de productos, incluidos viajes y gastos de reuniones» (pp. 24-25), no atentan a reglas de la FCPA, siempre que —claro está— se justifiquen adecuadamente los hechos de su emisión. Los casos precedentemente expuestos pusieron en evidencia que las empresas deben ser muy cuidadosas al precisar qué clase de gastos son para así no confundirlos con los de formación o promoción.

Como puede suponerse, resulta complejo crear una lista exhaustiva de lo que se puede o no hacer, por lo que la guía de la División Criminal del DOJ norteamericano y la SEC (2020) entrega ciertas orientaciones. Así, por ejemplo, que los pagos de todos los gastos se realicen directamente a los proveedores de viajes y alojamiento, y que se presenten recibos para su reembolso; la no anticipación de fondos y que los reembolsos no se paguen en efectivo; que los estipendios sean aproximaciones razonables

8 Así señalan expresamente Carnevali y Artaza (2016): «Distinto es el caso de que tales gastos excedan los meramente necesarios para una toma de decisión informada, como, por ejemplo, gastos excesivos de entretenimiento, favores personales, productos ajenos al negocio y cuyo beneficiario sea quien debe tomar la decisión o relacionados al mismo, etc. En tales casos el gasto deja de ser necesario para la ejecución de su labor y pasan a ser un verdadero soborno para incidir en un eventual abuso del poder decisorio del funcionario» (p. 82).

a los costos en los que probablemente se incurra; que no se condicione el pago de los gastos a ninguna acción por parte del funcionario extranjero; confirmar por escrito que el pago de los gastos no es contrario a la legislación local; y que no se proporcione compensaciones adicionales, estipendios o dinero para gastos que van más allá de lo necesario para pagar los gastos reales en los que se haya incurrido (p. 25).

La guía finaliza reiterando que:

Aunque ciertos gastos tienen más probabilidades de despertar sospechas, no darán lugar a enjuiciamiento si son: (1) razonables, (2) de buena fe y (3) directamente relacionados con (4) la promoción, demostración o explicación de productos o servicios o la ejecución o cumplimiento de un contrato (p. 25).

II.2. La Bribery Act del Reino Unido

Examinada la FCPA, se verá a continuación cuáles son las reglas que sobre esta materia se disponen en la Bribery Act del Reino Unido, que data de 2010. Primeramente, cabe resaltar que por muchos años la FCPA fue el cuerpo normativo antisoborno más relevante y que recién en la década de los noventa comenzaron a dictarse instrumentos internacionales, como la Convención de la ONU de 1997 sobre cohecho a funcionarios públicos extranjeros. Desde ese momento, comenzó un proceso paulatino, pero sostenido, de incorporar disposiciones más robustas para enfrentar la corrupción en los derechos internos, pues se comenzó a tomar real conciencia de los riesgos que la corrupción representaba para el comercio, dada la mayor apertura que imponía la globalización económica⁹.

En este contexto, el Reino Unido promulgó en 2010 la Bribery Act, que es más amplia en su tratamiento que la FCPA y presenta algunas diferencias respecto al soborno extranjero, especialmente en lo que dice relación a las defensas (Richard, 2014, p. 426). Por de pronto, tal como se señaló, no se hace una distinción entre actos de corrupción públicos y privados. Asimismo, y sin entrar en mayores detalles, una las diferencias más relevantes con la FCPA es la que la Bribery Act no incorpora ninguna norma relativa a los pagos por facilitación (*facilitating or expediting payments*), así como tampoco las dos defensas afirmativas expuestas precedentemente; por el contrario, solo se incluye una defensa única para las empresas que establezcan procedimientos adecuados para evitar el soborno (Bean & MacGuidwin, 2012, pp. 323-324; Deming, 2014, pp. 142 y ss.; Loughman & Sibery, 2011, p. 876; Rohlfsen, 2012, p. 158).

9 Para más detalle, véase Carnevali y Artaza (2016, pp. 58 y ss.).

Respecto de los pagos por facilitación, no debería extrañar su exclusión pues va en la línea de lo que también ha considerado la OCDE y la cada vez menor invocación que también se observa en los Estados Unidos de la norma dispuesta en la propia FCPA. En términos de Strauss (2013), la OCDE sostiene que tales pagos pueden ser corrosivos para el Estado de derecho y para el desarrollo sustentable, especialmente de los países en desarrollo. Asimismo, este organismo asevera que una lucha efectiva contra la corrupción debería evitar la autorización de tales pagos (p. 248). A este respecto, la OCDE instruye a sus miembros a tomar medidas periódicas y revisar sus políticas relativas a tales pagos con el objeto de poder combatir efectivamente tal fenómeno. Asimismo, reconociendo Strauss que estos pagos suelen ser ilegales en los países en los que se realizan, y que en todos los casos deben ser contabilizarse con exactitud en los libros y registros financieros de dichas empresas, se incentiva a que los países miembros motiven a sus empresas para que prohíban o desincentiven este tipo de pagos (Carnevali & Artaza, 2016, p. 77).

En todo caso, el que se excluya la regulación de los pagos por facilitación —y conviene que así sea— no quiere decir que, de realizarse, deban ser estimados así, sin más, como corruptos, pues se puede estar frente a pagos realizados con el único fin de facilitar que un funcionario público ejecute las labores que corresponden a su cargo en aquellos supuestos en que, si no se lleva a cabo tal pago, la labor no podría materializarse por razones no imputables a quien paga. Precisamente, en Carnevali y Artaza (2016) se brinda un ejemplo de pago que no es corrupto:

un empresario extranjero que desea participar en el proceso de licitación para la adjudicación de un contrato con el Estado respectivo de cierta obra. Dentro del proceso requiere la certificación de haber sido acompañados en el tiempo oportuno los antecedentes necesarios. Sin embargo, el funcionario público competente no cuenta en ese momento, por falta de fondos, con la implementación para cursar tal certificado, el cual constituye un requisito esencial para poder seguir participando en el resto del proceso de licitación. Frente a dicha situación, el empresario le otorga una suma de dinero con el propósito de solucionar el problema, para así obtener en breve la certificación respectiva (pp. 77-78).

Sobre estos pagos, resulta interesante exponer los criterios de Transparency International UK (2010) contenidos en su guía de buenas prácticas, la cual señala que, aunque los pagos de facilitación son ilegales, no es seguro que se persigan los delitos, a menos que se consideren sistémicos o sintomáticos de una falta más amplia de procedimientos adecuados (p. 11). El Crown Prosecution Service tendría en cuenta aspectos como la cuantía del pago, las opciones a las que se enfrentaba el pagador, si se trataba de un incidente único o repetido, si el pago se

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOS

GIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

solicitó en circunstancias equivalentes a la extorsión y si es probable que el tribunal imponga una pena nominal. Incluso si es improbable que dichos pagos sean perseguidos en los tribunales, esta guía aconseja que, como buena práctica, las empresas prohíban los pagos de facilitación y trabajen para identificarlos y eliminarlos, si aún no lo han hecho (p. 11).

En la guía orientadora preparada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido sobre la Bribery Act (2011) se reconocen los problemas a los que se enfrentan las organizaciones comerciales en algunas partes del mundo y que la erradicación de los pagos de facilitación es un objetivo a largo plazo que requerirá progreso económico y social, así como un compromiso sostenido con el Estado de derecho allí donde el problema es más frecuente. También se expresa que es esencial la colaboración entre organismos internacionales, Gobiernos, grupos de presión contra el soborno y organizaciones sectoriales. En este sentido, se resalta que las propias empresas también tienen un papel que desempeñar mediante la selección de procedimientos de prevención del soborno (p. 18).

Tratándose de defensas, la Bribery Act (2010), tal como se ha comentado, solo dispone de una, a saber: que una organización puede demostrar que, a pesar de un caso concreto de soborno, contaba con los procedimientos adecuados para evitar que las personas asociadas con ella cometieran tales actos¹⁰.

Al respecto, en la *The Bribery Act 2010 Guidance* del Ministerio de Justicia británico de 2011 se indican seis principios rectores, sin ser prescriptivos ni conformar un documento único. Por tanto, la determinación de si una organización contaba con procedimientos adecuados para prevenir el soborno es una cuestión que solo pueden resolver los tribunales, teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias particulares. En consecuencia, será la entidad que intente acogerse a esta defensa la que deberá acreditar si contaba con procedimientos adecuados para evitar el soborno. La *Guidance* sí resalta que las desviaciones de los procedimientos sugeridos en las directrices no darán lugar por sí mismas a la presunción de que una organización no dispone de procedimientos adecuados (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2011, p. 6).

¿Cuáles son estos principios que deben seguir las organizaciones para evitar que se cometan sobornos? La guía elaborada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido (2011) dispone los siguientes principios a tener en consideración para aquellas organizaciones que operan tanto en el mercado nacional como internacional (p. 21)¹¹:

¹⁰ Véase, en particular, Bean *et al.* (2012, p. 342).

¹¹ Cada principio es comentado con casos hipotéticos, pues su propósito es ilustrar su aplicación en organizaciones pequeñas, medianas y grandes. Sobre el punto, véase Deming (2014, p. 147).

1. Procedimientos proporcionados: estos deben ser proporcionales a los riesgos de soborno a los que se enfrenta y a la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la organización comercial. Además, deben ser claros, prácticos, accesibles; y aplicarse y hacerse cumplir de forma efectiva.
2. Compromiso al más alto nivel: la alta dirección de una organización comercial se compromete a prevenir el soborno por parte de las personas relacionadas con ella. Deben fomentar una cultura dentro de la organización en la que el soborno nunca es aceptable.
3. Evaluación de riesgos: la organización comercial debe evaluar la naturaleza y el alcance de su exposición a posibles riesgos externos e internos de soborno en su nombre por parte de personas asociadas a ella. La evaluación debe ser periódica, informada y documentada.
4. Diligencia debida: se aplican procedimientos de diligencia debida, adoptando un enfoque proporcionado y basado en el riesgo con respecto a las personas que prestan o prestarán servicios para la organización o en su nombre con el fin de mitigar los riesgos de soborno identificados.
5. Comunicación y formación: tratar de garantizar que sus políticas y procedimientos de prevención del soborno se integren y comprendan en toda la organización a través de una comunicación interna y externa que incluya la formación, debiendo ser proporcional a los riesgos a los que se enfrenta.
6. Supervisión y revisión: se deben supervisar y revisar los procedimientos diseñados para evitar el soborno por parte de personas asociadas a ella y realizar mejoras cuando sea necesario.

Hay voces que, tomando como ejemplo la defensa señalada en la Bribery Act, argumentan que se elimine la dispuesta en la FCPA sobre la buena fe, pues esta última genera muchas zonas grises que ni siquiera pueden ser aclaradas por las orientaciones del DOJ y la SEC¹². Con todo, debe tenerse en consideración que tampoco podría pedirse absoluta claridad acerca de cuáles gastos son realizados de buena fe y que se excluyan expresamente algunos de la Bribery Act pues, como se desprende de la propia *Guidance* citada, los gastos de hospitalidad y la promoción de buena fe, u otros dirigidos a mejorar la imagen de una organización comercial, la presentación de los productos y servicios,

¹² Así, Richard (2014) afirma que «la FCPA no proporciona suficiente claridad a las corporaciones y al consejo corporativo. El intento de claridad de la Guía de Recursos no es suficiente. En consecuencia, Estados Unidos debería mirar a su aliado más cercano y adoptar algunas de las disposiciones de la Ley de Soborno del Reino Unido» (p. 450).

199

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOSGIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

o para establecer relaciones cordiales, se reconocen como una parte establecida e importante de hacer negocios y su criminalización no puede ser el propósito de la ley. Y es que no resulta fácil una taxatividad en este punto, por lo que se exige que sean razonables y proporcionados; esto es, que no sean gastos lujosos y extravagantes. En definitiva, que no vayan dirigidos a obtener una ventaja financiera indebida o de otro tipo para influir en el funcionario (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2011, p. 11).

III. CRITERIOS A CONSIDERAR RESPECTO DE LOS VIAJES, REGALOS Y GASTOS DE HOSPITALIDAD. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Es indudable que, en el mundo de los negocios, los gastos vinculados a cortesía y hospitalidad juegan un papel importante, ya sea para dar a conocerse y promocionar sus productos, así como en la formación de sus empleados para lograr un incremento en sus utilidades (Tillipman, 2014, p. 1). No obstante, tampoco se puede desconocer que este tipo de gastos también se pueden emplear para encubrir otros propósitos, como puede ser la obtención de ventajas indebidas que alteren las reglas que son propias de una competencia leal; es decir, que se esté frente a formas de soborno.

Atendido lo anterior, es fundamental que las organizaciones empresariales incorporen en sus programas de cumplimiento, disposiciones que den cuenta de estos gastos y de cómo disponer de procedimientos y políticas de control (Jordan, 2016, pp. 321-331). Es así, que las empresas pueden ser eficaces para regular sus propios intereses, pues son conscientes de los efectos nocivos que puede suponer la corrupción (Clark, 2013, p. 2310). Los casos expuestos, en los que se aplicaron las normas de la FCPA imponiendo multas por sumas significativas, ponen de manifiesto la importancia de precisar el propósito de los gastos y que no se dirijan a la obtención de ventajas financieras o a influir en la toma de decisiones (Transparency International UK, 2010, p. 11).

Precisamente, la comprensión en los programas de cumplimiento de procedimientos y políticas de control de estos gastos debe ir acompañada de su correcto registro contable (Tillipman, 2014, pp. 19-20). Ahora bien, resulta fundamental que las directrices y los procesos sean claros, accesibles y conocidos por los empleados de la empresa. Y es que puede ocurrir que un funcionario invitado por una empresa esté llevando a cabo negociaciones con otras divisiones de esa misma empresa y que no todos los empleados lo sepan, por lo que se debe evitar cualquier atisbo de irregularidad que pudiese dar lugar a comportamientos que lleguen a considerarse corruptos. En consecuencia, mientras más conocidas sean las directrices, menores son los riesgos que se presentan. En este sentido,

conforman un buen criterio orientador los seis principios rectores indicados en *The Bribery Act 2010 Guidance* del Ministerio de Justicia británico (2011), examinada precedentemente. Todo ello va dirigido a crear una ética en la forma de hacer negocios, tanto en la esfera pública como privada, en donde no se admiten actos de corrupción, una suerte de compromiso de tolerancia cero con todo aquello que levante sospechas de soborno.

En la medida que estos gastos vinculados a la hospitalidad sean transparentes, proporcionales, razonables y de buena fe, estando dirigidos a la promoción o formación de la empresa, no serán considerados como corruptos. Para ello, debe evitarse cualquier indicio en que se procure obtener una ventaja indebida.

Así, por ejemplo, se pueden entender como regalos aquellos bienes o servicios que son una demostración de amistad o agradecimiento, y por los que no se espera nada a cambio, con los que se procura ofrecer una demostración de futuro éxito comercial a través de la promoción de ciertos productos. Por su parte, son actos de hospitalidad aquellas manifestaciones en donde el anfitrión está presente, tales como invitaciones a comer, agasajos y asistencia a espectáculos, pues lo que se pretende es la iniciación de relaciones comerciales o la transmisión de información, y no se aprecia un propósito indebido como la obtención de ventajas comerciales o abusar de quien tiene una posición decisoria. Se ha entendido que la hospitalidad también puede estar asociada a actos de recaudación de fondos celebrados por causas nobles o de caridad, ayudando en la recaudación de fondos. Ciertamente, en la valoración de estas demostraciones de hospitalidad debe apreciarse el valor de los agasajos, su frecuencia y en qué medida dejan al receptor en una posición de obligación¹³.

Frente a lo anterior, es fundamental que la empresa oriente acerca de cuáles son los límites de gastos en los que se puede incurrir, debiendo ser estos razonables y proporcionales a lo que es adecuado a la práctica empresarial. En este sentido, también debe tenerse presente que obsequios pequeños, pero entregados reiteradamente, pueden ser considerados indebidos. Ahora bien, tampoco puede esperarse que estas directrices sean rígidas e inflexibles, pues también es preciso tener en consideración las costumbres locales y las diferencias culturales en materia de regalos y hospitalidad. En este orden de ideas, Clark (2013) pone de manifiesto que, en un contexto globalizador, establecer programas de supervisión interna que puedan estimarse aplicables a todos los países es una tarea compleja, pues aún persisten miradas diversas sobre el soborno empresarial y espacios en donde las regulaciones legales son menores

13 En estos términos, véase Transparency International UK (2010, p. 34).

201

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOS

GIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

(p. 2311). Asimismo, puede ocurrir que ciertas reglas consideradas válidas en el sector privado no lo sean en el ámbito público, al estimarse como indebidas (Tillipman, 2014, p. 26). Con todo, es fundamental disponer de políticas claras de control, tal como ya se señaló, que permitan orientar cómo se debe actuar (Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2011, p. 14).

IV. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que instrumentos normativos como la FCPA se refieren al trato que debe dispensarse respecto de los funcionarios públicos extranjeros, no se aprecian razones para que los argumentos esgrimidos y los límites establecidos no puedan también aplicarse tratándose de las relaciones que puedan darse entre privados, como lo demuestra la Bribery Act. En efecto, tal como se señaló, el fenómeno de la corrupción no está reservado exclusivamente a la esfera pública; por el contrario, ya es pacífico sostener que también puede tener lugar en las relaciones económicas y comerciales que se dan en el ámbito privado. Por tal motivo, y considerando la especial relevancia que se brinda a los gastos de hospitalidad para promocionar productos o mejorar la visibilidad de una empresa, es que estos deben encontrarse especialmente regulados en los programas de cumplimiento.

Ciertamente, no puede esperarse un tratamiento rígido que restrinja las operaciones propias del giro de una empresa, pero sí que orienten una correcta práctica comercial que disuada cualquier atisbo de procurar ventajas indebidas o abusivas. Es evidente que tanto la FCPA como la Bribery Act, pero sobre todo las guías examinadas, ofrecen una adecuada dirección en esta materia. Con todo, la mejor técnica para enfrentar los actos de corrupción es una correcta combinación entre las medidas internas que deben adoptar las empresas y las externas a través de normas legales.

REFERENCIAS

Artaza, O. (2021). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. En R. Carnevali y O. Artaza (dirs.), *Los delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada* (pp. 23-88). Valencia: Tirant lo Blanch. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992016000100011>

Artaza, O. (2019). Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 26, 1-35. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0006>

Bean, B., & MacGuidwin, E. (2012). Expansive reach-useless guidance: an introduction to the UK Bribery Act 2010. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 18(2), 323-346. <https://doi.org/10.18060/17873>

Benito, D. (2012). *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. España: Iustel. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0vh9.27>

Boedecker, K. (2010). Managing Foreign Corrupt Practices Act Risks of Gift, Travel and Entertainment Expenditures. *Economics, Law, and International Business*, (1), 1-20.

Bolea, C. (2013). El delito de corrupción privada. El bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *InDret*, 13(2), 1-29.

Boles, J. (2014). The two faces of bribery: international corruption pathways meet conflicting legislative regimes. *Michigan Journal of International Law*, 35(4), 673-713.

Carnevali, R., & Artaza O. (2016). La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 53-90. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122016000200003>

Clark, S. (2013). New solutions to the age-old problem of private-sector bribery. *Minnesota Law Review*, 97(6), 2285-2319.

Cohen, J., Holland, M., & Wolf, A. (2008). Under the FCPA, who is foreign official anyway. *Business Lawyer (ABA)*, 63(4), 1243-1274.

Crites, M. (2012). The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner's Guide. *Ohio State Law Journal*, 73(5), 1049-1068.

Deming, S. H. (2014). *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*. Nueva York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199737710.003.0006>

Earle, B., & Cava, A. (2013). When is a bribe not a bribe? A re-examination of the FCPA in light of business reality. *Indiana International & Comparative Law Review*, 23(1), 116-161. <https://doi.org/10.18060/17874>

Encinar del Pozo, M. (2016). *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Navarra: Aranzadi. <https://doi.org/10.14679/2440>

Green, S. (2013). Official and commercial bribery: should they be distinguished? En J. Horder y P. Alldridge (eds.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives* (pp. 39-65). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139088398.004>

Jordan, J. (2016). World Tours and the Summer Olympics: Recent Pitfalls under the Foreign Corrupt Practices Act in the areas of gifts, entertainment, and travel. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 21(2), 295-326.

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*, (3), 1-18. <https://doi.org/10.2307/jj.3205977>

Koehler, M. (2019). Has the FCPA been successful in achieving its objectives? *University of Illinois Law Review*, (4), 1267-1320.

Law Commission. (2008). *Reforming Bribery*. Londres: Cámara de los Comunes.

Loughman, B., & Sibery, R. (2011). *Bribery and Corruption: Navigating the Global Risks*. Kindle. <https://doi.org/10.1002/9781118386620.ch11>

Mark, G. (2012). Private FCPA enforcement. *American Business Law Journal*, 49(3), 419-506. <https://doi.org/10.1111/j.1744-1714.2012.01137.x>

Ministerio de Justicia del Reino Unido. (2011). *The Bribery Act 2010 Guidance*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d80cfc3ed915d51e9aff85a/bribery-act-2010-guidance.pdf>

Nieto Martín, A. (2003). La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho Penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, (12), 3-26.

Pacini, C. (2012). The Foreign Corrupt Practices Act: Taking a bite out of bribery in international business transactions. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 17(2), 545-589.

Richard, S. (2014). To bribe a Prince: clarifying the Foreign Corrupt Practices Act through comparisons to the United Kingdom's Bribery Act of 2010. *Boston College International & Comparative Law Review*, 37, 419-450.

Rodríguez, L., & Ossandón, M. (2021). *Delitos contra la función pública* (3.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Rohlfesen, R. (2012). Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws. *University of Chicago Legal Forum*, (1), 151-193.

Rohde, C. (2014). New Affirmative Defense to the FCPA for Countries Exiting Major Internal Strife. *Richmond Journal of Global Law & Business*, 13(3), 545-562.

Rose, C. (2015). *International anti-corruption norms*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198737216.001.0001>

Sebelius, N. (2008). Foreign Corrupt Practices Act. *The American Criminal Law Review*, 45(2), 579-606.

Shingler, E. (2013). The Foreign Corrupt Practices Act: A new approach to the reasonable and bona fide expenditure defense. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 7, 536-560.

Strauss, E. (2013). Easing out the FCPA facilitation payment exception. *Boston University Law Review*, 93(1), 235-274.

Teachout, Z. (2012). Gifts, Offices, and Corruption. *Northwestern University Law Review Colloquy*, 107, 30-54.

The Law Commission (2008). *Reforming Bribery*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7c66cfed915d6969f449dd/0928.pdf>

Tillipman, J. (2008). Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals. *Briefing Papers*, 8(10), 1-20. https://doi.org/10.1115/1.861233_fm

Tillipman, J. (2014). Gifts, hospitality & the government contractor. *Briefing Papers*, 14(7), 1-32.

Transparency International UK. (2010). *The 2010 UK Bribery Act. Adequate Procedures*. Londres.

U.S. Department of Justice (DOJ). (2004). *Disposiciones contra el soborno y sobre libros y registros de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero*. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf>

U.S. Department of Justice (DOJ), & U.S. Securities and Exchange Commission (SEC). (2020). *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (2.ª ed.). Criminal Division of the U.S. Department of Justice. <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/1292051/dl>

Warin, J., Diamant, M., & Pfenning, J. (2010). FCPA compliance in China and the gifts and hospitality challenge. *Virginia Law and Business Review*, 5(1), 33-80.

Weiss, D. (2009). The Foreign Corrupt Practices Act, SEC disgorgement of profits, and the evolving international bribery regime: Weighing proportionality, retribution, and deterrence. *Michigan Journal of International Law*, 30, 471-514.

Westbrook, A. (2011). Enthusiastic Enforcement, informal legislation: The unruly expansion of the Foreign Corrupt Practices Act. *Georgia Law Review*, 45, 489-577.

Zyla, E. (2011). Foreign Corrupt Practices Act: A brief overview. *Ankara Bar Review*, 4, 11-20.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

22 U.S. Code (Congreso [Estados Unidos], 2018). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title22/html/USCODE-2018-title22-chap7-subchapXVIII-sec288.htm>

Código Penal chileno (Gobierno [Chile], 12 de noviembre de 1874). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (ONU, 1997). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=194157>

Disposiciones contra el soborno y sobre libros y registros de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Departamento de Justicia [Estados Unidos], 4 de julio de 2004). <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf>

Foreign Corrupt Practices Act - FCPA (Department of Justice [Estados Unidos], 1977). <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

SEC en asunto Bruker Corporation (Estados Unidos, 15 de diciembre 15 de 2014). <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2014/34-73835.pdf>

SEC en asunto BHP Billiton (Estados Unidos, 20 de mayo de 2015). <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2015/34-74998.pdf>

205

REGALOS, VIAJES
Y GASTOS DE
HOSPITALIDAD.
CORRUPCIÓN PENAL
EN LA ESFERA DE
LOS NEGOCIOSGIFTS, TRAVELS
AND HOSPITALITY
EXPENSES. CRIMINAL
CORRUPTION IN THE
BUSINESS FIELD

SEC en asunto *FLIR Systems* (Estados Unidos, 8 de abril de 2015). <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2015/34-74673.pdf>

SEC v. Lucent Technologies Inc., N.º 07-cv-2301, ECF N.º 1 (Corte del Distrito de Columbia [Estados Unidos], 21 de diciembre de 2007). <https://www.sec.gov/files/litigation/complaints/2007/comp20414.pdf>

SEC v. UTStarcom, Inc., N.º CV-09-6094 (Distrito Norte de California [Estados Unidos], 31 de diciembre de 2009). <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21357.pdf>

Securities Exchange Act [Ley de Valores y Bolsa] (Congreso [Estados Unidos], 1934). <https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/regulation/nyse/sea34.pdf>

The Bribery Act 2010 (Ministerio de Justicia [Reino Unido], 2010). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

United States v. Diebold, Inc., N.º 5:13CR464 (Distrito Norte de Ohio [Estados Unidos], 22 de octubre de 2013). <http://perma.cc/F25W-7299>

United States v. Kozeny, 582 F. Supp. 2d 535, 537-40 (Corte de Nueva York [Estados Unidos], 2008).

Recibido: 14/03/2024
Aprobado: 07/08/2024



Disparidad de consumidores y sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad para una relectura de la política de evaluación de solvencia*

Disparity of Consumers and Over-Indebtedness As A Situation of Hypervulnerability for A Re-Reading of Solvency Assessment Policy

MIGUEL ÁNGEL ALARCÓN CAÑUTA**

Universidad Arturo Prat (Chile)

Resumen: La evaluación de solvencia, como herramienta para la prevención del sobreendeudamiento del consumidor, mantiene el paradigma del consumidor medio en su operatividad. Este trabajo pretende aportar una relectura de la política de evaluación de solvencia, más allá del paradigma del consumidor medio. El desarrollo argumental permite concluir que la constatación de la existencia de una disparidad de tipos de consumidores y la consideración del sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad obliga al diseñador de la política de prevención a considerar un alto grado de protección de los intereses del consumidor ante el riesgo de crisis económico-financiera, así como a una evaluación de solvencia con perspectiva holística y con enfoque diferencial para apreciar el riesgo de crisis económico-financiera y los efectos que genera, poniendo atención en el conjunto de circunstancias particulares y contextuales de la persona.

Palabras clave: Tipos de consumidores, sobreendeudamiento, hipervulnerabilidad, evaluación de solvencia, holismo

Abstract: The solvency assessment, as a tool for the prevention of consumer over-indebtedness, maintains the paradigm of the average consumer in the way of operating. This paper aims to provide a re-reading of the solvency assessment policy, beyond the paradigm of the average consumer. The argumentative development allows concluding that the finding of the existence of a disparity of types of consumers and the consideration of over-indebtedness as a situation of hypervulnerability obliges the designer of the prevention policy to consider a high degree of protection of the consumer's interests before the risk of economic-financial crisis, and to a solvency evaluation with a holistic perspective and with a differential approach to appreciate the risk of economic-financial crisis and the effects it generates,

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt de Iniciación N.° 11221158, en el cual el autor es investigador responsable. Mis agradecimientos a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile.

** Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Arturo Prat (Chile). Abogado por la Universidad Católica de Temuco (Chile) y doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España).

Código ORCID: 0000-0002-3284-0966. Correo electrónico: mialarco@unap.cl

paying attention to the set of particular and contextual circumstances of the person.

Keywords: Types of consumers, over-indebtedness, hypervulnerability, solvency assessment, holism

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EVALUACIÓN DE SOLVENCIA Y MANTENIMIENTO DEL PARADIGMA DE LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR MEDIO.- II.1. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA FORMA DE OPERAR DE LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA.- II.2. LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA DESDE LA TEORÍA DEL COMPORTAMIENTO.- III. CONSTATAción DE UNA DISPARIDAD DE TIPOS DE CONSUMIDORES.- III.1. DISPARIDAD DE CONSUMIDORES EN FUNCIÓN DE LA SITUACIÓN DE SOBREENDEUDAMIENTO.- III.2. DIVERSIDAD DE CIRCUNSTANCIAS INDIVIDUALES COMO BASE DE LA DISPARIDAD.- III.3. LA INCIDENCIA DE ELEMENTOS EXTERNOS EN EL PROCESO DE DECISIÓN.- IV. SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD.- IV.1. LA HIPERVULNERABILIDAD.- IV.2. FRAGILIDAD FINANCIERA COMO ANTESALA DE LA CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA.- IV.3. SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD.- V. RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA ANTE LA DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y EL SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD.- V.1. ENFOQUE HOLÍSTICO Y DIFERENCIAL EN LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN ANTE UNA DISPARIDAD DE CONSUMIDORES.- V.2. SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD Y SU INFLUENCIA EN EL CRITERIO PARA EVALUAR LA SOLVENCIA ANTE RIESGO DE SOBREENDEUDAMIENTO.- V.3. RESPECTO DE LA ENTREGA DE INFORMACIÓN DEL RESULTADO DE LA EVALUACIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El sobreendeudamiento afecta tanto al individuo como a la sociedad (Huls, 1997, pp. 144-145; Buyon & Musmeci, 2016, p. 4; Lea, 2021, p. 147).

Una normativa para la prevención del sobreendeudamiento y la insolvencia del consumidor se justifica por las consecuencias que el estado de crisis económico-financiero conlleva. La exclusión social y económica (Anderloni & Vandone, 2010, p. 4) inciden en la imposibilidad de acceder a recursos para su subsistencia y la de sus familias, convirtiéndolos en acreedores de recursos sociales, agravando el déficit público con riesgo de inestabilidad financiera (Buyon & Musmeci, 2016, p. 39) y extrayendo a la persona del mercado de consumo como sujeto que impulsa el crecimiento económico. La prevención del sobreendeudamiento privado implica atacar el endeudamiento público (Huls, 1997, p. 145) y prevenir que los individuos sean excluidos del consumo (Piepoli, 2013, p. 38). Por otro

lado, la justificación se encuentra en las consecuencias subyacentes a la crisis económico-financiera: el impacto en las circunstancias personales y familiares del consumidor (Jackson, 1985, p. 1447; Warren, 1997, p. 92; Caballero, 2018, p. 139).

De esta forma, el sobreendeudamiento es un problema de política pública (Lea, 2021, p. 167; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Protección de los consumidores, 2014, considerando 2.3.) que requiere fórmulas jurídicas para afrontarlo y prevenirlo (Comité Económico y Social Europeo, 2014, considerandos 2.7 y 4.1.1; Kholodilin & Ulbricht, 2017, p. 1).

A nivel teórico, la prevención del sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores puede abordarse desde dos perspectivas: desde la actividad del prestamista, existen medidas vinculadas al préstamo responsable que incorporan obligaciones precontractuales (Hernández, 2014), como el deber de evaluar la solvencia del consumidor; mientras que desde la perspectiva del consumidor, existen medidas asociadas al consumo responsable (Bozzo *et al.*, 2020, pp. 14-22; Bozzo, 2020, pp. 174 y ss.), como la información precontractual y la educación financiera (Anderloni & Vandone, 2010, p. 6). Finalmente, la información, en la práctica, es beneficiosa para ambos¹.

Al respecto, la forma de operar de los mecanismos de prevención del sobreendeudamiento se encuentra en el paradigma de la información precontractual al consumidor medio (Pellecchia, 2016, p. 208; Anderloni & Vandone, 2010, p. 10). El paradigma considera que los consumidores son iguales debido a una igual capacidad de todos para decidir la mejor opción de endeudamiento con información estándar (Williams, 2007, p. 232). Sin embargo, el enfoque de la teoría de la elección racional elude el contexto real de endeudamiento de los consumidores porque no considera si el endeudamiento se debe a una elección real de la persona (Reifner & Herwig, 2003, pp. 127-129) o a otros factores, no reconociendo las presiones o influencias creadas por la relación del consumidor con los demás individuos y las instituciones sociales con las que interactúa en su vida cotidiana (Brown, 2019, p. 14). Luego, la noción económica de sobreendeudamiento considera preponderante el aspecto económico-financiero del individuo, sin considerar en la política de prevención su carácter multicausal (Korcak, 2017, p. 51; Ruz, 2017, p. 486).

Todo lo anterior tiene como consecuencia que: primero, las formas de prevención del sobreendeudamiento se estandaricen y, segundo, que

1 Según el modelo, la información puede considerarse necesaria para facilitar la labor del prestamista y responsabilizarle, o para mitigar la predisposición al riesgo del consumidor que se endeuda. Se puede encontrar un argumento que permite reafirmar esta consideración en Collado (2019, p. 124).

no consideren todos los elementos o factores que pueden incidir en el sobreendeudamiento de una persona.

En este contexto, la pregunta es: ¿cómo traspasar el paradigma de la información al consumidor medio para una prevención del sobreendeudamiento? El presente trabajo pretende contribuir en una relectura de la política de prevención del sobreendeudamiento a través de la introducción y discusión de dos ideas a modo de hipótesis. Primero, que el reconocimiento de los contextos circunstanciales del individuo, y recientemente la noción de hipervulnerabilidad, determinan una disparidad de tipos de consumidores en que la información estándar no siempre permitirá alcanzar el objetivo de la mejor decisión de endeudamiento. Segundo, que el reconocimiento de las especiales consecuencias que genera el sobreendeudamiento en la persona natural conlleva apreciarlo como una situación de hipervulnerabilidad que exige poner especial atención en el diseño de la política de prevención ante una diversidad de circunstancias de fragilidad financiera que presentan riesgo de sobreendeudamiento. En conjunto, el reconocimiento de tales consideraciones introduce una perspectiva diferente de protección de los intereses del consumidor, que va más allá del paradigma del consumidor medio y presenta consecuencias prácticas a nivel de herramientas jurídicas destinadas a la prevención del sobreendeudamiento.

Así, el trabajo introduce argumentos para constatar las hipótesis y, a partir de allí, analiza algunas de las consecuencias prácticas que ello genera en la política de prevención del sobreendeudamiento, con foco especial en la evaluación de solvencia del consumidor por el prestamista, considerando su relevancia como mecanismo de prevención² y su reciente incorporación en el ordenamiento chileno.

Para lo anterior, el trabajo utiliza un método dogmático basado en el estudio documental de fuentes doctrinales y normativas. Si bien contiene referencias al derecho comunitario europeo, así como al derecho chileno —debido a lo reciente de su normativa y a la historia del establecimiento del actual modelo económico³—, no se basa en un análisis comparado donde las referencias a los ordenamientos buscan orientar al lector. Por otro lado, atendido el objetivo del trabajo, no pretende profundizar en el estudio dogmático de la herramienta de evaluación de solvencia, siendo relevante para este estudio la forma en que el mecanismo opera en consonancia con el paradigma de la información al consumidor medio.

2 Sobre la importancia del reequilibrio de la responsabilidad en el incumplimiento entre deudor y acreedor, véase Goldenberg (2017, pp. 82 y ss.; 2021, pp. 193 y ss.), y Bozzo y Goldenberg (2024, p. 495).

3 Descrito por Van Bavel y Sell-Trujillo (2003, pp. 346 y ss.).

La sección II describe la forma de operar de la evaluación de solvencia en el contexto europeo y chileno como mecanismo que mantiene el paradigma de la información al consumidor medio. La sección III da cuenta de los factores que inciden en el sobreendeudamiento del consumidor, constatando que una disparidad de tipos de consumidores obedece a supuestos que van más allá de aspectos interno-psicológicos, siendo necesario poner atención en aspectos externos, contextuales o ambientales. La sección IV argumenta que el sobreendeudamiento es una situación de hipervulnerabilidad circunstancial en la que, constituyéndose las circunstancias de fragilidad financiera en su antesala, requiere que la política de prevención ponga atención en las diversas situaciones que producen riesgo de sobreendeudamiento. La sección V analiza las consecuencias prácticas de la relación entre el sobreendeudamiento como condición de hipervulnerabilidad y la política de prevención del sobreendeudamiento que reconoce la existencia de una disparidad de consumidores, con foco en una evaluación de solvencia realizada de manera holística y con enfoque diferencial.

II. EVALUACIÓN DE SOLVENCIA Y MANTENIMIENTO DEL PARADIGMA DE LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR MEDIO

II.1. Breve descripción de la forma de operar de la evaluación de solvencia

La evaluación de solvencia del consumidor por el prestamista es una institución reciente. En la Unión Europea (UE) se incorporó con las Directivas de Crédito al Consumo (Directiva 2008/48/CE, 2008⁴; Directiva 2023/2225/UE⁵)⁶ y de Préstamos Hipotecarios (Directiva 2014/17/UE, 2014)⁷. En Chile, la Ley 21.398 de 2021 la incorporó en la Ley 19.496 de 1997, Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (en adelante, LPDC)⁸, a través de un nuevo artículo 17 N, desarrollado por el Reglamento sobre Análisis de Solvencia Económica e Información a los Consumidores (en adelante, el Reglamento [Decreto 53, 2023]), que regula la forma en que se efectuará la evaluación y la entrega del resultado.

La evaluación de solvencia pretende responsabilizar a los prestamistas y prevenir la concesión de crédito a consumidores insolventes (CA *Consumer Finance c. Ingrid Bakkaus y otros*, 2014, considerando 35;

4 En adelante, «Directiva de 2008».

5 En adelante, «Directiva de 2023».

6 La Directiva 2008/48/CE introdujo el término, siendo derogada por la Directiva de 2023.

7 En adelante, «Directiva de 2014».

8 Sobre la historia en relación con la introducción del deber en el ordenamiento chileno, véase Alarcón (2023a, pp. 488 y ss.), y Bozzo y Goldenberg (2024, pp. 486 y ss.).

OPR-*Finance* c. GK, 2020, considerandos 20-21). Como fundamento de la institución, doctrina reciente da cuenta del principio de préstamo responsable⁹ como base de un conjunto de deberes del prestamista frente a los intereses del consumidor (Collado, 2019, pp. 96, 102 y ss.; Bozzo, 2020, p. 101; Goldenberg, 2021, pp. 216-280 y ss.; Barrientos & Bozzo, 2021, p. 700; Barrientos, 2022, p. 5; Bozzo & Goldenberg, 2024, pp. 488 y 492), explicando su origen y fundamento (Collado, 2019, pp. 101 y ss.; Alarcón, 2023a, pp. 478 y ss.), planteando sus alcances (Collado, 2019, pp. 128 y ss.; Bozzo, 2020, p. 176) y argumentando su existencia (Zúñiga, 2022, pp. 110 y ss.).

Conceptualmente, aunque algunos ordenamientos utilizan la expresión «análisis de solvencia» (LPDC, art. 17 N)¹⁰ y otros el término *creditworthiness assess*¹¹, el significado de ambas, que consideraremos para este estudio al referirnos a la expresión utilizada en la legislación chilena, es una evaluación de la capacidad económico-financiera actual y de sus perspectivas de evolución futura (Peña *et al.*, 2018, p. 159; Cuena, 2017, p. 2880; Sáenz, 2017, p. 3268) que permite valorar la capacidad del deudor para cumplir con el pago del crédito (Bozzo & Goldenberg, 2024, p. 488; *Nárokuj* c. *EC Financial Services*, 2024, considerando 35).

Si bien el tema de la evaluación de solvencia aborda cuestiones como su justificación en el préstamo responsable, las fuentes de información para realizar la evaluación (Peña *et al.*, 2018, pp. 161 y ss.; Collado, 2019, pp. 180 y ss.), la denegación del crédito en caso de evaluación negativa (Alarcón, 2023a, pp. 503 y ss.), las sanciones por incumplimiento del deber (Alarcón, 2023a, pp. 506 y ss.; Bozzo & Goldenberg, 2024, pp. 507 y ss.) y la responsabilidad civil que puede derivarse (European Commission, 2023, pp. 208 y ss.; Alarcón, 2023b), entre otras (Barrientos & Bozzo, 2021; Alarcón, 2022; Alarcón, 2023a; Alarcón, 2023b; Bozzo & Goldenberg, 2024), para este trabajo nos interesa la forma en que opera en la práctica.

En la UE, la Directiva de 2023 y la Directiva de 2014 contienen un deber de evaluar la solvencia del consumidor en profundidad¹² a través de información suficiente y proporcionada sobre los ingresos, gastos y otras circunstancias financieras y económicas del consumidor (Peña *et al.*, 2018, p. 160)¹³. En Chile, el artículo 17 N LPDC establece un deber

9 No siendo el objetivo del trabajo analizar el préstamo responsable, se pueden encontrar planteamientos sobre su concepto, sus objetivos y consecuencias en Reifner (2018), Collado (2019, pp. 102 y ss.), Cherednychenko y Meindertsma (2019, pp. 485 y ss.), Goldenberg (2021, p. 216), Barrientos y Bozzo (2021, p. 700), Barrientos (2022, p. 5), Alarcón (2023a, pp. 478 y ss.), y Bozzo y Goldenberg (2024, pp. 490-491).

10 Seguimos, en este caso, la traducción al castellano de las Directivas de 2008, 2014 y 2023.

11 De acuerdo con la versión en inglés de las Directivas europeas.

12 La Directiva de 2008 contempla en el artículo 8 un deber de evaluación de solvencia respecto del que se ha referido una menor intensidad (Pellecchia, 2016, p. 209; Cherednychenko, 2024, p. 252).

13 Dicho deber está plasmado en los artículos 18 y 18.1 de las Directivas, respectivamente, y en relación con el artículo 20.1.

de «evaluación de la solvencia económica» del consumidor, con base en información suficiente obtenida por medios oficiales para tal efecto.

A partir de ello, el análisis se corresponde con una evaluación económico-financiera de las circunstancias del consumidor. Ello es corroborado por los considerandos 55 de la Directiva de 2023 y 55 de la Directiva de 2014, que plantean que la evaluación debe tomar en consideración factores relevantes del aspecto económico de la persona, como el enfoque deuda-ingresos (European Commission, 2023, p. 206)¹⁴. Por su parte, el artículo 4 del Reglamento chileno (2023) señala que el análisis considerará a lo menos los ingresos presentes y previsibles; así como, de manera facultativa, la situación de empleo, patrimonio, ahorro, gastos fijos, nivel de endeudamiento, y existencia y calidad de garantías, entre otras condiciones objetivas.

Una vez realizada la evaluación, el artículo 17 N LPDC establece que el prestamista debe informar al consumidor el resultado y entregarle información específica de la operación de que se trate. Según el Reglamento (2023, art. 7), la entrega de la información se realiza a través de un formulario, en el que se presenta al consumidor una indicación de aprobación o rechazo del crédito, constando el resultado de la evaluación de manera genérica (Hernández, 2014, p. 124).

En la UE, aunque no lo plantean expresamente, el artículo 10.1 de la Directiva de 2023 y el artículo 14.1 de la Directiva de 2014 contienen un deber de entrega de información relativa al resultado de la evaluación desde que señalan que el prestamista deberá proporcionar información precontractual a fin de que el consumidor tome una decisión informada sobre la conveniencia de celebrar un contrato de crédito. En el contexto de la evaluación de solvencia, la conveniencia a la que alude la norma se aprecia en las eventuales consecuencias que el contrato generará para el consumidor al observar el resultado de la evaluación (Addante, 2022, p. 941).

En este contexto, tanto en Chile como en el ámbito europeo, si la contratación puede celebrarse a pesar de una evaluación con resultado negativo (Cuenca, 2014, pp. 75-76; Montinaro, 2015, p. 818; Cuenca, 2017, p. 2895; Álvarez, 2018, p. 99; Bozzo & Goldenberg, 2024, p. 498), la entrega de información relativa al resultado es coherente y necesaria, puesto que contribuye a que el consumidor cuente con información que le permitirá contratar con mayor conocimiento de las consecuencias del contrato (Montinaro, 2015, pp. 799 y 819; Franchi, 2021, pp. 516-517). Además, el principio de buena fe obliga al prestamista a abstenerse de

213

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIADISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

14 La valoración eminentemente económica se confirma por las Directrices sobre Concesión y Supervisión de Préstamos, que en su apartado 5.1. indican las fuentes de información económica para el consumidor (Guidelines on loan origination and monitoring, 2020, p. 33).

conductas reticentes y a informar a la contraparte cualquier dato relevante conocido o posible de conocer (Montinaro, 2015, pp. 799 y 804).

De esta forma, tanto en Chile como en el ámbito europeo, la funcionalidad de la herramienta reside en la entrega de información del resultado de la evaluación de solvencia al consumidor para que este, considerándola, decida la conveniencia de la contratación.

II.2. La evaluación de solvencia desde la teoría del comportamiento

El paradigma de la información al consumidor medio tiene como fundamento el individualismo metodológico que, en términos de decisiones, se manifiesta en la teoría de la elección racional. La acción humana se describe como el resultado de un procedimiento lógico de selección en el que, considerando todas las alternativas posibles y relevantes, el agente elige la mejor (Elster, 1988, pp. 54 y 62; Mitchell, 2014, p. 169). La ordenación de las preferencias es coherente y completa, pues el individuo dispone —o debería disponer— de la información óptima para decidir (Williams, 2007, p. 232; Mak & Braspenning, 2012, p. 309; De Jonge, 2012, pp. 7-8).

La economía conductual (*behavioral economics*) ha dado cuenta de los sesgos y heurísticas en las decisiones que conducen a resultados subóptimos (Mak & Braspenning, 2012, p. 323), surgiendo como escape a la negación de aspectos psicológicos en las decisiones humanas (Mitchell, 2014, pp. 167-168). Sin embargo, el parámetro de análisis de la adecuación de la decisión permanece en una conducta determinada por la teoría de la elección racional (Tversky & Kahneman, 1986, pp. 272 y ss.; Baron, 2014, p. 4). Así, cuando hablamos de racionalidad imperfecta, lo es al tomar como referencia una decisión desde los parámetros de la elección racional (Baron, 2014, p. 4; De Jonge, 2012, pp. 43-45; Korczak, 2017, p. 58).

Llevando lo anterior al ámbito de la protección de consumidores, en la configuración de las herramientas para afrontar el sobreendeudamiento el paradigma sigue siendo el de la información al consumidor medio (Hernández, 2014, pp. 43 y 164; Brown, 2019, p. 13), donde todo consumidor tiene capacidad para prever las consecuencias de sus decisiones al contar con información óptima (Oehler & Wendt, 2017; Collado, 2019, p. 84), tomando una decisión de endeudamiento conveniente para sus intereses (Bailloux, 2017, p. 173; Goldenberg, 2019, p. 9; Franchi, 2021, p. 502).

Lo anterior se aprecia en la evaluación de solvencia de las Directivas europeas y la LPDC chilena. Respecto de la Directiva de 2008, se ha señalado que refleja abiertamente el paradigma de la información al

consumidor promedio (Cherednychenko, 2024, p. 242). Luego, en la Directiva de 2014, la Directiva de 2023 y el artículo 17 N LPDC, la normativa mantiene la entrega de información con el resultado de la evaluación como elemento central de protección al consumidor en la herramienta.

En la práctica, la integración del paradigma del consumidor medio en la formulación de la herramienta tiene como consecuencia que su aplicación se estandarice a través de una evaluación en función de un aspecto objetivo de la persona, como es el económico-financiero; y a través de la entrega de información mediante un formulario a un tipo de consumidor, del que se subentiende una capacidad de comprensión del resultado de la evaluación y sus alcances para decidir la conveniencia de la contratación.

III. CONSTATACIÓN DE UNA DISPARIDAD DE TIPOS DE CONSUMIDORES

El paradigma de la información al consumidor medio presenta dos consecuencias negativas en la política de protección del consumidor. Por un lado, elude el contexto real de endeudamiento porque no considera si se debe a una elección real de la persona (Reifner & Herwig, 2003, pp. 127-129) o a otros factores, no reconociendo las influencias creadas por la relación del consumidor con los demás individuos y las instituciones sociales con las que interactúa en su vida cotidiana (Brown, 2019, p. 14), que inciden en la decisión de contratación (Collado, 2019, p. 88). Por otro, instituye una estructura o identidad social que se forma y opera como un constructo funcional e ideológico que moldea las elecciones individuales (Fineman, 2017, pp. 142-143) dentro del colectivo de consumidores sin considerar la inserción del individuo en el espectro social, fomentándose desigualdades bajo una supuesta meritocracia en el mercado (Fineman, 2010, p. 251)¹⁵.

La consecuencia de ello es tanto una estandarización del consumidor (Goldenberg, 2020a, p. 820) y, por tanto, de las herramientas destinadas a su protección, como una falta de consideración de todos los elementos o factores que pueden incidir en el problema del sobreendeudamiento. Ante ello, la pregunta es si los factores que inciden en la crisis económico-financiera de la persona natural determinan una disparidad de consumidores a la que es necesario poner atención, más allá del paradigma del consumidor medio.

¹⁵ En la lógica del paradigma de la información al consumidor medio, De la Maza (2015) señala que el problema de los deberes de información «no es únicamente que no funcionen sino que, además, provocan la falsa impresión de que el problema ya ha sido solucionado, por lo mismo, obstaculizan el desarrollo de soluciones legales que logren enfrentar adecuadamente la situación» (p. 395).

III.1. Disparidad de consumidores en función de la situación de sobreendeudamiento

Las causas del sobreendeudamiento se vinculan con créditos hipotecarios, créditos de consumo con entidades financieras, deudas por uso de tarjetas de crédito en el comercio minorista (Goldenberg, 2017, pp. 56-57; Caballero, 2018, p. 135), cobertura de necesidades básicas (Ruz, 2017, p. 484), préstamos educacionales (Goldenberg, 2020, p. 5), un fácil otorgamiento de crédito por las instituciones financieras (Ruz, 2017, p. 502; Ruz, 2018, p. 586) o prácticas usureras de prestamistas informales. Además, por la práctica arraigada por el sistema económico, que incentiva el financiamiento del consumo —la cultura del endeudamiento— (Lea *et al.*, 1995, p. 682) como fuente de desarrollo económico, estatus (Denegri *et al.*, 2012, p. 498; Lea *et al.*, 1995, pp. 683-684; Van Bavel & Sell-Trujillo, 2003, p. 356) y sustituto del bienestar social (Pérez-Roa & Gómez, 2019, p. 3; Van Bavel & Sell-Trujillo, 2003, pp. 357-358) a través de una financiarización de la vida (Marambio, 2018, pp. 81-82; Pérez-Roa & Gómez, 2019, pp. 3 y ss.), campañas publicitarias agresivas y engañosas (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Protección de los consumidores, considerando 2.12), el sistema crediticio y el endeudamiento.

Aunque, en términos generales, el sobreendeudamiento puede ser activo o pasivo (Anderloni & Vandone, 2010, p. 2; Ruz, 2017, p. 495; Collado, 2019, p. 75; Bozzo, 2020, p. 164), un número reducido de casos se debe a conducta negligente o de mala fe del futuro deudor (Stephan, 2012, p. 86; Caballero, 2018, p. 137), punto confirmado empíricamente por Peters *et al.* (2023, p. 41). Por un lado, sus causas se encuentran en circunstancias que pueden depender o no del deudor, pero que surgen de forma imprevisible o motivadas por circunstancias vitales particulares¹⁶; por otro, se vinculan a una conducta negligente o de mala fe del prestamista (Buyon & Musmeci, 2016, p. 3; Arroyo, 2018, pp. 149 y 159; European Commission, 2023, pp. 171 y ss.).

En este contexto, parte de la doctrina alemana clasifica a los deudores en función de circunstancias propias que rodean su estado de sobreendeudamiento e insolvencia, y de las posibilidades que tienen de volver a endeudarse tras un procedimiento concursal (Hergenröder & Homman, 2013, p. 130; Lechner, 2010, pp. 67 y ss.; Stephan, 2011, p. 118). Con base en ello, las causas del sobreendeudamiento en un primer grupo se relacionan con comportamientos evitables; en un segundo grupo, con acontecimientos imprevisibles; y, en un tercero, con otras causas, en el que no está claro hasta qué punto las personas influyen en su propia situación de sobreendeudamiento (Peters *et al.*, 2023, pp. 40-41).

¹⁶ Sobre el bajo capital social como riesgo de endeudamiento, véase Lea (2021, p. 156).

Otros han establecido que el modelo neoliberal imperante desde los años setenta ha influido en la psicología y el espectro social del consumidor mediante la gubernamentalidad financiera del endeudamiento (González, 2018, pp. 883 y ss.; Hernández, 2018, pp. 390 y ss.), donde el locus de control influye en la aceptación o tolerancia del endeudamiento (Lea *et al.*, 1995, p. 684; Tokunaga, 1992, p. 288) y donde la actitud positiva del consumidor hacia el endeudamiento estaría influenciada por la propia actividad de consumo, en la medida en que la sociedad acepta que el endeudamiento es un componente clave del estilo de vida financiero de los consumidores (Denegri *et al.*, 2012, p. 498). Así, se argumenta sobre el impacto del modelo económico en la construcción de mentalidades e imaginarios que orientan o ajustan el comportamiento personal y colectivo (Denegri *et al.*, 2012, p. 506). Finalmente, el sobreendeudamiento se entiende como un fenómeno multidisciplinar (Ruz, 2017, pp. 486 y 496).

III.2. Diversidad de circunstancias individuales como base de la disparidad

Las características de la persona son naturalmente propicias para el sobreendeudamiento. Se ha descubierto que existen factores sociales y psicológicos asociados a altos niveles de endeudamiento (Lea *et al.*, 1995, p. 682). La psicología que subyace al comportamiento se rige por el impulso más que por la reflexión (Kahneman, 2003; Kacen & Lee, 2002, pp. 163-164; Lea, 2021, pp. 157-158; O'Ghinn & Faber, 1989, p. 148; Tokunaga, 1993, p. 287), donde la persona se endeuda sin tener en cuenta las consecuencias del endeudamiento (O'Ghinn & Faber, 1989, pp. 147-155) debido a su incapacidad inherente para controlar los impulsos y su tendencia a subestimar los riesgos que implica el crédito (Jackson, 1985, p. 1410; Kacen & Lee, 2002, p. 164), lo que le priva de una ponderación de las consecuencias sobre los intereses individuales a largo plazo (Jackson, 1985, p. 1408; Rutledge, 2010, p. 13; Anderloni & Vandone, 2010, p. 3; Denegri *et al.*, 2012, pp. 505-506).

Junto a esta variable interna-psicológica, que puede ser influenciada por aspectos socioculturales y económicos del entorno (Alves, 2018, p. 593), existen otras variables internas relacionadas con circunstancias de vida de la persona, a saber: sociales, laborales, culturales, étnicas, educativas y de salud, entre otras. En este contexto, se ha establecido una relación inversamente proporcional entre la existencia de capital social y el riesgo de insolvencia (Agarwal *et al.*, 2011). Por último, existen factores externos al individuo, derivados de riesgos de la vida moderna, como accidentes, enfermedades, desastres naturales y crisis económicas (Fineman, 2015, p. 109; Korczak, 2017).

217

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREENDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIA

DISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

Respecto de las variables internas relacionadas con aspectos de vida, la noción de consumidor hipervulnerable se basa recientemente en la existencia de diferentes circunstancias de vida, identificando a determinados consumidores en un tiempo y lugar específicos en condiciones (Baker *et al.*, 2005, p. 2) que requieren una protección especial por el ordenamiento jurídico (Resolución del Mercosur N.º 11/21, 2021, art. 2; Goldenberg, 2020a, pp. 818-819; Isler, 2022, pp. 19-20). Su justificación se encuentra en la igualdad material y en la prohibición de la discriminación arbitraria, donde, reconociéndose diferencias entre los individuos derivadas de su forma de ser y de su inserción en las relaciones e instituciones sociales, se establecen acciones para mitigar una situación desventajosa generada por la desigualdad intrínseca (Fineman, 2015, p. 104; Brown, 2019, p. 12).

A modo de ejemplo, podemos encontrar personas de distinto género, diferentes grupos de edad (Lea, 2021, pp. 161 y ss.), personas que padecen algún tipo de discapacidad mental o física, personas con diferentes niveles de educación¹⁷, personas con diferentes creencias culturales o que pertenecen a un pueblo originario¹⁸, y personas afectadas en distinto grado por un problema económico-financiero, entre otras¹⁹.

Todo lo anterior muestra la existencia de una diversidad y disparidad de tipos de consumidores según las características o circunstancias internas que poseen, que pueden corresponder a un aspecto eminentemente psicológico, pero también a otros elementos de vida que inciden en el sobreendeudamiento (Brown, 2019, p. 15; Fineman, 2015, p. 104).

III.3. La incidencia de elementos externos en el proceso de decisión

Según la teoría de la vulnerabilidad, la posibilidad de generar una vulnerabilidad diferente en cada individuo también pasa por ser seres integrados en relaciones sociales (Fineman, 2010, pp. 268-269; Fineman, 2015, p. 111).

Sin desconocer la incidencia de factores internos (Anderloni & Vandone, 2010, p. 6), la teoría social reconoce una explicación externalista, en la que el contexto ambiental del individuo también influye en sus decisiones, derivándose las preferencias de su ubicación en una estructura social que ejerce restricciones sobre su acción (Satz & Ferejohn, 1994, pp. 72 y 84). Desde el holismo metodológico como contrapuesto al individualismo metodológico —que, según señalamos,

17 La disparidad de habilidades y conocimientos impide un buen resultado de un marco estándar de educación financiera (Mak & Braspenning, 2012, p. 326).

18 La Ley 19.253 (1999) reconoce nueve pueblos originarios.

19 Se puede encontrar una lista no taxativa en el artículo 2 de la Resolución Mercosur (2021) y en los puntos 21 y siguientes de la European Parliament Resolution sobre sectores especialmente problemáticos (2012).

justifica la teoría de la elección racional y, por tanto, el paradigma de la información al consumidor medio—, el contexto social influye en el comportamiento individual (Agassi, 1975, p. 146; De Jonge, 2012, p. 122; Schlabs, 2012, p. 54). Así, el comportamiento del consumidor es el resultado de influencias endógenas y exógenas (Bruneau *et al.*, 2009, p. 115).

En este contexto, el modelo de análisis situacional postula que la acción es una respuesta racional o lógica al entorno situacional en el que se encuentra el agente, tal y como él lo ve, donde el contexto en que se encuentra suele estar formado por una tradición, procedimientos y/o prácticas, y que incluso el significado de las acciones forma parte de la situación tal y cómo él la percibe (Farr, 1985, p. 1088; Frederick, 2012, p. 62; De Jonge, 2012, p. 110).

A partir de esto, surge la cuestión sobre la delimitación de los elementos que podrían formar parte de estas tradiciones y significados, y que influirían en la decisión.

La cultura, como conjunto de ideas, tradiciones, costumbres, conocimientos y significados (Bruneau *et al.*, 2009, p. 115), puede ser entendida como un ambiente para considerarla en la delimitación del contexto en el que un individuo se encuentra. Desde la teoría del individualismo institucional se ha sugerido que la existencia de instituciones puede considerarse una circunstancia relevante que determina la conducta del individuo (Agassi, 1975, p. 153), donde la cultura sería la influencia externa más fundamental e intensa sobre su comportamiento (Bruneau *et al.*, 2009, p. 115). En este contexto, algunos estudios muestran que la orientación social (independencia frente a interdependencia) que la cultura ejerce sobre un grupo de individuos, incluso dentro de un mismo entorno geográfico, influye en las diferencias de los estilos cognitivos (Varnum *et al.*, 2010, pp. 11 y ss.), de forma que los valores y las experiencias culturales modelan los procesos cognitivos, influyendo en el pensamiento y la actitud de la persona (Park & Huang, 2019, pp. 392 y 399).

De esta forma, en el sobreendeudamiento no solo inciden circunstancias internas del individuo, sino también externas, contextuales o ambientales que influyen en la decisión. A partir de ello, el sobreendeudamiento debe ser entendido como un concepto holístico complejo (Korczak, 2017, p. 51) y, por tanto, los mecanismos tendentes a su prevención deben considerar esta multiplicidad de factores.

219

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIA

DISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

IV. SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD

La doctrina define el sobreendeudamiento como el estado patrimonial en el que la persona presenta un alto porcentaje de ingresos comprometido para el pago de sus obligaciones (Anderloni & Vandone, 2010, p. 2; Buyon & Musmeci, 2016, p. 2; Korczak, 2017, pp. 51-52; Collado, 2019, p. 75). Aunque estudios han mostrado las consecuencias psicológicas que presenta en la persona natural (García, 1999, p. 148; Bridges & Disney, 2010, p. 392), y a pesar de que, como hemos constatado en el apartado anterior, existen factores internos y externos del individuo que inciden en su decisión, es la definición económica antes señalada la que tradicionalmente se utiliza para enfrentar el problema, sea a través de su prevención o de su tratamiento. Luego, la definición económica considera de manera preponderante el aspecto económico-financiero del individuo y, en materia de prevención, las herramientas inmersas en la política son comprensivas de esta característica, enfocándose especialmente en aspectos económico-financieros de la persona al momento de diseñarse, implementarse y aplicarse.

Ahora bien, considerando que el reconocimiento de la disparidad de consumidores admite la multiplicidad de factores que inciden en el sobreendeudamiento, la política de prevención debe considerarlos, lo que no parece lograrse desde la comprensión tradicional del sobreendeudamiento como un estado económico-financiero.

Dicho lo anterior, creemos que una relectura del sobreendeudamiento asociado a la idea de hipervulnerabilidad puede contribuir a una exigencia sobre la política de prevención para que ponga atención en todos los factores que inciden en una situación de sobreendeudamiento.

IV.1. La hipervulnerabilidad

La constatación del desequilibrio estructural intrínseco en la relación de consumo posiciona al consumidor como parte débil o vulnerable (De la Maza, 2010, pp. 25-26; Goldenberg, 2020a, p. 819), requiriéndose normas imperativas para la protección de sus derechos (Collado, 2019, pp. 59-61). Sin perjuicio de ello, la doctrina reconoce la noción de hipervulnerabilidad asociada al consumidor. En Chile, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) reconoce la hipervulnerabilidad en las relaciones de consumo a través de la Circular Interpretativa sobre Concepto de Consumidor Hipervulnerable (Resolución Exenta N.º 1038, 2021)²⁰, explicando sus alcances en materia de consumo.

Partiendo de la base de que una persona es vulnerable cuando se enfrenta a una probabilidad significativa de sufrir un daño, careciendo

²⁰ En adelante, Circular Interpretativa.

sustancialmente de capacidad y/o medios para protegerse a sí misma (Schroeder & Gefenas, 2009, p. 117), la vulnerabilidad se produce en ciertos contextos de la vida (Zagorac, 2017, p. 159), por ejemplo, en las relaciones de consumo, ante la asimetría de poder e información entre proveedor y consumidor (Collado, 2019, p. 59).

Ahora bien, la hipervulnerabilidad vinculada a los consumidores supone un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de determinadas condiciones o características internas o externas (Circular Interpretativa, 2021, p. 9) de un colectivo o grupo de personas que les imponen un mayor desequilibrio (superior al desequilibrio estructural) en una relación de consumo (Baker *et al.*, 2005, p. 7), determinando necesidades que el ordenamiento debe considerar y resolver para proteger sus derechos (Goldenberg, 2020a, pp. 818-819; Isler, 2022, pp. 19-20).

En cuanto a las formas para determinar las condiciones o características de hipervulnerabilidad, la doctrina propone dos mecanismos: uno objetivo y otro subjetivo (Isler, 2021, pp. 197-198; 2022, pp. 21 y ss.). En el primero, ciertas condiciones o características de vida del consumidor son establecidas *a priori* por la ley o normativa reglamentaria (como la Circular Interpretativa), considerándose situaciones específicas de manera abstracta, lo que decanta en la denominada hipervulnerabilidad endógena o personal. El segundo, obedece a un análisis del caso particular o en concreto, lo que decanta en la denominada «hipervulnerabilidad situacional o circunstancial»²¹, donde la cuestión relevante se presenta en la construcción de la categoría (European Parliament Resolution, 2012, considerando D; López, 2022, p. 390). En este contexto, planteando que la hipervulnerabilidad es relacional y dinámica, variando según el contexto social y cultural, las personas pueden sufrir de múltiples condiciones que implican hipervulnerabilidad a lo largo de su vida, en diferentes etapas y de diversa magnitud (Baker *et al.*, 2005, p. 7; Calahorrano, 2021, p. 12; Circular Interpretativa, 2021, p. 6; Fernandes & Morais, 2022, p. 46).

Las condiciones de hipervulnerabilidad son circunstancias personales o situacionales que, *per se*, pueden catalogarse en circunstancias intrínsecamente neutras o intrínsecamente negativas. Por ejemplo, la edad es una situación intrínsecamente neutra; mientras que la condición de trastorno físico o alimentario o de pobreza, intrínsecamente negativa. El mayor riesgo de consecuencias perjudiciales que tales circunstancias presentan para el individuo viene dado por la relación contractual con el proveedor, cuando la relación precontractual o contractual de consumo se produce. Y esto es lo que interesa al derecho de consumo pues, aunque las condiciones intrínsecamente negativas presentan riesgo de

221

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIADISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

21 Sobre ambas, véase Goldenberg (2020a, p. 821).

consecuencias negativas para la persona, será la relación de consumo la que conlleva el riesgo de consecuencias negativas en un ámbito que al derecho le concierne.

Desde el punto de vista del riesgo, una condición endógena de hipervulnerabilidad, sea intrínsecamente neutra o intrínsecamente negativa, presenta riesgo grave de consecuencia negativa en una relación de consumo. En tal caso, la eventualidad de que se produzca la condición es inevitable, pues es una condición intrínseca a la persona. Allí, no es posible hablar de un riesgo de que la condición se produzca, pero, una vez producida, se aprecia un riesgo alto de consecuencia negativa.

Por su parte, una condición situacional de hipervulnerabilidad, sea intrínsecamente neutra o intrínsecamente negativa, presenta riesgo grave de consecuencia negativa en una relación de consumo. Pero a diferencia de la condición endógena, la eventualidad de que se produzca es evitable, pues no siendo intrínseca a la persona, depende del contexto situacional. Allí, es posible hablar además de un riesgo de que la condición se produzca. En concreto, en el caso de condiciones de hipervulnerabilidad situacional, existe un riesgo de alcanzar una condición que a su vez agravará o aumentará el riesgo de consecuencias negativas en una relación de consumo. Esta particularidad, como veremos, es interesante desde el punto de vista de la prevención.

IV.2. Fragilidad financiera como antesala de la crisis económico-financiera

La vulnerabilidad puede producirse por distintas razones y manifestarse en distintos ámbitos de la vida de la persona, uno de los cuales es el ámbito económico. La fragilidad financiera es un estado económico-financiero generado por circunstancias particulares en el que, habiendo dificultad financiera, existe probabilidad de sufrir un impacto negativo en la situación financiera mediando choques adversos (Cavalletti *et al.*, 2020, pp. 748 y 755).

La probabilidad de impacto negativo en la situación financiera o de crisis económico-financiera viene dada por la limitación o merma de capacidad para hacer frente a la crisis (Lusardi *et al.*, 2011, p. 10). Para comprender lo anterior debe considerarse que, en el ámbito económico-financiero, el elemento de análisis son los recursos con los que cuenta una persona para enfrentar sus compromisos financieros (Jappelli *et al.*, 2008, p. 10; Lusardi *et al.*, 2011, p. 10). Así, la capacidad financiera es el resultado de una relación proporcional directa entre recursos y compromisos obligacionales.

A su turno, esta relación proporcional determina la probabilidad de impacto negativo en la situación financiera o crisis, donde la limitación o merma de la relación proporcional entre recursos y obligaciones limita las opciones o posibilidades de un individuo de sobrellevar una crisis (Lusardi *et al.*, 2011, p. 10). Así, a menor relación proporcional, mayor será la probabilidad de crisis. De ello resulta que, si la relación proporcional es inexistente o es muy baja, estaremos en presencia de una crisis económico-financiera.

Las circunstancias que provocan fragilidad financiera son condiciones de inestabilidad o dificultad financiera en un amplio espectro, como el exceso de compromisos de pago debido a un excesivo endeudamiento, el retraso en el pago de facturas de gastos básicos, o la dificultad para comprar alimentos o pagar alquiler de vivienda (Anderloni *et al.*, 2011, p. 7). Luego, los choques adversos pueden conllevar una eliminación o reducción de una fuente de ingresos y/o determinar pasivos inesperados y repercutir negativamente en la situación financiera de un individuo (p. 7). Este resultado final —repercusión negativa en la situación financiera— es una consecuencia negativa a la que conduce la fragilidad financiera y que, entendemos, puede ser coincidente con un sobreendeudamiento.

Desde este punto de vista, las circunstancias que se constituyen en fragilidad financiera presentan riesgo de desencadenar una situación financiera negativa en la persona, una crisis. Así, en el amplio espectro de circunstancias que pueden constituir un estado de fragilidad o vulnerabilidad financiera, la relación que presenta esta con una situación de crisis económica es que la primera es una antesala de la segunda. Finalmente, las diversas circunstancias constitutivas de fragilidad financiera pueden ser económicas propiamente tales (Fernandes & Morais, 2022, p. 48) como no económicas, pero con consecuencias en el ámbito económico-financiero de la persona.

IV.3. Sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad

Más allá de la definición económica del sobreendeudamiento, el estado conlleva un conjunto de consecuencias en la vida de la persona, como la incapacidad para desarrollar su proyecto de vida y la falta de oportunidades de financiación para hacer frente a las obligaciones y necesidades básicas²². El sobreendeudamiento —y la insolvencia futura a la que puede conducir—, además de ser un perjuicio en sí mismo, no solo provoca problemas de incumplimiento de obligaciones o problema directamente derivados de la insolvencia, sino que también trasciende

223

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIA

DISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

22 Estos son los recursos humanos a los que se refiere y define Fineman (2010, p. 270).

en un padecimiento de precarias condiciones de vida; es decir, modos distintos, deficientes, inestables o inseguros de desarrollo de la existencia y del entorno familiar que limitan o privan de una calidad de vida (García, 1999, p. 148), entendida como un estado de bienestar caracterizado por un conjunto de aspectos o capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinado, que limitan la capacidad del individuo para desarrollar su personalidad. A este problema se le ha denominado como «problema indirectamente derivado de la crisis económico-financiera» o «problema subyacente al sobreendeudamiento o insolvencia de la persona natural» (Alarcón, 2021, pp. 52 y ss.).

Efectivamente, se han planteado consecuencias en aspectos económicos (Anderloni & Vandone, 2010, pp. 3 y ss.), materiales, psicológicos y socioculturales (García, 1999, p. 148), donde el enfoque basado en el bienestar subjetivo y el otro basado en las capacidades es necesario para medir la noción de calidad de vida (Stiglitz *et al.*, 2009a, pp. 42-44, 143-153 y 216). En este sentido, se ha señalado que:

The information that makes it possible to evaluate the quality of life goes beyond the declarations and perceptions of individuals; this information also includes the measurement of their “functionings” (the implementation of their dynamic capacities) and their freedoms. What really matters, in fact, are the “capacities” available to individuals, i.e. the set of possibilities offered to them and their freedom to choose, within this set, the type of life to which they attach value (Stiglitz *et al.*, 2009b, p. 13).

Además, la calidad de vida puede entenderse como la satisfacción derivada de las posibilidades de desarrollar autónomamente el propio proyecto vital (Jiménez & González, 2014, p. 164).

A partir de la constatación del problema subyacente al sobreendeudamiento y la insolvencia del consumidor, se aprecia el mayor desequilibrio de una persona que, buscando financiación mediante el acceso al crédito, se encuentra sobreendeudada, insolvente o en riesgo de serlo, respecto de otra que no. La reducción de la capacidad para desarrollar libremente la personalidad, originada por un problema económico-financiero de importante magnitud, repercute en un conjunto de necesidades y en condiciones o estados físicos y/o mentales (Lea, 2021, pp. 163 y ss.; Bridges & Disney, 2010, p. 392) que, en la práctica, incrementan los problemas asociados a la racionalidad imperfecta y desencadenan riesgos de exclusión económica (Anderloni & Vandone, 2008, p. 16; Anderloni & Vandone, 2010, pp. 3 y ss.), social (Wang *et al.*, 2017, p. 1) y de economía sumergida, además de malas decisiones de endeudamiento, poniendo al sujeto en una posición de

subordinación (Martínez, 2022, pp. 66-68) que le impide ejercer sus derechos²³.

Así, el problema económico-financiero del sobreendeudamiento —y la futura insolvencia en que puede derivar— puede ser considerado como situación de hipervulnerabilidad circunstancial, pues es un estado que no siendo inherente al ser humano, repercute en una mayor debilidad (Fineman, 2015, p. 105, nota al pie 26) que se expande hacia todos los aspectos de la vida de la persona natural que lo padece (social, cultural, familiar, educativo, previsional, etc.). Dicho estado se produce en cualquier momento y a partir del amplio espectro de circunstancias que pueden ser constitutivas de fragilidad financiera, sean estas propiamente económicas o no económicas, pero con consecuencias económicas.

V. RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA ANTE LA DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y EL SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD

La evaluación de solvencia del consumidor es una herramienta inmersa en la política de prevención del sobreendeudamiento en un contexto de relación de consumo.

En un plano general, que pone atención en la política de prevención ante condiciones de hipervulnerabilidad, las políticas públicas y la regulación deben brindar mayor protección al grupo de consumidores con necesidades específicas derivadas de tales condiciones (Brown, 2019), proveyendo de mecanismos para aumentar su resiliencia para enfrentar las circunstancias que los ponen en desventaja (Fineman, 2010, p. 270; Fineman, 2015, p. 116; Fineman, 2017, p. 146). En este contexto, la política pública y la regulación deben ser evaluadas para determinar que las normas cumplan con esa misión, asegurando que sus instituciones no operen de manera que privilegien indebidamente a algunos y pongan en desventaja a otros (Fineman, 2010, p. 256; Fineman, 2015, p. 116; Fineman, 2017, p. 148).

A partir de ello, se debe formular, implementar y evaluar políticas públicas —y, por ende, la normativa derivada— orientadas a los consumidores hipervulnerables, especialmente en materia de información y prevención (Barocelli, 2020, p. 34), implementando programas especiales que tengan en cuenta características sociodemográficas y económicas, valores culturales, patrones de consumo y otros aspectos particulares del grupo al que se dirigen (Barocelli, 2019, p. 32).

23 Fineman (2010) señala que la experiencia de vulnerabilidad puede agravar la situación del individuo (p. 268).

V.1. Enfoque holístico y diferencial en la política de prevención ante una disparidad de consumidores

Según hemos señalado²⁴, el paradigma del consumidor medio en la configuración de la evaluación de solvencia tiene como consecuencia una parametrización del consumidor y de la evaluación, en tanto considera el aspecto económico-financiero de los consumidores para la recopilación de información que el prestamista utilizará para evaluar²⁵ al realizar la evaluación en función de un aspecto objetivo-económico y al entregar la información del resultado de la evaluación a través de un formulario.

Ahora bien, la constatación de la existencia de una disparidad de consumidores se justifica en que las causas del sobreendeudamiento son diversas (ver apartado II.1.), porque existen diferencias circunstanciales en cada consumidor que determinan diferencias de vida que constituyen o tienen incidencia diversa en factores que conllevan un estado económico-financiero desmejorado y en las consecuencias del mismo, como sucede en el caso de consumidores hipervulnerables (ver apartado II.2.); y porque en la decisión de consumo no es posible argüir o esperar un parámetro de racionalidad, puesto que la decisión está influenciada por elementos externos sociales, culturales o ambientales (ver apartado II.3.).

Tales razones tienen como consecuencia la necesidad de reconsiderar el paradigma del consumidor medio como base de las estrategias de prevención del sobreendeudamiento y, por tanto, la revisión de su plasmación en las diversas instituciones jurídicas de protección al consumidor frente al sobreendeudamiento. En el ámbito de la evaluación de solvencia, lo anterior conlleva que la forma de operar de la herramienta deba revisarse en la medida que la parametrización de la evaluación no es suficiente para abordar la situación contextual en que el sobreendeudamiento, como situación de hipervulnerabilidad circunstancial, se produce en una diversidad de consumidores.

Desde que el sobreendeudamiento es multicausal, considerando además que existen diversas circunstancias de vida (económicas o no económicas, pero con consecuencias económicas) que ponen a la persona en distintos niveles de riesgo (fragilidad financiera) de padecer una consecuencia negativa en el ámbito económico-financiero (sobreendeudamiento) y en otros ámbitos directa o indirectamente relacionados con el aspecto económico (problema subyacente al sobreendeudamiento); y, finalmente, considerando que las decisiones humanas están invadidas por elementos externos como la cultura, la sociedad y el ambiente, se precisa que las herramientas de prevención y tratamiento de tales

²⁴ Apartados II.2 y III de este trabajo.

²⁵ Sobre el punto, véase Alarcón (2023b, pp. 164 y ss.).

consecuencias económico-financieras desmejoradas o perjudiciales tomen en cuenta, primero, las diversas circunstancias de las personas y, segundo, que las tomen en cuenta de manera contextual para apreciar las relaciones que originan tales circunstancias y las consecuencias que presentan en los aspectos de vida del individuo.

En cuanto a lo primero, hablamos de una evaluación o un análisis con enfoque diferencial que permita apreciar, por una parte, las circunstancias de la persona en su individualidad, que se constituyen en circunstancias de fragilidad financiera y que, de manera directa o indirecta, puedan degenerar en un estado avanzado del problema o crisis económico-financiera; y, por otra, las consecuencias que producen en la persona, en su individualidad, las condiciones o circunstancias de fragilidad financiera o, en un estado más avanzado del problema, de crisis económico-financiera. Así, un enfoque diferencial postula que no todos los individuos poseen igualdad real y tiene como propósito lograr mayor equidad entre los distintos grupos, teniendo en cuenta sus características diferenciadoras (Gallo *et al.*, 2014, pp. 370 y ss.). Para ello, partiendo del reconocimiento de las diferencias físicas, sociales y culturales de cada grupo poblacional y sujeto en un contexto determinado, reconociendo su experiencia e historia particular que los identifica o representa, busca el reconocimiento de las necesidades y vulnerabilidades particulares del individuo para orientar la acción del Estado, actuando sobre ellas (Arteaga, 2012, pp. 29-28).

En cuanto a lo segundo, hablamos de un enfoque holístico del problema del sobreendeudamiento (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Protección de los consumidores, 2014, considerando 7.3), que considera el conjunto de relaciones entre el individuo y su vida, y el contexto o ambiente en el que se desenvuelve, apreciando no solo las circunstancias de fragilidad financiera o de crisis económico-financiera que presenta la persona en su individualidad, sino también los factores estructurales o ambientales, sociales y culturales, considerando un análisis desde diversas disciplinas para una perspectiva amplia y eficiente (Alves, 2018, p. 591). Así, la evaluación se orienta hacia el contexto como un todo, poniendo atención en las relaciones entre un objeto y el campo, considerando que las diferencias sociales que existen entre las distintas culturas, como la organización social, dirigen la atención a determinados aspectos de un campo dado e influyen en las creencias sobre la naturaleza del mundo y la causalidad, lo que a su vez influye como guía en las creencias sobre lo que es necesario saber y cómo obtener el conocimiento (Nisbet *et al.*, 2001, pp. 291-292).

A partir de lo anterior, la consideración del problema de la prevención del sobreendeudamiento desde un enfoque holístico y diferencial permite: primero, apreciar el riesgo de crisis económico-financiera

227

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIA

DISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

(sobreendeudamiento) que en cada situación personal existe a partir de la atención de circunstancias particulares y contextuales del individuo, y que pueden ser constitutivas de fragilidad financiera, sea del aspecto económico de la persona o de un aspecto no económico, pero que presenta consecuencias económicas; y, además, permite apreciar los efectos que tal situación de crisis económico-financiera produce (para un futuro tratamiento) o podría producir (para una prevención) en todos los aspectos de vida de la persona y en su propio contexto, más allá, por tanto, del solo aspecto económico.

V.2. Sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad y su influencia en el criterio para evaluar la solvencia ante riesgo de sobreendeudamiento

En el plano específico de las herramientas que la política de prevención considera, hemos visto²⁶ que la evaluación de solvencia restringe el análisis al aspecto eminentemente económico de la persona. La herramienta es configurada, *a priori*, considerando solo un aspecto objetivo del individuo, lo que permite estandarizar la evaluación, en concordancia con el paradigma del consumidor medio.

Ahora bien, partiendo de la comprensión del sobreendeudamiento como una situación de hipervulnerabilidad, la herramienta debe evaluarse en función de un mayor grado de protección del consumidor, siendo este nivel de protección la medida o estándar para determinar un adecuado cumplimiento del deber de evaluación de la solvencia (Brown, 2019; Fineman, 2010, p. 270; 2015, p. 116; 2017, p. 146). Así, aunque el riesgo de sobreendeudamiento no es una condición de hipervulnerabilidad, debido a que el sobreendeudamiento lo es, desde que la política de prevención tiene como objetivo evitar casos de sobreendeudamiento, la normativa que emana de ella debe contribuir a una mayor protección del consumidor, ya que, como ha señalado la doctrina, las políticas deben formularse e implementarse orientadas a los consumidores hipervulnerables²⁷, especialmente en materias como la información y la prevención (Baker *et al.*, 2005, p. 9; Barocelli, 2020, p. 34).

De esa forma, las herramientas inmersas en la política deben orientarse a los consumidores que sufren sobreendeudamiento como condición de hipervulnerabilidad o que pueden sufrirlo, encontrándonos en este caso en situaciones de riesgo de sobreendeudamiento²⁸.

²⁶ Ir al apartado I de este trabajo.

²⁷ Según Achilles (2019), la diferenciación de los consumidores en distintos caracteres probablemente configurará los futuros modelos de política de consumo (p. 130).

²⁸ El considerando 35 de *Nárokuj c. EC Financial Services* (2024) expresa que la evaluación de solvencia del consumidor «pretende evitar el mero riesgo de sobreendeudamiento o de insolvencia».

A partir de ello, la cuestión se plantea respecto de la premisa de hipervulnerabilidad que, presente, obliga a un mayor nivel de protección y, por tanto, a un mayor cuidado del obligado en las conductas que realiza o deba realizar en la relación de consumo. En este sentido, respecto de las consecuencias del encuadramiento de una persona como consumidor hipervulnerable, se ha afirmado que los prestadores deben realizar ajustes razonables para garantizar el acceso al consumo, la información, el trato digno y la justa protección de la salud y la seguridad, así como de los intereses económicos y la libertad de elección de los consumidores hipervulnerables (Barocelli, 2020, p. 35).

Llevado esto a la evaluación de solvencia, significa que la herramienta debería ajustarse o adaptarse en el caso de un consumidor hipervulnerable. Ahora bien, en los casos de hipervulnerabilidad endógena no existe inconveniente en la identificación de la condición por parte del prestamista, ya que las respectivas categorías estarán establecidas por ley o reglamento, donde, como planteamos más arriba, no es posible evaluar o medir el riesgo de caer en tal situación²⁹.

Sin embargo, en los casos de hipervulnerabilidad circunstancial, como el sobreendeudamiento, el problema se encuentra en la identificación de las circunstancias que lo gatillan y, en concreto, en la evaluación del riesgo de caer en tal situación a partir de la identificación de las múltiples circunstancias de fragilidad financiera de un consumidor que, como hemos señalado, presentan riesgo de situación de crisis económico-financiera³⁰. En este contexto, una predefinición de condiciones que pueden derivar en una situación de hipervulnerabilidad como el sobreendeudamiento es contraria a la idea de hipervulnerabilidad circunstancial, pues podría dejar fuera de análisis algunas circunstancias de fragilidad financiera particulares de ese consumidor (que, ya hemos dicho, no es igual a otro), sean del aspecto económico o ajenas a este, pero con consecuencias económicas³¹.

En este sentido, respecto del reconocimiento y tratamiento de una situación de vulnerabilidad, se ha señalado que, entendiendo la vulnerabilidad como particular, variada y única a nivel individual y dependiente de nuestras circunstancias o posiciones particulares y de las relaciones que se generan con las instituciones sociales (Fineman, 2010, pp. 268-269), es necesario reconocer las formas en que las diferencias individuales pueden ser la base para la construcción de la comunidad y la acción política (Fineman, 2015, p. 109; 2010, pp. 217-218), donde

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIA

DISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

29 Véase el apartado IV.1 de este trabajo.

30 El particular se desarrolla en el apartado IV.1 de este trabajo.

31 Respecto de la construcción de un deber de adecuación que, si bien fuera de la evaluación de solvencia permitiría determinar la adecuación del crédito al consumidor, Goldenberg (2020a) señala que, para ello, deberá desplegarse todo cuanto se refiera a la advertencia de cualquier criterio de vulnerabilidad que pudiese afectar la decisión de consumo y conllevar un riesgo de sobreendeudamiento (p. 831).

la labor estatal es necesaria para facilitar el acceso a los recursos que permitan dar respuesta individual a las experiencias lesivas que puedan producirse en este plano de diferencias entre individuos (Brown, 2019, p. 12).

Llevando estas consideraciones a la práctica, la categoría de sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad, o el riesgo de sobreendeudamiento como eje de la política de prevención de una situación de hipervulnerabilidad en un contexto de reconocimiento de la existencia de una disparidad de tipos de consumidores, deberían ser determinantes a la hora de definir la normativa de evaluación de la solvencia y no al revés. Así, la política de prevención y las herramientas que emanan de ella no deberían implementarse a partir de la predefinición de un único aspecto de vida del individuo como relevante; sino, desde el enfoque holístico y diferencial, originarse a partir del reconocimiento de la influencia del conjunto de circunstancias inmersas en los diversos aspectos de vida de un individuo en su contexto.

La normativa internacional considera la vulnerabilidad financiera y las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica como casos de especial preocupación (Nueva Agenda del Consumidor, 2020, p. 18; Resolución Mercosur, 2021, art. 2). Si bien esto permite apreciar que la vulnerabilidad agravada de un consumidor se produce por condiciones de precariedad socioeconómica, como la pobreza o la falta de recursos, no da cuenta del sobreendeudamiento e insolvencia como situaciones de hipervulnerabilidad. En este sentido, se ha señalado la necesidad de apreciar la vulnerabilidad desde el análisis de las instituciones y estructuras de la sociedad (Fineman, 2015, p. 113), como es una institución jurídica. Con base en ello, la consecuencia de no replantear el sobreendeudamiento de la persona natural como condición de hipervulnerabilidad es que las herramientas emanadas de la política (como la evaluación de solvencia) no considerarán en el análisis las causas y consecuencias del sobreendeudamiento del consumidor en función de sus circunstancias y de manera contextual.

En términos simples, si el sobreendeudamiento es una situación de hipervulnerabilidad y si entendemos que, aunque se manifiesta en el ámbito económico-financiero de una persona, se debe a múltiples causas o factores internos y externos del individuo (Reifner & Herwig, 2003, p. 127), que a su vez determinan que no se trate de una cuestión puramente económico-financiera; entonces cabe esperar que la evaluación de la solvencia, como herramienta emanada de la política pública de prevención del sobreendeudamiento, lo considere³², de modo que la evaluación del prestamista vaya más allá del aspecto económico del

32 Según Achilles (2019), la consideración de la vulnerabilidad del consumidor implica un enfoque subjetivo, en el que las decisiones deben orientarse hacia lo que es individualmente posible (p. 128).

consumidor y considere holísticamente todos sus aspectos o circunstancias de vida.

V.3. Respeto de la entrega de información del resultado de la evaluación

A partir del artículo 7 y siguientes del Reglamento chileno (2023), la entrega de información del resultado de la evaluación se estandariza por medio de un formulario, que presenta al consumidor una indicación de aprobación o rechazo del crédito, constando el resultado de la evaluación de manera genérica. Sin embargo, la constatación de una disparidad de consumidores con motivo de la existencia de diversas circunstancias, que pueden traducirse en diferentes niveles sociales, educativos, de conocimiento y habilidades de procesamiento de la información, ponen en duda la suficiencia de una información estandarizada (Collado, 2019, pp. 84-90; Lurger & Melcher, 2020, p. 122; Goldenberg, 2020a, p. 824)³³.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito europeo, en el ordenamiento chileno no existe un deber por parte del prestamista de entregar explicaciones adecuadas.

El artículo 16.1. de la Directiva de 2014 y artículo 12.1. de la Directiva de 2023 señalan que las explicaciones adecuadas deben entregarse a objeto de que el consumidor pueda evaluar si el contrato se adapta a sus necesidades y a su situación financiera, agregando que incluirán, entre otros, letra c), los efectos específicos que los productos puedan tener en el consumidor, incluidas las consecuencias que se producirán si este incurriera en impago. Se ha señalado que la norma impulsa que toda la información que se transmita al consumidor sea personalizada e incluya advertencias sobre los riesgos específicos relacionados con el tipo de contrato que se va a suscribir (Montinaro, 2015, p. 815). Por su parte, el considerando 48 de la Directiva de 2014 expresa que, en caso de necesitar asistencia suplementaria, se debe

adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor, habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticias de este y de la índole de los productos de crédito específicos.

El considerando 45 de la Directiva de 2023 reitera esta idea.

En Chile, el artículo 17 N LPDC señala que el prestamista deberá informar al consumidor el resultado de la evaluación y proveerle de información específica de la operación de que se trate. El artículo 3b LPDC establece

231

DISPARIDAD DE
CONSUMIDORES Y
SOBREINDEUDA-
MIENTO COMO
SITUACIÓN DE
HIPERVULNERABI-
LIDAD PARA UNA
RELECTURA DE LA
POLÍTICA DE EVA-
LUACIÓN DE
SOLVENCIADISPARITY OF
CONSUMERS AND
OVER-INDEBTEDNESS
AS A SITUATION OF
HYPERVULNERABILITY
FOR A RE-READING
OF SOLVENCY
ASSESSMENT POLICY

33 Sobre la falta de lectura, comprensión y actuación racional de los consumidores frente a la información entregada, véase De la Maza (2015, pp. 381 y ss.).

que la información debe ser veraz y oportuna³⁴, de manera que la norma contiene una exigencia de claridad y comprensibilidad, aunque de todas formas destinada a un consumidor medio (De la Maza, 2010, p. 44; Bozzo & Goldenberg, 2024, p. 505). En este contexto, si bien se ha interpretado que, como corolario de la evaluación de solvencia, la información «específica de la operación de que se trata» se utiliza como una medida apropiada para que el consumidor dirima sobre la adecuación del producto una vez que se le ha comunicado el resultado, apreciando la forma en que tal información se condice con los términos específicos del contrato de crédito que se le está ofreciendo (Bozzo & Goldenberg, 2024, p. 502), la normativa chilena exige la entrega de información en un nivel que podríamos considerar de menor envergadura, pues solo se centra en las características generales del contrato de crédito³⁵ sin buscar una comprensión adecuada del consumidor, acorde con sus circunstancias contextuales (Hernández, 2015, p. 365), ni tampoco aclara el contenido de la información relacionada con las consecuencias de la contratación ante una evaluación con resultado negativo, o de cara a un sobreendeudamiento o insolvencia.

Si bien los considerandos 48 y 45 de las Directivas de 2014 y 2023, respectivamente, señalan que las explicaciones adecuadas no deben constituirse en recomendación, con lo cual no existe un deber de consejo o asistencia (Falcone, 2017, p. 158; Montinaro, 2015, p. 815; Peña *et al.*, p. 180) que amplíe la envergadura de la información entregada³⁶, se considera que en todo caso contienen no solo un deber de informar, sino de entregar información no estandarizada, dirigida a la medida del consumidor y de manera funcional en términos de contenido (Montinaro, 2015, p. 810; Collado, 2019, p. 97). Así, existe un deber de «hacer comprender» al consumidor (Falcone, 2017, p. 158) para que, a partir de allí, tome la decisión (Pellecchia, 2016, pp. 208-209).

Aunque esta fórmula mantiene la entrega de información al consumidor como elemento central de la protección de sus intereses, lo relevante es que considera el contexto del consumidor al momento de «hacer comprender» (Fuenteseca, 2015, p. 184; Peña *et al.*, 2018, p. 180).

En este marco, sin perjuicio de que el deber de entregar explicaciones adecuadas no resulte parte del deber de evaluar la solvencia, ya que las Directivas plantean aquel fuera del ámbito de aplicación del segundo

34 Sobre el punto, véase Pinochet (2023, pp. 134 y ss.) y Barrientos (2013, pp. 97 y ss.).

35 Planteando la necesidad de una reforma, Hernández (2015) señala que, a la luz del artículo 3b, la información que debería entregar el proveedor sería solo la exigida expresamente por las respectivas normas jurídicas (p. 367).

36 Sobre el deber de asistencia o consejo, Hernández (2014, p. 126), Goldenberg (2021, pp. 306 y ss.), Fabre-Magnan (1992, pp. 384 y ss.) y Collado (2019, pp. 123, 139 y ss.) explican la diferencia entre entrega de información y un deber de asistencia. Para considerar el deber de consejo como sinónimo de asesoramiento, véase Hernández (2014, p. 128). Fuenteseca (2015), por su parte, habla del carácter reducido o limitado de las explicaciones adecuadas frente a un deber de asistencia (p. 190).

(Directiva de 2014, art. 16.1, lit. a, num. i y ii); Directiva de 2023, art. 12, num. 1, lit. a; Fuenteseca, 2015, p. 187) sin que exista un nexo entre ambos deberes (*CA Consumer Finance c. Ingrid Bakkaus y otros*, 2014, considerando 49), y aunque no es el objetivo del trabajo pronunciarse sobre la conveniencia de incorporar al ordenamiento una institución como las explicaciones adecuadas, por cuanto ello requiere una valoración en relación con otras formas de información precontractual de mayor injerencia en la conducta del prestamista, una entrega de información detallada y acorde con las circunstancias particulares del consumidor bien podría complementar un deber de evaluación de solvencia que permita al consumidor comprender de mejor forma las consecuencias de la asunción del crédito³⁷.

Al considerar al sobreendeudamiento como una situación de hipervulnerabilidad, la política de prevención exige que se extremen las precauciones para mitigar el riesgo de que tal situación se produzca, lo que en el caso del contenido y forma de la información (Collado, 2019, p. 68) incide en que deba ser el efectivamente necesario para prevenir el sobreendeudamiento. Luego, la constatación de una disparidad de consumidores con motivo de la existencia de diversas circunstancias internas y externas, que se constituyen en factores o inciden en circunstancias que pueden generar un estado económico-financiero de crisis, conlleva la necesidad de considerar las circunstancias particulares de cada consumidor a la hora de entregar una información determinada³⁸.

A partir de ello, aunque la norma chilena no lo establece expresamente, mientras no exista un cambio legislativo que introduzca un deber de entregar información detallada sobre ciertos aspectos del contrato y de las consecuencias de la contratación ante un eventual sobreendeudamiento, acorde a las circunstancias particulares del consumidor, debe interpretarse que cuando el artículo 17N LPDC señala que el prestamista debe informar el resultado de la evaluación y proveer de «información específica» de la operación de que se trate, ello contiene un deber de informar de manera explicativa el resultado de la evaluación y sus posibles consecuencias en caso de contratación ante un eventual sobreendeudamiento, en función de las circunstancias particulares de cada consumidor. Esto con objeto de que tal información sea adecuada a la situación contextual en que el consumidor se encuentra, de forma

37 El considerando 49 del caso *CA Consumer Finance c. Ingrid Bakkaus y otros* (2014) señala respecto de la Directiva de 2008 que «la evaluación de la solvencia del consumidor hace necesaria una adaptación de las explicaciones adecuadas».

38 En contraposición, aunque respecto de las condiciones generales de la contratación, Hernández (2014) alude a la incoherencia de un examen en concreto en relación con la finalidad de racionalidad económica asignada a aquellas (p. 164). Para una posición a favor, aunque no cree que se logre considerando la forma en que opera el mercado del crédito, véase Collado (2019, p. 144).

que pueda comprender las implicaciones del resultado de la evaluación de solvencia en su propio contexto de vida³⁹.

VI. CONCLUSIONES

La política de prevención del sobreendeudamiento e insolvencia futura de la persona natural se orienta a partir de una estandarización del consumidor, en concordancia con la idea de consumidor medio como paradigma de protección y la lógica de la teoría de la elección racional. Ello tiene como consecuencia que las herramientas insertas en la política mantengan tal carácter. En el caso de la evaluación de solvencia del consumidor por el prestamista, ello se manifiesta en una evaluación objetiva de las circunstancias económicas del consumidor y en la entrega de información del resultado de la evaluación a través de un formulario.

En este trabajo hemos constatado la existencia de una disparidad de tipos de consumidores a partir de factores que inciden en el sobreendeudamiento. Teniendo en cuenta este carácter multicausal del sobreendeudamiento, y que en la actividad de decisión del consumidor influyen no solo factores internos ligados a aspectos psicológicos, sino también externos como la cultura, la sociedad y sus estructuras, una prevención de la crisis económico-financiera de la persona natural que considera solo elementos internos del individuo, propia de los mecanismos diseñados desde el paradigma del consumidor medio en la lógica del individualismo metodológico y la teoría de la elección racional, es insuficiente para abordar una prevención del sobreendeudamiento e insolvencia futura ante la constatación de una disparidad de consumidores.

Luego, la consideración de los efectos del sobreendeudamiento sobre la persona natural deudora (antes consumidor) permite apreciarlo como una situación de hipervulnerabilidad circunstancial que obliga al diseñador de la política de prevención a considerar un alto grado de protección de los intereses del consumidor ante el riesgo de crisis económico-financiera, y a diseñar una política que, yendo más allá de la tradicional definición económica del sobreendeudamiento, reconozca su naturaleza multifactorial y, con enfoque holístico y diferencial, la incidencia del conjunto de circunstancias inmersas en los diversos aspectos de vida de un individuo en su contexto.

Llevado esto a la evaluación de solvencia, ello requiere apreciar el riesgo de crisis económico-financiera (sobreendeudamiento) que en cada situación personal existe a partir de una atención tanto en

³⁹ Para una posición que considera un deber de advertencia en la norma, véase Alarcón (2023b, pp. 180 y ss.).

circunstancias individuales como contextuales de la persona, que pueden ser constitutivas de fragilidad financiera, sea del aspecto económico del individuo o de un aspecto no económico, pero con consecuencias económicas. Luego, requiere que la información con el resultado de la evaluación destinada al consumidor contenga las consecuencias de la contratación ante un eventual sobreendeudamiento, y que sea entregada de manera explicativa y adecuada a las características particulares y la situación contextual del consumidor. Finalmente, permite apreciar los efectos que la situación de crisis económico-financiera produce (para su tratamiento) o podría producir (para su prevención) en el contexto del individuo y el conjunto de sus aspectos de vida.

La investigación no ha tenido como objetivo el diseño de la herramienta de evaluación de solvencia, sino asentar argumentos para una relectura de la política de prevención del sobreendeudamiento materializada en la evaluación de solvencia que vaya más allá del paradigma de la información al consumidor medio. Ello, entendemos, se ha logrado a partir del desarrollo argumental. Ahora bien, el resultado de la investigación genera nuevas preguntas, especialmente en torno al rediseño de la institución en temas como estructuras o formas de análisis, fuentes de información, y mecanismos de vinculación entre consumidor y prestamista, entre otros, los que sin ser parte del objetivo de este trabajo, ciertamente nos invitan a futuras investigaciones, aunque partiendo de una base de análisis más allá del paradigma del consumidor medio.

REFERENCIAS

Achilles, N. (2019). *Vom homo oeconomicus zum differenzierten verbraucher*. Berlín: Nomos.

Addante, A. (2022). La sostenibilità del credito immobiliare fra meritevolezza del consumatore e responsabilità del creditore. *Giustizia Civile*, (4), 925-956. <https://hdl.handle.net/11369/430804>

Agarwal, S., Chomsisengphet, S., & Liu, Ch. (2011). Consumer bankruptcy and default: The role of individual social capital. *Journal of Economic Psychology*, 32(4), 632-650. <https://doi.org/10.1016/j.joep.2010.11.007>

Agassi, J. (1975). Institutional individualism. *The British Journal of Sociology*, 26(2), 144-155. <https://doi.org/10.2307/589585>

Alarcón, M. (2021). El principio del fresh start como exigencia normativa derivada de la dignidad humana. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 313-343. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.13>

Alarcón, M. (2022). La naturaleza jurídica de la exigencia de evaluación de la solvencia del consumidor persona natural por el prestamista. En K. Díaz y H. Guthrie (eds.), *Estudios de Derecho de Consumidor* (pp. 27-54). Valencia: Tirant lo Blanch.

235

DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD PARA UNA RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

DISPARITY OF CONSUMERS AND OVER-INDEBTEDNESS AS A SITUATION OF HIPERVULNERABILITY FOR A RE-READING OF SOLVENCY ASSESSMENT POLICY

Alarcón, M. (2023a). La incorporación del deber de evaluación de la solvencia del consumidor por el prestamista y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico chileno. En E. Isler y F. Fernández (eds.), *GPS Consumo* (pp. 475-521). Valencia: Tirant lo Blanch.

Alarcón, M. (2023b). La evaluación de la solvencia del consumidor financiero como manifestación de la seguridad en el consumo y su incidencia en la responsabilidad civil del prestamista incumplidor. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (40), 53-205. <http://dx.doi.org/10.32995/s0718-80722023697>

Álvarez, P. (2018). La información precontractual y contractual y la obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: las consecuencias de su incumplimiento. En J. Busto (ed.), *El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la Unión Europea* (pp. 65-111). Barcelona: Atelier.

Alves, S. (2018). Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(2), 567-598. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5330>

Anderloni, L., Bacchiocchi, E., & Vandone, D. (2011). *Household financial vulnerability: an empirical analysis* [documento de trabajo N.º 2011-02]. Dipartimento di Scienze Economiche Aziendali e Statistiche, Università degli Studi di Milano.

Anderloni, L., & Vandone, D. (2008). *Households over-indebtedness in the economic literature* [documento de trabajo N.º 2008-46]. Dipartimento di Scienze Economiche Aziendali e Statistiche, Università degli Studi di Milano.

Anderloni, L., & Vandone, D. (2010). *Risk of over-indebtedness and behavioural factors* [documento de trabajo N.º 2010-25]. Dipartimento di Scienze Economiche Aziendali e Statistiche, Università degli Studi di Milano.

Arteaga, B. (2012). El enfoque diferencial: ¿una propuesta para la construcción de paz? *Identidades, enfoque diferencial y construcción de paz*, (3), 15-40.

Arroyo, E. (2018). Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario. En R. Sánchez y L. Vázquez (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario* (pp. 149-176). Madrid: Reus.

Bailloux, C. (2017). The average consumer in European consumer law. *Exeter Law Review*, 44, 158-179.

Baker, S., Gentry, J., & Rittenburg, T. (2005). Building understanding of the domain of consumer vulnerability. *Journal of Macromarketing*, 25(2), 1-12. <https://doi.org/10.1177/0276146705280622>

Barocelli, S. (2019). El principio de vulnerabilidad agravada en el Proyecto de Nueva Ley de Defensa del Consumidor en Argentina. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, (10). https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=9a7c9a898bf895c9bfb77e8807de3847&hash_t=3e28bd92f1496e9c9ad8325c46d4349e

Barocelli, S. (2020). *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*. Universidad de Buenos Aires.

Baron, J. (2014). Heuristics and Biases. En E. Zamir y D. Teichman (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (pp. 3-27). Oxford: Oxford University Press.

Barrientos, F. (2022). Del derecho a la información a la asesoría en materia de créditos: medidas que promueve a agencia estatal para prevenir el sobreendeudamiento. En G. Hernández (coord.), *Protección del consumidor financiero* (pp. 3-14). Santiago de Chile: DER.

Barrientos, F., & Bozzo, S. (2021). La carga de evaluar la solvencia del consumidor en Chile y sus consecuencias jurídicas, a la luz de las normas contenidas en la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (14), 692-717.

Barrientos, M. (2013). Artículo 3° B). En I. De la Maza y C. Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 94-103). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Bozzo, S. (2020). Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIII(1), 159-183. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100159>

Bozzo, S., Bravo, F., Goldenberg, J., & Ruz, G. (2020). *Sobreendeudamiento: ¿De qué estamos hablando?* [documento de trabajo N.º 1]. <https://dialogosconstituyentes.uaautonoma.cl/wp-content/uploads/2020/03/IIID-Documento-de-trabajo-N1-OK.pdf>

Bozzo, S., & Goldenberg, J. (2024). Comentarios al artículo 17 N. En Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores* (pp. 483-514). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Bridges, S., & Disney, R. (2010). Debt and depression. *Journal of Health Economics*, 29(3), 388-403. <https://doi.org/10.1016/j.jhealeco.2010.02.003>

Brown, S. (2019). *Un-boxing vulnerability in protection of the credit consumer*. <https://eprints.whiterose.ac.uk/135450/3/JBL%20final%20draft%20unboxing%20vulnerability.pdf>

Bruneau, J., Marques, C., & David, F. (2009). Consumidores: una reflexión sobre los aspectos de la cultura del consumo. *Revista de Administração da UNIMEP*, 7(1), 105-121. <https://www.sumarios.org/artigo/consumidores-una-reflexi%C3%B3n-sobre-los-aspectos-de-la-cultura-del-consumo>

Buyon, S., & Musmeci, R. (2016). *Two Dimensions of Combating Over-Indebtedness. Consumer protection and financial stability* [reporte N.º 18]. European Credit Research Institute. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/two-dimensions-combating-over-indebtedness-consumer-protection-and-financial-stability/>

Caballero, G. (2018). Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor. *Ius et Praxis*, 24(3), 133-172. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300133>

DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD PARA UNA RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

DISPARITY OF CONSUMERS AND OVER-INDEBTEDNESS AS A SITUATION OF HYPERVULNERABILITY FOR A RE-READING OF SOLVENCY ASSESSMENT POLICY

Calahorrano, E. (2021). El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, (38), 4-30. <https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-01>

Cavalletti, B., Corrado, L., Lagomarsino, E., & Vandone, D. (2020). Consumer debt and financial fragility: evidence from Italy. *Journal of Consumer Policy*, 43, 747-765. <https://doi.org/10.1007/s10603-020-09458-w>

Cherednychenko, O (2024). On the bumpy road to responsible lending in the digital marketplace: The new EU Consumer Credit Directive. *Journal of Consumer Policy*, 47, 241-270. <https://doi.org/10.1007/s10603-024-09564-z>

Cherednychenko, O., & Meindertsma, J. (2019). Irresponsible lending in the post crisis era: is the EU Consumer Credit Directive fit for its purpose? *Journal of Consumer Policy*, 42, 483-519. <https://doi.org/10.1007/s10603-019-09421-4>

Collado, N. (2019). *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Cuena, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinario. En L. Prats y M. Cuena (coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (pp. 27-89). Navarra: Thomson Reuters.

Cuena, M. (2017). Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (764), 2871-2924.

De Jonge, J. (2012). *Rethinking rational choice theory*. Reino Unido: Palgrave.

De la Maza, I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17(2), 21-52. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200002>

De la Maza, I. (2015). La información como técnica de protección de los consumidores: créditos hipotecarios ¿una paradoja regulatoria? En Álvaro Vidal, Gonzalo Severín y Claudia Mejías (eds.), *Estudios de Derecho Civil X* (pp. 375-396). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Denegri, M., Cabezas, D., Del Valle, C., González, Y., & Sepúlveda, J. (2012). Escala de Actitudes hacia el Endeudamiento: validez factorial y perfiles actitudinales en estudiantes universitarios chilenos. *Universitas Psychologica*, 11(2), 497-509. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy11-2.eaev>

Elster, J. (1988). The nature and scope of rational-choice explanation. En E. Ullmann-Margalit (ed.), *Science in Reflection* (pp. 51-65). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

European Commission. (2023). *Study on European consumers' over-indebtedness and its implications*. <https://vidensfunktioner.dk/wp-content/uploads/2023/10/European-Commission-Study-of-consumer-over-indebtedness-and-its-implications-2023.pdf>

Fabre-Magnan, M. (1992). *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. París: LGDJ.

Falcone, G. (2017). "Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio. *Giurisprudenza Commerciale*, (1), 147-176.

Farr, J. (1985). Situational Analysis: Explanation in Political Science Source. *The Journal of Politics*, 47(4), 1085-1107. <https://doi.org/10.2307/2130808>

Fernandes, S., & Morais J. (2022). Vulnerabilidad y consumo: ¿tiene sentido distinguir entre consumidores vulnerables y no vulnerables? En E. Isler y D. Jarufe (coords.), *Vulnerabilidad y Capacidad* (pp. 35-50). Santiago de Chile: Rubicón.

Fineman, M. (2010). The vulnerable subject and the responsive State. *Emory Law Journal*, 60(2), 251-275.

Fineman, M. (2015). *Equality and Difference - The Restrained State*. Legal Studies Research Paper Series, Emory University School of Law, Research Paper No. 15-348. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2591689>

Fineman, M. (2017). Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, 4(3), 133-149. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>

Franchi, M. (2021). Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio? *Rivista di Diritto Bancario*, 3(1), 501-530.

Frederick, D. (2012). Popper, rationality and the possibility of social science. *Theoria*, 28(1), 61-75. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4141338>

Fuenteseca, C. (2015). La información al consumidor previa a la celebración del contrato en la Directiva 2014/17/UE. En S. Díaz y M. T. Carrancho (eds.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (pp. 127-223). Madrid: Reus.

Gallo, N., Meneses, Y., & Mionota, C. (2014). Caracterización poblacional vista desde la perspectiva del desarrollo humano y el enfoque diferencial. *Investigación & Desarrollo*, 22(2), 360-401.

García, E. (1999). Derechos humanos y calidad de vida. En G. González (ed.), *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica* (pp. 131-163). Madrid: Tecnos.

Goldenberg, J. (2017). El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (49), 55-98. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200055>

Goldenberg, J. (2019). Herramientas del big data y fintech para prevenir y aliviar el sobreendeudamiento del consumidor: Una propuesta. *Revista Chilena De Derecho y Tecnología*, 8(2), 5-32. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2019.54051>

Goldenberg, J. (2020a). Los dilemas de la inclusión financiera: contexto y mirada desde la realidad chilena. *Revista de la Facultad de Derecho*, (48), 1-36. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n48a9>

DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD PARA UNA RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

DISPARITY OF CONSUMERS AND OVER-INDEBTEDNESS AS A SITUATION OF HYPERVULNERABILITY FOR A RE-READING OF SOLVENCY ASSESSMENT POLICY

Goldenberg, J. (2020b). El crédito al consumo ofrecido a consumidor vulnerable: el deber de adecuación como parte de un modelo de corresponsabilidad del proveedor. En F. Elorriaga (coord.), *Estudios de Derecho Civil XV* (pp. 817-838). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Goldenberg, J. (2021). *El sobreendeudamiento del consumidor*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

González, F. (2018). Crédito, deuda y gubernamentalidad financiera en Chile. *Revista Mexicana de Sociología*, 80(4), 881-908.

Hergenröder, C., & Homann, C. (2013). Die Reform der Verbraucherentschuldung: Plädoyer für eine Neuorientierung. *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, (4), 129-134.

Hernández, C. (2018). La deuda como forma de gobierno y subjetivación en el neoliberalismo. Reflexiones sobre la culpa, el sacrificio y la desesperación en la religión capitalista. *Valenciana*, (21), 377-415. <https://doi.org/10.15174/rv.v0i21.359>

Hernández, G. (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid: Marcial Pons.

Hernández, G. (2015). La obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente, especialmente a la luz de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. En Álvaro Vidal, Gonzalo Severin y Claudia Mejías (eds.), *Estudios de Derecho Civil X* (pp. 350-373). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Huls, N. (1997). Overindebtedness and overlegalization: consumer bankruptcy as a field for alternative dispute resolution. *Journal of Consumer Policy*, 20(2), 143-159. <https://doi.org/10.1023/A:1006896219436>

Isler, E. (2021). Acerca del reconocimiento de los consumidores hipervulnerables. En M. Vásquez (ed.), *Estudios de Derecho Comercial* (pp. 197-214). Valencia: Tirant lo Blanch.

Isler, E. (2022). ¿Quiénes son vulnerables? Revisión de algunos modelos de determinación de la vulnerabilidad. En E. Isler y D. Jarufe (coords.), *Vulnerabilidad y Capacidad* (pp. 17-34). Santiago de Chile: Rubicón.

Jackson, T. (1985). The fresh-start policy in bankruptcy law. *Harvard Law Review*, 98(7), 1393-1448. <https://doi.org/10.2307/1340952>

Jappelli, T., Pagano, M., & Di Maggio, M. (2008). Households' indebtedness and financial fragility. *9th Jacques Polak Annual Research Conference*. International Monetary Fund. <https://www.imf.org/external/np/res/seminars/2008/arc/pdf/jpdm.pdf>

Jiménez, W., & González, J. (2014). Calidad de vida urbana: una propuesta para su evaluación. *Revista de Estudios Sociales*, 1(9), 159-175. <https://doi.org/10.7440/res49.2014.12>

Kacen, J., & Lee, J. (2002). The Influence of Culture on Consumer Impulsive Buying Behavior. *Journal Of Consumer Psychology*, 12(2), 163-176. https://doi.org/10.1207/S15327663JCP1202_08

Kahneman, D. (2003). Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual. *Revista Asturiana de Economía*, (28), 181-225.

Kholodilin, K., & Ulbricht, D. (2017). *A data set of over-indebted households in Germany* [discussion paper 2017/2]. IFF <https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2019/06/Diskussionspapier-zu-%C3%9Cberschuldung-No-2.pdf>

Korczak, D. (2017). Household Overindebtedness in Germany – Behavioral, Social and Socio-Economic Actors. *Europa Regium*, 30, 49-65. <https://doi.org/10.18276/er.2017.30-04>

Lea, S. (2021). Debt and Overindebtedness: Psychological Evidence and its Policy Implications. *Social Issues and Policy Review*, 15(1), 146-179. <https://doi.org/10.1111/sipr.12074>

Lea, S., Webley, P., & Walker, C. (1995). Psychological factors in consumer debt: money management, economic socialization, and credit use. *Journal of Economic Psychology*, 16(4), 681-701. [https://doi.org/10.1016/0167-4870\(95\)00013-4](https://doi.org/10.1016/0167-4870(95)00013-4)

Lechner, G. (2010). *Eine zweite Chance für alle gescheiterten Schuldner?* SCHUFA-Verbraucherbeirat. http://www.schuldnerberatung-sh.de/fileadmin/download/studien/lechner_eine_zweite_chance_fuer_alle_gescheiterten_schuldner_2010.pdf

López, P. (2022). The Hyper Vulnerable Consumer as a Weak Party in Chilean Law: A Taxonomy and Scope of the Applicable Legal Protection. *Latin American Legal Studies*, 10(2), 340-415. <http://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol10n2a7>

Lusardi, A., Schneider, D., & Tufano, P. (2011). Financially Fragile Households: Evidence and Implications. National Bureau of Economic Research, Working Paper N.º 17072. <https://doi.org/10.3386/w17072>

Mak, V., & Braspenning, J. (2012). Errare humanum est: financial literacy in european consumer credit law. *Journal of Consumer Policy*, 35(3), 307-332. <https://doi.org/10.1007/s10603-012-9198-5>

Marambio, A. (2018). Endeudamiento “saludable”, empoderamiento y control social. *Polis, Revista Latinoamericana*, 17(49), 79-101. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682018000100079>

Martínez, C. (2022). El déficit del consentimiento como determinante de vulnerabilidad. En E. Isler y D. Jarufe (coords.), *Vulnerabilidad y Capacidad* (pp. 51-71). Santiago de Chile: Rubicón.

Mitchell, G. (2014). Alternative behavioral law and economics. En E. Zamir y D. Teichman (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (pp. 172-192). Oxford: Oxford University Press.

DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD PARA UNA RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

DISPARITY OF CONSUMERS AND OVER-INDEBTEDNESS AS A SITUATION OF HYPERVULNERABILITY FOR A RE-READING OF SOLVENCY ASSESSMENT POLICY

Montinaro, R. (2015). Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore. *Banca, borsa, titoli di crédito*, 6, 781-820.

Nisbett, R., Peng, K., Choi, I., & Norenzayan, A. (2001). Culture and systems of thought: holistic versus analytic cognition. *Psychological Review*, 108(2), 291-310. <https://doi.org/10.1037/0033-295X.108.2.291>

O'Guinn, T., & Faber, R. (1989). Compulsive buying: a phenomenological exploration. *Journal of Consumer Research*, 16(2), 147-157. <https://doi.org/10.1086/209204>

Oehler, A., & Wendt, S. (2017). Good consumer information: the information paradigm at its (dead) end? *Journal of Consumer Policy*, 40(2), 179-192. <https://doi.org/10.1007/s10603-016-9337-5>

Park, D., & Huang, Ch. (2010). Culture wires the brain: a cognitive neuroscience perspective. *Perspectives on Psychological Science*, 5(4), 391-400. <https://doi.org/10.1177/1745691610374591>

Pérez-Roa, L., & Gómez, M. (2019). Deuda, temporalidad y moralidad: Proceso de subjetivación de parejas jóvenes profesionales. *Psicoperspectivas*, 18(3), 1-12. <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1646>

Pellecchia, E. (2016). La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. *Banca, borsa, titoli di credito*, 2, 206-226.

Peña, F., Busto, J., & Álvarez, N. (2018). Cuestionario sobre la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en el derecho español. En J. Busto (ed.), *El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la Unión Europea* (pp. 155-180). Barcelona: Atelier.

Peters, S., Roggemann, H., Angermeier, K., & Gröbl, I. (2023). *Überschuldung in Deutschland* [informe de sobreendeudamiento 2023]. IFF. <https://www.iff-hamburg.de/ueberschuldungsreport-ergebnisse/>

Piepoli, G. (2013). Sovraindebitamento e credito responsabile. *Banca, borsa, titoli di crédito*, 1, 38-67.

Pinochet, R. (2023). Los derechos básicos del consumidor del artículo 3 de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. En E. Isler y F. Fernández (eds.), *GPS Consumo* (pp. 127-162). Valencia: Tirant lo Blanch.

Reifner, U. (2018). Responsible credit in European law. *Italian Law Journal*, 4(2), 421-448.

Reifner, U., & Herwig, I. 2003. Consumer education and information rights in financial services. *Information & Communications Technology Law*, 12(2), 125-142. <https://doi.org/10.1080/1360083032000106908>

Rutledge, S. (2010). *Consumer protection and financial literacy: lessons from nine country studies*. The World Bank. <http://documents.worldbank.org/curated/>

en/676251468233092150/Consumer-protection-and-financial-literacy-lessons-from-nine-country-studies

Ruz, G. (2017). *Nuevo derecho concursal chileno* (vol. I). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Ruz, G. (2018). Reflexiones sobre las condiciones de ingreso al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de bienes de la persona deudora. En L. Carvajal y A. Toso (eds.), *Estudios de Derecho Comercial VIII* (pp. 571-595). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Sáenz, B. (2017). Consecuencias de la evaluación de solvencia del prestatario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (764), 3266-3281.

Satz, D., & Ferejohn, J. (1994). Rational choice and social theory. *The Journal of Philosophy*, 91(2), 71-87. <https://doi.org/10.2307/2940928>

Schlabs, S. (2012). Schuldner- und Verbraucherinsolvenzberatung: Effizienz und Effektivität durch sozialbezogene Komponenten. *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, (2), 51-56.

Schroeder, D., & Gefenas, E. (2009). Vulnerability: too vague and too broad? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 18(2), 113-121. <https://doi.org/10.1017/S0963180109090203>

Stephan, G. (2011). Schuldnerberatung im Insolvenzverfahren. *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, (4), 117-119.

Stephan, G. (2012). Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen. *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, (3), 85-92.

Stiglitz, J., Sen, A., & Fitoussi, J. (2009a). *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*. <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/8131721/8131772/Stiglitz-Sen-Fitoussi-Commission-report.pdf>

Stiglitz, J., Sen, A., & Fitoussi, J. (2009b). *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2015/derecho/pobreza_multidimensional/bibliografia/Biblio_adic5.pdf

Tokunaga, H. (1993). The use and abuse of consumer credit: application of psychological theory and research. *Journal of Economic Psychology*, 14(2), 285-316. [https://doi.org/10.1016/0167-4870\(93\)90004-5](https://doi.org/10.1016/0167-4870(93)90004-5)

Tversky, A., & Kahneman, D. (1986). Rational choice and the framing of decisions. *The Journal of Business*, 59(4), 251-278.

Van Bavel, R., & Sell-Trujillo, L. (2003). Understandings of consumerism in Chile. *Journal of Consumer Culture*, 3(3), 343-362. <https://doi.org/10.1177/14695405030033003>

Varnum, M., Grossmann, I., Kitayama, S., & Nisbett, R. (2010). The origin of cultural differences in cognition: the social orientation hypothesis. *Current Directions in Psychological Science*, 19(1), 9-13. <https://doi.org/10.1177/0963721409359301>

243

DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y SOBREENDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD PARA UNA RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

DISPARITY OF CONSUMERS AND OVER-INDEBTEDNESS AS A SITUATION OF HYPERVULNERABILITY FOR A RE-READING OF SOLVENCY ASSESSMENT POLICY

Wang, X., Ward, A., Wall, A., & Ulbricht, D. (2017). *Theoretical frameworks for investigating consumer over-indebtedness and bankruptcy risk* [discussion paper 2017/1]. IFF. https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2019/04/iff_discussion_paper_2017_1.pdf

Warren, E. (1997). A principled approach to consumer bankruptcy. *American Bankruptcy Law Journal*, 71, 483-516.

Williams, T. (2007). Empowerment of whom and for what? Financial literacy education and the new regulation of consumer financial services. *Law & Policy*, 29(2), 226-256. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.2007.00254.x>

Zagorac, I. (2017). What vulnerability? whose vulnerability? conflict of understandings in the debate on vulnerability. *Facta Universitatis, Law and Politics*, 15(2), 157-170. <https://doi.org/10.22190/FULP1701157Z>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkaus y otros, Sentencia (C449/13) (Tribunal de Justicia [Unión Europea], 18 de diciembre de 2014).

Circular Interpretativa del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) de Chile, sobre el Concepto de Consumidor Hipervulnerable, Resolución Exenta N.º 1038, 31 de diciembre de 2021.

Decreto 53, Ministerio de Economía de Chile, Reglamento sobre Análisis de Solvencia Económica e Información al Consumidor. *Diario Oficial de Chile*, 3 de agosto de 2023.

Decreto con Fuerza de Ley N.º 3, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496, que establece normas sobre Protección de los Derechos del Consumidor. *Diario Oficial de Chile*, 31 de mayo de 2021.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social (Comité Económico y Social Europeo, 29 de abril de 2014). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014AEO791&from=ES>

Directive 2008/48/EU, sobre Contratos de Crédito al Consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 25 de mayo de 2008.

Directiva 2014/17/EU, sobre Contratos de Crédito celebrados con los Consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) N.º 1093/2010. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de febrero de 2014.

Directiva 2023/2225/EU, sobre Contratos de Crédito al Consumo y por la que se Deroga la Directiva 2008/48/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de octubre de 2023.

European Parliament Resolution, 22/05/2012, A strategy to strengthen the rights of vulnerable consumers (2011/2272 (INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0155_EN.html

Guidelines on loan origination and monitoring. Final Report, EBA/GL/2020/06. (European Banking Authority, 2020). https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/Translations/886679/Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring_COR_ES.pdf

Ley N.º 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. *Diario Oficial de Chile*, 5 de octubre de 1993.

Ley N.º 21.398, Establece Medidas para Incentivar la Protección de los Derechos de los Consumidores. *Diario Oficial de Chile*, 24 de diciembre de 2021.

Nueva Agenda del Consumidor, Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (13 de noviembre de 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696&from=EN>

OPR-Finance s.r.o. c. GK, Sentencia (C679/18) (Tribunal de Justicia [Unión Europea], 5 de marzo de 2020).

Nárokuj s.r.o. c. EC Financial Services, a.s., Sentencia (C755/22) (Tribunal de Justicia [Unión Europea], 11 de enero de 2024).

Resolución del Mercosur N.º 11/21, sobre Protección del Consumidor Hipervulnerable (26 de agosto de 2021). <https://normas.mercosur.int/public/normativas/4116>

DISPARIDAD DE CONSUMIDORES Y SOBREINDEUDAMIENTO COMO SITUACIÓN DE HIPERVULNERABILIDAD PARA UNA RELECTURA DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

DISPARITY OF CONSUMERS AND OVER-INDEBTEDNESS AS A SITUATION OF HYPERVULNERABILITY FOR A RE-READING OF SOLVENCY ASSESSMENT POLICY

Recibido: 14/06/2024
Aprobado: 09/09/2024

Experticia, vaguedad y máximas de la experiencia en los casos de elusión fiscal

Expertise, Vagueness and Maxims of Experience in Tax Avoidance Cases

HUGO OSORIO MORALES*
Universidad Austral (Chile)

PATRICIA TOLEDO ZÚÑIGA**
Universidad Alberto Hurtado (Chile)

Resumen: El objetivo principal de esta investigación es analizar la vaguedad como un problema probatorio en casos de elusión fiscal, evaluando su impacto en la capacidad del órgano juzgador para determinar si los hechos específicos de un caso pueden ser clasificados como elusivos. El trabajo, además, pretende explicitar que la experticia de los aplicadores del derecho tributario es relevante, tanto para identificar y resolver los problemas de vaguedad como para realizar y evaluar máximas de la experiencia en el establecimiento de los hechos en este tipo de casos. Para este efecto, en la sección primera se intenta delimitar el concepto de «elusión fiscal» y se propone una definición de elusión fiscal consistente con los usos lingüísticos dominantes en la dogmática española y chilena actual. En la sección segunda se analiza la función de la vaguedad, frecuentemente usada en los supuestos de aplicación de las normas generales antielusivas, para intentar combatir la elusión fiscal. Se concluye que se trata de una clase de vaguedad denominada «extravagante», utilizada intencionadamente por el legislador para intentar regular las innumerables formas en que puede presentarse el fenómeno elusivo. En la sección tercera se estudia la importancia de la experticia y las máximas de la experiencia para distinguir un caso elusivo de un caso no elusivo.

Palabras clave: Elusión fiscal, vaguedad, experticia, norma general antielusiva

Abstract: The main objective of this research is to analyze vagueness as an evidentiary problem in tax avoidance cases, evaluating its impact on the ability of the adjudicating body to determine whether the specific facts of a case can be classified as tax avoidance. The work also aims to explain that the expertise of tax law applicators is relevant, both to identify and resolve problems of vagueness and to make and evaluate maxims of experience in establishing the facts in this type of cases. To this effect, in the first section, an attempt is made to delimit the concept of “tax avoidance” and a definition of tax avoidance consistent with the dominant linguistic uses in current

* Doctor, magíster en Derecho y especialista en Derecho Penal. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) en el Instituto Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor de Política Criminal de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

Código ORCID: 0000-0002-3877-4517. Correo electrónico: ncordini@fcjs.unl.edu.ar

** Profesora de Derecho Tributario y académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Abogada, doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (España) y máster avanzado en Ciencias Jurídicas por la misma casa de estudios.

Código ORCID: 0000-0002-0438-6348. Correo electrónico: ptoledo@uahurtado.cl

Spanish and Chilean dogmatics. The second section analyzes the role of vagueness, frequently used in the application of general anti-avoidance rules, to combat tax avoidance. It is concluded that it is a kind of vagueness called “extravagant”, used intentionally by the legislator to try to regulate the innumerable forms in which the avoidance phenomenon can be manifested. The third section studies the importance of expertise and the maxims of experience to distinguish an elusive case from a non-elusive case.

Keywords: Tax avoidance, vagueness, expertise, General Anti-Avoidance Rule

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ ES LA ELUSIÓN FISCAL?.- II.1. CONCEPTOS PRELIMINARES.- II.2. CASOS.- II.2.1. BAHÍA.- II.2.2. MUÑOZ.- II.3. PRIMER ACERCAMIENTO.- II.4. CONCEPTO DE ELUSIÓN FISCAL.- III. LA VAGUEDAD DE LA ELUSIÓN FISCAL.- III.1. TIPOS DE VAGUEDAD.- III.2. EL ROL DE LA VAGUEDAD EXTRAVAGANTE EN LA ELUSIÓN FISCAL.- IV. EXPERTICIA Y ELUSIÓN FISCAL.- IV.1. EXPERTICIA.- IV.2. EXPERTICIA Y VAGUEDAD.- IV.1.1. JUECES Y ADMINISTRADORES QUE MIENTEN.- IV.1.2. UN ACERCAMIENTO —JURÍDICAMENTE— INGENUO.- IV.1.3. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE CASOS ABSOLUTA Y RELATIVAMENTE LÍMITE PARA EL CASO TRIBUTARIO Y LA ELUSIÓN FISCAL.- IV.1.4. NORMAS QUE REGULAN LA ELUSIÓN, VAGUEDAD Y EXPERTICIA.- IV.2. EXPERTICIA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.- IV.2.1. PROBAR HECHOS, INFERENCIAS PROBATORIAS.- IV.2.2. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE «MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA».- IV.2.4. RELEVANCIA DEL ORIGEN DE LAS «MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA».- IV.2.5. «MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA» EN JUICIOS TRIBUTARIOS.- IV.2.6. ¿«MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA» EN LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER ELUSIVO DE LAS OPERACIONES?.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de la dogmática tributaria es reciente (Osorio, 2023a, p. 205)¹ y, como observa Tarsitano (2021), se vincula desde sus inicios con intentos de distinguir conductas que, arropadas por el derecho civil, intentan eludir los tributos (p. 6). La elusión es, probablemente, el único problema realmente universal del derecho impositivo. En consecuencia, no resulta extraño que parte importante de la literatura, las discusiones y las controversias impositivas giren en torno a tal fenómeno (Osorio, 2023).

Sin embargo, aunque los estudios sobre la elusión son abundantes, en ellos rara vez se abordan los problemas relacionados con el establecimiento de los hechos. Suele discutirse, por ejemplo, qué constituye elusión fiscal, qué la diferencia de la evasión, si resulta conveniente incorporar

¹ Osorio (2023a) precisa que «En Alemania, y hasta comienzos del siglo veinte, se concebía el Derecho tributario como parte del Derecho administrativo. El primer curso de Derecho tributario propiamente tal se dictó en 1915 (Stolleis, 2017, pp. 95-98). En Italia, Griziotti comienza en el año 1920 a impartir la cátedra de Ciencias de las Finanzas y Derecho Financiero, hasta entonces a cargo de economistas (Amatucci, 2003, pp. 123 y ss.)» (p. 206).

normas o cláusulas generales que regulen la materia, la relación entre las cláusulas generales y especiales, y en qué se asemejan y diferencian los diversos ordenamientos jurídicos al dar cuenta del problema, entre otras cuestiones. No obstante, salvo por breves referencias a quién tiene o debiera tener la carga de la prueba, no suelen abordarse materias probatorias².

Este panorama se explica por la persistencia, dentro de la cultura jurídica española y chilena, de una concepción «persuasivista» de la prueba. Bajo esta mirada, el establecimiento de los hechos del caso no se relaciona con la existencia de elementos de juicio suficientes para que se encuentre justificada una proposición sobre ellos, sino con la persuasión del juez sobre su existencia. En términos generales, se observa en el ámbito tributario una escasa recepción de las tesis y los presupuestos de lo que se ha denominado el «giro racionalista» en los estudios sobre la prueba³.

La tendencia tributaria a un acercamiento «persuasivista» en el ámbito probatorio ha contribuido a que, en la actualidad, prevalezca una marcada desconfianza tanto sobre la posibilidad de establecer (o descartar) racionalmente la existencia de actos elusivos como sobre la utilidad de las normas que regulan la materia. Las normas generales antielusión (en adelante, NGA) rara vez se utilizan y, cuando se aplican, las respuestas suelen considerarse defectuosas o, incluso, incomprensibles⁴.

En este contexto, el artículo tiene como hipótesis central que la explicitación de los efectos prácticos de la vaguedad en el establecimiento

2 A modo de ejemplo, Sevilla Bernabéu (2024), luego de examinar exhaustivamente en un texto de 484 páginas la norma general antielusión española, dedica una sección de cuatro páginas para discutir sobre quién tendría la carga de la prueba y recurre a una sección de dos páginas para analizar la situación bajo el derecho de la Unión Europea (pp. 184-188 y 244-245).

3 En extrema síntesis, las tesis centrales de dicho acercamiento pueden resumirse en los cuatro elementos siguientes: a) para que los jueces puedan dar respuestas adecuadas y correctas deben basarse en un juicio verdadero sobre los hechos del caso (Taruffo, 2008, p. 22); b) la averiguación judicial de la verdad se inserta en la empresa general del conocimiento de los hechos, esto es, su averiguación en el ámbito judicial y extrajudicial no presenta diferencias epistémicas sustanciales (Accatino, 2019, pp. 89-90; Taruffo, 2008, p. 25); c) deben rechazarse los acercamientos «psicologistas» o «persuasivistas» porque la libre valoración de la prueba no supone ausencia de reglas, sino su sometimiento a los criterios epistemológicos que determinan su racionalidad (Bayón, 2010, pp. 7-8); y d) tal racionalidad debe justificarse y ser parte de la motivación de las decisiones judiciales (p. 8).

4 En Chile, no obstante que existe una NGA desde el año 2014 (con vigencia a partir del 30 de septiembre del año siguiente), hasta febrero de 2024 no había sentencias que se hubieran pronunciado sobre ella y recién el 19 de marzo de 2024 un tribunal de primera instancia dictó la primera sentencia (*Servicio de Impuestos Internos, Dirección Nacional con Forestal Aurora SpA*, 2024). En España, la regla anterior al año 2003 y la regla actual, de 2003, han tenido escaso uso (Palao Taboada, 2009, pp. 58-22; Delgado, 2018, pp. 404-414). García Novoa (2004), refiriéndose a la norma anterior al año 2003, la califica como un fracaso en términos de eficacia (p. 287). Palao Taboada (2021) llega a afirmar que la historia de la lucha contra la elusión en España es la de la huida de las normas que la regulan y que tanto la administración como los tribunales han recurrido a diversas estrategias para eludir su aplicación (pp. 285-286). El mismo autor agrega que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia es incoherente, imprecisa, confusa, poco rigurosa o, simplemente, errada. Impera en el ámbito tributario la idea de que la identificación y calificación de actos como elusivos es impredecible, y que depende, en definitiva, de la pura discrecionalidad de la administración tributaria y de la judicatura (pp. 238-239).

de los hechos en sede tributaria permite comprender y resolver de mejor forma los problemas que ella genera, particularmente en casos de elusión. Por ello, el objetivo principal de esta investigación es analizar la vaguedad como un problema probatorio en casos de elusión fiscal, evaluando su impacto en la capacidad del órgano juzgador para determinar si los hechos específicos de un caso pueden ser clasificados como elusión fiscal. El trabajo, además, pretende explicitar que la experticia de los aplicadores del derecho tributario es relevante tanto para identificar y resolver los problemas de vaguedad como para realizar y evaluar máximas de la experiencia en el establecimiento de los hechos en este tipo de casos.

Para este efecto, estructuralmente, el trabajo consta de tres partes. La primera tiene por finalidad reflexionar sobre el concepto de «elusión fiscal». Para ello, se proporciona una red conceptual general sobre la «elusión fiscal», se describen algunos casos concretos de elusión abordados por los tribunales para identificar en ellos elementos que suelen considerarse relevantes para la identificación del fenómeno elusivo, y se propone un concepto de «elusión fiscal». En la segunda sección, se analiza el concepto de «vaguedad» como característica generalizada de los conceptos utilizados para dar cuenta de la elusión fiscal y se intenta justificar la función de la vaguedad en la positivización de las normas generales antielusivas. La tercera parte estudia la relevancia de la experticia técnica del órgano juzgador para establecer la existencia de un hecho elusivo y cuánto de tal determinación constituye una constatación fáctica. En tal sentido, se propone que la experticia de quienes resuelven este tipo de casos permite reducir —aunque no eliminar— la inevitable indeterminación derivada de la vaguedad de los conceptos con que se identifica el fenómeno y, además, permite hacer un mejor uso y evaluación de máximas de la experiencia para establecer los hechos que rodean al fenómeno.

La vaguedad, las máximas de la experiencia y su relación con la experticia técnica del órgano juzgador de la elusión fiscal que serán objeto de análisis no son, desde luego, las únicas cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito de la elusión que resultan relevantes. El estándar probatorio, la carga de la prueba, la estructura del razonamiento probatorio, la interpretación de los hechos conforme al trasfondo cultural de la comunidad jurídica, entre otros temas, resultan también centrales para contar con un instrumental conceptual y analítico que permita un examen racional en la materia. Y, por cierto, los estudios impositivos sobre todos ellos son escasos. Sin embargo, analizar, aunque sea someramente, tales cuestiones, incluso en el limitado campo del establecimiento de hechos elusivos, requeriría un estudio y extensión excesivos. La selección se impone, pues, tanto por la importancia de la

materia analizada como por la profundidad que un análisis relevante de ella requiere.

II. ¿QUÉ ES LA ELUSIÓN FISCAL?

Determinar qué es elusión suele ser extraordinariamente controversial dentro del ámbito tributario. Esta sección no pretende dar una respuesta definitiva al punto, sino que se limitará a mostrar los contornos de tal fenómeno para examinar los problemas probatorios que son objeto de esta investigación.

II.1. Conceptos preliminares

A fin de intentar entender en qué consiste la elusión fiscal, comenzaremos por revisar conceptos preliminares, identificados por la dogmática impositiva, que están estrechamente relacionados con el concepto de «elusión fiscal».

Se sugiere partir del concepto planificación tributaria, que se ha definido como «todas las actuaciones del contribuyente que están destinadas a obtener un ahorro impositivo» (Toledo *et al.*, 2024, pp. 468-469). Definida así, en términos amplios, la planificación tributaria es un concepto neutro, y podrá ser calificada de aceptable o no dependiendo del tipo de actuaciones que realice el contribuyente (Navarro & Toledo, 2023, pp. 5-6). Así, se pueden distinguir tres tipos de planificación impositiva: economía de opción, elusión fiscal y evasión (Toledo *et al.*, 2024, pp. 468-469).

La economía de opción es una planificación tributaria lícita que consiste en la «evitación o disminución de la carga tributaria del contribuyente como consecuencia de elegir entre dos o más conductas permitidas en la legislación» (Toledo *et al.*, 2024, pp. 468-469). Una de las principales dificultades de la economía de opción es que las administraciones tributarias —por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos en Chile (SII, 2015, pp. 1-2)— suelen sostener que solo existe economía de opción tratándose de opciones expresamente permitidas en la legislación. No obstante, muchas de las decisiones de los contribuyentes se basan en opciones implícitamente permitidas en la legislación.

Como contrapartida, la evasión es una planificación impositiva ilícita que consiste en «evitar o disminuir la carga tributaria como consecuencia de ocultar la configuración de un hecho gravado. La evasión implica una conducta dolosa del contribuyente que [habitualmente] configura el establecimiento de infracciones o delitos tributarios» (Toledo *et al.*, 2024, p. 471).

251

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

Por su parte, la elusión fiscal se ha definido como una planificación impositiva ilícita que tiene

por finalidad obtener una ventaja patrimonial consistente en evitar o disminuir su carga tributaria como consecuencia de la realización de actividades que, amparadas en un cumplimiento formal, atentan contra el significado de la ley tributaria. La elusión utiliza formas lícitas, pero habitualmente inusuales o artificiosas (Toledo & Navarro, 2024, p. 79).

La dogmática impositiva ha enfatizado que, además de a) disminuir la recaudación fiscal, la elusión fiscal produce una serie de efectos perjudiciales para un sistema tributario, tales como: b) atenta contra el principio de legalidad tributaria en un sentido sustantivo porque, por medio de un artificio, se incumple con una obligación establecida por la ley; c) distorsiona la libre competencia porque otorga ventajas económicas al contribuyente elusor por sobre el contribuyente cumplidor; d) atenta contra los principios constitucionales establecidos como criterios justos de reparto de la carga tributaria, tales como el principio de igualdad tributaria porque, entre dos contribuyentes con igual capacidad económica, el contribuyente que elude soportará una carga tributaria menor que el contribuyente cumplidor; y e) afecta negativamente al sistema jurídico, pues la tolerancia a la elusión incentiva que contribuyentes cumplidores comiencen a incumplir (Toledo *et al.*, 2024, p. 471; Toledo & Navarro, 2024, p. 79). Por todo lo anterior, la mayoría de los países han adoptado estrategias para combatir la elusión, contando entre las medidas más comunes el establecimiento de normas especiales antielusivas y las normas generales antielusivas.

II.2. Casos

A continuación, se exponen dos casos elusivos resueltos por los tribunales chilenos: *Bahía* (2003) y *Muñoz* (2015). Se trató de sentencias que tuvieron un impacto extraordinario en la jurisprudencia chilena⁵ (Navarro, 2018, pp. 176-177). Ilustran, además, con especial claridad, el tipo de problemas probatorios que suelen presentarse cuando se discute sobre el fenómeno de la elusión fiscal⁶.

5 Se citan casos de los tribunales chilenos atendiendo a la nacionalidad de los autores de este trabajo; sin embargo, se trata de casos comunes, perfectamente aplicables en otras legislaciones.

6 La jurisprudencia de Estados Unidos de América cuenta con una extensa y sofisticada tradición jurisprudencial sobre la elusión y el desarrollo de doctrinas para hacerle frente. En particular, la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Gregory* (1935), da inicio al desarrollo de las doctrinas del *Business Purpose Test* y *Substance Over Form*. El caso decía relación con un conjunto de operaciones que, amparándose en normas que regulaban las reorganizaciones sociales, evitaba que las sumas obtenidas en la venta tuvieran el tratamiento de rentas ordinarias y se les diera el tratamiento preferente de ganancias de capital. La decisión se basa en una recalificación de las operaciones realizadas por la contribuyente, puesto que si bien ellas cumplían con los requisitos de las reglas que daban el tratamiento preferente, carecían objetivamente de objeto negocial. Se puede encontrar una exposición del desarrollo de las doctrinas relacionadas con la elusión en Gran Bretaña y Estados Unidos de América en Osorio *et al.* (2022, pp. 122-158).

II.2.1. Bahía

Los hechos y la normativa jurídica aplicable al caso *Bahía* eran particularmente sencillos. La administración tributaria chilena detectó que se entregaban cabañas de turismo amobladas en un centro vacacional sin recargar el impuesto al valor agregado (IVA) por el total del precio. Conforme a la normativa entonces aplicable, tanto el arrendamiento de inmuebles amoblados como la explotación turística de cabañas se encontraban gravadas con dicho impuesto⁷. En consecuencia, en cualquiera de las dos hipótesis debía aplicarse el IVA al total de la operación.

El contribuyente, un centro vacacional en una playa, para reducir su carga tributaria, se organizó por medio de dos sociedades, ambas constituidas el mismo día, en la misma notaría y con los mismos socios: Bahía S.A., dueña de las veintitrés cabañas que se entregaban en arriendo; y Prestaciones Caldera Limitada, dueña del mobiliario con que se alhajaban los inmuebles. El contribuyente argumentó que cada vez que se entregaban los inmuebles se realizaban dos operaciones jurídicas diversas. Primero, Bahía S.A. entregaba en arriendo un inmueble sin amoblar y, dado que el arriendo era sobre un inmueble sin amoblar, no quedaba afecto al impuesto. Del total pagado por el cliente, se entendía que un 60 % correspondía al inmueble (sin amoblar). Segundo, Prestaciones Caldera Limitada entregaba el mobiliario que se encontraba al interior del respectivo inmueble. La entrega se hacía por medio de un contrato de arrendamiento que, al ser sobre bienes muebles, se encontraba afecto al tributo. En consecuencia, del total pagado por el cliente se entendía que un 40 % correspondía a los muebles y solo sobre dicha suma se aplicaba el impuesto.

La administración tributaria chilena impugnó las actuaciones del contribuyente argumentando que, en la especie, se realizaba una explotación turística y, por tanto, las operaciones se encontraban gravadas. Aunque no resulta central para la presente discusión, cabe observar que la Corte Suprema se pronunció dando la razón al contribuyente⁸.

7 Esto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8, literal g) de la Ley sobre Impuesto a las ventas y servicios; y el artículo 2, numeral 2 del mismo cuerpo legal, en relación con el artículo 20, numeral 3 de la Ley sobre Impuesto a la renta y el artículo 2 del Código de Comercio, todos del sistema jurídico chileno.

8 Fundamentó su decisión en que: a) habían operado dos entidades distintas; b) la administración tributaria dejaba sin efecto, por vía administrativa, actos válidamente celebrados (los dos contratos sociales) cuya nulidad debía ser declarada por otros tribunales, probando una simulación; c) no había existido en la causa debate ni prueba sobre el punto; y d) la administración tributaria confundía dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de la ilícita evasión y el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico. A su juicio, esto último no solo era lícito por tener un fundamento legal, sino que puede tener finalidades ajenas a la elusión de impuestos. La decisión se entendió de forma generalizada como un argumento que sostenía la licitud de eludir impuestos. Navarro señala que la Corte Suprema aceptó que los contribuyentes podían eludir la verificación del supuesto gravado sin que existiera una norma que permitiera a la administración tributaria cuestionar este tipo de operaciones (Navarro, 2018, p. 177).

11.2.2. Muñoz

Los hechos y operaciones que rodean el caso *Muñoz* son más complejos que los de *Bahía*. Un grupo familiar era dueño de una sociedad que, a su vez, era dueña de una cadena de supermercados. Un tercero ofreció comprar dicha cadena. La venta podía hacerse por contenido —es decir, la sociedad podía vender los supermercados—; o por continente —es decir, el grupo familiar podía vender la sociedad—. Ambas fórmulas generaban una importante tributación por obtención de rentas o ganancias de capital.

El grupo familiar⁹ decidió evitar tanto la venta de los supermercados como la de la sociedad. Para ello, se acogió a un régimen de tributación preferencial que la ley establecía para pequeños contribuyentes. Ni la sociedad dueña de los supermercados ni sus dueños calificaban como pequeños contribuyentes. Sin embargo, se utilizó una planificación tributaria —consistente en una serie de operaciones que no interesa acá detallar— que les permitía finalmente transferir la propiedad de los supermercados, haciendo aparecer la operación como si hubiese sido realizada por diversos pequeños contribuyentes. Interesa destacar que la planificación significó una particularmente rápida sucesión de operaciones de relativa complejidad con el objeto, precisamente, de obtener los beneficios tributarios del particular régimen impositivo utilizado.

Como resultado de la venta, cada uno de los cuatro contribuyentes involucrados (miembros del grupo familiar) obtuvo una ganancia (por mayor valor en la venta de acciones) superior a los siete mil millones de pesos chilenos (aproximadamente, catorce millones de dólares al tipo de cambio de la época). No obstante, la utilización del régimen especial mencionado les permitió postergar en su totalidad la tributación.

Aunque no resulta central para la presente discusión, cabe observar que el tribunal contencioso administrativo especializado en materias tributarias y la Corte Suprema fallaron en contra de los contribuyentes. Para ello, argumentaron que, en cada caso, no se había cumplido con ciertos requisitos para ingresar al régimen tributario especial utilizado y que, además, las operaciones habían sido elusivas¹⁰.

9 El caso afectó a cuatro familiares. La Corte Suprema se pronunció conociendo de un Recurso de Casación sobre todos ellos en forma separada, pero el mismo día: el 27 de julio de 2015: María Gajardo Muñoz (Rol 17.586-14), Pablo Gajardo Muñoz (Rol 25.915-14), Laura Muñoz Aramayona (Rol 22.382-14) y Carlos Gajardo Muñoz (Rol 29.358-14). Los casos y pronunciamientos son idénticos.

10 En particular, el tribunal especializado de primera instancia señaló que el régimen utilizado por la contribuyente tenía por objeto amparar a pequeños contribuyentes y que esta, al utilizarlo, había actuado de mala fe (*Muñoz*, 2013). La Corte Suprema señaló que debía distinguirse entre planificación tributaria y elusión. La primera consiste en elegir entre alternativas lícitas con fines tributarios. La segunda, en cambio, es «el comportamiento del obligado tributario consistente en evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria, o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo, sin violar directamente el mandato de la regla jurídica, pero sí los valores o principios del sistema tributario». En consecuencia, a juicio de la Corte Suprema, las actividades «en principio lícitas, tuvieron un fin ilícito, cual es el dotar a la operación de venta de

II.3. Primer acercamiento

Los casos sumariamente expuestos permiten un primer acercamiento al fenómeno de la elusión fiscal. En efecto, y con independencia de lo resuelto en ellos, lo que en ambos se cuestionó es que las operaciones parecían reunir dos características que son, precisamente, las que suelen utilizarse para delimitar conceptualmente el fenómeno elusivo: el ahorro fiscal y la artificiosidad.

En efecto, en primer lugar, el grupo de operaciones analizadas permitirían reducir (*Bahía*) o postergar de forma indefinida (*Muñoz*) la carga tributaria que, sin la planificación utilizada, se habría soportado. En segundo lugar, los actos podían ser calificados de inusuales y artificiosos. En el caso *Bahía*, los inmuebles amoblados se entregaban celebrando en cada oportunidad dos contratos de arrendamiento, cuando lo normal es que se haga mediante solo uno. En el caso *Muñoz*, se realizaron numerosas operaciones, logrando un resultado —la transferencia del dominio de unos supermercados— que podría haberse conseguido de forma sencilla simplemente vendiendo ya sea los supermercados, ya sea los derechos de las entidades societarias que eran sus dueñas. La artificiosidad sugiere que las particulares formas negociales utilizadas para lograr los resultados (entrega temporal de inmuebles amoblados, transferencia del dominio de supermercados) se explicaban por los beneficios tributarios que proporcionaban, sin que fueran de utilidad alguna para la gestión de los negocios.

Existe, sin embargo, una diferencia importante entre ambos casos. Mientras que en *Bahía* los hechos son particularmente sencillos, al punto de que una revisión superficial sin conocimiento especializado permite constatar de inmediato los elementos centrales del caso; en *Muñoz*, en cambio, el caso muestra mayor complejidad, pues para su comprensión se requiere no solo conocer las, en principio, ilimitadas formas negociales que permitían lograr el resultado económico (por ejemplo, vender las unidades, el «contenido»; o vender la sociedad, el «continente»), sino también los efectos tributarios de cada una de dichas alternativas.

II.4. Concepto de elusión fiscal

Los crecientes esfuerzos multinacionales por enfrentar los fenómenos elusivos han llevado a una relativa convergencia conceptual con relación a la elusión fiscal o, al menos, a su identificación a partir de criterios similares (Delgado, 2018, p. 409). Aprovechando esta —parcial— convergencia, se adoptará una definición de elusión fiscal

acciones de un contexto que impidiese su normal tributación, generando una merma en las arcas fiscales que, en este caso, dadas las apariencias que se usaron para encubrir la actividad, no resulta admisible» (*Muñoz*, 2014).

consistente con los usos lingüísticos dominantes de la dogmática tributarista española y chilena actual.

En particular, se entenderá que existe elusión en los casos en que: a) los contribuyentes ahorran tributos o impuestos —u obtienen algún tipo de beneficio impositivo—, b) recurriendo a formas no simuladas ni expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, pero que c) resultan inusuales y/o artificiosas, siempre que, además, d) no existan razones comerciales, distintas de las meramente tributarias, que justifiquen su realización¹¹.

Tal definición, desde luego, deja numerosas preguntas sin responder. El problema central parece encontrarse en el núcleo de lo que suele entenderse por elusión: que las operaciones sean artificiosas o impropias. Dar o no tal calificación a las operaciones cuestionadas supone resolver un problema de vaguedad. Analizar tal problema es el objeto de la siguiente sección.

III. LA VAGUEDAD DE LA ELUSIÓN FISCAL

Aunque cada país suele dar al fenómeno elusivo una denominación particular¹², las normas que lo regulan coinciden en contar con un antecedente o presupuesto de aplicación con términos que dan cuenta de conceptos altamente indeterminados. Una revisión de las normas iberoamericanas en la materia permite constatar el uso de los siguientes términos: «operaciones artificiosas o impropias»¹³, «ausencia de resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes distintos a los meramente tributarios»¹⁴, «utilización de formas jurídicas inadecuadas»¹⁵, «realización de actos o negocios artificiosos debido a que se ejecutan de una manera que no es razonable»¹⁶, «formas jurídicas manifiestamente inapropiadas»¹⁷ y «actos jurídicos que carezcan de una razón de negocios»¹⁸.

11 La ausencia de razones comerciales válidas puede entenderse como un requisito adicional a la artificiosidad o como un indicio de ella. En cualquier caso, el requisito, vinculado originalmente a la jurisprudencia anglosajona, ha tenido amplia recepción en el derecho comparado (Cazorla, 2020, pp. 184-185). La NGA chilena define a la elusión por la ausencia de efectos jurídicos o económicos relevantes, sin referencia a la artificiosidad, aunque la doctrina suele entender que esta debe suponerse (Navarro, 2021, pp. 240-250). La jurisprudencia judicial y administrativa de la Unión Europea ha hecho referencia también a este requisito, Delgado (2018) hace una revisión de la evolución de las normas generales antielusión en el derecho de la Unión Europea (pp. 353-393).

12 Por ejemplo: «abuso de formas jurídicas» y «simulación tributaria» en Chile, y «fraude de ley» y «conflicto en la aplicación de la ley» en España.

13 Artículo 13 de la Ley General Tributaria de España (2003) y norma XVI del Código Tributario de Perú (2013).

14 Artículo 4 ter del Código Tributario de Chile (1974).

15 Artículo 2 de la Ley 11.683 de Argentina (1998). En el caso argentino, la NGA convive con normas que proporcionan amplia discrecionalidad en la interpretación de las normas tributarias (art. 1) y en la calificación de los hechos (art. 2, parte 1).

16 Artículo 869 del Estatuto Tributario de Colombia (1989).

17 Artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios de Costa Rica (1971).

18 Artículo 5 A del Código Fiscal de la Federación de México (1981).

La generalizada vaguedad de los conceptos utilizados para dar cuenta de la elusión fiscal sugiere que no se trata de un error o deficiencia de los textos que la regulan, sino de una vaguedad buscada. Ahora bien, ¿qué se busca con ella? ¿De qué tipo de vaguedad se trata? Y, en particular, ¿qué relevancia puede tener el conocimiento experto frente a ella? Las primeras preguntas se examinan en lo que resta de la presente sección, mientras que la tercera es el objeto de la siguiente.

III.1. Tipos de vaguedad

Existe coincidencia en que los conceptos vagos se caracterizan porque dan o pueden dar lugar a «casos límite» o marginales de aplicación (Endicott, 2000, p. 31)¹⁹. Existen, sin embargo, distintos tipos de vaguedad²⁰. Podemos distinguir tres.

En primer lugar, existen «conceptos vagos polares o de gradación extensional». Se caracterizan porque utilizan un criterio de referencia que da cuenta de una característica graduable. Ejemplos clásicos son «calvo» o «acaudalado». Una persona es acaudalada si tiene cincuenta millones de euros en su cuenta bancaria y no lo es si no tiene ninguno. Si a un acaudalado cuentacorrentista con cincuenta millones de euros se le priva de sus euros uno a uno, llegará un momento en que existirán dudas sobre si sigue siendo acaudalado. Existirá un «caso límite» de aplicación del concepto a los hechos.

En segundo lugar, se encuentra el «concepto de vaguedad combinatoria» (Rodríguez, 2021, pp. 602-603) que, a su vez, puede presentarse de dos formas no excluyentes: vaguedad combinatoria intensional o extensional. En el primer caso, existe incertidumbre sobre las propiedades que definen un concepto; en el segundo, al menos una de las propiedades es vaga extensionalmente o graduable (p. 627). En ambos casos existen diversos criterios para identificar la referencia o extensión del concepto y es posible que ninguno, individualmente considerado, sea indispensable. Un ejemplo clásico de vaguedad combinatoria intensional es «juego» porque refiere a dimensiones extraordinariamente variadas: divertir, dar la posibilidad de ganar o perder, requerir destreza física o mental, entre otras. Hablantes competentes pueden identificar diversas actividades como casos de «juego», aunque solo presenten uno o algunos de estos criterios (pp. 602-603); y, sin embargo, pueden surgir dudas sobre si una

19 Esto no supone que la existencia de casos límite sea condición necesaria y suficiente para que un concepto sea vago. Suele entenderse que la vaguedad se caracteriza, además, por tener bordes difusos y originar la paradoja de los sorites (Rodríguez-Toubes, 2020, pp. 618-626).

20 Desde luego, todos los términos de clase (generalmente utilizados por el derecho) son, en el límite, al menos potencialmente vagos; sin embargo, no todos los conceptos son vagos en la misma medida y de la misma manera. Como se discute en el texto, el legislador suele utilizar intencionadamente términos que dan cuenta de conceptos de alta vaguedad. Es en este contexto que en el trabajo se hace referencia a «conceptos vagos» y «formas de vaguedad».

actividad que parece cumplir con algunos de ellos —como, por ejemplo, la caza mayor— y puede ser calificada como tal.

Existe, además, un tercer tipo de vaguedad, propuesto por Endicott (2000, pp. 41 y ss.; 2011), que resulta de utilidad para el presente análisis: la «vaguedad extravagante». Se trata de un tipo de vaguedad combinatoria (habitualmente intensional y extensional) caracterizada por la existencia de numerosos atributos o criterios de aplicación inconmensurables entre sí. La inconmensurabilidad significa que los diversos atributos a que apunta el concepto no son medibles en unidades o escalas comunes de referencia. La inconmensurabilidad implica vaguedad y, a medida que estos atributos aumentan, los casos indeterminados se multiplican y desplazan a los determinados, llevando a que la vaguedad se vuelva extravagante, situación típicamente observada en conceptos altamente indeterminados que suelen utilizarse en el derecho, como «razonable» (Asgeirsson, 2020, pp. 44-46) y —agregamos nosotros—, para el caso de la elusión fiscal, «artificiosos» o similares.

III.2.El rol de la vaguedad extravagante en la elusión fiscal

Los presupuestos de aplicación de las normas que regulan la elusión son extravagantemente vagos. Típicamente, ellas señalan que existirá elusión fiscal cuando se realicen operaciones que sean «artificiosas» para el resultado obtenido y que no generen efectos «relevantes», aparte del ahorro tributario²¹. Existe vaguedad intensional porque no resulta claro cuál es el conjunto de propiedades que permiten calificar a un acto como artificioso, ni cuáles son las que permiten calificar a determinados efectos (no tributarios) como relevantes. Además, y dado que al menos algunos de estos elementos son graduables (un acto puede ser más o menos artificioso o relevante), el concepto presenta vaguedad combinatoria extensional. En fin, los criterios de aplicación no parecen comparables con una medida común: si la artificiosidad requiere que el acto sea inusual y contrario a los usos comerciales, no parece posible comparar con una medida común el nivel de «inusualidad» con el de «alejamiento de los usos comerciales».

El carácter vago extravagante de los conceptos a que aluden los términos con que suele denominarse a la elusión resulta especialmente desconcertante para los tributaristas porque en esta área del derecho suele darse especial relevancia a la precisión, especialmente cuando de ello depende el nacimiento de una obligación tributaria. ¿Qué función o utilidad puede tener entonces tal vaguedad? En términos generales, y siguiendo en esto a Hart (2012 [1961], pp. 127-129), el derecho suele

²¹ Artículo 15 de la Ley General Tributaria de España (2003).

utilizar conceptos vagos cuando los fenómenos regulados presentan alta variabilidad en sus características relevantes y no es posible preverlas todas. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre con la elusión fiscal: el legislador, no pudiendo prever las innumerables formas en que se puede presentar el fenómeno elusivo, y enfrentado a la necesidad de regular de forma adecuada dichos casos, recurre a conceptos altamente indeterminados.

En particular, suele entenderse que la utilidad del uso de conceptos extravagantemente vagos en el derecho radica en que a) esa es la única (o mejor) manera de regular de forma adecuada materias que presentan amplia variabilidad empírica; b) la regulación mediante reglas sería excesivamente sobre e infrainclusiva; c) se estima adecuado contar con una legislación menos detallada con el objeto de evitar la inflación de la regulación; y d) la determinación de los criterios de resolución puede realizarse de mejor forma por la administración y los tribunales que por el legislador (Endicott, 2011; Asgeirsson, 2020, pp. 47-50; Rodríguez-Toubes, 2020, pp. 639-640).

Pues bien, estos cuatro elementos se presentan con cierta claridad en el caso tributario. Veamos brevemente de qué forma:

1. Las normas utilizan conceptos vagos porque no parece existir otra forma de cubrir todos los casos que pueden ser relevantes. La elusión se presenta en un contexto de extrema complejidad y acelerada innovación donde el fenómeno adopta las más variadas formas. Los contribuyentes y sus asesores buscan continuamente nuevas e, incluso, «ingeniosas» formas de escapar de los presupuestos gravados. Para abarcar una parte razonable de la enorme variedad de los posibles actos elusivos futuros —esto es, para evitar que las normas que los regulan resulten inútiles—, deben utilizar descriptores (extravagantemente) vagos.
2. Si se intentara reemplazar los conceptos de vaguedad extravagante por reglas con criterios de mayor precisión, se llegaría a dejar fuera del ámbito de referencia una gran cantidad de casos artificiosos (las reglas serían infrainclusivas) o bien ello llevaría a la aplicación de tributos a casos que no son elusivos (reglas sobreinclusivas). Por cierto, como ha detallado Schauer (2014 [1991]), debido a que las reglas jurídicas son generales, frente a determinados casos inevitablemente resultan sobre o infraincluyentes²². Sin embargo,

²² En particular, Schauer (2014 [1991]) sostiene que la determinación del antecedente de la regla, esto es, de las propiedades que identifican el caso genérico que da lugar a su aplicación, se hace a partir de un ejercicio de generalización y selección (pp. 75 y ss.). Las reglas no pueden identificar todas las combinaciones de propiedades relevantes que caracterizarían los casos pertinentes a la luz de la razón subyacente (el estado de cosas que la norma busca alcanzar) y, en consecuencia, se deben escoger algunas de ellas. Esto supone que se escoge una generalización de entre muchas posibles, lo que a su vez implica necesariamente una selección y supresión. La generalización

en la regulación de la elusión fiscal, la utilización de reglas precisas multiplicaría los casos de infrainclusión (como caso elusivo) al punto de hacerlas inadecuadas para cumplir con su función porque llevaría a dar igual tratamiento a contribuyentes que realizan actos elusivos que a otros que no lo hacen, con directa infracción al principio general —ampliamente reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, en general, y tributarios, en particular— de la igualdad²³.

3. En tercer lugar, entre las razones por las que los sistemas tributarios muestran creciente complejidad se encuentran, precisamente, las continuas correcciones y precisiones de normas específicas que deben dictarse para enfrentar figuras elusivas novedosas. Los intentos de controlar la elusión fiscal mediante normas específicas, caracterizadas por presupuestos de aplicación precisos, lleva a los dos efectos mencionados: los sistemas tributarios tienden paulatinamente a mostrar grados de complejidad inmanejables y se trata a contribuyentes que se encuentran en situaciones sustancialmente idénticas de forma diversa, nuevamente en infracción al principio general de igualdad. Por eso, algunos autores (Freedman, 2010) han propuesto que, paradójicamente, una regulación impositiva basada en normas con supuestos de aplicación (o antecedente) menos precisos podría incluso proporcionar mayor claridad y seguridad jurídica.
4. Finalmente, no es el legislador, sino la autoridad tributaria y los tribunales —sobre todo si son especializados, en el caso de estos últimos— los que cuentan con competencias para determinar, conforme a la evolución de las prácticas comerciales e impositivas, cuándo un acto es o no «artificial» y si los efectos no tributarios son o no «relevantes». Esto supone distinguir entre actos absoluta (o genuinamente) vagos y los que lo son solo de forma relativa (o aparente).

Este cuarto punto nos lleva a la discusión de la siguiente sección: ¿qué relevancia tiene la experticia técnica para calificar que un determinado hecho es elusivo?

IV. EXPERTICIA Y ELUSIÓN FISCAL

Como observa Vázquez (2015), en los sistemas jurídicos la forma en que habitualmente se incorpora información experta al proceso es mediante

probabilística que permite establecer la regla supone seleccionar los hechos cuya verificación tendrá como consecuencia probable la realización del estado de cosas deseado y escoger una de las formas posibles de categorizarlos.

²³ En Chile, el principio se encuentra consagrado en el artículo 19, numerales 2 y 20 de la Constitución Política de la República (1980). En España, se consagra en los artículos 14 y 31, numeral 1 de la Constitución Española (1978).

el testimonio de terceros ajenos a la causa (p. 37). En consecuencia, cuando los juristas discuten sobre el rol de la experticia en el establecimiento de los hechos, suelen referirse a la prueba pericial y los problemas vinculados a su admisión, práctica y valoración. En la presente sección se hace referencia a la experticia, pero de una forma completamente diversa. Lo que se discutirá es si resulta relevante —y de qué forma— que quienes son llamados a decidir sobre la existencia de actos elusivos tengan especiales conocimientos no solo sobre las normas tributarias, sino en particular sobre las prácticas negociales que suelen rodearlos.

Una reciente controversia ocurrida en Chile ilustra la relevancia y las vacilaciones que suelen rodear la cuestión objeto de análisis. En el marco de la tramitación de una reforma tributaria, el Poder Ejecutivo presentó una indicación en la que proponía la creación de una Comisión Antielusión, cuya función sería conocer y resolver la presentación ante tribunales de posibles casos de elusivos²⁴. La propuesta generó inmediata controversia no porque se propusiera que una comisión resolviera la materia, sino por su composición. En efecto, aunque dos de sus miembros serían expertos tributarios (el director del Servicio de Impuestos Internos y un abogado tributarista), los otros tres y, en consecuencia, la mayoría, serían expertos en materias económicas no tributarias: el fiscal nacional económico, un comisionado del Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero y el presidente del Tribunal de la Libre Competencia (BCN, 2020, pp. 160-162). Diversos expertos y parlamentarios manifestaron su sorpresa y rechazo frente a la propuesta, mientras que los propios expertos no tributarios propuestos solicitaron ser excluidos alegando que requerían dedicación exclusiva para cumplir con sus funciones habituales y que carecían de experticia técnica en el ámbito impositivo (Cámara de Diputadas y Diputados, 2018). El Gobierno, casi de inmediato, retiró y archivó la indicación.

La propuesta gubernamental sugería que, para establecer si se habían realizado o no actos elusivos, no se requerían conocimientos o experiencia propiamente tributarios, sino solo económicos. De hecho, quienes en su momento promovieron la mencionada integración indicaron expresamente que podría ser inconveniente contar solo con personas con formación impositiva, aunque no precisaron con claridad las razones de tal afirmación. El ministro de Hacienda, por su parte, afirmó que los aspectos jurídicos no eran los únicos que debían considerarse, pues también eran importantes los elementos macroeconómicos, financieros, etc. (BCN, 2020, pp. 159-160). Sin embargo, la mayor parte de los

261

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

24 Ley que Moderniza la Legislación Tributaria del 24 de febrero de 2020. Esta ley inició su tramitación mediante mensaje presidencial el 23 de agosto de 2018. Las indicaciones sobre la Comisión Antielusión se presentaron el 8 de mayo de 2009. Véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2020).

expertos en materias impositivas, e incluso los mismos comisionados propuestos, sostuvieron que la experticia tributaria resultaba necesaria.

A continuación, se discuten dos cuestiones relacionadas con el punto: a) de qué manera la experticia tributaria puede reducir la indeterminación derivada del uso de conceptos vagos para identificar la elusión, y b) qué relación tiene dicha experticia con el uso y evaluación de máximas de experiencia en el establecimiento de los hechos que rodean la elusión. Antes, sin embargo, conviene precisar a qué se hace referencia cuando se habla de «experticia tributaria».

IV.1. Experticia

Suele entenderse que, para un adecuado diseño y regulación de los sistemas tributarios, se requiere la participación —directa o por medio de asesores— de expertos en materia impositiva. También para la fiscalización, el asesoramiento y la resolución de controversias de dichas materias suele considerarse ineludible la participación de personas con conocimientos especializados. Las administraciones tributarias exigen que sus funcionarios cuenten con estudios avanzados y suelen invertir sumas considerables en su constante capacitación. Los tribunales que conocen las controversias generalmente son especializados (con competencia contencioso-administrativa, como en España; o, incluso, exclusivamente tributaria y aduanera, como en Chile). Probablemente nadie estaría dispuesto a proponer que la configuración del sistema impositivo, su fiscalización, la resolución de controversias y el asesoramiento a sus partícipes pueda o deba realizarse por legos, o expertos en derecho civil, o en libre competencia.

Ahora bien, ¿qué constituye, exactamente, la experticia tributaria? Suele entenderse que la existencia de organismos y tribunales tributarios especializados se vincula con que el hecho de que estos pueden conocer de mejor forma la regulación tecnificada impositiva. Aunque ello es efectivo, da cuenta de solo una parte y, probablemente, no de la más importante: la experticia relevante. Tanto o más importante que la experticia técnica propiamente tal es el conocimiento del contexto en que suelen desarrollarse las operaciones impositivas.

En efecto, y dentro del ámbito de la elusión (aunque el análisis resulta relevante para cualquier materia impositiva), para establecer la existencia de actos elusivos no se requiere solo conocer las normas y pronunciamientos que regulan y se han referido a la materia. Se requiere, especialmente, conocer el contexto en que suelen presentarse este tipo de operaciones. En casos de elusión no solo se discute si determinadas actuaciones son o no «artificiosas» en abstracto, sino en el contexto de determinadas operaciones. Más importante aún, en este tipo de casos se discute, además, si tales operaciones producen

o no efectos no tributarios que sean «relevantes», lo que supone un juicio contrafáctico en el que quien evalúa los hechos debe establecer si atendidos los efectos comerciales, y descontados los tributarios, un contribuyente habría realizado igualmente las maniobras que se cuestionan. Parece evidente que, para realizar ambos juicios, se requiere conocer las prácticas comerciales y de negocios imperantes en un lugar y tiempo determinados.

Atendido lo anterior, a lo largo del presente trabajo se entenderá por experticia o expertos tributarios a aquellas personas que a) conocen las materias técnico-tributarias (experticia técnica propiamente tal) y b) conocen, además, el contexto negocial en que se desarrolla la imposición (experticia en las prácticas impositivas)²⁵.

IV.2. Experticia y vaguedad

Pues bien, ¿qué relación tiene el uso de conceptos altamente indeterminados al identificar actos elusivos con la experticia? Para precisar el punto, resulta útil examinar una provocativa propuesta teórica de Sorensen (que, cabe adelantar, solo se adoptará parcialmente).

IV.1.1. Jueces y administradores que mienten

De acuerdo con Sorensen (2001), los casos límite a que se enfrenta el derecho pueden serlo relativa o absolutamente. En los casos relativamente límite, la indeterminación puede resolverse si quien decide se encuentra en una posición epistémica adecuada para ello; en los casos absolutamente límite, en cambio, no es posible dar una respuesta sobre si el concepto es o no aplicable al caso concreto.

Un ejemplo puede ayudar a clarificar la distinción. Es habitual que en los juicios tributarios las partes presenten gran cantidad de documentos contables y de otro tipo, muchos de los cuales no son realmente de utilidad para resolver las controversias. Supóngase que un juez o jueza tributarios debe analizar qué antecedentes, de entre una gran cantidad aportada, son relevantes para establecer si determinados gastos fueron o no necesarios para producir la renta de una empresa y pueden, en consecuencia, ser rebajados de la base imponible a efectos de calcular su obligación tributaria. Encarga a una persona responsable, pero con menor conocimiento y experiencia (un estudiante en práctica o un pasante) que, durante una semana, le ayude seleccionando los antecedentes que claramente son relevantes y los que de ninguna forma lo son. Los claramente relevantes debe trasladarlos a una habitación y los que claramente no lo son, a otra. Debe dejar en la habitación original los documentos cuya relevancia le parezca, incluso luego de su

25 Se trata de un conocimiento experto de un área del derecho y en determinadas prácticas, no de experticia en un área de la ciencia. Para profundizar, véase Vázquez (2015, pp. 83-148).

análisis, dudosa. El estudiante o pasante cumple el cometido. La semana siguiente, el juez o jueza analiza los documentos que han quedado en la habitación original; esto es, aquellos que para el estudiante en práctica seguían siendo dudosos. Este análisis le permite reducir aún más el grupo de documentos, pero no eliminarlos por completo. De acuerdo con Sorensen, los documentos que, luego de ser examinados por la persona en mejor posición epistémica, siguen siendo dudosos, son absolutamente límite; en cambio, aquellos que inicialmente parecían límite, pero luego de un mayor análisis, con más conocimientos, dejaron de serlo, lo eran solo relativamente.

Sorensen sostiene que la mayor parte de los casos dudosos por vaguedad a los que se enfrenta el derecho son relativa, y no absolutamente, límite. De hecho, sostiene que la vaguedad solo tiene valor en el derecho cuando da lugar a este grupo —mayoritario— de casos relativamente límite. En ellos, el legislador delega la decisión sobre la calificación de los hechos a agencias administrativas o jueces que tienen acceso al conocimiento y experiencia adecuados para resolver la indeterminación. No obstante, en los —a su juicio, minoritarios— casos absolutamente límite la situación es distinta. Acá, la experticia no permite resolver la vaguedad. La ignorancia de la respuesta no es relativa a ninguna persona, cualesquiera sean sus cualificaciones. Existe una delegación de facultades, desde el legislador a la autoridad decisora, pero es injustificada porque nadie puede resolver la indeterminación (Sorensen, 2001, pp. 399-400). En estos casos, dado que el derecho obliga a los jueces y órganos administrativos delegados a dar una respuesta sobre si el concepto es o no aplicable, se les obligaría a mentir o a autoengañarse.

Si se aplicara la propuesta de Sorensen al caso de la elusión (cosa que, cabe insistir, no se hará por completo, como se detallará en el apartado siguiente), ello significaría que, cuando se enfrentan casos de elusión, es posible que una mirada experta permita establecer que gran parte de ellos son problemáticos solo en apariencia porque, con tal conocimiento y experticia, se puede determinar que muchos, en realidad, claramente son o no son elusivos. Sin embargo, en los casos que incluso con esa experticia siguen siendo dudosos (casos absolutamente límite), no sería posible saber la respuesta. Y dado que, legalmente, no es posible decidir basándose en el azar (o la amabilidad de una de las partes, o su riqueza, o la eficiencia económica, etc.), la administración tributaria y los jueces deberían responder a una pregunta cuya respuesta necesariamente ignoran actuando, además, como si la conocieran. Es decir, deberían mentir o autoengañarse (Sorensen, 2016, pp. 298-300).

IV.1.2. Un acercamiento —jurídicamente— ingenuo

Es necesario detenerse y precisar de qué forma la propuesta de Sorensen es útil en la discusión sobre la elusión, qué parte de ella se adopta y qué parte rechaza este trabajo.

En primer lugar, Sorensen (2001) adopta una teoría epistémica de la vaguedad. Se trata de una postura que, como el propio autor reconoce (p. 15), es claramente minoritaria en los estudios sobre la materia²⁶. Conforme a las teorías epistémicas de la vaguedad, cuando existen conceptos vagos, los predicados se encuentran totalmente definidos; esto es, siempre existe un punto en que ellos dejan de ser aplicables, manteniéndose así el principio lógico de bivalencia conforme al cual los enunciados o afirmaciones sobre hechos concretos o bien son ciertos, o bien no lo son. La vaguedad se explicaría bajo esta mirada porque en tales casos, y no obstante su bivalencia, no podemos saber ni siquiera en principio si el concepto es o no aplicable (Moreso, 2017, p. 47). En cambio, conforme a las —mayoritarias— teorías semántico-contextuales a que este trabajo se adhiere, los predicados vagos son a un tiempo parcialmente determinados y contextualmente dependientes. Parcialmente determinados porque las reglas semánticas que los gobiernan proporcionan criterios de aplicación que permiten establecer un universo de casos en que son aplicables y otro en que no lo son (una persona que mide 1,80 metros de altura es alta, una de 1,50, baja); sin embargo, son parcialmente indeterminados porque existen casos límite (supongamos una persona de 1,65 metros) en que no es posible establecer si el predicado es o no aplicable. Conforme a estas teorías, las reglas semánticas proporcionan, como en las teorías epistémicas, criterios de aplicación y de no aplicación que son mutuamente excluyentes, pero que no resultan, al contrario de ellas, disyuntivamente exhaustivos (Asgerirsson, 2020, pp. 173-175)²⁷.

La adopción del acercamiento epistémico a la vaguedad por Sorensen lo lleva a sostener una idea ingenua sobre la forma en que se toman decisiones en el derecho: en los «casos límite», los jueces mentirían o se autoengañarían²⁸. Es cierto que, muchas veces, cuando un tribunal resuelve un caso de vaguedad extravagante, efectivamente no puede saber o verificar si los actos son o no —por ejemplo— elusivos. Pero, al decidir sosteniendo una u otra cosa, no miente ni prevarica ni se engaña; simplemente, decide. Y lo hace —o debiera hacerlo— utilizando criterios que deberá explicitar y justificar. No es necesario explorar la posibilidad, como hace Sorensen (2001), de que la adjudicación sea un acto performativo y los pronunciamientos judiciales, estipulativos (pp. 389-404). Y no lo es, entre otras razones, porque dicho acercamiento llevaría a que todas las respuestas judiciales fueran, por

265

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

26 El autor no solo estima que menos del 10 % de los estudiosos adopta una teoría epistémica a la vaguedad, sino que considera que algunas de sus consecuencias resultan, de hecho, absurdas (Sorensen, 2001, p. 18).

27 Soames (2012) ofrece una breve exposición comparativa de las teorías epistémica, semántico-contextual y supervalacionista de la vaguedad (pp. 96-99).

28 Esto no supone que adscribir a la concepción epistémica de la vaguedad lleve necesariamente a una comprensión ingenua de la forma en que opera el derecho, sino que, en este caso, parece haber coadyuvado a ello.

definición, infalibles. Basta con aceptar que, en muchos casos, el rol de los aplicadores no es determinar si un caso límite es o no calificable bajo el concepto vago; sino decidir si, por las razones que deben exponer y justificar, debe ser calificado de tal forma²⁹.

IV.1.3. Relevancia de la distinción entre casos absoluta y relativamente límite para el caso tributario y la elusión fiscal

Ahora bien, si este trabajo, a diferencia de Sorensen, no sostiene una teoría epistémica de la vaguedad y no se comparte tampoco la idea de que los tribunales mienten o se engañan en los casos absolutamente límite, ¿por qué se alude a la propuesta del autor? Creemos, como observa Asgeirsson (2020), que la distinción entre casos absoluta y relativamente límite es útil, sin importar la teoría de vaguedad que se sostenga (p. 69). Lo anterior, porque tal distinción (que la propuesta de Sorensen resalta) permite descartar dos posiciones extremas comunes en el derecho tributario al discutir sobre la elusión fiscal: a) la de «cognoscitivism ingenuo», conforme a la cual establecer la existencia del fenómeno responde (o debe responder) solo a la constatación de su existencia; y b) la de «relativismo radical», según la cual determinar si un caso es o no elusivo constituye un acto de pura discrecionalidad. Veamos con mayor detenimiento la diferenciación:

1. Conforme al «cognoscitivism ingenuo», cuando se utilizan normas con antecedente indeterminado como ocurre con las que regulan la elusión, siempre existe una respuesta correcta que quien es llamado a decidir debe limitarse a descubrir y declarar. Se trata de un acercamiento que resulta atractivo para los juristas porque parece oponerse a la existencia de decisiones arbitrarias. García de Enterría, por ejemplo, sostiene que en los casos en que se usan conceptos como el de buena fe o el estándar de buen padre de familia, la aplicación de tales conceptos solo admite una respuesta correcta —hay buena fe o no la hay, se cumple o no el estándar—, punto que puede determinarse mediante una actividad de cognición objetivable (García de Enterría & Fernández, 2020, pp. 501-502).
2. Conforme al «relativismo radical», por el contrario, cuando el derecho utiliza normas con antecedente indeterminado, la respuesta nunca depende de establecer una respuesta empíricamente correcta a la luz de los hechos. La respuesta, en estos casos, sería siempre producto no de una empresa cognitiva, sino de una decisión evaluativa.

²⁹ Soames (2012) examina las dificultades de las teorías epistémicas de la vaguedad al momento de explicar su rol en el derecho (pp. 103-107).

La distinción sugiere, en cambio, que en materia tributaria, en una parte importante de los casos —aunque, ciertamente, no en todos—, aquellos que pueden considerarse «límite» en cuanto a su caracterización como elusivos o no lo son solo de forma aparente. Veamos lo que esto supone para el caso de las normas que regulan la elusión, en particular considerando el rol de la experticia.

IV.1.4. Normas que regulan la elusión, vaguedad y experticia

Como se ha señalado, parte importante de las razones por las que los ordenamientos tributarios regulan la elusión mediante normas que utilizan conceptos vagos se relaciona con la complejidad de las materias tributarias, la evolución de las prácticas comerciales e impositivas, y las continuas e ingeniosas maniobras que los contribuyentes y sus asesores suelen idear para rebajar su carga impositiva. Esto impide al legislador categorizar con precisión qué operaciones serán o no elusivas. No se trata, obsérvese bien, solo de una imposibilidad práctica derivada de la cantidad y variedad de los posibles casos; tampoco de la posible falta de experticia técnica de quienes diseñan la norma. La imposibilidad es, por decirlo así, radical: no son los legisladores quienes podrán establecer de mejor forma qué casos son o no elusivos (incluso si son —o se asesoran por— expertos), sino quienes conozcan la evolución de las prácticas impositivas y contables.

La distinción de Sorensen entre casos absoluta y relativamente límite puede traducirse, con provecho, en la distinción entre casos aparentemente elusivos, pero que —con conocimiento experto— se revelan como elusivos o no; y casos que, incluso con tal conocimiento, siguen siendo dudosos. Aunque el concepto a que se alude con el término «artificioso» sea (extravagantemente) vago, una parte relevante de casos en los que existen dudas sobre su calificación puede resolverse con valor de verdad, siempre que quienes deciden se encuentren en una posición epistémica adecuada para ello.

Los predicados vagos son parcialmente definidos porque las reglas semánticas que los gobiernan proporcionan razones suficientes de aplicación y de no aplicación mutuamente excluyentes, aunque no disyuntivamente exhaustivas. Existen casos en que son aplicables, otros en que no lo son y casos límite en los que persistirán las dudas. Pues bien, un decisor experto puede determinar en una mayor cantidad de casos si tal aplicación es o no es procedente, reduciendo así los casos límite.

Si se acepta (junto con la mayor parte de los estudios y en contra de lo que sostiene Sorensen) que la vaguedad de los conceptos es semántico-contextual, la determinación de la clase de casos que caen bajo su aplicación dependerá del particular contexto fáctico en que operan. Una persona de 1,75 metros es alta, pero, en el contexto de un equipo profesional de básquetbol, no lo es. Resolver los casos

267

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

adecuadamente supone observar el particular contexto de aplicación del concepto. Y si quien analiza un caso dudoso de elusión es un experto en la materia, tal reducción se verá reforzada porque se trata de una persona capaz de comprender de mejor forma el contexto relevante.

Lo anterior explica por qué generalmente se entrega a la administración tributaria la decisión sobre utilizar o no este tipo de normas y no, por ejemplo, a un grupo de expertos en libre competencia. Sugiere, además, que la revisión jurisdiccional de tal decisión debiera encontrarse a cargo de tribunales especializados porque ellos pueden distinguir de mejor manera entre casos/elusión límite y casos/elusión no límite, reduciendo así la indeterminación propia de la vaguedad del presupuesto de aplicación de la norma. En suma, lo señalado sugiere un rol particularmente relevante de la competencia epistémica en la reducción de la indeterminación derivada del uso de conceptos vagos para identificar casos de elusión.

IV.2. Experticia y máximas de la experiencia

La experticia no solo permite distinguir entre casos aparentemente límite/elusivos y casos efectivamente límite/elusivos; sino que, además, por intermedio de las máximas de la experiencia, hace posible establecer de mejor forma los hechos que rodean y constituyen los actos elusivos.

IV.2.1. Probar hechos, inferencias probatorias

El objetivo institucional de la prueba en el derecho es la averiguación de la verdad sobre los hechos (Ferrer, 2022, p. 49). Dado que las normas jurídicas de conducta correlacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, para aplicar dicha consecuencia es necesario verificar si ha ocurrido un hecho que constituye un caso del tipo o clase de hechos a que la norma jurídica refiere (González Lagier, 2022, p. 8). Lo anterior supone que el razonamiento probatorio es un conjunto de enunciados que, a partir de las evidencias disponibles, expresa razones para aceptar que un hecho individual, que constituye un caso del hecho genérico que opera como presupuesto de la norma, se ha verificado.

Se entiende que un enunciado sobre los hechos es verdadero si se corresponde con la realidad; esto es, si existe una relación de correspondencia entre él y la realidad (González Lagier, 2022, pp. 22-23). En consecuencia, cuando en el derecho se afirma que un hecho está probado, ello significa que existen medios de prueba suficientes a favor de su existencia. Sin embargo, un hecho que ha ocurrido puede no encontrarse probado y, viceversa, uno que no ha ocurrido puede encontrarse probado. La razón es que los enunciados declarativos de hechos probados son relacionales a los medios de prueba disponibles (Ferrer, 2005, pp. 35-38).

Siguiendo en esto a González Lagier (2022), puede sostenerse que los argumentos, o inferencias probatorias, permiten justificar las hipótesis fácticas que interesa establecer y lo hacen correlacionando tales hipótesis con los elementos de juicio o evidencias disponibles (pp. 353-396). El enlace entre los elementos de juicio o evidencias disponibles y el hecho a probar (o hipótesis) puede ser de diversos tipos: empírico, normativo o conceptual. Los «enlaces empíricos» (y las inferencias que los utilizan) dan cuenta de generalizaciones empíricas; esto es, de relaciones condicionales probabilísticas que se formulan luego de observar en determinada cantidad de casos que un hecho sigue a otro. Tal cosa ocurre, por ejemplo, en las máximas de la experiencia que son objeto de discusión en los apartados siguientes. Los «enlaces normativos» son reglas dirigidas al decisor que lo obligan a aceptar como probados (con o sin posibilidad de probar lo contrario) ciertos hechos cuando se verifican determinados hechos previos, como sucede por ejemplo con las presunciones legales. En fin, los «enlaces conceptuales» llevan a que ciertos hechos brutos sean calificados o interpretados de determinada forma, de acuerdo con la red de conceptos con que se les clasifica y comprende. Ejemplo de ello es que un particular movimiento de manos se entienda como un saludo, una amenaza o un pedido de auxilio.

IV.2.2. De qué hablamos cuando hablamos de «máximas de la experiencia»

La primera dificultad para examinar el concepto que subyace a los términos «máximas de la experiencia» es la amplia dispersión sobre lo que se entiende por ello. Como observa Limardo (2021), un examen de la dogmática continental permite constatar que por tales términos y concepto suelen entenderse cuestiones extraordinariamente diversas: a) para algunos se trataría, simplemente, de la sana crítica; para otros, de b) una parte de ella, c) de cualquier regla de criterio relacionada con el establecimiento de los hechos, o bien d) solo de aquellas cuyo fundamento es científico, entre —numerosas— otras posibilidades (pp. 119-125). Una breve clarificación conceptual preliminar resulta, en consecuencia, ineludible.

Siguiendo al autor indicado, podemos entender que, por «máximas de la experiencia» se alude a un enunciado fáctico condicional de carácter general (pp. 125). En un argumento basado en una máxima de la experiencia, el hecho que constituye su consecuente condicional es probable, pero no cierto. Esto no es sino una manifestación de que el razonamiento probatorio, bajo una concepción racionalista, y como todo conocimiento humano sobre el mundo, es probabilístico.

IV.2.3. Validez y fuerza de las «máximas de la experiencia»

Suele existir consenso en que si bien las máximas de la experiencia son útiles para el establecimiento de los hechos en los procesos

269

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

judiciales, pueden también resultar peligrosas. Los peligros se derivan, principalmente, de dos elementos relacionados entre sí. Primero, se trata de argumentos que suelen presentarse de forma entimemática; esto es, omitiendo una de sus premisas y, en particular, la generalización en que se basan. Esto, desde luego, oscurece su fundamento y dificulta el análisis del sustento empírico en que se basan. Lo anterior lleva al segundo peligro: tal falta de claridad puede facilitar que, bajo la apariencia de máximas de la experiencia basadas en información estadísticamente relevante, se oculten preferencias valóricas, creencias falaces o simples prejuicios (Anderson *et al.*, 2015, pp. 337-338; Limardo, 2021, pp. 135-146).

Un ejemplo puede resultar ilustrativo. Es habitual que en los juicios tributarios chilenos se discuta si determinadas facturas dan o no cuenta de operaciones reales; es decir, si se trata de documentos ideológicamente falsos. En tales casos, los tribunales suelen argumentar que, si la cuantía de la compra es elevada, el hecho de que aparezca pagado al contado y en efectivo constituye un indicio de falsedad. La premisa omitida del argumento es la generalización de que, cuando se realizan operaciones por montos de cierta relevancia, los pagos habitualmente se realizan por medio de documentos comerciales, tarjetas de crédito o transferencias electrónicas. La falta de explicitación de la generalización dificulta el examen de la validez y fuerza probatoria del argumento. Es posible que en el área de negocios que interesa los pagos sean generalmente en efectivo (por ejemplo, que se trate de ventas de animales en sectores rurales) o que quien sostiene el argumento se incline a mirar con sospecha este tipo de pagos porque los relaciona con la forma de operar del narcotráfico o actividades ilícitas en general. Pero si la operación pertenece a una clase en donde los pagos suelen ser en efectivo y si no tiene relación alguna con el narcotráfico (u otras operaciones ilícitas), e incluso si bajo otras circunstancias el argumento resultara pertinente, en este caso es inválido.

Conviene en este punto distinguir entre la validez de las máximas de la experiencia y su fuerza probatoria o solidez. Si bien el examen exhaustivo de los elementos que impactan en uno y otro excede el marco de la presente discusión (Anderson *et al.*, 2015; Schauer, 2004), es suficiente acá con señalar que la validez depende de que la generalización en que se basa cuente con sustento empírico; esto es, de que sea efectivo que, presentándose la condición del enunciado condicional, suela suceder o sea más probable que se presente también el consecuente (Limardo, 2021, p. 136). La fuerza probatoria, por otra parte, depende del fundamento cognoscitivo que respalda la inducción que da lugar a la generalización y de la intensidad o grado de probabilidad de la asociación subyacente (p. 140). Por cierto, cabe observar que la generalización será válida cuando, presentándose la condición del enunciado condicional, aumente la probabilidad del consecuente, incluso si tal probabilidad

es baja. Por ejemplo, puede ser efectivo que quienes trafican drogas en vuelos internacionales suelen utilizar solo maletas de cabina (por lo que una máxima de la experiencia basada en ello sería válida), pero eso no supone, desde luego, que la mayoría de las personas que viajan solo con maletas de cabina trafiquen drogas.

IV.2.4. Relevancia del origen de las «máximas de la experiencia»

Limardo (2021) sugiere que la habitual clasificación entre las máximas de la experiencia de acuerdo con su origen —conocimiento científico, conocimiento de comunidades expertas, conocimiento general, etc.— es en gran medida irrelevante porque sea cual sea su origen, la evaluación dependerá de su apoyo empírico (p. 137). Agrega que la generalizada utilización del origen de las máximas de la experiencia como criterio para evaluar su validez y solidez (mayor en las científicas y provenientes de expertos, menor en las compartidas en la comunidad un tiempo prolongado, mínimo en las provenientes del conocimiento personal, del «sentido común» o «sintético-intuitivas») debiera ser matizada porque las generalizaciones de origen científico suelen carecer de límites fácticos, lo que las puede hacer contraproducentes para la solidez de sus conclusiones, entre otras razones (pp. 144-146).

No obstante estas prevenciones, lo cierto es que las máximas de la experiencia provenientes del conocimiento experto no solo suelen ser de especial relevancia por su mayor rigurosidad, sino porque en ciertas áreas o materias constituyen una fuente ineludible de generalizaciones para el establecimiento de los hechos. En controversias que inciden en materias científicas, por ejemplo, del comportamiento de los metales, las máximas de la experiencia útiles provendrán de los expertos en dicha materia. En aquellas vinculadas con reorganizaciones empresariales —habituales en casos de elusión—, provendrán de quienes tienen conocimiento de tales negocios, ya sea porque suelen realizarlos o porque han tenido oportunidad de observarlos.

IV.2.5. «Máximas de la experiencia» en juicios tributarios

Las clarificaciones anteriores permiten indicar con cierta precisión el segundo punto en que la experticia resulta relevante para establecer los hechos en controversias relacionadas con la elusión: un decisor experto en materias tributarias tiene mayores probabilidades de contar con máximas de experiencia válidas y sólidas respecto a los hechos que se ventilan en tales causas.

Pero eso no es todo. Habitualmente, en los juicios tributarios se recurre a informes de peritos que ilustran al tribunal sobre aspectos altamente tecnificados que inciden en este tipo de juicios. Como ha observado la doctrina (Vázquez, 2015), entre los diversos desafíos que presentan los informes periciales se encuentra que el juez o jueza cuente con herramientas para evaluar la validez y solidez de las máximas de la

271

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

experiencia que presentan los peritos. Bajo determinados contextos institucionales, es racional sostener un modelo «deferencialista» frente a los informes periciales, pero finalmente es el juez o jueza quien debe evaluar dichos informes y realizar las inferencias que sean pertinentes. Que el decisor cuente con experticia técnica y especializada es relevante porque le proporciona una mejor posición epistémica para realizar tal evaluación.

IV.2.6. ¿«Máximas de la experiencia» en la determinación del carácter elusivo de las operaciones?

Ahora bien, ¿permiten las máximas de la experiencia establecer que determinadas operaciones son o no elusivas? Como se ha visto, la experticia reduce la indeterminación porque logra identificar casos que son solo aparentemente límite/elusivos. Sin embargo, seguirán existiendo casos en los que existe indeterminación sobre su carácter «artificial», «impropio» o similares. ¿Pueden las máximas de la experiencia resolver estos casos, no los aparente/límite, sino los que lo son efectivamente?

Aventurar una respuesta afirmativa resulta atractivo porque supondría contar, al menos a nivel conceptual, con una herramienta capaz de resolver uno de los problemas que con mayor persistencia ha atormentado a los tributaristas desde los (relativamente recientes) orígenes de la disciplina. Parece sensato, además, suponer que al resolver tales casos un experto tiene mayores probabilidades que un lego de alcanzar una respuesta correcta o adecuada.

La respuesta es, no obstante, negativa. Las máximas de la experiencia permiten establecer hechos que facilitan dar una respuesta mejor justificada. Pero el establecimiento de la elusión no es solo un hecho que se verifica, es también una decisión con componentes valorativos que exceden el campo de la experticia epistémica.

Aunque suele hablarse de enunciados descriptivos y valorativos presentándolos como especies excluyentes de presupuestos jurídicos, lo cierto es que los presupuestos valorativos lo son siempre en forma parcial (Wróblewski, 1973, p. 173). Como sostiene Gascón (2010), cuando se afirma la existencia de un hecho de este tipo, se afirman dos cosas: que el hecho ha sucedido y que merece una cierta calificación, de acuerdo con un determinado criterio de valoración (p. 72).

En el caso de la elusión, existen también elementos fácticos y valorativos. Deberá establecerse que se realizaron determinadas operaciones, por determinadas personas. Deberá, además, establecerse si las operaciones realizadas son inusuales, o si produjeron efectos jurídicos importantes aparte de los propiamente tributarios. Para establecer si son inusuales, deberá analizarse el «contexto relevante: las prácticas civiles, comerciales y tributarias en que se insertan. Se observará si el tipo de resultados

económicos que se obtuvieron suelen obtenerse por medio de esas u otras formas jurídicas» (Osorio, 2023c, p. 27). Todo esto constituye indagaciones empíricas en las que la experticia resulta útil. Recordemos el caso *Bahía*: ¿es así como suelen entregarse de forma temporal las propiedades alhajadas para su habitación? Y en el caso *Muñoz*: ¿suelen realizarse múltiples operaciones, de la forma y en el tiempo en que se hicieron, en el contexto de la venta de una cadena de supermercados o de activos similares? En palabras de Osorio (2023c):

La conformación de la clase —actos inusuales— será, desde luego, dinámica, porque dependerá de los usos generales dentro del ámbito comercial y estos suelen ser extraordinariamente cambiantes. Pero será un análisis con relación a unos hechos y un mundo que puede ser objeto de investigación empírica (p. 27).

Sin embargo, las constataciones anteriores no son suficientes. En los casos absolutamente límite/elusivos, la experticia no logra resolver por sí sola la indeterminación derivada del uso de los conceptos utilizados para dar cuenta de la elusión porque en ellos se entrega a la autoridad delegada la responsabilidad de especificar las pautas que permitirán resolver el caso. Y tales pautas dependen de juicios valorativos. Este componente valorativo puede explicarse de diversas formas, dependiendo de los presupuestos teóricos que se adopten. Para algunos, responderán a una indagación moral de los principios de justicia que explican los conceptos que interesa aplicar (Moreso, 2020, pp. 78-85). Para otros, serán el ejercicio de una facultad discrecional que opera en función de las preferencias morales de quien decide (Guastini, 2014, pp. 72-73). Y si bien puede sostenerse que el ejercicio de esta facultad no supone dar al decisor carta blanca para decidir como estime pertinente porque, actuando en el marco de un Estado de derecho, deberá justificar su decisión (Lifante Vidal, 2021, p. 160); lo cierto es que tales valoraciones exceden lo empírico.

Las razones y justificaciones que sostienen las valoraciones pueden ser diversas. Es posible que recurran, como proponen Navarro y Toledo (2023), a (alguna de las formas de entender) la intención legislativa o la finalidad de la ley (de la norma eludida). Tal vez en la materia existan reglas o tradiciones que ordenan dar la razón en caso de duda a una de las partes³⁰, o es posible que en el país particular exista la obligación de seguir un específico argumento interpretativo y este lleve a una solución unívoca. Es probable, también, que los adjudicadores consideren relevante la coherencia del sistema tributario, el aumento de la seguridad jurídica, que se materialice la idea o el principio de capacidad contributiva, que aumente la eficiencia económica, que se

30 Aunque, entonces, deberá resolverse en qué punto un caso es límite en el sentido de generar dudas; esto es, habrá que resolver la vaguedad de segundo nivel que semejante regla origina.

limite la posibilidad de arbitrariedad estatal, o que la respuesta sea acorde a la moral social o a la crítica, entre otras posibilidades. En cualquier caso, el adjudicador deberá explicitar y justificar de qué forma el criterio utilizado resuelve la controversia.

Todo esto supone indeterminación, de eso no cabe duda. Supone, también una delegación de atribuciones a la autoridad administrativa y a los tribunales más radical que la que se observa en los casos relativamente límite o aparentemente elusivos. Quienes sostengan que existe una separación tajante entre la creación y la aplicación del derecho no pueden sino rechazar que las cosas, y en particular aquellas que se resuelven por las normas que regulan la elusión, ocurran así. Pero es necesario advertir que las doctrinas que justifican estas prevenciones no solo suponen que el derecho es completo, con soluciones para todos los problemas que se sometan a la decisión de los adjudicadores³¹; sino que el proceso de subsunción de los hechos particulares a tales reglas, una vez establecidos los hechos, es mecánico o, al menos, unívoco, sin espacio para la discreción adjudicativa.

Finalmente, cabe observar que incluso en estos casos y dentro del ámbito evaluativo, la indeterminación no es completa. Primero, porque solo cuentan con tal atribución determinadas autoridades (la autoridad tributaria y los tribunales) dotadas de un diseño institucional que, es de esperar, resguarde su independencia y calificación técnica. Segundo, porque tanto el contribuyente como la administración tributaria y los tribunales, en su caso, podrán deliberar sobre si las actuaciones pueden o no ser calificadas de elusivas, exponiendo las razones que permiten una u otra calificación. Tercero, porque institucionalmente el proceso de decisión estará sujeto a una revisión jurisdiccional de doble grado, además de instrumentos institucionales (inhabilidades, reglas probatorias, etc.), tendientes no solo a maximizar las probabilidades de resultados adecuados, sino a limitar los riesgos de arbitrariedad y abuso.

V. CONCLUSIÓN

El objetivo de esta investigación ha sido analizar la vaguedad como un problema probatorio en casos de elusión fiscal, evaluando su impacto en la capacidad del órgano juzgador para determinar si los hechos específicos de un caso pueden ser clasificados como elusión fiscal. El trabajo, además, buscó mostrar que la experticia permite, por una parte, identificar de mejor forma casos de vaguedad genuina (o absoluta) y, por la otra, formular y evaluar máximas de la experiencia útiles para establecer los hechos.

³¹ Es decir, que el derecho no presenta lagunas ni conflictos entre normas. La existencia de lagunas normativas y axiológicas, y de conflictos entre leyes, así como su rol en el derecho, ha dado lugar a una vasta literatura, cuyo examen excede ampliamente el objeto del trabajo. Sobre el tema, véase Bulygin (2005).

Para este efecto, en la sección primera se delimitó el concepto de «elusión fiscal». Aprovechando una relativa convergencia conceptual multinacional, se identificaron criterios similares que permitieron proponer una definición de elusión fiscal consistente con los usos lingüísticos dominantes en la dogmática iberoamericana actual. Así, se señaló que existe elusión fiscal en los casos en que: a) los contribuyentes ahorran tributos o impuestos —u obtienen algún tipo de beneficio impositivo—, b) recurriendo a formas no simuladas ni expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, pero que c) resultan inusuales y/o artificiosas, siempre que, además, d) no existan razones comerciales, distintas de los meramente tributarias, que justifiquen su realización.

Habiendo constatado que la positivización de las normas generales antielusivas suele estar constituida por un antecedente o supuesto de aplicación que contiene conceptos altamente indeterminados, en la sección segunda se analizó la función de la vaguedad para dar cuenta de la elusión fiscal. Se concluyó que se trata de una clase de vaguedad particular, denominada «extravagante», y que es utilizada intencionadamente por el legislador para regular las innumerables formas en que puede presentarse el fenómeno elusivo. En particular, se determinó que: a) las normas utilizan conceptos vagos porque no parece existir otra forma de cubrir todos los casos que pueden ser relevantes; b) si se intentara reemplazar los conceptos de vaguedad extravagante por reglas con criterios de mayor precisión, se podría generar una regulación sobreinclusiva o bien infrainclusiva de los casos de elusión fiscal; c) la regulación de la elusión fiscal basada en normas con supuestos de aplicación menos precisos evita las continuas correcciones y precisiones de normas específicas que deben dictarse para enfrentar figuras elusivas novedosas y, por tanto, pueden proporcionar mayor claridad y seguridad jurídica; y d) la autoridad tributaria y los tribunales especializados son los órganos que cuentan con la experticia necesaria para establecer de mejor forma si un caso específico es constitutivo de elusión fiscal o no.

Se mostró que la experticia no solo permite distinguir entre casos aparentemente límite/elusivos y casos efectivamente límite/elusivos, sino que permite, además, por intermedio de las máximas de la experiencia, establecer de mejor forma los hechos que rodean y constituyen los actos elusivos. En particular, en la sección tercera se concluyó que resulta relevante que el decisor de los casos de elusión cuente con experticia (técnica y de prácticas) por dos razones: a) porque tales decisores son quienes pueden distinguir de mejor forma entre casos límite/elusivos, por una parte, y casos que solo aparentemente lo son, pero que, con tal experticia, se revelan como elusivos o no elusivos; y b) porque tal experticia cumple un rol relevante en el uso y evaluación de las máximas de la experiencia al momento de establecer los hechos que inciden en los casos de elusión.

275

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

REFERENCIAS

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus*, (39), 85-102. <https://doi.org/10.4000/revus.5559>
- Amatucci, A. (2003). La enseñanza del derecho financiera en Italia y España. *Revista de Derecho Foro*, (1), 123-158. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/265>
- Anderson, T, Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la Prueba* (F. Carbonell y C. Agüero, trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Asgeirsson, H. (2020). *The nature and value of vagueness in the Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Bayón, J. C. (2010). Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, 2(4). <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.2-num.4-2010-252>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2020). *Historia de la Ley N.º 21.210*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/mc/historia-de-la-ley/7727>
- Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del Derecho. En Fernando Atria, Eugenio Bulygin, Juan José Moreso, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Manero, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (pp. 29-44). Madrid: Marcial Pons.
- Cámara de Diputadas y Diputados. (2018). *FNC, TDLC y CMF piden restarse de Comisión Antielusión que plantea el ejecutivo*. https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmId=136989
- Cazorla, L. M. (2020). *Derecho Tributario y Financiero, Parte General* (20.ª ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Delgado, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Endicott, T. (2000). *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Endicott, T. (2011). The Value of Vagueness. En Andrei Marmor y Scott Soames (eds.), *Language in the Law* (pp. 14-30). Oxford: Oxford University Press.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2022). Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En Jordi Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (pp. 47-77). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Freedman, J. (2010). Improving (Not Perfecting) Tax Legislation: Rules and Principles Revisited. *British Tax Review*, (6), 717-736. <https://ssrn.com/abstract=1804354>
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2020). *Curso de Derecho Administrativo* (19.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

- García Novoa, C. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En Jordi Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (pp. 353-396). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H. (2012 [1961]). *The concept of Law* (3.ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Lifante Vidal, I. (2021). *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*. Lima: Palestra.
- Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de la experiencia. *Questio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (2), 115-153. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qfi.2.22464
- Moreso, J. J. (2017). Marry Me a Little. How Much precision is Enough in Law? *Droit & Philosophie*, 9(1), 45-67. <https://www.filosoficas.unam.mx/docs/712/files/MARRY-ME-A-LITTLE-Paris.pdf>
- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Navarro, M. P. (2018). La evolución en la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema en la concepción de la elusión fiscal. *Revista de estudios tributarios*, (20), 169-191. <https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/52350>
- Navarro, M. P. (2021). *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho tributario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro, M. P., & Toledo, P. (2023). Función de la norma general antielusión en la interpretación tributaria. *Dikaion*, 32(1). <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.11>
- Osorio, H. (2023a). Taxatividad tributaria, elusión y seguridad jurídica: criterios para una evaluación. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36(1), 205-226. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000100205>
- Osorio, H. (2023b). Legalidad tributaria, elusión e interpretación: ideologías de la dogmática tributaria. *Revista Ius et Praxis*, 29(3), 128-148. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122023000300128>
- Osorio, H. (2023c). La prueba de los hechos: una propuesta de desarrollo. *Dikaion*, 32(1), 1-30. <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.2>
- Osorio, H., González, J., Vidal, V., & Iuspa, C. (2022). *Un estudio sobre la Elusión*. Santiago de Chile: Librotecnia.

277

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCALEXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

Palao Taboada, C. (2021). *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal* (2.ª ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters.

Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez-Toubes, J. (2020). Los Conceptos Legales Extravagantes. En María García Rubio y Josep Joan Moreso (dirs.), *Conceptos multidimensionales del Derecho* (pp. 617-647). Madrid: Reus.

Schauer, F. (2004 [1991]). Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana (T. Schleider, trad.). Buenos Aires: Marcial Pons.

Sevilla Berbabéu, B. (2024). *La elusión fiscal*. Cizur Menor: Aranzadi.

Soames, S. (2012). Vagueness and the Law. En Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (pp. 95-108). Nueva York: Routledge.

Sorensen, R. (2001). Vagueness has no function in Law. *Legal Theory*, 7(4), 387-417.

Sorensen, R. (2016). How Vagueness Makes Judge Lies. En Geert Keil y Ralf Poscher (eds.), *Vagueness and Law* (pp. 297-316). Oxford: Oxford University Press,

Stolleis, M. (2017). *A Public Law in Germany: a Historical Introduction from the 16th to the 21st century* (T. Dunlap, trad.). Oxford: Oxford University Press.

Tarsitano, A. (2021). *La elusión fiscal: forma y sustancia en el derecho tributario*. Buenos Aires: Astrea.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Toledo, P., Alburquenque, S., Blanche, C., Castillo, A., Cerón, J., Garfías, G., Magasich, A., Navarro, M. P., Osorio, H., Pascuali, M., Rojas, R., & Romero, D. (2024). Elusión y evasión. Comisión de Estudios del proyecto de Reforma Tributaria (Boletín N.º 15170-5). En Fundación de Estudios Sistémicos Tributarios (ed.), *Estudios sobre el sistema tributario chileno* (pp. 465-503). Santiago de Chile: Tirant lo Blanch.

Toledo, P., & Navarro, M. P. (2024). Aplicación de la norma general antielusiva chilena en relación con las normas especiales antielusivas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 37(1), 77-99. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502024000100077>

Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.

Wróblewski, J. (1973). Facts in law. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 59(2), 161-178.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales
Bahía, Rol 4028-2001 (Corte Suprema [Chile], 28 de enero de 2003).

Circular N.º 65/2015 (Servicio de Impuestos Internos [Chile], 2015). https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2015/circu65.pdf

Código Fiscal de la Federación de México [Congreso de los Estados Unidos Mexicanos [México], 31 de diciembre de 1981).

Constitución española (Cortes Generales [España], 1978).

Constitución Política de la República de Chile (Junta de Gobierno [Chile], 1980).

Decreto 821/98, texto ordenado de la Ley N.º 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones (Presidencia de la Nación [Argentina], 1998).

Decreto Ley N.º 824, Ley sobre Impuesto a la Renta (Junta de Gobierno [Chile], 31 de diciembre de 1974).

Decreto Ley N.º 830, Código Tributario (Junta de Gobierno [Chile], 31 de diciembre de 1974).

Decreto Ley N.º 825, Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios (Junta de Gobierno [Chile], 3 de diciembre de 1976).

Decreto Supremo N.º 133-2013-EF, que aprueba el Texto Único y Ordenado del Código Tributario (Presidencia de la República [Perú], 22 de junio de 2013).

Estatuto Tributario de Colombia (Presidencia de la República [Colombia], 30 de marzo de 1989).

Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935) (Corte Suprema [Estados Unidos], 7 de enero de 1935).

Ley N.º 4755, Código de Normas y Procedimientos Tributarios de Costa Rica (Asamblea Legislativa de la República [Costa Rica], 3 de mayo 1971).

Ley 58/2003, Ley General Tributaria de España (Cortes Generales [España], 18 de diciembre de 2003).

Ley N.º 21.210, Ley que Moderniza la Legislación Tributaria (Presidencia de la República [Chile], 24 de febrero de 2020).

Muñoz, GR-08-00091-2012 (Tribunal Tributario y Aduanero de la Araucanía [Chile], 17 de septiembre de 2013).

Muñoz, Rol 25915-2014 (Corte Suprema de Justicia [Chile], 27 de julio de 2015).

Servicio de Impuestos Internos, Dirección Nacional con Forestal Aurora SpA, RIT. GS-10-00039-2022 (Tribunal Tributario y Aduanero de Ñuble y Biobío [Chile], 19 de marzo de 2024).

EXPERTICIA,
VAGUEDAD Y
MÁXIMAS DE LA
EXPERIENCIA EN
LOS CASOS DE
ELUSIÓN FISCAL

EXPERTISE,
VAGUENESS
AND MAXIMS OF
EXPERIENCE IN
TAX AVOIDANCE
CASES

Recibido: 29/07/2024
Aprobado: 15/10/2024

INTERDISCIPLINARIA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

El diseño de un dispositivo de inclusión en torno a los grandes simios: el caso de la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia en Argentina*

The Design of An Inclusion Dispositive for Great Apes: The Case of the Orangutan Sandra and the Chimpanzee Cecilia in Argentina

MARÍA CARMAN**

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

MARÍA VALERIA BERROS**

Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Resumen: Las demandas judiciales en torno a los grandes simios hacen foco en un tema abordado desde la ética y el derecho animal: la consideración de los animales como sujetos de derecho. A partir de los procesos judiciales que involucraron a la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia, que estuvieron confinadas en zoológicos de Argentina, analizaremos los dispositivos de inclusión que materializan su conversión de objetos a sujetos. ¿En qué medida la concepción antropocéntrica respecto de los animales pierde peso frente a nuevos juicios clasificatorios, al menos en ciertas tribunas públicas y con determinadas especies? Nuestro supuesto es que algunos elementos y tecnologías (enunciados jurídicos de acciones judiciales y de sentencias; audiencias públicas; mejoras del recinto, estudios médicos y traslado de los animales a un santuario) conforman un dispositivo de ampliación de derechos que permite una política de reparación de animales considerados semejantes a nosotros o bien injustamente maltratados, con riesgo de vida u otro padecimiento objetivable. Desde una perspectiva interdisciplinaria entre la antropología y el derecho presentamos, en primer lugar, los argumentos usados en las demandas judiciales. Luego, analizamos las sentencias que dieron lugar

* Una primera versión de este trabajo fue presentada en la XIV Reunión de Antropología del Mercosur (Universidade Federal Fluminense, Río de Janeiro) en agosto de 2023. Agradecemos los comentarios de Victoria González Carman, Andrea Mastrangelo, Ana Paula Perrota, Andrea Osorio, Felipe Vander Velden, Bernardo Lewgoy y Guilherme Sá.

Esta investigación se desarrolló en el marco del proyecto Ubacyt 20020170100052BA, «Tensiones entre prácticas del habitar de los sectores populares y políticas urbanas o ambientales: análisis etnográfico en diversos espacios bajo conflicto» (2018-2023); y del proyecto CAID-UNL «Meulen II. Profundización de aportes jurídicos sobre la cuestión ecológica en clave latinoamericana» (2021-2024). Asimismo, este trabajo ha recibido financiamiento de la European Union's Horizon Research and Innovation Programme: Proyecto 2020, «Contested_Territory» (Marie Skłodowska-Curie Grant Agreement N.º 873082); y Proyecto 2021-SE-01, «Speak4Nature: Interdisciplinary Approaches on Ecological Justice» (Marie Skłodowska-Curie Grant Agreement N.º 101086202).

** Doctora en Antropología Social por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Código ORCID: 0000-0002-8891-5357. Correo electrónico: mariacarman1971@gmail.com

*** Doctora en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Santa Fe.

Código ORCID: 0000-0002-9472-5955. Correo electrónico: vberros@fcjs.unl.edu.ar

a la liberación de ambas primates. Y, en los últimos apartados, reflexionamos sobre el funcionamiento de estas técnicas de acercamiento animal/humano que buscan la inclusión de ciertos animales en una determinada comunidad moral.

Palabras clave: Derecho animal, sujeto de derecho, habeas corpus, cercanía moral, dispositivo de inclusión

Abstract: The lawsuits involving great apes focus on one of the perspectives of ethics and animal law: The consideration of animals as subjects of law. Based on the lawsuits involving the orangutan Sandra and the chimpanzee Cecilia, who were confined in zoos in Argentina, we will analyze the inclusion dispositive that materializes their conversion from objects to subjects. To what extent does the anthropocentric conception of animals lose importance in relation to new classificatory judgments, at least in some public forums and with certain species? Our assumption is that a number of elements and technologies (legal statements of legal actions and sentences; public hearings; improvements of the zoo enclosure, medical studies and transfer of animals to a sanctuary) form a dispositive for the expansion of rights that allows a policy of reparation of animals considered similar to us or unjustly mistreated, with risk of life or other objectifiable suffering. From an interdisciplinary perspective between anthropology and law, we first present the arguments used in the lawsuits. Then, we analyze the sentences that led to the release of both primates. And, in the last sections, we reflect on the functioning of these techniques of animal/human rapprochement that seek the inclusion of certain animals in a certain moral community.

Keywords: Animal rights, legal entity, habeas corpus, moral closeness, inclusion dispositive

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EN BUSCA DE UNA INSCRIPCIÓN JURÍDICA DE NUEVOS MODOS DE IDENTIFICACIÓN: LOS ARGUMENTOS DE LA ONG PROTECCIONISTA.- III. LAS DECISIONES JUDICIALES EN TORNO A SANDRA Y CECILIA.- III.1. EL FALLO A FAVOR DE SANDRA.- III.2. EL FALLO A FAVOR DE CECILIA.- III.3. LA IMPORTANCIA DE LLAMARSE SANDRA O CECILIA.- IV. LAS TÉCNICAS DE ACERCAMIENTO HUMANO/ANIMAL.- IV.1. DISPOSITIVOS DE INCLUSIÓN, DISPOSITIVOS DE EXCLUSIÓN.- VI.2. LOS LÍMITES DE LA «ESCUCHA ONTOLÓGICA».- IV.3. LOS «PRIMATES HONORARIOS».- IV.4. JUSTICIA SOCIAL, JUSTICIA ANIMAL Y JUSTICIA ECOLÓGICA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las demandas judiciales que reclaman por la liberación de grandes simios hacen foco en un tema abordado desde la ética y el derecho animal: la consideración de los animales como sujetos de derecho. A partir de los procesos judiciales que involucraron a la orangutana Sandra y a la chimpancé Cecilia, que estuvieron confinadas en zoológicos de

Argentina¹, analizaremos los dispositivos de inclusión que materializan su conversión de objetos a sujetos. Los *habeas corpus* y amparos a favor de los grandes simios conforman una estrategia de igualación entre primates humanos y no humanos. Orangutanes, gorilas o chimpancés son vividos como próximos a nosotros no solo en el aspecto genético, sino también espiritual; una doble cercanía que interpela a los activistas y da forma a la movilización legal por sus derechos.

Si bien estas presentaciones son impulsadas en diversas latitudes², el primer caso «exitoso» en el mundo se tramitó en Buenos Aires y, posteriormente, en Mendoza. En ambos casos, la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (Afada) presentó acciones judiciales con el fin de lograr la declaración de la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia como personas no humanas, así como también su liberación de los zoológicos en los que residían y su traslado a santuarios. Las demandas en cuestión desplegaron una serie de planteos no habituales para los tribunales y renovaron los usos de acciones judiciales —como el amparo y el *habeas corpus*— que históricamente fueron concebidos para conflictos muy diferentes a la liberación de animales. Las múltiples condiciones de fragilidad de Sandra y Cecilia, sumadas a su contundente proximidad al *Homo sapiens*, son el puntapié para emprender —según la gráfica expresión de uno de los abogados patrocinantes— una «lucha por la ampliación de derechos». ¿Cuáles son las tecnologías desplegadas por diversos actores del campo judicial para lograr la cercanía moralmente exacta con el animal defendido? ¿En qué medida la concepción antropocéntrica respecto de los animales pierde peso frente a nuevos juicios clasificatorios, al menos en ciertas tribunas públicas y con determinadas especies?

Nuestro supuesto es que los elementos y tecnologías puestos en juego por los actores proteccionistas³ conforman un dispositivo de inclusión de seres no humanos que responde a la búsqueda de inclusión de ciertos animales en una determinada comunidad moral. Este dispositivo de ampliación de derechos habilita una política de reparación de animales considerados semejantes a nosotros o bien injustamente maltratados, con riesgo de vida u otro padecimiento objetivable.

Los elementos que conforman estos dispositivos incluyen enunciados jurídicos de acciones judiciales y de sentencias, audiencias públicas, mejoras del recinto, estudios médicos y traslado de los animales a un

1 En las demandas judiciales se destaca que las primates, a raíz del confinamiento, se encuentran en situación de estrés, depresión y zoocosis.

2 En Estados Unidos, por ejemplo, la organización no gubernamental (ONG) Nonhuman Rights Project (s.f.) impulsa acciones de *habeas corpus* para la liberación de grandes primates desde 2013, incorporando además a elefantes (2017) y cetáceos (2022) entre sus «clientes».

3 Fundamentalmente, los abogados patrocinantes y las juezas intervinientes. Englobamos a las juezas entre los actores proteccionistas, ya que ambas se asumen a sí mismas como animalistas.

santuario. La emergencia de este dispositivo difiere de aquellos puestos en juego por otros colectivos ambientalistas, como los conservacionistas o los defensores de los derechos de la naturaleza.

Nuestro trabajo sobre el tema es resultado de una investigación interdisciplinar entre la antropología y el derecho que incluye un abordaje cualitativo de corte etnográfico, así como el análisis de documentos de distinto tipo⁴. Realizamos entrevistas semiestructuradas a los principales actores sociales vinculados a las causas judiciales argentinas de liberación de grandes simios: la jueza interviniente en el amparo de la orangutana Sandra y el equipo del Juzgado N.º 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires; la jueza interviniente en el amparo de la chimpancé Cecilia; el abogado patrocinante del caso Sandra; los abogados de la organización proteccionista Afada, responsable de ambos amparos; los profesionales de la defensoría interviniente en el caso de Sandra (Defensoría General Adjunta en lo Contencioso, Administrativo y Tributario); voluntarios e integrantes de agrupaciones animalistas y socioambientales; científicos dedicados a la conservación de grandes simios; y empleados y funcionarios del exzoológico (actual Ecoparque) porteño, así como de diversas delegaciones del Estado nacional y local⁵. Cabe señalar que el material empírico con el que contamos en torno a ambos casos ha sido dispar, ya que el acceso a las fuentes documentales y el caudal de entrevistas ha sido más abundante respecto de la orangutana Sandra, y más acotado en el caso de la chimpancé Cecilia. Pese a estas limitaciones, hemos podido realizar un estudio comparativo sobre los dos casos.

El trabajo se organiza en una serie de apartados. En el segundo de ellos reponemos los argumentos vertidos en las demandas por la liberación de

4 Esta perspectiva supone indagar en las prácticas de los diversos actores sociales involucrados en los escenarios bajo estudio y en los sentidos asignados por dichos actores a los procesos en que participan. En particular, tomamos como referencia el esquema de Gulliver citado por Sarrabayrouse *et al.* (2021) respecto de cómo realizar un abordaje antropológico de los procesos judiciales, que supone trabajar al menos en tres instancias: el estado de las relaciones sociales previas que dieron origen al conflicto, así como las causales de este; la disputa misma y la forma de resolverla; y los efectos de esa resolución en los diferentes actores involucrados. Nuestro abordaje implica, además, el análisis de un conjunto de fuentes documentales relativas a los procesos judiciales bajo estudio, para lo cual incorporamos técnicas de investigación jurídica (Herrera, 2017). También construimos una serie de instrumentos —como las fichas de análisis— adecuados para cada tipo de documento con el fin de sistematizar datos centrales del campo del derecho. Luego, procesamos las fichas de análisis para constituir una muestra representativa sobre la normativa vinculada a los temas abordados, el conjunto de resoluciones y sentencias judiciales involucradas, la doctrina jurídica, los informes de expertos y los documentos de ONG que se han ocupado del tema. El análisis efectuado en esta investigación interdisciplinar se basa en la triangulación de datos debido al uso de diferentes fuentes y métodos de recolección (Hernández Sampieri, 2014, p. 418). Nuestro diseño metodológico constó de varias etapas: un relevamiento bibliográfico, la recolección e interpretación de fuentes secundarias (fundamentalmente expedientes, legislación aplicada a los casos, resoluciones judiciales, la grabación de las audiencias públicas judiciales, informes técnicos e informes de ONG), la compilación de material periodístico y la realización de trabajo de campo.

5 Las treinta entrevistas que conforman nuestro corpus fueron realizadas entre los años 2015 y 2022, y contaron con el consentimiento informado de nuestros actores. Respetando su voluntad, hemos mantenido sus nombres.

Sandra y Cecilia, para luego analizar las sentencias que dieron lugar a la liberación de ambas primates. En los últimos apartados reflexionamos sobre el funcionamiento de estas técnicas de acercamiento animal/humano que buscan la inclusión de ciertos animales en una determinada comunidad moral.

Como veremos, las acciones judiciales analizadas trazan nuevos regímenes de visibilidad y parámetros de existencia social sobre estos animales, persuadiendo a múltiples actores del campo judicial y fuera de él respecto de su nuevo estatus. El reconocimiento del valor de esas vidas sintoniza con los modos contemporáneos de sentir, pensar y relacionarse con aquellos animales que, por un motivo u otro, nos espejan a nosotros mismos.

II. EN BUSCA DE UNA INSCRIPCIÓN JURÍDICA DE NUEVOS MODOS DE IDENTIFICACIÓN: LOS ARGUMENTOS DE LA ONG PROTECCIONISTA

Con el patrocinio letrado de Andrés Gil Domínguez y Santiago Rauek, la ONG proteccionista Afada⁶ interpuso recursos de *habeas corpus* en 2014 y 2015, respectivamente, en representación de dos grandes simias: la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia⁷. La primera se encontraba confinada en el zoológico de Buenos Aires (hoy Ecoparque) y la segunda en el de Mendoza.

Sandra es una orangutana que nació en el zoológico de Berlín en 1986 y ocho años más tarde fue derivada al zoológico de la ciudad de Buenos Aires. Cecilia es una chimpancé que nació y vivió toda su vida en el zoológico de Mendoza. Ambas son de la misma generación y tenían alrededor de treinta años cuando se solicitó judicialmente su liberación.

La elección de Sandra y Cecilia no fue casual: se trata de grandes simios que, por su semejanza con el humano, han sido objeto de atención de especialistas, organizaciones y proyectos internacionales, como el Proyecto Gran Simio⁸. La finalidad de las acciones judiciales de Sandra y Cecilia consistía en interrumpir sus cautiverios y lograr sus traslados a santuarios de grandes primates donde pudieran vivir su último periodo de vida en semilibertad.

6 Afada es una asociación civil con sede en la provincia de Corrientes que defiende los intereses y derechos básicos de los animales. La ONG estableció una red de abogados en diferentes provincias del país que impulsan causas judiciales en materia animal.

7 La acción de *habeas corpus* es una garantía constitucional en Argentina (Constitución de la Nación Argentina, 1853, art. 43). Se trata de un procedimiento judicial breve que tiene por objeto principal proteger la libertad física de los individuos.

8 El Proyecto Gran Simio, fundado en 1993, nuclea a grandes nombres del animalismo *mainstream*, como Peter Singer, y promueve una Declaración Internacional de los Derechos de los Grandes Simios por parte de las Naciones Unidas con el objeto de facilitar la liberación de grandes primates bajo cautiverio. Para más información, se sugiere consultar su página web: <https://projectogransimio.org/>

Se trata de *habeas corpus* disruptivos: los seres concebidos como injustamente privados de su libertad son, en este caso, animales. Si observamos la historia social de los usos del *habeas corpus*, nada nos conduciría a pensar que fuera a convertirse en un instrumento jurídico clave del activismo proteccionista. El uso no convencional de esta acción fue el paso inicial —tan audaz como original⁹— para lograr, por primera vez en el mundo, la liberación de un animal del régimen de confinamiento de un zoológico. El *habeas corpus* constituye, además, una acción judicial con una trayectoria singular en la Argentina: fue una de las últimas cartas de quienes intentaban encontrar a sus familiares desaparecidos en la última dictadura militar y, en la actualidad, es una herramienta recurrente ante detenciones ilegítimas en el marco de protestas sociales.

Para legitimar el uso de esta herramienta jurídica, que hasta el momento había estado destinada exclusivamente al club de los humanos, se realizó la simetría humano/animal: estas grandes simias sufrían una vida de encierro, al igual que cualquiera de nosotros la sufriría en su lugar. Este es el nudo emocional que estructura estos *habeas corpus* y que también fue vertido en la carátula del caso Sandra, en la que se observa a la orangutana encerrada en su recinto.

Ambas juezas nos narraron su asombro ante la llegada de los expedientes a sus juzgados:

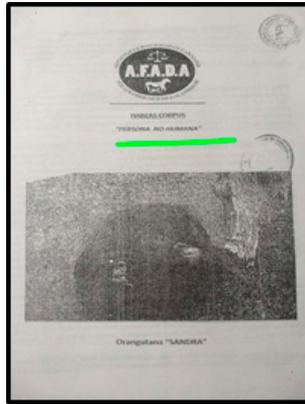
Cuando llegó el expediente caratulado «Sandra», yo no lo podía creer. Desde los 14 años quería ser abogada para defender los derechos de los animales. Me saldé esa deuda conmigo. Después de esto, ya puedo jubilarme¹⁰ (entrevista a la jueza Liberatori, 2015).

Viene uno de los chicos de mesas de entradas a la secretaría con una cara entre sorprendido y preocupado, y riendo me muestra una presentación de más de cien fojas donde la carátula decía: «Habeas corpus a favor de Cecilia como sujeto de derechos». Y una foto de un chimpancé tras las rejas (entrevista a la jueza Mauricio, 2019).

9 «Nunca me hubiera imaginado que también iba a servir para esto», nos han expresado con asombro —palabras más, palabras menos— colegas abogados que se dedican a delitos de lesa humanidad.

10 «Más que la jueza, yo me siento la madre de Sandra», nos ha comentado Liberatori en diversas oportunidades. La jueza apoya económicamente al Center for Great Apes, el santuario de Estados Unidos donde vive Sandra desde 2019. Para gran orgullo de la jueza, esta entidad le otorgó un certificado de adopción en 2021. Allí se menciona a Elena Liberatori como la madre adoptiva (*adoptive parent*) de la orangutana Sandra.

Figura 1. Carátula de la demanda de *habeas corpus* a favor de la orangutana Sandra



Fuente: copia de la carátula provista por la ONG Afada.

La imagen de la carátula fortalece la idea de que no se trata de una situación de encierro coyuntural, sino de una privación ilegítima de la libertad por tiempo indeterminado, homologable a la esclavitud de los humanos¹¹. La intercambiabilidad de posiciones entre humanos y otros grandes simios constituye una de las apuestas más relevantes de los *habeas corpus* en cuestión:

la orangutana Sandra [...] fue y es una verdadera esclava del zoo de Buenos Aires [...] privada] injusta e ilegítimamente de su libertad locomotiva, como a muchos otros no humanos, en un país donde la esclavitud fue abolida con la Asamblea del Año 13 (*Orangutana Sandra s/Hábeas Corpus*, 2014, p. 6).

La situación de encierro crónica es tan dramática como la de un esclavo por el simple hecho de que estos animales, al igual que nosotros, sufren. Un arsenal de documentos e informes intentaron demostrar el estado de depresión y soledad de ambas primates en situación de encierro. Citamos a continuación algunos párrafos significativos de la demanda a favor de la chimpancé Cecilia¹²:

Cecilia es una chimpancé hembra [...] que casi la totalidad de su vida vivió en cautiverio en el zoológico de Mendoza, en una jaula de cemento que es verdaderamente aberrante, en otras palabras, se

11 Estos argumentos resultarían invariables o, al menos, sumamente polémicos en el marco de otros contextos nacionales, como nos señaló Felipe Vander Velden para el caso de Brasil. Agradecemos a nuestro colega por la reflexión.

12 Utilizamos la sentencia que retoma los argumentos de la demanda, dado que no contamos con este último documento.

encuentra ilegalmente privada de su libertad, siendo una *clara prisionera y esclava* hace más de 30 años en el zoológico de Mendoza solo por decisión arbitraria de sus autoridades (*Chimpancé Cecilia s/Habeas Corpus*, 2016, p. 2)¹³.

A este argumento vertebral de la esclavitud se sumó el de la proximidad genética: humanos, chimpancés y orangutanes compartimos una porción significativa de nuestro ADN. Como nuestros parientes más próximos —los *erectus*, neandertales, etc.— se extinguieron, los chimpancés, orangutanes, gorilas y bonobos pasaron a ser nuestros parientes más directos, a los cuales hay que concederles los derechos que hubiésemos concedido a esos *homos* extinguidos. La orangutana Sandra —insistía la demanda— comparte más del 97 % de nuestra identidad genética. En el mismo sentido, la jueza Mauricio —retomando la demanda de Afada— argumentó: «la proximidad entre el hombre y el chimpancé es tal que este puede ser donador de sangre para humanos y viceversa, son entes individuales y únicos, poseen necesidades emocionales» (sentencia del caso Cecilia, 2016, p. 6).

El tercer argumento, que resulta indisociable de los dos anteriores, es el de nuestra cercanía espiritual e intelectual con estos simios, enfatizada en descripciones sobre su sensibilidad, inteligencia y sentimientos. Sandra y Cecilia —alegaron tanto los abogados patrocinantes como las juezas intervinientes en las causas— generan vínculos, se alegran, sufren:

[los grandes simios] mantienen y cultivan lazos familiares, adoptan huérfanos, lloran por la muerte de los suyos, practican la automedicación, poseen cultura [...] *es mucho más lo que nos une a estas especies que lo que nos separa* (*Orangutana Sandra s/Hábeas Corpus*, 2014, p. 8)¹⁴.

los animales comparten con nosotros —sobre todo los mamíferos— una serie de pensamientos, emociones, sentimientos que son esenciales. [...] Ellos juegan con sus congéneres, tienen miedo, están alegres, tristes, tienen calor, frío, hambre, pero fundamentalmente [...] la parte de las emociones básicas: la alegría, el temor, la tristeza (entrevista a la jueza Mauricio, 2019).

Esta capacidad de sintiencia de los animales vertebrados fue retomada de autores clásicos de la ética animal y, en particular, de Peter Singer, cuya obra estructura buena parte del pensamiento animalista desde la década del setenta¹⁵.

¹³ Énfasis añadido.

¹⁴ Énfasis añadido.

¹⁵ Singer (1999) sostiene que es necesario provocar un giro mental y visibilizar la discriminación en razón de la especie —el denominado «especismo»— que impregna buena parte de nuestros hábitos. El concepto de especismo alude a «la discriminación moral efectuada en función de la especie. Cuando los intereses de un individuo no reciben la consideración que merecerían debido a que tal individuo pertenece a una determinada especie, estamos ante una posición especista» (Horta, 2004).

A las tres premisas ya reseñadas —la situación de esclavitud, y la proximidad genética y emocional—, se sumó un cuarto componente, asociado al ideario conservacionista. Los *habeas corpus* alegaron que estas especies se encuentran entre los veinticinco primates en mayor peligro de extinción y alertaron sobre su posible desaparición en las próximas décadas. Los abogados patrocinantes retomaron informes internacionales, entre ellos los de la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, para demostrar el estado de extinción de la especie a nivel global.

Se trataba de lograr, en fin, una política de reparación de esos animales no humanos considerados sintientes y extremadamente semejantes a nosotros. Si buena parte del pensamiento occidental enfatizó nuestra diferencia con los animales, los proteccionistas contemporáneos argumentan sobre las semejanzas que tenemos con estos, tanto en nuestras fiscalidades como en nuestro mundo emocional.

III. LAS DECISIONES JUDICIALES EN TORNO A SANDRA Y CECILIA

III.1. El fallo a favor de Sandra

Un mes más tarde de la interposición del *habeas corpus* del caso Sandra, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal dio curso a esa acción y la expidió en una resolución de solo una carilla que expresa una posición absolutamente novedosa respecto del estatuto jurídico de los animales: «menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos» (*Orangutana Sandra s/Hábeas Corpus*, 2014, p. 1).

Este breve fragmento, acompañado de la fotografía de Sandra encerrada con triste expresión en su recinto, circuló velozmente a través de la prensa internacional, así como dentro del círculo de organizaciones no gubernamentales y académicas que trabajan sobre este tema.

Un animal era reconocido, por primera vez en el mundo, como sujeto de derechos en la justicia. Debido a la lejana competencia de este juzgado en relación con temas ambientales o relativos a animales, es probable que los jueces de la Segunda Sala de la Cámara de Casación Penal no anticiparan la repercusión mundial que tendría una decisión de este tipo. La resolución se transformó entonces en un arma de doble filo, pues si bien se alzó como un indiscutible espaldarazo a los históricos reclamos animalistas, su pobreza argumentativa banaliza la cosmovisión en la cual se apoya esta lucha.

289

EL DISEÑO DE UN DISPOSITIVO DE INCLUSIÓN EN TORNO A LOS GRANDES SIMIOS: EL CASO DE LA ORANGUTANA SANDRA Y LA CHIMPANCÉ CECILIA EN ARGENTINA

THE DESIGN OF AN INCLUSION DISPOSITIVE FOR GREAT APES: THE CASE OF THE ORANGUTAN SANDRA AND THE CHIMPANZEE CECILIA IN ARGENTINA

Tres meses más tarde, un amparo —presentado por la misma ONG, en conjunto con el abogado Andrés Gil Domínguez— procuró tornar efectiva la liberación de Sandra, así como mejorar sus condiciones de vida hasta tanto se organice el traslado a una nueva residencia.

La nueva acción judicial retomó los argumentos ya desarrollados en el *habeas corpus*: la situación de esclavitud a la que se encontraba sumida la orangutana, su capacidad de sufrimiento, la similitud genética con los humanos y su riesgo de extinción. Si para la justicia Sandra era un sujeto —alegaba el amparo—, no podía seguir siendo tratada como una cosa.

El amparo recayó en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 4 de la ciudad de Buenos Aires, a cargo de la jueza Elena Liberatori. A contrapelo de un amparo tradicional, cuya resolución debería expedirse en cuestión de días, el juzgado consagró un año a estudiar la causa a fondo, convocando además a audiencias públicas y dando intervención a especialistas en calidad de *amicus curiae*. Los expertos en cuestión expusieron sus argumentos a lo largo de dos audiencias públicas celebradas en el juzgado en el año 2015.

Durante el primer día de las audiencias públicas, una serie de expertos expresó su cercanía moral con la orangutana a partir de la preocupación por sus padecimientos, la búsqueda de soluciones para revertir el maltrato y la constante alusión a su género y su nombre de pila. Este primer bloque estuvo conformado por la jueza Liberatori; el abogado Gil Domínguez, que fue parte actora del proceso junto a la ONG Afada; el presidente de esta asociación, Pablo Buompadre; y expertos de diferentes áreas: veterinaria, biología y la cátedra de Derecho Animal de la Universidad de Buenos Aires.

La proximidad de este grupo de actores con Sandra se expresó también en la empatía con su compleja identidad: ella no solo nació en cautiverio, sino que además desciende de progenitores de Sumatra y Borneo, combinación que vuelve su vida en libertad imposible.

Durante esta primera sesión de la audiencia, el presidente de Afada puso de relieve el incumplimiento de las funciones y los objetivos básicos por parte de los zoológicos en Argentina. Con evidente fastidio, el director del exzoológico y actual Ecoparque allí presente invitó a los expertos convocados por el tribunal a visitar al animal para verificar sus condiciones de hábitat y dictaminar qué sería necesario corregir dentro de su vida en cautiverio.

La alusión genérica al animal no fue azarosa. El bloque de actores que refirió a la orangutana en esos términos —los representantes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el director del exzoológico y sus abogados— refutaron la consideración de Sandra como sujeto

de derecho, pues el Código Civil y Comercial argentino (2014) recientemente reformado —arguyeron— no efectúa un reconocimiento de ese tipo de manera explícita. Sandra representaba, según su perspectiva, un problema técnico sin implicancias jurídicas.

El segundo día de las audiencias desarrolladas en el tribunal se escuchó por Zoom los testimonios de Shawn Thompson, especialista en capacidades y cultura de los orangutanes; Leifs Coks, presidente de Orangutan Project; y Gary Shapiro, integrante de la Orang Utan Republik Foundation. Si bien ninguno de ellos conocía a esta orangutana, todos ellos concordaron en que Sandra sufría por su encierro.

Por otra parte, el especialista en grandes primates Aldo Giudice intervino en calidad de amigo del tribunal: desde el ombú que transformó en oficina en el exzoológico porteño, fue construyendo su aporte para el caso. Partiendo de ese peculiar ángulo y entre el público que visitaba periódicamente el zoológico —y pese a no contar con ninguna colaboración de parte de la institución—, fue testigo de las condiciones de sufrimiento de Sandra en ese miserable calabozo: «Sandra estaba en una jaula de tortura como otros animales, como los elefantes, hipopótamos, rinocerontes, jirafas y los animales menos conocidos» (entrevista a Aldo Giudice, 2020).

Este conjunto de actores logró construir cierto consenso sobre el sufrimiento de Sandra que abría una serie de interrogantes sobre su futuro. ¿Era necesario optimizar sus condiciones de confinamiento o trasladarla a otro espacio —como, por ejemplo, un santuario— para que desarrolle su vida? Este último lugar, ¿sería suficiente para su plena realización? Si además Sandra es un híbrido, un animal que jamás habría existido sin la intervención humana, ¿dónde podía devolverse? ¿Cuál era su lugar en el mundo?

En su sentencia de octubre de 2015, Liberatori declara a Sandra como sujeto de derecho y le otorga la condición de persona no humana. En consonancia con la telegráfica resolución de la Cámara de Casación Penal, el fallo de Liberatori retoma el *best-seller* de Zaffaronni, el exministro de la Corte Suprema, y coincide con su postura de que ningún ser viviente debe ser tratado como una cosa¹⁶.

A tono con los postulados de la ética animal, la jueza propone un cambio profundo en la consideración del estatus jurídico de Sandra: ella, al igual que nosotros, es un ser sintiente¹⁷.

16 «Cuando leí en el libro de Zaffaroni la nota a sus perros (“yo jamás pensé que ellos no tuvieran ningún derecho”), me mató. Yo pienso lo mismo» (entrevista a la jueza Liberatori, 2015).

17 La categoría de seres sensibles se posiciona a mitad de camino entre la consideración jurídica de los animales como objetos semovientes y las referencias a la naturaleza como sujeto portador de derechos que caracterizan a algunos sistemas constitucionales y legales de América Latina. En términos jurídicos, la categoría de seres sensibles constituye un tercer género que produce una

291

EL DISEÑO DE
UN DISPOSITIVO
DE INCLUSIÓN
EN TORNO A LOS
GRANDES SIMIOS:
EL CASO DE LA
ORANGUTANA
SANDRA Y LA
CHIMPANCÉ
CECILIA EN
ARGENTINA

THE DESIGN OF
AN INCLUSION
DISPOSITIVE FOR
GREAT APES: THE
CASE OF THE
ORANGUTAN
SANDRA AND
THE CHIMPANZEE
CECILIA IN
ARGENTINA

El zoológico de Buenos Aires no puede ejercer arbitrariamente su derecho de propiedad sobre Sandra, dado que existe una herramienta jurídica que lo impide: el abuso de derecho, que fue incorporado en 1968 al Código Civil entonces vigente. Este concepto es clave en la argumentación de la jueza Liberatori: «es necesario conceder a Sandra [...] sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de ser sintiente» (sentencia del caso Sandra, 2015, p. 7).

A los argumentos antiespecistas provenientes de la ética animal se sumaron argumentos científicos conservacionistas vinculados a los riesgos de extinción de la especie, algunos de los cuales provinieron de lo expuesto por los expertos internacionales en las audiencias.

La sentencia alude reiteradamente a las condiciones inadecuadas de vida de la orangutana:

El espacio para los orangutanes es tridimensional, no bidimensional como es para los seres humanos [...] ser privado de la natural necesidad de espacio a un serio grado causa sufrimiento [...] la necesidad de espacio de Sandra tiene que ser respetada (*Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c/GCBA s/Amparo*, 2015, p. 11).

Luego de demostrar los malos tratos que sufría Sandra, la jueza resolvió hacer lugar a la acción de amparo y encomendó a una serie de expertos la elaboración de un informe que instruyera al Gobierno de la ciudad sobre las medidas a adoptar para garantizar a Sandra las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas.

Luego del fallo, y a partir de los informes de los especialistas intervinientes en la causa, se realizaron enriquecimientos ambientales en el recinto de Sandra —como el agregado de sogas y troncos— que beneficiaron su desplazamiento aéreo. Sandra fue producto de la manipulación humana toda su vida: «Ella pertenece a una especie que desconoce completamente, [y viene] de un clima que desconoce. [...] No conoce un charco de agua [...] Hemos logrado que le cambien el piso, que sea de tierra y no de cemento» (entrevista a la jueza Liberatori, 2017).

Los estudios sobre el comportamiento y bienestar de Sandra realizados a pedido de la jueza fueron fundamentales no solo para proponer mejoras en su recinto, sino para definir la factibilidad del traslado a un santuario.

ruptura en la dicotomía sujeto/objeto que caracteriza al derecho moderno y en base a la cual los seres vivos han sido catalogados y regulados.

A fines de 2017, la jueza Liberatori dictaminó el traslado de Sandra al santuario Center for Great Apes de Florida, Estados Unidos. Luego de una serie de estudios médicos, Sandra fue trasladada en avión hasta Dallas en septiembre de 2019 y luego en un camión hasta el zoológico de Kansas donde transcurrió su cuarentena, para llegar finalmente al santuario de Florida. La elección de este santuario contó con el visto bueno del Gobierno de la ciudad y de Gil Domínguez, quien se había desempeñado como parte actora junto a la ONG Afada. Esta ONG manifestó, en cambio, su disidencia con esta elección y su enojo con la jueza por haber denegado el traslado de Sandra a un santuario en Brasil que sí reunía, desde su punto de vista, los requisitos apropiados¹⁸.

Sandra integra el grupo de veintisiete orangutanes y cuarenta y un chimpancé que conviven en el Center for Great Apes y que pueden ser adoptados desde cualquier lugar del mundo como forma de contribución a su cuidado. El sitio web de la institución provee una sucinta biografía de cada uno de estos grandes simios. En el caso de Sandra, se enfatiza que ha hecho nuevos amigos y que es la primera orangutana en el mundo en ser reconocida judicialmente como persona no humana¹⁹.

III.2. El fallo a favor de Cecilia

Volvamos ahora al caso de la chimpancé Cecilia. En el año 2016, Afada presentó un *habeas corpus* con el objeto de interrumpir su cautiverio en el zoológico, que ya llevaba más de tres décadas. La demanda describe su confinamiento en soledad, que luego es retomada por el juzgado:

luego de la muerte de sus compañeros de celda Charly (julio 2014) y Xuxa (enero 2015), la chimpancé Cecilia se encuentra viviendo de modo absolutamente solitario sin ningún tipo de compañía de sus congéneres, siendo que los chimpancés son animales extremadamente sociales (*Chimpancé Cecilia s/Habeas Corpus*, 2016, p. 3).

El *habeas corpus* recayó sobre el Tercer Juzgado de Garantías de la provincia de Mendoza, a cargo de Alejandra Mauricio. La fiscalía interviniente en el proceso solicitó el rechazo de la acción fundándose en que, para el derecho vigente, los animales son cosas objeto de propiedad; en este caso, del zoológico de Mendoza. También consideró que la libertad ambulatoria es un derecho personalísimo del que solo gozan las personas humanas y no los animales.

18 La demanda del caso Sandra expresa, por ejemplo, que Proyecto Gran Simio hubiera afrontado los gastos de traslado de la orangutana a un santuario, en el caso de que la jueza hubiese prestado conformidad con el santuario escogido por esa entidad. No obstante, los gastos de traslado de Sandra corrieron a cuenta del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto la jueza consideró que el santuario escogido por esa entidad no era el más adecuado para la orangutana.

19 Ver Von Stein (2019) y Center for Great Apes (s.f.).

Al igual que en el caso de Sandra, aquí también se consultó con expertos, cuyos aportes resultaron centrales para confirmar la situación de sufrimiento de Cecilia:

Los peritos en la causa le hicimos un interrogatorio extensísimo en lo que es la parte [...] afectiva, de pertenencia de grupo, si se deprimían o no, si juegan entre ellos. [...] Las pericias fueron conmovedoras [...] Ahí explica bien cómo sienten, sufren, se deprimen, cómo es la comunidad (entrevista a la jueza Mauricio, 2019).

Al igual que el juzgado de Liberatori, el juzgado de Mauricio instauró un régimen de visitas en el zoológico para monitorear el bienestar de la primate: «Fue muy emotivo; fui muchas veces al zoo. Primero en una inspección sorpresiva, luego [...] la fuimos a ver un montón de veces. Llevábamos una bolsa de bananas» (entrevista a la jueza Mauricio, 2019).

Durante el proceso la jueza solicitó informes a la directora del zoológico, al administrador general de Parques y al secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial, que señalaron que el traslado de Cecilia a un santuario de Brasil era factible. La jueza menciona en su fallo su preocupación por el bienestar de Cecilia, considerada integrante de la comunidad de individuos de nuestro zoológico, que se encuentra «en una situación de confinamiento extremo que no es otra cosa que un encierro ilegítimo e injustificado *sine die* de un ser sintiente» (*Chimpancé Cecilia s/Habeas Corpus*, 2016, p. 5).

El fallo de la jueza Mauricio considera a Cecilia como parte del patrimonio cultural de la comunidad. Si como sociedad hemos podido darle a Cecilia la vida que merece —argumenta la jueza—, ella podrá seguir siendo integrante del patrimonio y sostener un lazo espiritual con la comunidad, aun cuando se la traslade más allá de las fronteras: «no será Cecilia quien estará en deuda con nosotros sino nosotros quienes deberemos agradecerle la oportunidad de crecer como colectividad» (*Chimpancé Cecilia s/Habeas Corpus*, 2016, p. 20).

La jueza retoma dos tópicos recurrentes del activismo animalista: la intercambiabilidad de posiciones humano/animal (al igual que nosotros, ellos sufren) y nuestra condición de deuda hacia los animales.

Ella está en un lugar [en el] que no eligió estar. Yo tenía que de alguna manera darle algo, devolverle algo de lo que le habían quitado a ella. [...]

¿Estamos en deuda con esos animales?

Sí, totalmente. [...] A lo mejor no lo puede expresar con lágrimas, pero ella perdió a sus dos compañeros, está solita en esa jaula [...] ella siente tristeza del mismo modo en que la siento yo (entrevista a la jueza Mauricio, 2019).

Desde la perspectiva de la jueza, seremos más humanos si mostramos empatía con el animal cercano a nosotros que sufre —que nos «conmueve», en términos del fallo— y merece una vida mejor:

no cuenta siquiera con mantas o paja para acostarse, en la cual pueda resguardarse de las inclemencias del tiempo o del propio viento, a lo que los chimpancés le tienen mucho miedo, o de los ruidos y gritos de las constantes visitas escolares y público en general que visitan ese establecimiento y de los elementos que a esta le lanzan como mero objeto de burlas (*Chimpancé Cecilia s/Habeas Corpus*, 2016, p. 2).

El fallo favorable a Cecilia se transforma entonces en una confirmación de nuestra humanidad: debemos reconocer a estos animales como sujetos de derechos, alega la jueza, como un modo de reafirmar la propia dignidad de la persona humana:

¿Por qué siempre nosotros? ¿Por qué siempre el hombre mirándose a sí mismo? Hay que sacar esa posición. Que el hombre mire un poco a su alrededor [...] Respetar al animal por lo que es el animal, por lo que él es hoy (entrevista a la jueza Mauricio, 2019).

En el fallo, la jueza polemizó con Edgardo Saux, un jurista que había criticado el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre Sandra. Saux había objetado la ilusión narcisista de volver a los animales involuntarios actores en el teatro del derecho humano. En su réplica, la jueza señaló que los grandes simios ya son involuntarios actores en el teatro del derecho por sus constantes padecimientos. En el reparto, les tocó ser confinados al lugar de los objetos.

En noviembre de 2016, el juzgado declaró a Cecilia sujeto de derecho no humano y ordenó su traslado a un santuario en Brasil. La chimpancé viajó a Ezeiza por vía terrestre y allí embarcó en un vuelo rumbo a São Paulo, donde la esperaban las autoridades y los especialistas del santuario al que se dirigía.

Desde abril de 2017, Cecilia vive en el santuario de grandes primates de Sorocaba en Brasil, donde además encontró —según comentan con satisfacción los proteccionistas— su «media naranja»²⁰. Junto a Cecilia viven más de cuarenta chimpancés llegados de diferentes lugares del mundo. En la descripción provista por el santuario, Cecilia es presentada como un hito para el mundo del derecho.

III.3. LA IMPORTANCIA DE LLAMARSE SANDRA O CECILIA

Cuando el animal es considerado próximo a la propia experiencia, su sufrimiento es reconstruido en detalle y se alude a él con la mayor

EL DISEÑO DE UN DISPOSITIVO DE INCLUSIÓN EN TORNO A LOS GRANDES SIMIOS: EL CASO DE LA ORANGUTANA SANDRA Y LA CHIMPANCÉ CECILIA EN ARGENTINA

THE DESIGN OF AN INCLUSION DISPOSITIVE FOR GREAT APES: THE CASE OF THE ORANGUTAN SANDRA AND THE CHIMPANZEE CECILIA IN ARGENTINA

20 Para un registro en video de su traslado, véase El Sol (2017).

delicadeza posible: con su nombre de pila. Se trata de una delicadeza similar a la que utilizan algunos grupos indígenas para referir a la muerte de un animal considerado cercano²¹.

Referir a la simia por su nombre significa no solo vencer la anonimidad de los animales explotados o sufrientes, sino también reconocerla como un individuo con su propia biografía y personalidad.

Desde el punto de vista de los proteccionistas, la enunciación de su nombre²² y de su género es percibida como una conquista, precisamente cuando ese animal antes era aludido genéricamente en términos de su especie y sin género alguno.

Recordemos que Haraway (2015) mostró décadas atrás, en su brillante análisis sobre el Museo Americano de Historia Natural, la relación especular entre el hombre como cúspide de la civilización occidental y el gorila macho en la cúspide de la animalidad cercana al hombre. En la problemática que nos concierne aquí nos encontramos frente a dos juezas mujeres, ambas proteccionistas de animales en su vida privada, que declaran sujetos de derecho no humanos a una orangutana y una chimpancé. Si bien la cercanía que se construye respecto de las grandes simias presenta algunas correspondencias con lo descrito por Haraway²³, aquí se suma la búsqueda de que los detractores de estos derechos incorporen una perspectiva de género.

Los abogados patrocinantes de la orangutana también asumen ese rol pedagógico. Si resulta usual anonimizar a sujetos vulnerables para desentenderse de sus derechos, tampoco debe sorprendernos que los defensores de Sandra repitan su nombre, aflicciones y atributos singulares.

21 Rival (2001) muestra la diferencia que existe entre los huaoranis entre *soplar* animales apreciados como individuos, tales como aves y monos, y *matar* animales considerados desagradables y parte de una multitud anónima, como los pecaríes (p. 182). La tecnología de caza empleada en cada caso también da cuenta de la percepción diferenciada sobre ambos grupos de animales. Aves y monos son cazados solitariamente con cerbatanas, un arma hermosa y valorada socialmente que provoca una muerte instantánea e indolora. Los pecaríes son cazados con otra técnica, otra arma y otra actitud: la caza comunitaria con lanzas, que desemboca en una muerte «dolorosa, sucia, violenta y ruidosa» (p. 183). Cuando ocasionalmente un mono deja ver su alma y habla con los ojos pidiendo que le perdonen la vida, el cazador se abstiene de matarlo; con los pecaríes, en cambio, no se entabla ninguna relación personal (pp. 175 y 183).

La descripción de estas tecnologías de caza descritas por Rival para el caso de los huaoranis nos inspiró para conjeturar sobre la existencia de distintas tecnologías de inclusión que se ponen en juego con aquellos animales vividos como moralmente cercanos, temática que abordaremos en el próximo apartado.

22 Los conservacionistas que trabajan por la preservación de especies en peligro consideran un despropósito concentrar las energías en salvar un individuo singular que, además, ni siquiera está en condiciones de reproducirse. Desde la perspectiva de los biólogos consultados, la alusión al nombre de pila de un animal individual bordea el ridículo: «para nosotros sería un animal más de una serie, por ejemplo, C1», nos relata entre risas uno de ellos.

23 Volveremos sobre este asunto en las conclusiones al referirnos a los «primates honorarios» (Despret, 2018).

Sandra es mi clienta, mi representada: voy a hacer lo mejor para ella. [...] Tuvimos que imponer el nombre Sandra y no «el bicho». Y la orangutana, y no el orangután (entrevista al abogado Gil Domínguez, 2017).

Yo hice una investigación muy intensa, muy amplia. [...] ¡Sandra tuvo una familia! Sandra tuvo una cría que no nació de un asteroide: nació de una pareja que se llamó Max. Y cuando vino Sandra con Max, Sandra no se llamaba Sandra: se llamaba Marisa. Y Max se llamaba Rafael. Era una pareja de grandes simios, de orangutanes que vino del zoológico alemán. [...] Es muy linda la historia de Sandra y su hijo [...]

Hasta el 21 de diciembre de 2014, Sandra era un gran primate más en un zoológico de Buenos Aires, como lo era Toti en Córdoba, como lo era Toto en Concordia, como lo era Monti en Santiago del Estero, como lo eran Martín, Kangoo y Sasha acá en el Ecoparque, como eran todos los grandes primates. [...] Nadie sabía nada de Sandra: ¡era un peluche que tenía vida en una jaula! [...] Yo soy un abogado que defiende a los animales pero tuve que ser antropólogo, tuve que ser primatólogo [...] Para defenderla tenía que nutrirme de un gran conocimiento [...]

Yo tuve la suerte de conocer santuarios de grandes primates y he visto muchos zoológicos de Argentina que me permitieron [...] ver con los ojos de los animales. [...] Cuando yo la defendía a Sandra, estaba defendiendo a un orangután ¡y ni siquiera sabía cómo se comportaban! [...] Sandra tiene que terminar los mejores días de su vida siendo una orangutana. [...] Que se la respete como lo que es, y no como nosotros queremos verla. No como los abogados, los veterinarios, los medios quieren verla. [...] Que se respeten sus preferencias. [...] Que pueda expresarse como la especie que es (entrevista a Pablo Buompadre, presidente de Afada, 2018).

El reforzamiento de sus señas cobró aquí un particular sentido: Sandra no era de aquí ni de allá, e incluso tuvo otro nombre en sus primeros ocho años de vida en el zoológico de Berlín. Nótese la paradoja involucrada: un conjunto de actores humanos remarca la singularidad de una orangutana cuya vida estuvo signada por el continuo cercenamiento de su identidad desde su misma concepción, precisamente a causa de la intervención humana.

Estas acciones judiciales resultan, pues, un instrumento jurídico adecuado a la concepción de persona que se estructura en torno a ese animal, y la relación social de mayor cuidado o respeto que se pretende construir respecto de ellos. Una serie de ajustes —visibilizar el maltrato, presentar una demanda, obtener su traslado— permitiría saldar la deuda que se siente hacia estos animales.

297

EL DISEÑO DE UN DISPOSITIVO DE INCLUSIÓN EN TORNO A LOS GRANDES SIMIOS: EL CASO DE LA ORANGUTANA SANDRA Y LA CHIMPANCÉ CECILIA EN ARGENTINA

THE DESIGN OF AN INCLUSION DISPOSITIVE FOR GREAT APES: THE CASE OF THE ORANGUTAN SANDRA AND THE CHIMPANZEE CECILIA IN ARGENTINA

El fallo consolida un vínculo con ese animal que ha sido —desde la mirada de los proteccionistas y jueces intervinientes— injustamente institucionalizado y anonimizado.

IV. LAS TÉCNICAS DE ACERCAMIENTO HUMANO/ANIMAL

Como hemos visto hasta ahora, el proteccionismo viabiliza técnicas y estrategias de acercamiento entre humanos y animales para reconocer a los grandes simios no solo como seres sufrientes, sino también como nuestros parientes. Se trata de animales cuidadosamente escogidos: su proximidad genética y cognitiva es percibida como una proximidad moral²⁴ que debería inducirnos a considerarlos personas.

Para explicar las diferencias entre cercanía y distancia moral en el caso que nos compete, retomamos la distinción de Fassin (2018) entre seres próximos a los que se otorga protección y seres lejanos a los que esta no puede garantizarse. Una de las condiciones de posibilidad de la cercanía moral es cuando se reconoce a otros seres —en nuestro caso, consideradas además desdichadas o frágiles— como semejantes²⁵. En forma inversa, la distancia o apatía moral emerge cuando se aprecian otras vidas como menos valiosas que la propia y se acepta como tolerable para otros seres lo que es inaceptable para uno mismo. Como resultado de ese desprendimiento moral, los agentes de la administración no se involucran más de lo estrictamente indispensable con ese otro²⁶ (Everett Hughes, citado en Fassin, 2003).

Repasemos ahora los distintos elementos y tecnologías de acercamiento que desplegaron los actores comprometidos con esta «buena causa» animal en función de la valoración social de estas grandes simias.

En primer lugar, contamos con las *acciones judiciales* presentadas en distintos estrados judiciales por la ONG proteccionista, que aunaron argumentaciones de distintos campos de conocimiento. Afada describe la jaula de cemento en la cual Sandra estaba confinada; la fosa gigante y sumamente peligrosa en la cual la primate podría caer y perder la vida en cualquier momento; y el vidrio blindado que la separaba del exterior, similar al que usan los acuarios para sus espectáculos públicos. Cecilia, por su parte, había quedado sola en su celda, desprovista de sus

24 Como señala Perrota (2015), para volver a los animales y a los humanos compatibles entre sí en el plano moral, es necesario volverlos primero compatibles en el plano de la fisiología o de sus capacidades cognitivas (p. 81). Respecto de la construcción de la simetría moral entre unos y otros, véase además Perrota (2016).

25 Véase Fassin (2016, p. 12). Este autor sostiene: «Por sentimientos morales entendemos las emociones que nos conducen sobre el malestar de los otros y nos hacen desear corregirlo» (p. 9). En palabras de Strathern (citado en Bevilaqua, 2019), aquello que es vivido como similaridad produce solidaridad (p. 59).

26 En la causa judicial de Sandra, quienes participaban de la audiencia pública representando al zoológico porteño referían a la orangutana como «el animal».

congéneres ya fallecidos. Las acciones judiciales incluyeron la solicitud de medidas de enriquecimiento ambiental del recinto de Sandra, como instrumentos o juegos para entretenerse. En ambos casos se requirió el urgente traslado a un santuario, en función de su riesgo de muerte a nivel individual y su riesgo de extinción en cuanto especie.

En segundo lugar, las *sentencias* que reconocieron derechos a Sandra y Cecilia, junto a las audiencias públicas, sumaron una pieza clave a la conformación de este novedoso dispositivo de ampliación de derechos. En particular, la sentencia de Liberatori resultó clave para el diseño de mejoras del recinto de Sandra, en sintonía con el pedido de la ONG patrocinante de la orangutana. La estrategia argumentativa de Liberatori se mantuvo dentro de cierto umbral de lo enunciable para evitar, en sus términos, una «sentencia kamikaze». En el caso de Cecilia, la jueza Mauricio incluyó a la chimpancé dentro del ambiente que debemos proteger de acuerdo a nuestra Constitución Nacional (1853). Su bienestar encarnaba un valor colectivo, en tanto ella era integrante de la comunidad de individuos del zoológico. Esta idea resultó central para lograr el traslado de la chimpancé, pues aun cuando fuera parte de nuestra comunidad, debía ser trasladada si su destino estaba mejor asegurado por fuera de nuestra frontera. Pese a la lejanía física, el lazo espiritual permanecería intacto.

En tercer lugar, contamos con las *medidas de bienestar en el «mientras tanto»* previo a su traslado: los informes de los veterinarios intervinientes en la causa de la orangutana tuvieron su correlato material en la colocación de sogas²⁷, redes y troncos en el recinto para potenciar su condición de especie arbórea.

Respecto de los elementos y tecnologías más relevantes de la última etapa —el *traslado al santuario*—, podemos incluir los exámenes realizados a Sandra para determinar su estado de salud; las disputas por la elección del santuario más adecuado para ella; y las medidas de protección durante el traslado, su cuarentena y la llegada al santuario. Otro tanto puede decirse sobre Cecilia: luego de la cuarentena, distintos especialistas supervisaron su traslado hasta el santuario y su adaptación al lugar.

Este conjunto ecléctico de elementos y tecnologías (enunciados jurídicos de acciones judiciales y de sentencias, audiencias públicas, mejoras materiales, estudios médicos, traslado físico) conforma un dispositivo de inclusión de ejemplares únicos de animales cuyas vidas son apreciadas como cuidables. Este dispositivo difiere de aquellos puestos en juego por

299

EL DISEÑO DE
UN DISPOSITIVO
DE INCLUSIÓN
EN TORNO A LOS
GRANDES SIMIOS:
EL CASO DE LA
ORANGUTANA
SANDRA Y LA
CHIMPANCÉ
CECILIA EN
ARGENTINA

THE DESIGN OF
AN INCLUSION
DISPOSITIVE FOR
GREAT APES: THE
CASE OF THE
ORANGUTAN
SANDRA AND
THE CHIMPANZEE
CECILIA IN
ARGENTINA

27 Para el día del animal, la jueza Liberatori gestionó una donación de cuerdas gruesas de la empresa Buquebus para la orangutana y los chimpancés del Ecoparque con el objeto de que puedan trepar.

otros colectivos ambientalistas, tales como los conservacionistas o los defensores de los derechos de la naturaleza.

¿Cómo se expresan esas diferencias? En el primer caso, los conservacionistas asumen una responsabilidad y un contacto protector hacia ciertas especies identificadas en riesgo de extinción. La perspectiva conservacionista establece una jerarquía de animales con diversas prioridades de protección en función de ciertos parámetros definidos científicamente (Milton, 2002). Por otra parte, los expertos del campo de la biología de la conservación consideran que existe una única naturaleza a la cual ellos —y solo ellos— pueden muestrear, medir, testear y explicar, replicando en nuevos entornos locales aquellas medidas exitosas sobre determinadas especies que fueron utilizadas en proyectos de conservación de otras partes del mundo. Esa naturaleza exterior y «real» es lo que Latour (2014) define como el mononaturalismo: se trata de una naturaleza, un mundo, un cosmos que está simplemente ahí, y cuya sólida certeza es cognoscible por medio de la ciencia.

En el caso de los defensores de los derechos de la naturaleza, su perspectiva más holista conduce a otro tipo de estrategia argumentativa. En América Latina, el llamado giro biocéntrico no se limita a la inclusión del ambiente en los derechos de tercera generación. La Constitución de Ecuador (2008) asume a la Pachamama como sujeto de derechos, lo cual no solo implica que cualquier individuo puede ejercer acciones en su defensa, sino que esta tiene valores intrínsecos, independientemente de los intereses de los humanos (Gudynas, 2015). Como hemos trabajado con mayor detalle en el marco de otros trabajos (Berros, 2021, 2019; Carman, 2017), tanto la Constitución de Ecuador como la Constitución de Bolivia (2009) retoman las nociones indígenas del Buen Vivir como sustento filosófico que designa la vida armoniosa entre los humanos y la naturaleza. Por último, recordemos que los derechos de la naturaleza apuntan a resguardar los derechos de todos los animales, plantas y ecosistemas. En ese sentido, se debe asegurar la conservación incluso de especies que nos resulten feas y desagradables, o de otras que pueden ser completamente inútiles para los fines humanos. Todas ellas tienen el derecho a proseguir sus procesos ecológicos y evolutivos (Gudynas, 2015, p. 54).

A diferencia de los dispositivos conservacionistas y de los derechos de la naturaleza recién descritos, el dispositivo de inclusión proteccionista analizado en este artículo habilita la conversión de objeto a sujeto de un animal individual²⁸. Si la cosmovisión involucrada en el colectivo

28 Como señaló acertadamente Gil Domínguez durante una entrevista, Sandra continúa siendo un sujeto aun luego de su traslado a un país extranjero. No es ocioso señalar, además, que estamos frente a un estatus ambivalente de los animales en nuestras sociedades modernas occidentales, en la que coexiste su condición de objeto y sujeto. Para un mayor desarrollo de esta temática, véase Vander Velden (citado en Medrano, 2018) y Bevilaqua (2019).

conservacionista es decididamente antropocéntrica y en el caso de los defensores de la naturaleza observamos un giro aspiracional al biocentrismo²⁹, la perspectiva proteccionista establece un sofisticado sistema de jerarquías respecto de los animales merecedores o no de atención moral.

La consagración de un animal individual como sujeto de derechos puede ser definido como un dispositivo de ampliación de derechos y no solo tiene efectos prácticos en la vida cotidiana del animal, sino también repercusiones aún en curso en el campo jurídico, en el ámbito político y en las formas de pensarnos como sociedad en Occidente.

IV.1. Dispositivos de inclusión, dispositivos de exclusión

Foucault (1991) define el dispositivo como un conjunto heterogéneo que comprende discursos, instituciones, estructuras arquitectónicas, decisiones regulatorias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, y proposiciones filosóficas y morales. Los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no dicho y el dispositivo es la red que se establece entre esos elementos.

En nuestros términos, un dispositivo de inclusión es aquel que permite una política de reparación de seres considerados semejantes a nosotros o bien injustamente maltratados, con riesgo de vida u otro padecimiento objetivable. Podemos incluir aquí a los ecosistemas amenazados por extractivismos o en situación de vulnerabilidad. La emergencia de estos dispositivos responde a la búsqueda de inclusión de seres o entornos en una determinada comunidad de vida, en un sistema de cuidado. En los casos que nos atañen aquí, se trata de conferirle a esos animales un tratamiento sintonizado a la condición de persona que se les atribuye.

En sentido inverso, un dispositivo de exclusión otorga un tratamiento ajustado a la anonimidad o la expoliación asignada a sus destinatarios. Recordemos que los enunciados —aun contradictorios— de un dispositivo de inclusión encuentran un correlato material en una infraestructura, como el *aggiornamento* de los recintos o los recaudos del traslado de las grandes simias a los santuarios. En un dispositivo de exclusión, los enunciados que estigmatizan o invisibilizan a ciertos seres

²⁹ Entendemos que las perspectivas biocéntrica y ecocéntrica forman parte de un conjunto de discusiones contemporáneas en las que se ponen en juego sentidos heterogéneos. La mirada biocéntrica considera que toda forma de vida es valiosa por sí misma: cada ser vivo posee valor moral y merece respeto. Por su parte, la mirada ecocéntrica parte de una perspectiva holista que incluye la consideración de los ecosistemas y el conjunto del planeta. No obstante, la literatura latinoamericana sobre los procesos de reconocimiento de derechos de la naturaleza utiliza estos términos de manera renovada refiriendo, por ejemplo, a los procesos de ampliación de derechos a partir de conceptos como el de senda biocéntrica (Gudynas, 2010, 2015).

301

EL DISEÑO DE
UN DISPOSITIVO
DE INCLUSIÓN
EN TORNO A LOS
GRANDES SIMIOS:
EL CASO DE LA
ORANGUTANA
SANDRA Y LA
CHIMPANCÉ
CECILIA EN
ARGENTINA

THE DESIGN OF
AN INCLUSION
DISPOSITIVE FOR
GREAT APES: THE
CASE OF THE
ORANGUTAN
SANDRA AND
THE CHIMPANZEE
CECILIA IN
ARGENTINA

o entornos también cuentan con un correlato de prácticas y artefactos materiales que armonizan con la percepción sobre estos³⁰.

Recordemos que todo dispositivo involucra la creación de un sujeto o un proceso de subjetivación que no es universal, sino immanente a ese artefacto (Deleuze, 1990). En efecto, aquello que es «verdadero» y constatable en Sandra y Cecilia —su tránsito de objeto a sujeto— reviste relevancia al interior de ese campo. Estos grandes simios se transforman en un emblema para otras causas judiciales de animales que esperan una resolución favorable. La «invención» de Sandra y Cecilia como sujetos —de la cual ellas apenas tienen noticias, excepto por las mejoras de su recinto, el traslado a su nuevo hábitat y la conformación de nuevos vínculos con primates humanos y no humanos— resulta irreductible a las producciones de subjetivación presentes en otros dispositivos.

Por otra parte, un dispositivo es un conjunto de estrategias que responde a una urgencia (Agamben, 2014). Al igual que los conservacionistas —que proclaman que la biodiversidad está disminuyendo y es necesario actuar cuanto antes³¹—, los proteccionistas también suelen expresar su preocupación por estar actuando contra el reloj³². El *habeas corpus* y la acción de amparo constituyen, además, recursos que se caracterizan por los tiempos perentorios en que deben ser resueltos.

Hay otro aspecto interesante a señalar de este dispositivo proteccionista-jurídico. Si «en todo dispositivo tenemos que desenmarañar y distinguir las líneas del pasado reciente y las líneas del futuro próximo» (Deleuze, 1990, p. 160), el artefacto aquí reseñado puede ser concebido como un dispositivo de transición, en tanto su existencia habilita el pasaje de los anteriores hábitats de Sandra y Cecilia a los actuales: un relevo entre un dispositivo-vida claramente territorializado a otro. Si bien el santuario supone —en las visiones optimistas³³— una vida en semilibertad, allí también opera una fuerte intervención humana: la veintena de simios que viven en el parque de cuarenta hectáreas son monitoreados las veinticuatro horas por un equipo técnico. Una vida dominada por el

30 Para el director del zoológico, el bienestar con el que contaba Sandra antes de la intervención de la justicia era por demás suficiente. Durante la audiencia pública en el juzgado, los funcionarios del exzoológico porteño y sus representantes legales no ocultaban su fastidio de verse obligados a consagrar una jornada entera para rendir explicaciones frente a expertos respecto de las condiciones de vida de uno —¡solo uno!— de los cientos de animales del zoológico.

31 Sobre la biología de la conservación como una disciplina de crisis que debe actuar ahora mismo, véase Soulé (1985) y Gudynas (2015, p. 33).

32 Durante una entrevista, el abogado de la asociación proteccionista que presentó las acciones de amparo a favor de Sandra dio por terminado nuestro encuentro amablemente, mientras miraba su reloj y explicaba: «Disculpas, hay otros animales que me están esperando».

33 Durante las audiencias públicas en el juzgado de Liberatori se enfrentaron miradas contrapuestas sobre los santuarios. Mientras que el presidente de Afada y la profesora de la cátedra de Derecho Animal de la Universidad de Buenos Aires reivindicaron los santuarios como único destino viable para Sandra, el ex director veterinario del zoológico de Buenos Aires advirtió sobre lo terribles que podían resultar algunos de ellos respecto del uso farmacológico en primates. Desde su punto de vista, se trata de diferentes formas de cautiverio: una caja, un zoológico, una reserva, un santuario (Carman & Berros, 2020).

dispositivo-zoológico pasa a ser gestionada bajo la lógica de un nuevo dispositivo de control: el santuario.

El dispositivo de ampliación de derechos aquí reseñado podría no haber facilitado ese pasaje de un hábitat a otro y seguir siendo —en términos de sus defensores— «revolucionario»³⁴ en sí mismo. Aunque Sandra y Cecilia nunca hubiesen llegado a vivir en un santuario o hubiesen fallecido antes, como sucedió con la chimpancé Suiça en Brasil³⁵, este dispositivo produce de todos modos una apertura ontológica moderada. Como ya abordamos con más detalle en otro sitio (Carman & Berros, 2020), estas conquistas judiciales no representan una ruptura ontológica completa de nuestra cosmovisión occidental. Si bien estas posturas representan un desplazamiento de una postura antropocéntrica tradicional³⁶ —en el sentido de considerar a los animales meras máquinas—, lo cierto es que no abandonan la matriz naturalista que les sirve de sustento. Descola (2012) incluso advierte que los animalistas explotan todas las posibilidades de la ontología moderna occidental al reservar la extensión de la cualidad de persona solo a aquellos animales que comparten una interioridad de la misma naturaleza con los humanos «normales», mientras que el resto de los animales sigue confinado a una posición subalterna.

El dispositivo comentado reúne varias dimensiones características de todo dispositivo, a saber: la conformación de un sujeto; su estructuración en torno a una urgencia (Agamben, 2014); su carácter difuso, sin centro, en el que convergen enunciados que pueden resultar contradictorios entre sí; la astucia de escoger, entre todos los enunciados posibles, aquellos que van a ser aceptables en su interior (Foucault, 1991); y su incorporación de tecnologías de producción y tecnologías de signos (Foucault, 2008).

IV.2. Los límites de la «escucha ontológica»

Hasta aquí hemos visto que entre los años 2014 y 2016, la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia se convirtieron en los primeros animales del mundo en ser consagrados como sujetos de derecho no humanos por parte de la justicia.

Tanto el fallo de la jueza Liberatori sobre Sandra como el de la jueza Mauricio sobre Cecilia realizan un diagnóstico similar al de la ONG

EL DISEÑO DE
UN DISPOSITIVO
DE INCLUSIÓN
EN TORNO A LOS
GRANDES SIMIOS:
EL CASO DE LA
ORANGUTANA
SANDRA Y LA
CHIMPANCÉ
CECILIA EN
ARGENTINA

THE DESIGN OF
AN INCLUSION
DISPOSITIVE FOR
GREAT APES: THE
CASE OF THE
ORANGUTAN
SANDRA AND
THE CHIMPANZEE
CECILIA IN
ARGENTINA

34 En Argentina, el caso Sandra fue calificado como *revolucionario* por el abogado Gil Domínguez o bien como *responsable de abrir una grieta metafísica*, según la perspectiva del arquitecto Pío Torroja (Carman & Berros, 2020).

35 En rigor, el primer caso de presentación de *habeas corpus* en favor de un gran simio se desarrolló en la ciudad de Salvador de Bahía, Brasil, en 2005. La chimpancé Suiça falleció durante el proceso, pero ello no impidió que el juzgado interviniente dictara sentencia considerando que se trataba de un sujeto de derecho (*habeas corpus* 833085-3/2005, 2005).

36 Las diferencias entre la ética extensionista de matriz antropocéntrica propia de los animalistas, el antropocentrismo convencional y el biocentrismo han sido analizadas en un libro previo (Carman, 2017).

proteccionista respecto de estas grandes simias: se trata de vidas vulnerables, cercenadas, que deben ser protegidas. Los abogados patrocinantes y las juezas coinciden en su diagnóstico sobre los malos tratos y la crueldad hacia los animales, la crítica al especismo antropocéntrico como una cosmovisión que debe ser superada, y la admisión del estatus jurídico de sujetos de derechos no humanos a estas simias privadas de libertad.

El dispositivo proteccionista busca subsanar aquello que es percibido como una injusta distancia entre nosotros, los humanos, y el resto de los grandes simios. Estos dispositivos de inclusión siguen operando, no obstante, como instrumentos de control: el régimen del zoológico es remplazado por el régimen del santuario, que también involucra una lógica de supervisión y cuidado humanos³⁷.

El conjunto de enunciados jurídicos vertidos en las acciones judiciales y los fallos; las medidas de protección encomendadas a los expertos por las juezas y luego materializadas en los recintos; las audiencias públicas; las resoluciones favorables a ambas simias y su gran difusión mediática, hasta transformarse en fallos-emblema; y la operatoria «exitosa» del traslado componen, en conjunto, un dispositivo de inclusión.

Ahora bien, ¿cuáles son los límites de estos dispositivos de ampliación de derechos y de estas «escuchas ontológicas» a otros seres y composiciones del mundo? Ensayemos dos primeras respuestas.

IV.3. Los «primates honorarios»

Los grandes simios encuentran el camino allanado para ser reconocidos en el campo de la ciencia en tanto seres «moralmente o socialmente bien equipados» (Despret, 2018, p. 84) por el hecho de ser nuestros parientes cercanos. Retomando los aportes de la primatóloga Thelma Rowell y del biólogo especialista en neuropsicología Mark Bekoff, Despret describe el «escándalo jerárquico» que transforma a los grandes simios en primates honorarios; es decir, en animales privilegiados en el campo de la investigación científica:

cuanto más les concedemos competencias sociales y cognitivas sofisticadas y las experimentamos con ellos, más parecen merecer el crédito que se les otorga, y más entusiasmados están los investigadores para plantearles preguntas todavía más complejas. Los demás animales, considerados más primitivos, menos inteligentes, menos dotados, a menudo no han tenido derecho a tales miramientos por parte de los científicos (p. 84).

37 «¿Lograrán algún día los animales emanciparse de nosotros?», nos susurra entre risas nuestro colega Guilherme Sá, luego de escuchar la exposición oral de este trabajo.

Esta cualidad de primates honorarios, descripta no sin ironía por la filósofa belga, puede extrapolarse para reflexionar sobre los privilegios que obtienen los grandes simios en el campo jurídico en detrimento de otros animales. ¿Cuántos animales —que no sean primates honorarios— «merecen» una argumentación tan compleja en una demanda de amparo o un *habeas corpus*? ¿Qué juez dictaminaría con tanto esmero sobre un animal más distanciado de nosotros en la escala evolutiva? ¿Cuántos otros amparos han quedado en el tintero o no se han resuelto favorablemente?

En el mismo sentido, la indagación sobre la personalidad específica de Sandra lleva a querer saber más sobre su manera singular de ser orangutana; mientras que las mejoras introducidas en su recinto producen tanto satisfacción como inquietud por seguir mejorando sus condiciones de hábitat. A su vez, la mudanza al santuario se transforma en un primer paso para seguir al tanto de sus novedades y crear un vínculo de por vida a partir de su adopción, como en el caso de la jueza Liberatori.

IV.4. Justicia social, justicia animal y justicia ecológica

Esta «escucha» ontológica de aquello que los simios tienen para decirnos y su conversión en primates honorarios en el ámbito de la justicia cuenta, sin embargo, con un buen número de detractores.

Los abogados que defienden las nuevas posturas animalistas son descalificados por algunos de sus pares con expresiones peyorativas, tales como «chivocéntricos» o «monocéntricos»³⁸. Si bien la consideración de los grandes simios como personas es vista por ciertos actores jurídicos como un exceso, este resulta ser más discreto de lo que aparenta: el reconocimiento de un animal como persona constituye —en la terminología de Fraser (1999)— una política de reconocimiento cultural que no altera los mecanismos de redistribución económica.

En un texto ya clásico, la autora se pregunta si los planteamientos a favor del reconocimiento cultural —de minorías oprimidas o invisibilizadas,

EL DISEÑO DE
UN DISPOSITIVO
DE INCLUSIÓN
EN TORNO A LOS
GRANDES SIMIOS:
EL CASO DE LA
ORANGUTANA
SANDRA Y LA
CHIMPANCÉ
CECILIA EN
ARGENTINA

THE DESIGN OF
AN INCLUSION
DISPOSITIVE FOR
GREAT APES: THE
CASE OF THE
ORANGUTAN
SANDRA AND
THE CHIMPANZEE
CECILIA IN
ARGENTINA

38 Estas calificaciones peyorativas ya se encontraban presentes en el debate constituyente sobre el derecho al ambiente sano incorporado en la reforma de la Constitución argentina en 1994. Allí, ante la propuesta minoritaria de redactar un artículo que supere la postura antropocéntrica, se argumentaba que «Según las creencias, o tenemos un concepto teocéntrico de la cuestión o uno antropocéntrico, pero no chivocéntrico o monocéntrico. Acá *el hombre juega un rol* importantísimo y es a quien debemos defender» (Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 1688). Pese a la persistencia de estas posturas ortodoxas, el giro animal fue ganando terreno en la academia jurídica: el Congreso de Derecho Ambiental que se desarrolló en 2019 en la Universidad de Buenos Aires incluyó por primera vez la problemática. La conferencia de apertura, a cargo de la jurista Aída Kemelmajer, se tituló: «Los animales frente al derecho, ¿un nuevo paradigma?». Hecho público el programa, no tardaron en aparecer ofuscadas reacciones. En esa línea, el abogado Horacio Franco comentó el 12 de febrero de 2019 en la publicación de Facebook de la organización del congreso: «Dejemos que el panteísmo siga siendo un concepto religioso y no lo traslademos al plano jurídico. Si hacemos una ensalada, debilitamos al Derecho Ambiental».

por ejemplo— «no están sirviendo más para marginar, eclipsar y desplazar las luchas en favor de la redistribución que para completarlas, complejizarlas y enriquecerlas» (p. 40). *Mutatis mutandis*, ¿qué sucede si esta conversión occidental de algunos animales-fetiche en personas se convierte en un punto de llegada en lugar de ser un punto (más) de partida hacia mundos plurales, cosmopolíticos³⁹ e impugnadores no solo de la desigualdad estructural entre humanos, sino de la devastación de la vida en nuestro planeta?

Hasta el momento, estos nuevos pasos de la justicia resultan fuente de inspiración para luchas de diverso orden llevadas adelante por activistas o personas sin filiación específica. Diversos colectivos —veganos, ecofeministas o proteccionistas de derecha, por citar algunos— recodifican estas innovaciones jurídicas desde puntos de vista que pueden resultar irreconciliables en el marco de movimientos reaccionarios o emancipadores, monovalentes o interseccionales. ¿Solo los animales merecen una buena vida? ¿O queremos tener realmente en cuenta la condición de sujeto de derechos de los seres —humanos y no humanos— en un sentido amplio?

Desde nuestro punto de vista, las técnicas de inclusión involucradas en efectivizar la condición de sujeto de derecho de Sandra o Cecilia —que culminan en el acto de reparación por excelencia que es el desconfinamiento del animal— conforman, en conjunto, una política *light*, en la medida en que no alteran nada «capital» del capital. Como sabemos, cualquier apertura ontológica que afecte la lógica de funcionamiento del capitalismo encontrará límites. Las luchas antiextractivistas de América Latina nos lo recuerdan día a día con sus tristes récords de asesinato de líderes ambientales, por no hablar de los hostigamientos, represiones y desplazamientos de poblaciones campesinas e indígenas en territorios ahora revalorizados.

En otros trabajos (Carman, 2017) abordamos las dificultades y los peligros de autonomizar la cuestión animal. Los nuevos derechos otorgados a distintas clases de animales, en tanto expresiones novedosas de justicia animal, serán un gesto vaciado de sentido si no participan de una red más amplia que incluya las demandas de justicia social y justicia ecológica.

Si queremos pensar en un ambientalismo situado y, por lo tanto, latinoamericano, es preciso problematizar nuestro lugar de enunciación. ¿Cómo abordar creativamente los derechos de los animales —y de la

39 Por cosmopolítica entendemos una política ampliada al resto de los seres no humanos que componen un mundo. La potencialidad de esta cosmopolítica es que diferentes actores puedan tejer alianzas en pos de una política diferente de la naturaleza, que incluye el desacuerdo sobre su definición (De la Cadena, 2020). La política es, pues, una geopolítica y también una terropolítica y una fitopolítica, lo cual nos lleva a evitar tomar como objetos a seres que podrían ser sujetos-jugadores (Fausto, 2023).

naturaleza— desde nuestro continente⁴⁰, atravesado por profundas desigualdades y devastaciones ecológicas? Se nos presenta el desafío de articular las teorías y prácticas políticas que surgen en el diálogo entre animalismos, ecofeminismos, las praxis del buen vivir y los derechos de la naturaleza de este lado del mundo en el marco de nuestras propias coyunturas históricas.

Una reflexión más profunda sobre ese programa amerita la redacción de otro trabajo. Como sabemos, el reconocimiento de derechos a animales, ríos, montañas y otros seres se está expandiendo, en especial en América Latina y algunos países de Asia y Oceanía (Berros & Carman, 2022). Esta adición de nuevas personas —animales, ríos, montañas— implica también una sustracción: el ser humano pierde su monopolio, su característica excepcional en tanto sujeto de derecho. Si más entidades pueden ser admitidas como personas, entonces la única persona que conocíamos en Occidente como tal —el ser humano— pierde privilegios y atributos que, hasta ese momento, le eran exclusivos.

V. CONCLUSIONES

Durante las últimas décadas, un sufrimiento específico viene consolidándose como legítimo en parte del mundo occidental: aquel de los animales no humanos y, en particular, el de aquellos considerados más próximos a nosotros.

Los movimientos proteccionistas buscan inscribir en el derecho sus modos de identificación con los animales, basados en premisas antiespecistas. Se trata de una batalla de largo aliento que debe sortear múltiples escollos: ¿puede una organización proteccionista representar a un animal? ¿Bajo qué fundamentos es posible concebir a un simio en términos de persona no humana y proveerle justicia?

En sintonía con lo que plantean Nussbaum (2007) y otros autores clave de la ética animal, las demandas de *habeas corpus* pretenden reconstruir con el mayor detalle posible las formas de vida y de florecimiento característicos de las especies involucradas. Bajo esa lógica, el uso del *habeas corpus* para el desconfinamiento animal procura «obligar a la ley a cuidar esos cuerpos» (Agamben, 2017, pp. 189 y 208), lo cual va unido a decisiones sobre el valor o el disvalor de esas vidas, en este caso no humanas. La extensión de esa herramienta jurídica para repensar vidas animales se vuelve posible en el marco de la legitimidad social que adquieren los activismos proteccionistas y, en un sentido más general, las luchas ambientales, reconocimiento que hubiera resultado inconcebible

40 Los abogados patrocinantes de estas causas, al igual que las juezas intervinientes, retoman las teorías anglosajonas de Peter Singer y Tom Regan para pensar una ética animalista como si fuese un punto de partida universal, aunque ese marco conceptual fue elaborado en contextos geopolíticos particulares (Kohn, 2021, p. 52).

307

EL DISEÑO DE
UN DISPOSITIVO
DE INCLUSIÓN
EN TORNO A LOS
GRANDES SIMIOS:
EL CASO DE LA
ORANGUTANA
SANDRA Y LA
CHIMPANCÉ
CECILIA EN
ARGENTINA

THE DESIGN OF
AN INCLUSION
DISPOSITIVE FOR
GREAT APES: THE
CASE OF THE
ORANGUTAN
SANDRA AND
THE CHIMPANZEE
CECILIA IN
ARGENTINA

décadas atrás. En este sentido, los derechos adquiridos por estas grandes simias acompañan y fortalecen las nuevas sensibilidades animalistas que permean a vastos sectores de nuestras sociedades occidentales.

Por otra parte, la declaración de grandes simios u otros animales como sujetos de derechos no sacude los cimientos de nuestras sociedades capitalistas y solo puede producir, como diría Bourdieu, revoluciones parciales: las lógicas hegemónicas de producción, de uso de territorios o de distribución de la riqueza no se verán afectados.

Como quisimos remarcar a lo largo del trabajo, nadie pone en duda que estamos frente a conquistas de enorme peso simbólico y metonímico, pues liberar a un animal del zoológico es un espaldarazo para el desconfinamiento de otros. En el microcosmos de los estrados judiciales contemporáneos, los defensores de los derechos de los animales refutan nuestro entendimiento moderno del animal como una cosa, un objeto o un ser inferior a nuestro servicio que se puede matar, sacrificar, exhibir o vender. Ese microcosmos jurídico resulta indisociable de un «estrado» más amplio: nuestras propias sociedades. Una porción minoritaria, pero en franca expansión de nuestros cocidudamos, especialmente en las grandes metrópolis, celebra que Sandra sea una persona no humana a partir de un fallo histórico y que, tras esa sanción, decenas de otros animales estén revirtiendo un destino de encierro que se creía inapelable⁴¹.

Volviendo ahora sobre las preguntas formuladas en el último apartado, ¿cómo podemos afrontar los pasos hacia la construcción de una justicia pluriversal? En primer lugar, pensar en clave interdisciplinaria puede colaborar en la conformación de dispositivos de ampliación de derechos más dialógicos y simétricos, como las audiencias públicas judiciales que involucran una multiplicidad de voces.

En segundo lugar, un abordaje interdisciplinario como el aquí propuesto puede intervenir repolitizando la cuestión animal y reimaginando un ensamble entre derechos humanos, de los animales y de la naturaleza en una dirección emancipatoria que involucre no solo una ética del cuidado⁴², sino también una escucha atenta de las relaciones

41 Estas decisiones emblemáticas resultaron ser la punta de lanza de otras acciones judiciales, aún en proceso, presentadas por la ONG Afada, como el caso del chimpancé Toti, que habita en el zoológico de Bubalcó de la provincia de Río Negro; y el de los tres chimpancés que residen en el Ecoparque porteño —Martín, Sasha y Kangoo—, con el fin de lograr sus traslados hacia un santuario de grandes primates en Brasil. En Estados Unidos, la ONG Nonhuman Rights Project trabaja por la liberación de elefantes y la ONG Animal Legal Defense Fund logró que se considere como personas legales a hipopótamos provenientes del zoológico privado de Pablo Escobar.

42 El cuidado requiere conocimiento y curiosidad, observando las necesidades del otro —humano o no—, y eso se vuelve posible a partir del relacionamiento, evitando la objetivación (Puig de la Bellacasa, 2011, p. 98). Esta forma de concebir el cuidado como un proceso que transforma inevitablemente a los seres involucrados se distancia de aquellas perspectivas que simplemente añaden un valor moral a la manera de pensar esos seres (p. 99).

de coexistencia entre los seres, en pos de mundos donde podamos vivir juntos.

309

REFERENCIAS

- Agamben, G. (2014). *¿Qué es un dispositivo?* Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (2017). *Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Berros, M. V. (2019). Tres momentos en la discusión sobre los derechos de la naturaleza. *Revista de Derecho Ambiental*, (60), 28-33.
- Berros, M. V. (2021). Challenges for the Implementation of the Rights of Nature: Ecuador and Bolivia as the First Instances of an Expanding Movement. *Latin American Perspectives*, 48(3), 192-205. <https://doi.org/10.1177/0094582X211004898>
- Berros, M. V., & Carman, M. (2022). Los dos caminos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en América Latina. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13(1), 1-44. <https://doi.org/10.17345/rcda3297>
- Bevilaqua, C. B. (2019). Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica. *Mana*, 25(1), 38-71. <https://doi.org/10.1590/1678-49442019v25n1p038>
- Carman, M. (2017). *Las fronteras de lo humano. Cuando la vida humana pierde valor y la vida animal se dignifica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Carman, M., & Berros, M. V. (2020). La amplificación de la existencia de los seres padecientes. *Revista Direito e Praxis*, 12(3), 1805-1841. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/48456>
- Center for Great Apes. (s.f.). *Sandra*. <https://centerforgreatapes.org/orangutan/sandra>
- De La Cadena, M. (2020). Cosmopolítica indígena en los Andes: reflexiones conceptuales más allá de la «política». *Tabula Rasa*, (33), 273-311. <https://doi.org/10.25058/20112742.n33.10>
- Deleuze, G. (1990). *¿Qué es un dispositivo?* En *Michel Foucault filósofo*. Barcelona: Gedisa.
- Descola, P. (2012). *Más allá de naturaleza y cultura*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Despret, V. (2018). *¿Qué dirían los animales... si les hiciéramos las preguntas correctas?* Buenos Aires: Cactus.
- El Sol. (2017, 5 de abril). *Video: la mona Cecilia ya está en el Santuario de Brasil* [video]. <https://www.elsol.com.ar/el-sol/video-la-mona-cecilia-ya-esta-en-el-santuario-de-brasil/>
- Fassin, D. (2003). Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia. *Cuadernos de Antropología Social*, (17), 49-78.

EL DISEÑO DE UN DISPOSITIVO DE INCLUSIÓN EN TORNO A LOS GRANDES SIMIOS: EL CASO DE LA ORANGUTANA SANDRA Y LA CHIMPANCÉ CECILIA EN ARGENTINA

THE DESIGN OF AN INCLUSION DISPOSITIVE FOR GREAT APES: THE CASE OF THE ORANGUTAN SANDRA AND THE CHIMPANZEE CECILIA IN ARGENTINA

- Fassin, D. (2016). *La razón humanitaria. Una historia moral del tiempo presente*. Buenos Aires: Prometeo.
- Fassin, D. (2018). *Por una repolitización del mundo*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Fausto, J. (2023). *La cosmopolítica de los animales*. Buenos Aires: Cactus.
- Foucault, M. (1991). El juego de Michel Foucault. En *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones de la Piqueta.
- Foucault, M. (2008). *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Buenos Aires: Paidós.
- Fraser, N. (1999). Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente. *Ecuador Debate. Opinión pública*, (46), 139-174. <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1993.7.1640>
- Gudynas, E. (2010). La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, (13), 45-71. <https://doi.org/10.25058/20112742.404>
- Gudynas, E. (2015). *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Haraway, D. (2015). *El patriarcado del osito Teddy. Taxidermia en el jardín del Edén*. Buenos Aires: Sans Soleil Ediciones Argentinas.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México, D. F.: McGraw Hill.
- Herrera, E. (2017). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea.
- Horta, O. (2004). Una tipología del especismo. Criterios distintivos y significación moral. En *Ética ecológica. Propuestas para una reorientación*. Montevideo: Nordan Comunidad.
- Latour, B. (2014). ¿El cosmos de quién? ¿Qué cosmopolítica?: Comentarios sobre los términos de paz de Ulrich Beck. *Pléyade*, (14), 43-59. <https://www.revistapleyade.cl/index.php/OJS/article/view/160/151>
- Medrano, C. (2018). Quando macacos e humanos compõem mundos: relações entre o carayá (bugio-preto) e os Qom no Gran Chaco. *Revista de Antropologia da UFSCar*, 10(2), 141-163. <https://doi.org/10.52426/rau.v10i2.257>
- Milton, K. (2002). *Loving Nature. Towards an ecology of emotion*. Londres: Routledge.
- Nonhuman Rights Project. (s.f.). *Our clients*. <https://www.nonhumanrights.org/our-clients/>
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.
- Perrota, A. P. (2015). *Humanidade estendida. A construção dos animais como sujeito de direitos* (tesis de doctorado en Sociología y Antropología, Universidade Federal do Rio de Janeiro).

Perrota, A. P. (2016). “Quem” ou “o que” são os animais? Um estudo sobre como os defensores dos animais (re)definem sua natureza”. *Illuminuras*, 17(42), 17-50. <https://doi.org/10.22456/1984-1191.69977>

Puig Della Bellacasa, M. (2011). Matters of care in technoscience: Assembling neglected things. *Social Studies of Science*, 41(1), 85-106. <https://doi.org/10.1177/0306312710380301>

Rival, L. (2001). Cerbatanas y lanzas. La significación social de las elecciones tecnológicas de los Huaorani. En *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas* (169-191). México: Siglo XXI.

Sarrabayrouse Olivera, M. J., & Martínez, M. J. (eds.). (2021). *Crímenes y juicios. Los casos de lesa humanidad en Argentina*. Buenos Aires: Teseopress.

Singer, P. (1999). *Liberación animal*. Madrid: Trotta.

Soulé, M. (1985) What is Conservation Biology? A new synthetic discipline addresses the dynamics and problems of perturbed species, communities, and ecosystems. *BioScience*, 35(11), 727-734. <https://doi.org/10.2307/1310054>

Von Stein, K. (2019, 6 de noviembre). ‘She’s doing well’ – Sandra the orangutan makes new friends in Florida. *Buenos Aires Times*. <https://www.batimes.com.ar/news/culture/shes-doing-well-sandra-the-orangutan-makes-new-friends-in-florida.html>

Zaffaroni, E. R. (2012). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue.

Jurisprudencia, normas y documentos legales

Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c/ GCBA s/Amparo (Tribunal en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N.º 4 [Argentina], 25 de octubre de 2015).

Chimpancé Cecilia s/Habeas Corpus, Id SAI]: NV15766 (Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza [Argentina], 3 de noviembre de 2016).

Constitución de la Nación Argentina (Asamblea Constituyente [Argentina], 1853).

Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente [Ecuador], 2008).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (Asamblea Constituyente [Bolivia], 7 de febrero de 2009).

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Congreso de la Nación [Argentina], 7 de octubre de 2014).

Demanda de habeas corpus Orangutana Sandra.

Habeas corpus 833085-3/2005 (9.º Juzgado Penal de la Ciudad de Salvador de Bahía [Brasil], 2005). *Diário do Poder Judiciário*, 4 de octubre de 2005.

EL DISEÑO DE UN DISPOSITIVO DE INCLUSIÓN EN TORNO A LOS GRANDES SIMIOS: EL CASO DE LA ORANGUTANA SANDRA Y LA CHIMPANCÉ CECILIA EN ARGENTINA

THE DESIGN OF AN INCLUSION DISPOSITIVE FOR GREAT APES: THE CASE OF THE ORANGUTAN SANDRA AND THE CHIMPANZEE CECILIA IN ARGENTINA

312

Orangutana Sandra s/Hábeas Corpus, Registro de Sentencia N.º 2603/14 (Segunda Sala de la Cámara Federal Casación Penal [Argentina], 18 de diciembre de 2014).

Recibido: 06/04/2024
Aprobado: 31/07/2024



La crisis de la negociación colectiva y la discreta extinción del sindicato mayoritario en el Perú

The Crisis of Collective Bargaining and the Discreet Extinction of the Majoritarian Union in Peru

RENZO VITO SALVADOR FLORIAN*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: Los escenarios de apertura democrática generan condiciones favorables para el desarrollo de las organizaciones de trabajadores. No obstante, en Perú, ello no se tradujo en un sostenido crecimiento o recuperación de los indicadores previos a la dictadura. La literatura nacional suele atribuirlo a la hiperdescentralización generada por la reforma laboral de 1992. El presente trabajo revisita esta tesis para complementarla y argumenta que la falta de protección efectiva contra los actos lesivos a la libertad sindical permite explicar la ausencia de poder de las organizaciones y, en particular, el descenso ininterrumpido de la cobertura de la negociación colectiva desde 2006. Para ello, se efectúa una revisión histórica del modelo y estructura de la negociación colectiva desde 1970 en adelante, así como del marco institucional en que se desenvuelven los sindicatos. La investigación muestra que los convenios colectivos tuvieron, durante la primera década del siglo XXI, un alcance superior a la cantidad de afiliados, dando cuenta de la existencia de un número importante de sindicatos mayoritarios en su ámbito. Sin embargo, este indicador empezó un descenso sostenido de 2006 en adelante, iniciando la discreta extinción de estas organizaciones. De acuerdo con el argumento planteado, este cambio se explica por la práctica empresarial de extender unilateralmente los beneficios de un convenio colectivo, dado el efecto de conducta parasitaria (*free rider*) sobre la afiliación.

Palabras clave: Libertad sindical, negociación colectiva, movimiento sindical, afiliación sindical, extensión de convenios colectivos

Abstract: Democratic opening scenarios provide favorable conditions for the development of workers' organizations. However, these circumstances did not translate into sustained growth or recovery of pre-dictatorship indicators in Peru. The Peruvian literature tends to attribute it to the hyper-decentralization produced by the 1992 labor reform. This paper revisits this thesis to complement it and argues that the lack of adequate anti-union protection explains the lack of power of the organizations, particularly the consistent decline in collective bargaining coverage since 2006. For this purpose, we review the model and structure of collective bargaining from 1970 onwards, and the institutional framework in which unions operate.

* Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Trabajo y Derechos Laborales Internacionales por la Universidad Estatal de Pensilvania (Estados Unidos). Abogado por la PUCP.

Código ORCID: 0009-0000-9819-8614. Correo electrónico: vito.salvadorf@gmail.com

The research shows that the scope of collective bargaining agreements—during the first decade of the twenty-first century—exceeded union membership, indicating a significant number of majority unions within their unit. However, this ratio began to decline constantly from 2006 onwards, and with it started the quiet extinction of these organizations. According to the argument, this change is explained by the management practice of unilaterally extending the benefits of a collective bargaining agreement, given the effect of parasitic behaviour (free rider) on membership.

Keywords: Freedom of association, collective bargain, union movement, union membership, collective bargain agreement extension

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. METODOLOGÍA, FUENTES DE INFORMACIÓN Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN.- III. EL ASCENSO DE LA HIPERDESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LAS ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES.- IV. LA HERENCIA DE FUJIMORI EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- V. LA EXTENSIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO COLECTIVO Y SU IMPACTO EN LAS ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A inicios del siglo XXI, la literatura académica observaba con interés el desarrollo del movimiento sindical latinoamericano (French, 2000). Las transiciones democráticas daban cuenta de un periodo fértil para el retorno de organizaciones que fueron objeto de represión y cooptación por parte de gobiernos autoritarios en toda la región (Drake, 1996). Sin embargo, las trayectorias que emprendieron estos colectivos fueron disímiles y estuvieron marcadas por diferentes factores institucionales e históricos (Carnes, 2014; Collier & Collier, 2002). En Perú, este tránsito implicó cambios importantes en la legislación en favor de los sindicatos, pero otras restricciones se mantuvieron, como en el caso de la huelga (Cook, 2007).

Si bien, efectivamente, la sindicalización de los trabajadores aumentó durante el primer quinquenio posterior al retorno a la democracia, llegando hasta una tasa de 8,63 % en 2005, luego empezó a descender y a mostrar un crecimiento marginal y errático. ¿Cómo se explica que las organizaciones de trabajadores no hayan podido recuperar su magnitud y fuerza con la transición democrática? Y, en particular, ¿cuáles son las causas institucionales o normativas que han impedido el crecimiento o fortalecimiento de las organizaciones de trabajadores en Perú?

Desde la academia, existe cierto consenso que atribuye este problema al modelo de hiperdescentralización de la negociación colectiva. Para esta postura, la atomización de las organizaciones a nivel de empresa

e infraempresarial sirve para generar únicamente microconflictividad, la cual toma ventaja de la baja afiliación sindical (Villavicencio, 2015). De esta manera, los sindicatos que carecen de poder de negociación, sea por las condiciones estructurales del mercado o por el sistema productivo, afrontan serias dificultades para poder obtener mejores condiciones de trabajo. No obstante, aunque dicho análisis resulta acertado, interesa profundizar por qué, incluso en los niveles inferiores de negociación, las organizaciones de trabajadores no tienen suficiente entidad.

El argumento del presente artículo es que la atomización, por sí misma, no implicó la pérdida de afiliación numérica ni de capacidad de acción de las organizaciones. En otros términos, los sindicatos aún se desarrollan —y crecen— bajo este modelo. Así, se plantea, como complemento a esta tesis, que es la falta de protección efectiva contra los actos lesivos a la libertad sindical la que ha repercutido significativamente en las organizaciones de trabajadores, en particular en una categoría especial: el sindicato más representativo¹. La significativa caída, desde 2006, de la cobertura de la negociación colectiva da cuenta de cómo este tipo de organizaciones se ha reducido a una mínima expresión. Junto a esta primera tendencia se muestra el ascenso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, CSJR) sobre la extensión de beneficios de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios.

Con la finalidad de demostrar esta tesis, en la primera sección se desarrollan las características históricas del modelo de negociación colectiva peruano desde el inicio de la primera fase del gobierno militar (1968-1975) y su posterior modificación con el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT), promulgada en julio de 1992. En base a ello, se identifica que el nivel de empresa siempre ha sido la estructura sindical y negocial característica en Perú, pero que convivió con otras organizaciones de niveles superiores (rama) hasta la emisión de la LRCT. Así, se evidencia que este cuerpo normativo no originó la hiperdescentralización de la negociación colectiva, sino que, al suprimir la posibilidad de negociar en niveles superiores, cimentó el nivel de empresa como única unidad en todas las actividades económicas y, con ello, el consecuente debilitamiento de la acción sindical y su atomización.

Tras definir las características principales de la estructura de la negociación colectiva, la siguiente sección analiza el desarrollo del modelo previsto en la LRCT desde 1997 hasta 2022. En base a ello, se identifican hitos

¹ Institucionalmente, existen al menos dos factores adicionales que han permitido acentuar el impacto en las organizaciones de trabajadores. El primero es la permisibilidad de la contratación temporal con el Decreto Legislativo 728 (1991) y, el segundo, las formas de contratación indirecta (intermediación y tercerización —reguladas legalmente desde 2002 y 2008, respectivamente—).

clave en la evolución del ejercicio de los derechos relativos a la libertad sindical. Así, se muestra que los dos principales cambios durante este periodo se relacionan con el descenso de los productos negociales, que se reducen a cerca de la cuarta parte respecto de la cifra registrada en 1987; y de la cobertura de la negociación colectiva, que cayó de 10,50 % en 1997 a 4,18 % en 2022, situándose por debajo de la tasa de afiliación sindical. En resumen, se registra sobre todo una pérdida de poder de parte de las organizaciones y, en particular, la discreta extinción del sindicato mayoritario.

Finalmente, la última sección relaciona el descenso de la cobertura de la negociación colectiva con el inicio y posterior consolidación de la jurisprudencia de la CSJR sobre la extensión unilateral de beneficios de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios. Para establecer esta vinculación, primero, se atiende al parámetro de temporalidad que marca el inicio de ambos hechos (año 2012). Luego, se desarrolla la idoneidad de esta práctica como explicación del descenso de las organizaciones mayoritarias. Asimismo, se descartan otras hipótesis alternativas como la disolución de organizaciones sindicales, el declive de sectores con alta afiliación o la no suscripción de convenios colectivos en actividades con mayor densidad sindical.

II. METODOLOGÍA, FUENTES DE INFORMACIÓN Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN

Para elaborar los indicadores en materia de libertad sindical presentados en esta investigación se ha empleado los anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) de 1997 hasta 2022 como fuente de información. Desde 2012 en adelante, la tasa de afiliación sindical² y de cobertura de la negociación colectiva se expresan como el porcentaje entre los promedios anuales de trabajadores afiliados y la población económicamente activa (en adelante, PEA) asalariada. Otros autores, como Torre (1973), utilizan como base al promedio de trabajadores en condición de sindicalizarse. En Perú, ello implicaría excluir a todos aquellos asalariados que laboran en empresas de menos de veinte trabajadores. Este ajuste, sin embargo, no podría realizarse con precisión, pues la data del MTPE no presenta información en materia de libertad sindical por tamaño de empresas. Por tal motivo, se ha decidido utilizar el promedio general de la PEA asalariada.

2 Si bien este indicador es utilizado de forma universal para medir estadísticamente la afiliación sindical, su registro en Perú puede ser relativamente inferior a lo señalado en las cifras oficiales por dos motivos. Primero, por el trabajo dependiente no registrado en planillas (informalidad laboral), el cual es un componente importante en nuestra economía. Segundo, por el trabajo indebidamente registrado como autónomo (falsos locadores de servicios). En otras palabras, estos dos grupos pueden aumentar la cifra de la PEA asalariada y, como consecuencia de ello, reducir la tasa de afiliación.

Resulta importante señalar que, pese a tratarse de una misma fuente de información, existe una variación sobre la forma de registro de la cantidad de trabajadores sindicalizados y sujetos a un convenio colectivo, así como de la PEA asalariada. Desde 1997 hasta 2007, la estadística reportada por el MTPE se elaboraba a partir de las hojas de resumen de planillas del mes de junio remitidas al ente rector en materia de trabajo y a las direcciones regionales. En otros términos, durante este intervalo de tiempo se utilizó como referencia la cantidad de trabajadores registrados a mitad de año y no un promedio mensualizado. Luego de la implementación del Sistema de Planillas Electrónicas (en adelante, SPE), a partir del 1 de enero de 2008 se cuenta con un registro más preciso sobre el valor empleado para ambos indicadores³.

La introducción de la planilla electrónica como nueva fuente de información en medio del intervalo de tiempo estudiado conduce a plantear dos comentarios adicionales respecto a la investigación. El primero, relacionado a la validez del argumento por la posibilidad de una alteración en las trayectorias objeto de análisis. El segundo, respecto a la fiabilidad de los datos en materia de libertad sindical reportados antes del uso obligatorio de esta herramienta de gestión.

Con relación al primero, se observa que la introducción de la planilla electrónica no interfiere o rompe con la tendencia descendente del alcance de los convenios colectivos. La trayectoria descendente que se identifica inicia en 2006, dos años antes del uso obligatorio de esta herramienta; y se mantiene hasta 2013, año en el que termina por ubicarse debajo de la densidad sindical. En ese sentido, con esta nueva herramienta se confirma la existencia de una cobertura de negociación colectiva superior a la tasa de afiliación, así como el paulatino descenso del primer indicador.

Por otro lado, es importante considerar que el sindicalismo peruano se concentra fundamentalmente en empresas de mediano (cientos a quinientos trabajadores) y gran tamaño (quinientos uno a más trabajadores), en donde se puede presumir que existen más recursos para gestionar los libros de planillas y declaraciones ante autoridades administrativas (Superintendencia de Administración Tributaria [en adelante, Sunat] y MTPE). Además, las cifras registradas luego de la implementación del SPE son consistentes con los periodos previos a 2008 y no muestran fluctuaciones sustantivas⁴. Desde esta perspectiva,

3 Cabe señalar, además, que entre 2008 y 2011 las estadísticas en materia de libertad sindical registradas por el MTPE se presentan como promedio mensual. Recién a partir de 2012 se tiene la información mensualizada disponible.

4 Ahora bien, sí se evidencia un incremento sustancial entre la PEA asalariada reportada en 2008 con el año anterior. Tal diferencia, sin duda, es producto de un reporte más exacto a partir de la planilla electrónica. Sin embargo, en la medida en que ello no presenta un correlato en la cantidad de trabajadores sindicalizados, probablemente se explica por empresas de menor tamaño que no reportaban adecuadamente su planilla.

no se identifican indicios que conduzcan hacia una sobrerrepresentación o subrepresentación de los afiliados.

Finalmente, es importante resaltar que esta investigación también enfrenta ciertas limitaciones. En concreto, estas se refieren a la imposibilidad de profundizar el impacto de la extensión de beneficios de los convenios colectivos en los sindicatos mayoritarios, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, pues no hay data pública que permita identificar organizaciones más representativas. Si bien por medio de los anuarios se puede reconstruir tasas de afiliación sectoriales (por actividad económica) y regionales (por departamentos), de ello no se puede desprender la existencia de sindicatos mayoritarios. Esta información puede indicar, sin duda, una alta afiliación concentrada en pocos sindicatos, como también una significativa sindicalización dispersa entre múltiples organizaciones (característica propia de la atomización sindical). En tal sentido, si bien puede haber indicios desde la estadística, el análisis para identificar a este tipo de sindicatos involucra una labor muy minuciosa, además de difícil de realizar. Por tanto, no se puede medir las variaciones en afiliación sindical de este grupo ni tampoco seleccionar adecuadamente organizaciones a efectos de realizar estudios de corte cualitativo.

III. EL ASCENSO DE LA HIPERDESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LAS ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES

La regulación del ejercicio de la libertad sindical en nuestro país se encuentra marcada por la ausencia de legitimidad social. A lo largo de nuestra historia, los dos principales marcos normativos fueron emitidos durante gobiernos de *facto*: el Decreto Supremo 006-71-TR, durante la primera fase del gobierno militar; y la LRCT, meses después del autogolpe de Fujimori y vigente hasta la fecha. No obstante, el desenvolvimiento de la actividad sindical en ambos marcos jurídicos ha sido distinto. Mientras que la regulación prevista en el Decreto Supremo 006-71-TR sirvió de catalizador para el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva, con la LRCT ocurrió lo contrario (Manky, 2011).

Con base en ello, y considerando estas diferencias, ¿qué factores marcaron la tendencia hacia la hiperdescentralización en Perú? En esta sección se argumenta que el nivel de empresa ha sido la estructura sindical y negocial característica desde, al menos, la década del setenta. Sin embargo, hasta antes de la LRCT estas organizaciones convivían y se articulaban con otras de niveles superiores. En ese sentido, el legado de Fujimori en materia de relaciones colectivas de trabajo es, por un lado,

la intensificación de la hiperdescentralización; y, por otro, la eliminación de las federaciones u organizaciones de nivel superior —además de aspectos como el intenso control administrativo para el ejercicio de la huelga, entre otros— (Villavicencio, 2015).

De acuerdo con Payne (1965), sin un marco institucional, la forma de negociación colectiva en Perú se caracterizaba por el empleo de la violencia como mecanismo de presión dirigido hacia el Estado (p. 11). Dadas estas características, este autor lo denominó el «modelo político de negociación colectiva». Para Payne, la racionalidad de esta opción de acción sindical radicó en el fracaso de otras alternativas, como el simple abandono del centro de trabajo. En ese sentido, esta estrategia requería de una afiliación significativa, capaz de generar disrupción a nivel social y político. Así, para 1961, alrededor de 329 000 trabajadores estaban sindicalizados en diversos sectores económicos (p. 130)⁵. Asimismo, las federaciones agrupaban alrededor de 357 organizaciones a nivel de empresa y a un total de 214 950 trabajadores (pp. 149-150). No obstante, la cobertura de los convenios colectivos no tuvo un adecuado correlato o proporción con la afiliación sindical.

A inicios de los setenta, aún sin el marco regulatorio del Decreto Supremo 006-71-TR, los convenios colectivos registraban una cobertura inferior al 10 % del total de trabajadores de la PEA asalariada (Sulmont, 1985). Con base en este registro, es posible afirmar que los resultados del modelo político de negociación colectiva eran contingentes. Así, aun cuando las organizaciones tuvieran una afiliación numérica significativa, ello no garantizaba la composición del conflicto económico. Las razones de ello, además de los factores condicionantes del propio modelo, pueden hallarse también en un diseño legal exiguo y poco eficaz para el ejercicio de la libertad sindical.

En este contexto, las reformas emprendidas durante la primera fase del gobierno militar tuvieron un impacto positivo para el ejercicio de la libertad sindical. El Decreto Ley 18471 (1970), que positivizó la protección contra el despido, permitió que las organizaciones de trabajadores tuvieran continuidad y no sean suprimidas por voluntad del empleador⁶. Luego, el Decreto Supremo 006-71-TR dispuso un modelo de unicidad sindical e implementó una ruta para la composición de los conflictos económicos: trato directo, conciliación y resolución administrativa. De esta manera, la negociación siempre produciría un

5 De acuerdo con la información señalada por Payne (1965), esta cifra se distribuía entre los sectores de manufactura, con 45 000; alimentos y bebidas, con 12 000; transporte, con 37 000; comunicaciones, con 11 000; servicios, con 99 000; industria extractiva, con 52 000; agricultura, con 55 000; comercio, con 13 000; y otros, con 5000 (p. 139).

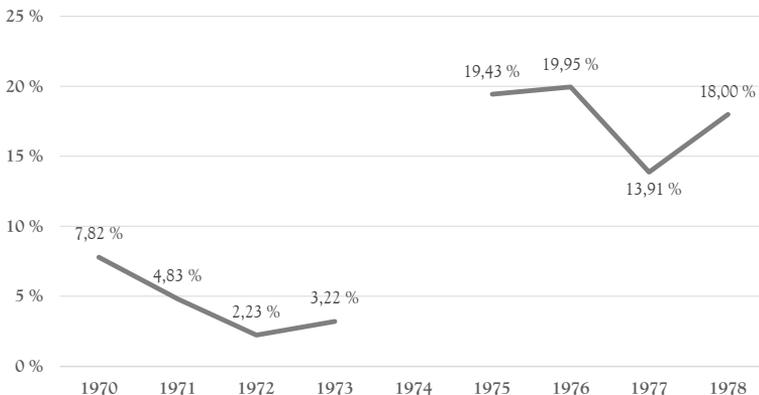
6 Parodi (1986), por ejemplo, relata cómo los obreros metalúrgicos celebraban luego de superar el periodo de prueba legal y obtener la estabilidad laboral, y elucubraban diferentes maneras de evadir estos tres meses de inestabilidad (p. 30).

producto negocial, sea autónomo o heterónomo. Finalmente, dichos productos se encuentran regulados tanto en su periodicidad (anual) como en su contenido (remuneraciones y condiciones de trabajo).

Javier Neves (1995) caracterizó este marco jurídico como una expresión palmaria de intervencionismo estatal (p. 41). Bajo este diseño, el conflicto económico es controlado tanto en su desarrollo por medio de un *iter* preestablecido y sujeto a plazos como en su resultado. El objetivo de ello es doble. Por un lado, aminora las posibilidades de generar inestabilidad social y política en caso de una escalada del conflicto y, por otro, beneficia a las organizaciones de trabajadores al disponer un mecanismo de cierre definitivo de la negociación (resolución administrativa). No obstante, como anota Neves, esta opción normativa carece de mecanismos que fortalezcan la posición de los sindicatos, generando cierta dependencia de la intervención administrativa y política (p. 42).

Ahora bien, como se desprende del diseño, los resultados de este modelo generaron un evidente impacto positivo en el desenvolvimiento de los conflictos económicos. De acuerdo con Sulmont (1985), la cobertura de la negociación colectiva, aunque fue baja durante los primeros dos años, se elevó luego significativamente, llegando a cerca del 20 % de la población económicamente activa (PEA) asalariada (p. 206). La figura 1 refleja dicha afirmación y muestra la evolución de la tasa de cobertura de la negociación colectiva entre 1970 y 1978.

Figura 1. Tasa de cobertura de la negociación colectiva (1970-1978)



Fuente: elaboración propia con base en Sulmont (1985, p. 206).

Nota: la data publicada por Sulmont (1985) no registra información respecto del año 1974.

321

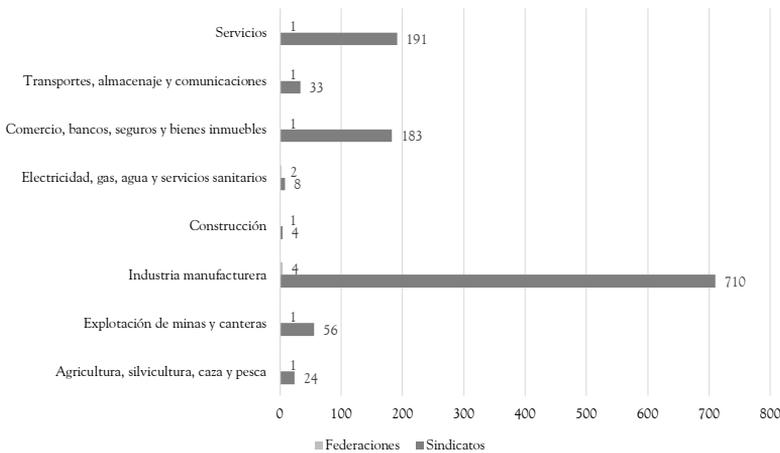
LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

Se desprende de la figura 1, en primer lugar, que la implementación del Decreto Supremo 006-71-TR no tuvo efectos inmediatos; por el contrario, se observa una regresión de la tasa de cobertura registrada en los últimos años del modelo político (1970 y 1971). Sin embargo, tres años después, esta asciende a más de seis veces su valor base, cubriendo a 361 108 trabajadores. Este cambio súbito se explica por dos aspectos del diseño jurídico⁷. Primero, por la composición obligatoria del conflicto como última etapa de la negociación, prevista en el capítulo III del cuerpo normativo. Segundo, en la eficacia general (*erga omnes*) que les atribuye el mencionado decreto supremo a los productos negociales. En otros términos, la norma propicia una cobertura amplia de la negociación colectiva.

Bajo estas nuevas reglas de juego, ¿cuál es la estructura negocial y sindical que se gesta a partir de este diseño? La figura 2, elaborada a partir de la data reportada por Sulmont (1985), muestra la distribución de los convenios colectivos según actividad económica y tipo de organización de trabajadores en 1978 (p. 208). A partir de ello, es posible extraer más pistas sobre el estado del movimiento sindical que hereda la LRCT.

Figura 2. Convenios colectivos según actividad económica y tipo de organización (1978)



Fuente: elaboración propia con base en Sulmont (1985, p. 208).

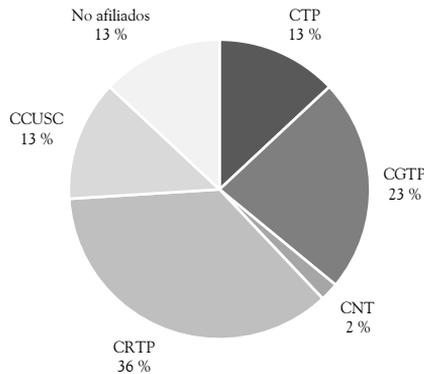
Una mirada a la información desagregada del año 1978 permite ver otros aspectos relativos a la estructura sindical y negocial que interesa destacar. En primer lugar, todas las actividades económicas registran federaciones que negocian y suscriben convenios colectivos. Con base

7 El año 1977 registra un descenso producto de la severa represión del Gobierno. Sulmont (1979) narra que a través de una norma se autorizó el despido de los responsables del paro nacional del 19 de julio de dicho año, lo cual implicó el despido de alrededor de cinco mil dirigentes sindicales.

en ello, es posible afirmar que el movimiento sindical se encuentra, al menos, estructurado con organizaciones supraempresariales —como ya se evidenciaba en 1961—. Segundo, si bien se identifican sectores con mayor densidad sindical que otros, casi todos tienen como unidad negocial preponderante a la empresa. En otros términos, la transición del modelo de negociación política hacia el intervencionismo estatal establecido en el Decreto Supremo 006-71-TR enfatizó la organización en este nivel.

Por otro lado, de acuerdo con la figura 3, la mayoría de las organizaciones de trabajadores, tanto a nivel de empresa como de rama, se encuentran afiliadas a confederaciones nacionales⁸. Así, es posible afirmar que existía cierto grado de coordinación o estructura sindical de alcance nacional. Asimismo, cabe anotar que la fragmentación que se registra en este año es una constante y expresa las diferentes posiciones políticas de las dirigencias (ejemplo de ello son la Confederación de Trabajadores del Perú [CTP] y la Confederación General de los Trabajadores del Perú [CGTP]), así como las intenciones del gobierno de turno de cooptar el movimiento sindical (como en el caso de la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana [CRTP])⁹. Finalmente, esta distribución entre las confederaciones resulta interesante dado que para 1976 tanto la CGTP como la CRTP tenían pocos años de constituidas. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que los sindicatos buscaban nuevos espacios de participación a nivel nacional.

Figura 3. Concentración de sindicatos según centrales sindicales (1976)



Fuente: elaboración propia con base en Sulmont (1985, p. 210).

8 Las cifras registradas, además, deben de servir únicamente de referencia. Sulmont (1985) indica que la fuente de estos datos es el Sinamos, un organismo estatal que buscaba englobar a las organizaciones de la sociedad civil durante el gobierno militar, por lo que se puede presumir cierta sobrerrepresentación de la CRTP, confederación vinculada al Estado, así como una subrepresentación de las estructuras independientes o críticas de dicho gobierno (p. 210).

9 Haworth (1989) sostiene que la CRTP fue constituida para disputar con las otras confederaciones independientes la representación de los sindicatos y, a partir de ello, proveer una plataforma institucional que apoye al gobierno. De ahí que se sostenga que fue un proyecto para cooptar el movimiento sindical.

A partir de lo expuesto se puede perfilar que, bajo el marco jurídico del Decreto Supremo 006-71-TR, el movimiento sindical presenta características particulares. En términos de organización, se estructuran en al menos tres niveles: confederaciones, federaciones sectoriales y sindicatos de empresa, siendo sujetos negociales los dos últimos. Las organizaciones de mayor grado aglutinan solo a pequeñas facciones de las organizaciones de niveles inferiores, sin mayor preponderancia de una respecto del resto. Por otro lado, en términos de negociación colectiva, la unidad de empresa es la predominante, aunque las federaciones registran negociaciones y convenios en todos los sectores. Asimismo, este diseño ha permitido una cobertura amplia de los convenios colectivos tanto por los efectos generales de los productos negociales como por el sistema de composición heterónoma.

Veintiún años después, el marco jurídico será modificado sustancialmente con la LRCT. ¿Qué aspectos de este diseño cambian? ¿Qué impactos generan las modificaciones normativas en el desarrollo de las negociaciones colectivas? En la siguiente sección se aborda este tema.

IV. LA HERENCIA DE FUJIMORI EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si el diseño del Decreto Supremo 006-71-TR, con solo cinco años de vigencia, registraba 1220 convenios colectivos y sucedáneos, equivalentes a una tasa de cobertura de 18 %, para finales de los ochenta e inicios de los noventa esa cifra había crecido significativamente. Entre 1985 y 1990 se registró un promedio de 2169 pliegos presentados y 1790 productos negociales por año, de acuerdo con el *Anuario Estadístico* del MTPE (2005). Con base en ello, es posible afirmar que las organizaciones de trabajadores no solo lograron incrementar su número, sino que mantuvieron la capacidad de componer las negociaciones colectivas. ¿Cómo cambió este panorama a partir de la reforma de la LRCT? La presente sección argumenta que el cambio de regulación tuvo un impacto significativo en lo relativo al ejercicio de la libertad sindical. En concreto, esta implicó un grave descenso de los productos negociales y de la cobertura de la negociación colectiva. En pocas palabras, se registra una pérdida de poder por parte de las organizaciones en términos generales.

Sanguineti (1994) precisaba que el Decreto Supremo 006-71-TR requería una revisión que integre los intereses de los actores sociales y que abandone las intromisiones estatales a la libertad sindical. Desde esta perspectiva, la adecuación del régimen normativo implicaba otorgar mayor autonomía a las organizaciones y procurar consensos sociales. No obstante, como se ha señalado en la sección anterior, la nueva norma no satisfizo dicha demanda. La LRCT (1992) sigue la tendencia

323

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚTHE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

autoritaria de intervenir en diferentes aspectos del derecho, pero ahora con la finalidad de menguar la capacidad de acción de los sindicatos y atomizar su estructura.

A manera de resumen¹⁰, los cambios sustanciales que introdujo la nueva legislación fueron de diversa índole. Uno de los más importantes fue el reconocimiento del modelo de pluralismo sindical; esto es, la libertad de constitución y afiliación de los trabajadores y sus organizaciones en cualquier ámbito. Sin embargo, se establecen mínimos para la formación de sindicatos a nivel de empresa, impidiendo así la organización en pequeños negocios y obstaculizándola en niveles superiores (Villavicencio, 1993; Sanguinetti, 1994). Asimismo, la LRCT (1992) introduce una categoría importante para ordenar y evitar las distorsiones de este modelo: el sindicato más representativo (Villavicencio, 2010; García, 1987). Así, en base al criterio numérico-afiliativo, el ordenamiento atribuye la representación de toda la unidad de negociación a la organización de trabajadores que afilie a la mayoría de los trabajadores de dicho ámbito.

Por otro lado, la LRCT (1992) impone una serie de intervenciones a la autonomía colectiva. En materia de constitución de organizaciones, por ejemplo, se genera un régimen dual de registro, escindiendo la personería gremial de la jurídica. Al respecto, además de los problemas prácticos que tienen que afrontar los sindicatos, la doctrina ha enfatizado que el registro administrativo se ha utilizado en la experiencia latinoamericana como un vehículo de control político (Villavicencio, 2014) y muestra de ello son el número de cancelaciones registradas durante la década del noventa (figura 4). Respecto de la negociación colectiva, se recondujo las negociaciones en curso (tercera disposición complementaria final) y las nuevas (art. 45) al nivel de empresa a través de una regla por defecto en caso de desacuerdo. Los efectos prácticos de ello fue la imposibilidad de negociar a nivel supraempresarial y atomizar el alcance de los convenios colectivos. Más de una década después, estas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales luego de un extenso litigio (Neves, 2010). Otra intervención importante es la relativa al derecho de huelga. La LRCT (1992) dispone un intenso control administrativo sobre la procedencia y legalidad de la acción sindical. Como consecuencia de ello, el ejercicio de este derecho se ha reducido considerablemente, además de haberse generado una microconflictividad (Villavicencio, 2008).

Finalmente, la legislación también incurre en omisiones importantes, como en el caso de la protección de la libertad sindical. Las disposiciones en esta materia solo se acotan a dos conductas objetivas (movilidad geográfica y despido) y a una lista cerrada de sujetos (representantes de

10 Un análisis, revisión y crítica más pormenorizado de la LRCT puede hallarse en Villavicencio (1993), Sanguinetti (1995) y Neves (1995).

los trabajadores). Lógicamente, ello vuelve inoperante la tutela jurídica que se solicite para cualquier otra conducta no tipificada, a pesar de la naturaleza atípica de este tipo de actos (Valdeolivas, 1993). De ahí que el fuero sindical, configurado en estos términos, haya sido calificado desde temprano como «restringido y simbólico» (Villavicencio, 2010, p. 180). Esta legislación, casi en su integridad¹¹, continúa vigente luego de más de tres décadas.

Como se puede evidenciar, la LRCT desmonta aquellos aspectos que había introducido el Decreto Supremo 006-71-TR y que hacían funcionar el *iter* de la negociación colectiva¹². Este nuevo marco normativo, vigente hasta la fecha, no establece plazos ni sanciones para regular o corregir la conducta de los actores negociales¹³, así como tampoco mecanismos que garanticen la composición del conflicto. De esa forma, las organizaciones de trabajadores transitan sin mayores herramientas o apoyos institucionales por el trato directo, la conciliación o la mediación ante la autoridad administrativa. Así, y ante la imposibilidad de componer el conflicto económico, sus opciones se enfrentan a la disyuntiva de optar por acudir al arbitraje o realizar una huelga, con el riesgo de dejar latente el conflicto económico.

De forma general y, en síntesis, siguiendo a Ermida (1995), puede afirmarse que la LRCT se aleja de un modelo autónomo o promocional y opta por mantener la intervención estatal con un enfoque restrictivo del derecho a la libertad sindical. A diferencia de su antecesora, esta norma apuesta por reglamentar y atomizar la organización, negociación y el conflicto económico. De ahí que resulte acertada la crítica de Neves (1995) sobre el carácter imprevisible que termina asumiendo la negociación colectiva bajo esta estructura. No obstante, y a contracorriente de la mayoría, a pocos años de haberse emitido la LRCT, Mario Pasco (1995) sostuvo que esta norma no implicaba «una regresión, un paso atrás, una acentuación del intervencionismo» (p. 171). ¿Cuáles fueron, entonces, sus efectos sobre el ejercicio de la libertad sindical y negociación colectiva?

De acuerdo con el registro sindical (figura 4), en el corto plazo, desde 1994 hasta el año 2000 se cancelaron más organizaciones de trabajadores de las que se crearon. Interesa notar aquí que, incluso durante los dos primeros años de la pandemia de la COVID-19, no se registraron cifras

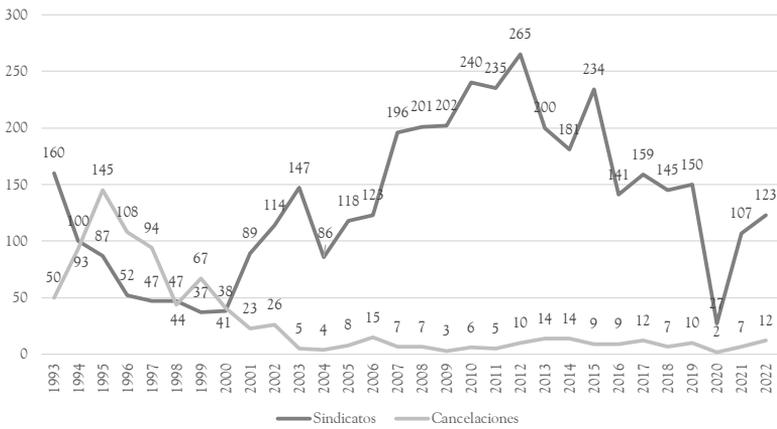
11 En el año 2002, el profesor Javier Neves fue ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, y propició la adecuación de la legislación peruana en materia de libertad sindical a las obligaciones internacionales contenidas en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, en atención a las observaciones realizadas por uno de sus órganos de control, el Comité de Libertad Sindical (Villavicencio *et al.*, 2012).

12 Para un mayor desarrollo y crítica del régimen legal de la negociación colectiva, se puede consultar los trabajos de Neves (2016) y Blancas (2011).

13 La única excepción, en este caso, es el arbitraje potestativo causado (por mala fe). Sin embargo, este mecanismo alternativo de solución del conflicto no puede entenderse como un castigo o forma de regular conductas, pues el costo de este no es asumido integralmente por la parte causante, además de ser opcional.

equiparables a lo sucedido durante la segunda mitad de la década del noventa. En otros términos, el cambio de legislación, sumado a la severa represión del gobierno autoritario, generó un impacto más nocivo para los sindicatos que una crisis de salud, económica y social de alcance global. Precisamente, aun cuando la legislación introdujo el modelo de pluralismo sindical, este solo pudo desarrollarse adecuadamente en una coyuntura democrática.

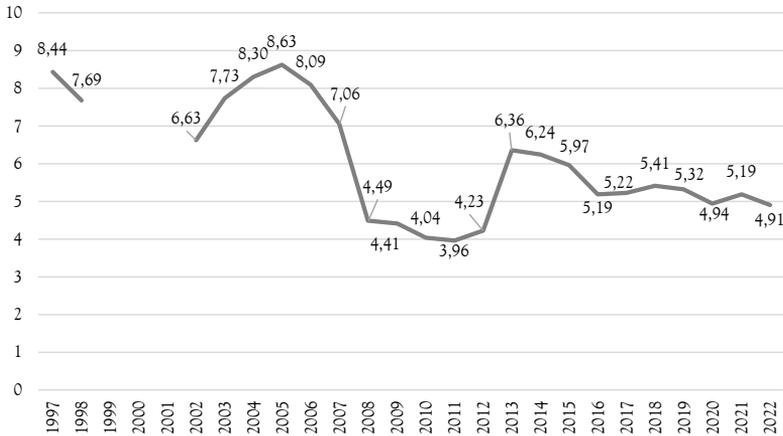
Figura 4. Evolución del registro sindical a nivel nacional (1993-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (1993-2022).

Junto al descenso generalizado de las organizaciones de trabajadores durante la segunda mitad de la década del noventa se registra también una significativa disminución de la afiliación sindical (figura 5). Aunque de forma incompleta, en los albores del nuevo milenio la tasa de afiliación sindical registraba una inclinación al descenso. Atrás habían quedado los años en los que la literatura académica elogiaba el significativo volumen de sindicalizados en el país, el cual estimaban en 800 000 (Zapata, 1986). Nótese, además, que este indicador —a diferencia de la constitución y cancelación de sindicatos— no muestra ningún signo de recuperación o cambio en años posteriores a la reforma de la LRCT. Aun bajo contextos favorables (transición democrática y auge económico, entre otros), las organizaciones de trabajadores han registrado una tasa de afiliación que ha oscilado entre 8 % y 4 %, y desde 2013 muestra una marcada tendencia descendente.

Figura 5. Tasa de afiliación sindical (1997-2022)



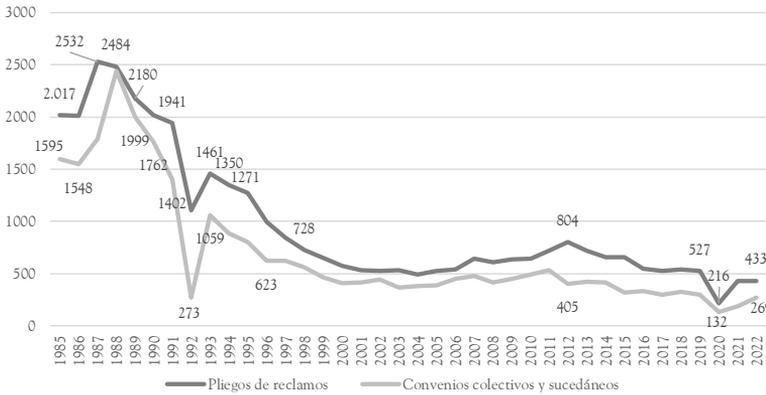
Fuente: elaboración propia con base en MTPE (1997-2022).

Nota: la tasa de afiliación sindical registrada desde 1997 hasta 2007 se ha calculado a partir de las hojas de resumen de planillas del mes de junio de cada año. A partir de 2008 en adelante, se expresa como el promedio anual de trabajadores sindicalizados entre la PEA asalariada.

La tendencia descrita tiene una estrecha vinculación con el desarrollo de la negociación colectiva. La figura 6 registra el marcado descenso, tanto de los pliegos de reclamos como de los productos negociales. Asimismo, la proporción entre estos, aunque contingente en ciertos periodos, muestra un volumen importante y constante de negociaciones abiertas. En ese sentido, como ha notado Villavicencio (2016), el ordenamiento peruano carece de mecanismos eficaces que permitan componer el conflicto económico, sea por medio de la autocomposición o heterocomposición. Nótese, además, que incluso en los años en los que el arbitraje potestativo causado e incausado son reconocidos en el ordenamiento —2011 y 2014, respectivamente—, no se observan incrementos en los productos negociales¹⁴. Así, otra consecuencia de la reforma de la LRCT es la pérdida de capacidad de las organizaciones de trabajadores para cerrar los conflictos económicos.

14 Esta data, así como sus desagregados por año, cuestiona seriamente aquellas posiciones que sostienen que el arbitraje potestativo incausado vulnera el derecho de huelga (Valverde, 2023). Sin un medio efectivo de cierre del conflicto, el ejercicio de la negociación colectiva se reduce a una mera expectativa que depende de la voluntad del empleador. Además, posiciones como la indicada omiten señalar que, de acuerdo con los anuarios estadísticos del MTPE (2022), la huelga no es utilizada mayoritariamente por las organizaciones de trabajadores como estrategia en contextos de negociación y tampoco registra cifras significativas de éxito cuando se ejerce. En ese sentido, promover o apostar por el fomento de este derecho no tiene sustento en la evidencia empírica y perjudica a los sindicatos.

Figura 6. Pliegos de reclamos y convenios colectivos y sucedáneos (1985-2022)

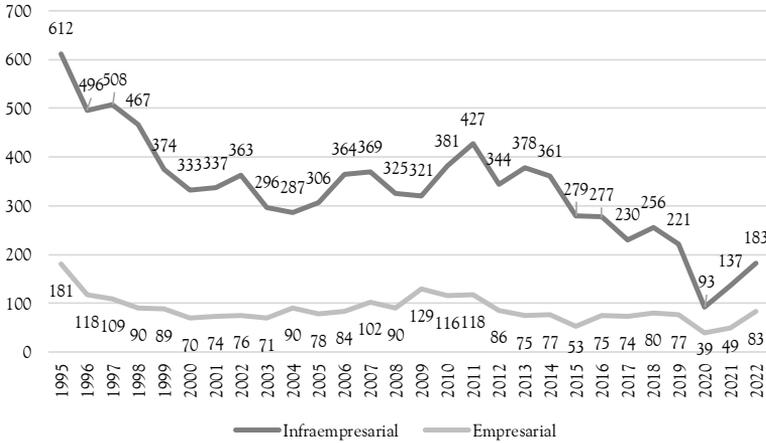


Fuente: elaboración propia con base en MTPE (1995-2022).

Ahora bien, si se observa la información desagregada de los productos negociales según el nivel de negociación (figura 7), se constata los efectos nocivos de las reglas de la LRCT. Siguiendo a Villavicencio (2016), la data muestra que la estructura negocial predominante desde 1995 es infraempresarial. En otras palabras, las reglas previstas para determinar el nivel de la negociación han acentuado la atomización de las organizaciones, relegando la posibilidad de actuar en un nivel superior únicamente a casos excepcionales habilitados por la jurisprudencia constitucional (construcción civil y portuarios)¹⁵.

¹⁵ Al respecto, resulta importante señalar que en el nuevo régimen laboral agrario (Ley 31110, 2021) se contempla la posibilidad de negociar a nivel de rama; no obstante, más de dos años después de su promulgación, no se registra un producto negocial con dicho alcance.

Figura 7. Productos negociales por nivel de negociación (1995-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (1995-2022).

Nota: siguiendo la terminología empleada por el MTPE, el nivel infraempresarial se encuentra conformado por delegados o sindicatos de categorías exclusivas (obreros o empleados). El nivel empresarial, en tanto abarca toda la unidad, se encuentra conformado por sindicatos únicos y delegados de obreros y empleados.

Hasta este punto, la reforma de la LRCT muestra consecuencias nocivas para el ejercicio de la libertad sindical. Durante la década de los noventa se redujo significativamente las organizaciones de trabajadores, así como la cantidad de afiliados y su densidad —expresada en la tasa de afiliación—. Tal situación se ha traducido en una pérdida de poder por parte de los sindicatos, cuya seña principal es la brecha entre los pliegos de reclamos presentados y los productos negociales por año, así como el escaso volumen de estos. No obstante, la literatura académica ha reparado poco en la tasa de cobertura de la negociación colectiva.

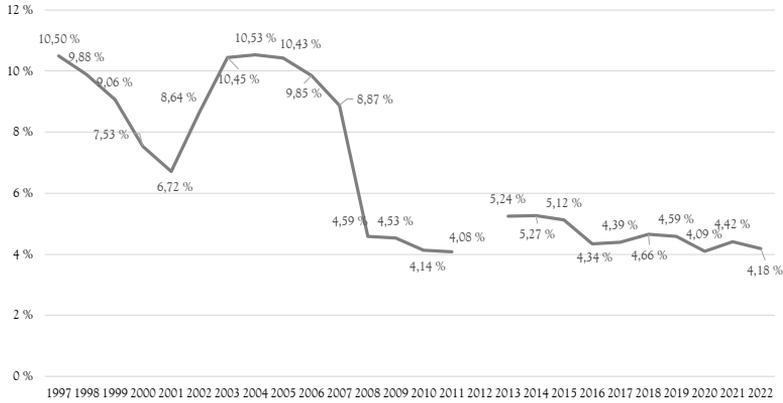
La data relativa a la negociación colectiva es de particular relevancia por dos razones. Primero, porque proyecta el alcance que tienen las organizaciones que logran un producto negocial. Segundo, porque, con base en las reglas de mayor representatividad de nuestro ordenamiento, es un indicador sobre la existencia de sindicatos mayoritarios. En ese sentido, la tendencia descrita en la figura 8 resulta de mucha relevancia para caracterizar el tipo de organizaciones de trabajadores que ha primado en las últimas dos décadas de la historia peruana.

329

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

Figura 8. Tasa de cobertura de la negociación colectiva (1997-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (1997-2022).

Nota: la tasa de cobertura de la negociación colectiva registrada desde 1997 hasta 2007 se ha calculado a partir de las hojas de resumen de planillas del mes de junio de cada año. A partir de 2008 en adelante, se expresa como el promedio anual de trabajadores sujetos a un producto negocial entre la PEA asalariada. Por otro lado, el anuario de 2012 no registra información mensualizada ni anual de los trabajadores cubiertos por un producto negocial.

Con relación a la figura en cuestión, interesa destacar tres periodos importantes, de los cuales el primero se ubica entre los años 2002 y 2006. En este se registran las mayores tasas de cobertura y coinciden con el retorno y primer quinquenio del restablecimiento de la democracia en Perú. De esta manera, se observa la vinculación positiva que hubo entre la apertura democrática y el ejercicio de los derechos laborales. Por otro lado, el segundo periodo se ubica entre 2007 y 2013. Durante este intervalo se observa un descenso continuo de la cobertura sin mostrar un signo significativo de recuperación, que incluso inicia antes de la crisis económica global de 2008. Finalmente, el último periodo inicia en 2014 y se extiende hasta 2022. La característica principal de dichos años es el estancamiento de la negociación colectiva a niveles muy inferiores a los registrados en las etapas previas.

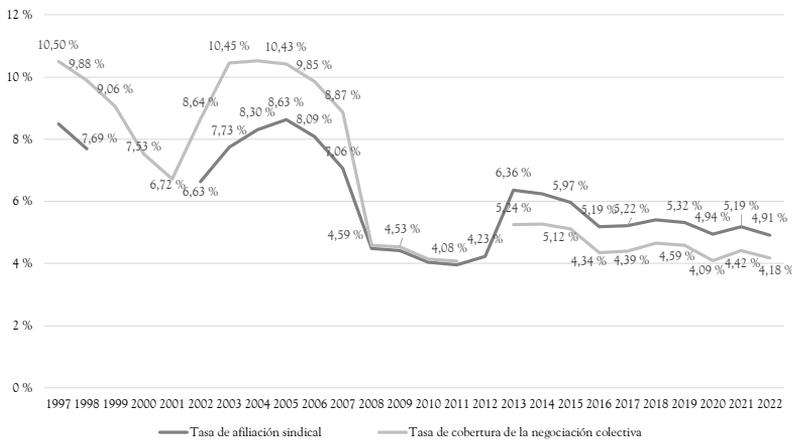
Si bien resulta llamativa la trayectoria fluctuante de la cobertura de la negociación colectiva, interesa notar cuál es la explicación del descenso. Los registros elevados dan cuenta de la existencia de un número importante de organizaciones de trabajadores mayoritarias en su ámbito. Ello pues solo a través de este tipo de sindicatos se puede lograr un alcance mayor de los productos negociales. A la inversa, cuando no existen muchas organizaciones mayoritarias, los efectos se limitan solo a los afiliados y, por tanto, la cobertura de la negociación colectiva se asemeja a la tasa de afiliación.

A efectos de refinar la conclusión sobre la reducción de los sindicatos mayoritarios, resulta interesante comparar las tendencias de la tasa de afiliación sindical y de la cobertura de negociación colectiva. La figura 9 consolida ambas trayectorias y evidencia cómo, durante casi toda la primera década del 2000, los productos negociales superaron largamente a la cantidad total de afiliados. Este dato resulta más relevante cuando se considera que, en dicho intervalo, hubo en promedio 141 negociaciones abiertas. En otras palabras, no todas las organizaciones de trabajadores que negociaron lograron un convenio y, sin embargo, las que sí compusieron el conflicto beneficiaron a un número superior a la cantidad de afiliados. No obstante, se observa que a partir de 2013 en adelante esta tendencia cambia drásticamente.

LA CRISIS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA DISCRETA EXTINCIÓN DEL SINDICATO MAYORITARIO EN EL PERÚ

THE CRISIS OF COLLECTIVE BARGAINING AND THE DISCREET EXTINCTION OF THE MAJORITARIAN UNION IN PERU

Figura 9. Tasa de afiliación sindical y cobertura de la negociación colectiva (1997-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (1997-2022).

Nota: las tasas de afiliación y cobertura de la negociación colectiva registradas desde 1997 hasta 2007 se han calculado a partir de las hojas de resumen de planillas del mes de junio de cada año. A partir de 2008 en adelante, se expresa como el promedio anual de trabajadores afiliados y sujetos a un producto negocial entre la PEA asalariada.

Interesa de sobremanera explicar el cambio en la tendencia por dos motivos en particular. Primero, porque desde el retorno de la democracia no se registran cambios significativos en la regulación laboral en general. En otras palabras, no existen modificaciones al marco institucional que expliquen este tipo de transiciones —como sí sucede en el caso del Decreto Supremo 006-71-TR y la LRCT—. Asimismo, tampoco se evidencia cambios sustanciales en la afiliación sindical. Por el contrario, este indicador no muestra signos de retroceso en su base numérica, sino que su crecimiento no guarda proporción con el aumento de la PEA

asalariada. ¿Cómo entender, entonces, esta variación? Esta pregunta será abordada en la siguiente sección.

V. LA EXTENSIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO COLECTIVO Y SU IMPACTO EN LAS ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES

La primera sección ha dado cuenta de cómo, históricamente, el marco normativo ha direccionado el desarrollo de las organizaciones de trabajadores hacia una determinada estructura sindical y a un nivel de negociación. La unidad de empresa, así como sus subniveles, constituye el signo distintivo de este modelo intervenido y restrictivo de la autonomía colectiva. Esta atomización, fue asegurada y garantizada por la LRCT (1992), y volvió una singularidad a la negociación colectiva en niveles superiores.

Luego, los resultados de este modelo con más de treinta años de vigencia fueron expuestos en la segunda sección. Los principales hallazgos dan cuenta de organizaciones que, tras reducirse significativamente, han perdido poder para componer los conflictos económicos y generar mejores condiciones de trabajo. En particular, la información muestra que el principal cambio que se registra en la actividad sindical en los últimos diez años es la reducción de la cobertura de la negociación colectiva a valores inferiores a la tasa de afiliación sindical. En otros términos, los trabajadores con convenio colectivo son menos que los afiliados a una organización.

Ahora bien, ¿cómo explicar este cambio de tendencia? Esta pregunta resulta importante pues en este periodo de tiempo estudiado no se han registrado cambios significativos a nivel normativo o estadístico que permitan dar una respuesta inmediata. La tesis que plantea este artículo es que dicho descenso se explica por la reducción de los sindicatos mayoritarios producto de la extensión unilateral de los convenios colectivos. En otros términos, la falta de protección contra conductas lesivas a la libertad sindical es la causante de este cambio en la tendencia.

Para ello es importante recordar que, conforme con las reglas que rigen el modelo de negociación colectiva, cuando una organización cumple con el criterio de mayor representatividad numérico-afiliativa —esto es, afilia a la mayoría de los trabajadores en su ámbito—, negocia por toda la unidad (empresa, categoría y establecimiento, entre otras). Como consecuencia de ello, los productos negociales adquieren eficacia general (*erga omnes*). Por el contrario, cuando se representa a una minoría —menos de la mayoría absoluta de trabajadores—, la organización negocia únicamente para sus afiliados (eficacia limitada).

A manera de resumen, la tabla 1 sintetiza las reglas de representatividad y los efectos o la relación que tienen estas con los productos negociales (convenios colectivos, laudos, etc.).

Tabla 1. Resumen de reglas de representatividad y efectos según la LRCT

Tipos de organización	Cantidad de afiliados	Efectos de sus productos negociales
Sindicato mayoritario	50 % + 1 de los trabajadores	A todos los trabajadores de la unidad, sin importar afiliación (<i>erga omnes</i>)
Sindicato minoritario	50 % de los trabajadores o menos	Solo a los afiliados de la organización

Fuente: elaboración propia.

Desde esta perspectiva, en términos generales, la tasa de cobertura de la negociación colectiva puede tener tres tipos de vinculación con la densidad sindical. Primero, pueden equiparse ambos indicadores, siempre que todos los sindicatos existentes hayan suscrito un convenio colectivo¹⁶. Segundo, la afiliación puede ser superior en tanto algunas organizaciones no hayan logrado un producto negocial. Por último, y conforme con el marco jurídico peruano, la cobertura de la negociación colectiva puede ser superior a la densidad sindical por medio de convenios colectivos suscritos por organizaciones mayoritarias.

Visto de esta manera, se desprende de la figura 9 que entre los años 2002 y 2011 existieron numerosas organizaciones más representativas, las cuales fueron reduciéndose paulatinamente desde 2006. ¿Cómo estos sindicatos, que se entiende eran robustos, numerosos, perdieron afiliados? En otros términos, ¿cómo afecta la extensión de beneficios a la libertad sindical y a las organizaciones mayoritarias en particular?

Para plantear tal conexión, esta investigación plantea tres relaciones entre la extensión de beneficios del convenio colectivo y la desafiliación de integrantes. La primera atiende a la temporalidad en que suceden estos hechos. La segunda, al efecto de conducta parasitaria (*free rider*) que genera en los trabajadores. La tercera, a la generalización de esta conducta y los intentos de resistencia por parte de las organizaciones de trabajadores.

¹⁶ Este hecho nunca ha sido documentado o ha tenido registro en la historia peruana; por el contrario, como muestra la figura 6, existe una diferencia sustancial entre la cantidad de pliegos de reclamos que se presentan y el número de convenios colectivos que se suscriben. Ello permite afirmar, como bien lo registra la estadística actual, que muchos trabajadores sindicalizados no tienen un convenio colectivo aplicable.

De acuerdo con la información disponible, entre la extensión de beneficios y la caída de la tasa de cobertura de la negociación colectiva existe un vínculo de temporalidad. El primero antecede al segundo. La tabla 2 muestra la cantidad de pronunciamientos que se emitieron por año sobre esta materia, así como el sentido de estos hasta 2016¹⁷. Conviene notar que, pese a que la jurisprudencia inicia en 2006, su tendencia se empieza a marcar a partir de 2011 y en favor de esta conducta.

Tabla 2. Pronunciamientos jurisdiccionales emitidos a favor de la extensión de beneficios de convenios colectivos 2006-2016

Año	Cantidad de pronunciamientos a favor	Cantidad de pronunciamientos en contra
2006	1	0
2011	1	0
2012	1	0
2013	0	0
2014	2	0
2015	1	0
2016	0	1

Fuente: elaboración propia¹⁸.

De esta manera, se observa una vinculación temporal entre el descenso de la cobertura de la negociación colectiva con la validación de la extensión de beneficios del convenio colectivo. En otros términos, ambos coinciden y podrían expresar una relación causa-efecto. No obstante, esta simultaneidad no resulta un argumento suficiente para sustentar el cambio en la tendencia. Así, se tiene que demostrar que esta causa probable tiene la suficiente entidad para generar los resultados

17 Es importante señalar que los casos de extensión de beneficios continuaron aún luego de 2016. No obstante, la referencia a estos primeros pronunciamientos es importante para indicar: a) desde qué año se tiene registro de este tipo de casos, b) cuál era la tendencia inicial en la jurisprudencia de la CSJR y c) cómo se resolvían estos casos durante el descenso de la tasa de cobertura de la negociación colectiva (2006-2013).

18 Las sentencias contabilizadas son las siguientes: casación laboral 1381-2005 Cono Norte - Lima (2006), casación laboral 2864-2009 Lima (2011), casación laboral 602-2010 Lima (2012), casación laboral 11477-2013 Callao (2014), casación laboral 8796-2013 Moquegua (2014), casación laboral 10766-2013 Moquegua (2015), y casación laboral 12885-2014 Callao (2016).

Sin perjuicio de ello, interesa señalar que la corte vértice en materia de protección de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, ha tenido una posición ambivalente respecto a este tema. Mientras que en la sentencia recaída en el expediente 2476-2010-PA/TC se pronunció en contra; un año antes, en su pronunciamiento del expediente 2974-2010-PA/TC, convalidó dicha práctica empresarial.

observados. Entonces, ¿cómo afecta la extensión de beneficios a la libertad sindical y a los sindicatos mayoritarios en particular?

La extensión unilateral de los beneficios de un convenio colectivo de sindicato minoritario tiene un impacto negativo en las organizaciones de trabajadores en general. Para empezar, genera una conducta parasitaria (*free rider*) en los afiliados; esto es, desincentiva la afiliación. Primero, desalienta la sindicalización, toda vez que elimina cualquier derecho derivado de su condición de trabajador afiliado. En otros términos, al percibir las mismas prestaciones sin necesidad de participar de la organización sindical —que requiere, entre otras cosas, aportar económicamente a esta—, los miembros pierden motivos objetivos para continuar participando. Segundo, de forma similar, los trabajadores no afiliados carecen de cualquier incentivo para adherirse en la medida en que ya no requieren ser miembros del sindicato para percibir los beneficios.

Además de estos efectos nocivos para la afiliación sindical, la extensión de beneficios de un convenio colectivo de sindicato minoritario también colisiona con una regla importante del modelo de pluralidad sindical. La norma de mayor representatividad tiene una finalidad bifronte. Por un lado, evita las distorsiones del pluralismo sindical (atomización o dispersión) y, por otro, refuerza la posición de las organizaciones fuertes a fin de que logren una mejor representación de los intereses (García, 1987). Desde esta perspectiva, el ordenamiento apuesta por fortalecer la situación jurídica de los sindicatos mayoritarios. Por tanto, esta práctica no solo afecta a las organizaciones de trabajadores de un determinado ámbito, sino también al diseño constitucional en sí mismo¹⁹.

No solo existe una vinculación temporal y material entre esta práctica y el descenso de la cobertura de la negociación colectiva, sino que también se cuenta con información sobre la relevancia que adquirió tanto en el debate público como entre los sindicatos. En 2012, a través de una consulta ciudadana, una organización de trabajadores acudió a la Dirección General de Trabajo (2012) para cuestionar si es que la administración del trabajo avalaba esta conducta empresarial. La respuesta emitida rechaza esta práctica, además de advertir sobre los potenciales riesgos para la afiliación (efecto *free rider*) con base en las reglas de representatividad previstas en el ordenamiento. No obstante, tal

335

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚTHE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

19 Además, genera diferentes problemas de relevancia práctica que ni han sido objeto de pronunciamiento por parte de la justicia laboral: ¿cuál es la fuente jurídica que crea la extensión de beneficios? ¿El mismo convenio colectivo o la voluntad del empleador (liberalidad)? ¿Qué convenio colectivo se extiende en caso más de una organización de trabajadores tenga uno vigente y por qué? ¿La extensión de beneficios también tiene efectos ultraactivos luego de su vencimiento? ¿La suscripción de un nuevo convenio colectivo también genera efectos retroactivos para los trabajadores no afiliados?

posición no se reflejó en posteriores pronunciamientos jurisprudenciales ni fue tomada como referencia.

El debate jurídico sobre la extensión de beneficios alcanzó un punto álgido de atención en 2018, al ser uno de los temas objeto del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral. En este espacio, los jueces supremos acordaron²⁰ la convalidación de esta práctica. Así, se dio por terminado un importante debate jurídico, además de muchas controversias en curso sobre esta materia. No obstante, ello no implicó el posterior silencio desde los actores.

Desde la sociedad civil, Plades (2019, 2022) ha destacado la práctica de la extensión de beneficios como uno de los temas clave en materia de libertad sindical en el ámbito jurídico desde 2014. En específico, se destaca el potencial lesivo que ha tenido la admisión de esta conducta para el ejercicio de derechos laborales (Plades, 2022). A contrapartida, representantes de intereses empresariales han abogado a favor de esta práctica, argumentando que se busca mejorar las condiciones de trabajo de los no afiliados (Toyama & Torres, 2017). En ese sentido, aun careciendo de data que permita cuantificar el impacto específico a organizaciones o el alcance espacial de esta práctica, la cobertura que ha tenido a nivel jurisdiccional da cuenta de su especial importancia para organizaciones y empleadores.

No obstante, a pesar de los evidentes riesgos que entraña esta conducta, ¿qué explica la convalidación esta práctica? ¿Por qué la CSJR no la objetó?

La respuesta no pasa necesariamente por evaluar la solidez y coherencia de los argumentos expuestos en los fundamentos de las sentencias, sino en el diseño institucional y su permisividad con actos lesivos a la libertad sindical. Como se advertía hace casi treinta años, la adopción restrictiva del fuero sindical, así como la ausencia de una cláusula general de protección, generan un déficit de tutela jurídica ante cualquier conducta atípica (Sanguineti, 1994). De esta manera, las organizaciones de trabajadores carecen de mecanismos adecuados y eficaces que permitan cuestionar la validez de conductas antisindicales a nivel jurisdiccional. Así, la convalidación de la extensión de beneficios y los efectos nocivos que han sido evidenciados en los gráficos precedentes son consecuencia

20 Conviene señalar que los plenos jurisdiccionales se orientan a uniformizar criterios respecto de controversias recurrentes en la judicatura. En otros términos, se trata de temas importantes y actuales para los actores sociales que recurren a la justicia ordinaria.

Por otro lado, respecto de su valor jurídico, los acuerdos arribados en los plenos jurisdiccionales, si bien no constituyen normas jurídicamente vinculantes, suponen la toma de posición institucional por parte de la principal corte de vértice en justicia ordinaria sobre una determinada controversia. En otras palabras, es el criterio que adoptaría este órgano colegiado al conocer de un caso vinculado a la materia acordada.

de un marco institucional débil cuyos únicos cimientos son disposiciones genéricas carentes de contenido sustantivo.

Por el contrario, a través de una cláusula general, las organizaciones de trabajadores pueden romper con la cuestión de la tipicidad de las conductas empresariales y discutir el problema de fondo²¹. De esta manera, correspondería analizar la capacidad de la extensión de beneficios de un convenio colectivo de sindicato minoritario para afectar la libertad sindical (Villavicencio, 2010; Valdeolivas, 1994). Tanto desde una perspectiva micro (una organización en particular) como macro (valores estadísticos nacionales), se evidencia que existe una incidencia negativa grave. En especial, es posible afirmar que principalmente los sindicatos mayoritarios han visto afectada su afiliación ante los desincentivos generados por esta conducta, lo cual se expresa en la tasa de cobertura de la negociación colectiva. Por tanto, un órgano jurisdiccional debería declarar como inválida la extensión y desestimar los argumentos relativos a la igualdad de trato entre trabajadores afiliados y no afiliados²², así como en la facultad de aumentar los sueldos derivada de la libertad de empresa (Toyama & Torres, 2017)²³.

Sin perjuicio de los argumentos que vinculan la admisión de la extensión de beneficios de un convenio colectivo de sindicato minoritario con la reducción de las organizaciones mayoritarias, es posible descartar otras explicaciones plausibles. En concreto, la evidencia permite señalar que otras hipótesis alternativas²⁴ como a) la disolución de organizaciones sindicales, b) el declive de sectores con alta afiliación y c) la no suscripción de convenios colectivos en actividades con mayor densidad sindical, no pueden explicar el cambio de la cobertura de negociación colectiva, pues sus indicadores no se alinean con la tendencia decreciente o son estables y positivos.

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

21 Existen también sistemas mixtos, por ejemplo, en Chile, donde se conjuga una lista ejemplificativa de supuestos lesivos a la libertad sindical con una cláusula general. En particular, resulta interesante notar que en la reforma del Código de Trabajo (Ley 20940, 2016) se incluye la extensión de convenios colectivos en el listado de conductas antisindicales (art. 289, literal h).

22 Para convalidar la extensión, se ha sostenido que esta práctica se fundamenta en la igualdad de todos los trabajadores. No obstante, este argumento enfrenta la objeción sobre el parámetro empleado (*tertium comparationis*). Un trabajador afiliado es sustantivamente desigual a un no afiliado, pues con ocasión del ejercicio de la libertad sindical se asume una serie de obligaciones gremiales de cara a la organización, y se sitúa al asalariado en una posición de conflicto con el empleador (lo cual implica en ocasiones vulnerabilidad e incluso riesgo de perder el puesto de trabajo).

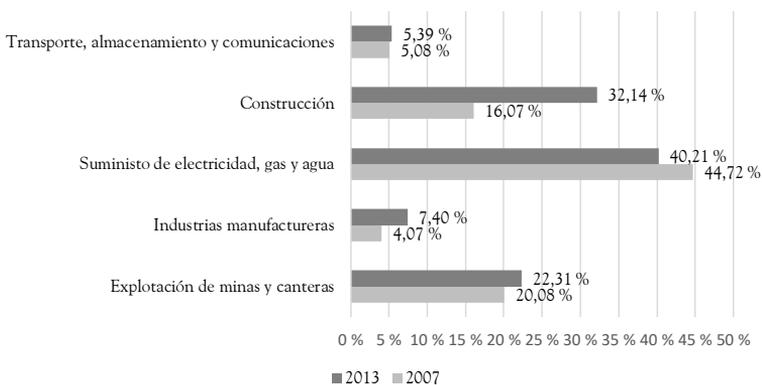
23 La denominada facultad «premio» del empleador para aumentar remuneraciones también ha fungido de argumento para abogar por la extensión de los convenios colectivos; sin embargo, esta posición se enfrenta al hecho de que otorgar mejoras remunerativas únicamente a los no afiliados constituye una conducta discriminatoria (Paredes, 2011).

24 Existen otras posibles hipótesis, tales como la generalización de los beneficios desde inicios del siglo XXI. Sin embargo, no existe evidencia para afirmar que la práctica de pactar la extensión del convenio colectivo haya sido realizada desde 1997 (año a partir del cual se empieza a registrar una tasa de cobertura superior a la de afiliación) y mucho menos que esta haya sido tan generalizada para alcanzar al menos dos puntos porcentuales de la PEA asalariada.

En primer lugar, corresponde discutir si es que este descenso en la cobertura puede ser explicado por la disolución de organizaciones sindicales. Al respecto, como se desprende de la figura 4, el registro sindical solo muestra valores significativos de cancelaciones durante la segunda mitad de la década de los noventa. Posteriormente, estos valores han oscilado desde dos hasta veintisiete, pero las fluctuaciones no coinciden con el periodo identificado entre 2007 y 2013, y tampoco son significativas. De esta manera, la cancelación de organizaciones de trabajadores no evidencia una correlación o cambio que permita explicar por qué la tasa de cobertura se redujo en el intervalo de tiempo indicado.

Otra posible hipótesis alternativa consiste en atribuir el descenso en la tasa de cobertura a una reducción de la afiliación a nivel general o sectorial. De esta manera, como simple consecuencia de la disminución de este indicador, la cobertura de la negociación colectiva se reduciría. No obstante, a nivel macro y micro no se registran cambios sustanciales en la tasa de sindicalización. En otras palabras, el descenso muestra señales de focalización en las organizaciones mayoritarias. Por ejemplo, a nivel general, la tasa de afiliación sindical siempre crece, pero no en una proporción igual o significativa al aumento de la PEA asalariada; de ahí su fluctuación marginal. Por otro lado, a nivel sectorial, las principales actividades económicas no registran una disminución significativa entre los años del periodo descrito (figura 10). Por el contrario, el único caso de descenso es en el rubro de «suministro de electricidad, gas y agua», el cual es ínfimo en términos reales pues solo registraba 14 447 trabajadores, el equivalente al 0,48 % de la PEA asalariada (MTPE, 2014).

Figura 10. Tasa de afiliación sindical sectorial (2007 y 2013)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2008, 2014).

Finalmente, una última hipótesis alternativa consiste en plantear que el descenso de la tasa de cobertura tiene origen en la reducción de los

convenios colectivos en actividades con mayor densidad sindical. En tal sentido, no se trata de que las organizaciones mayoritarias se hayan reducido, sino que sectorialmente se ha perdido poder para cerrar las negociaciones. De esta manera, el impacto en la cobertura es solo una expresión más del declive del sindicalismo peruano; no obstante, la evidencia no respalda de forma suficiente dicha afirmación.

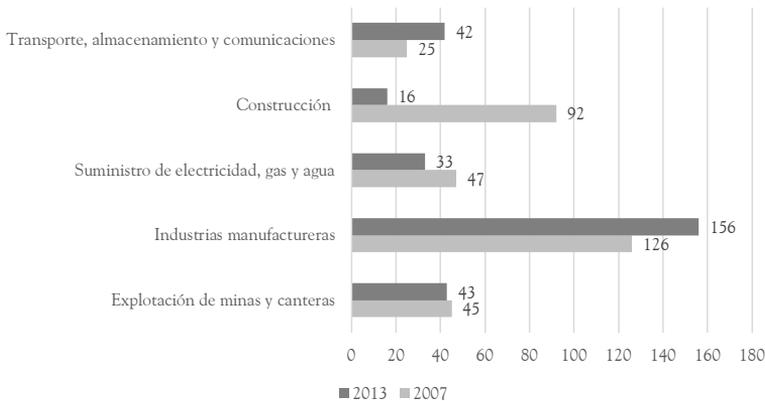
Una comparación entre el inicio y final del periodo en cuestión muestran que la única actividad económica que registra una caída prominente es la construcción (figura 11). En tal sentido, resulta difícil sostener de forma concluyente que los sectores con mayor densidad sindical redujeron significativamente sus productos negociales. Además, debe tenerse en cuenta que en este sector la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) y la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP) negocian anualmente a nivel de rama de actividad. Desde esta perspectiva, la reducción de productos negociales en el nivel de empresa no resulta idónea para explicar el descenso en la tasa de cobertura.

339

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAJORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

Figura 11. Productos negociales suscritos a nivel sectorial (2007 y 2013)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2008, 2014).

Desde esta perspectiva, las distintas hipótesis alternativas que podrían explicar el descenso en la cobertura de la negociación colectiva han demostrado ciertas falencias o ausencia de afinidad con la tendencia descrita. Por el contrario, la extensión unilateral de los beneficios de un convenio colectivo de sindicato minoritario constituye una conducta idónea para generar tal efecto. A través de esta, se producen desincentivos para la afiliación sindical de los miembros y de los trabajadores no

afiliados. Además, su ascenso como práctica empresarial válida coincide temporalmente con el desarrollo de la tendencia descrita.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante abordar dos hechos relacionados con la hipótesis de esta investigación. El primero se vincula con el breve periodo de prohibición de la extensión de beneficios, el cual inicia en 2017 y termina con el acuerdo del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral de 2019. Por otro lado, el segundo es respecto de la prohibición normativa de esta práctica empresarial, cuya fuente es el Decreto Supremo 014-2022-TR.

Con relación al primero, se observa que el cambio jurisprudencial ocurre en un momento posterior al descenso de la cobertura de la negociación colectiva (2006-2013). Así, como se desprende de la figura 8, luego de que este indicador fuera inferior a la densidad sindical, los sindicatos mayoritarios no volvieron a tener una representación estadística significativa. Por tanto, el impacto que tuvo el cambio de criterio jurisprudencial no solo fue efímero, sino también inocuo.

Por último, el 24 de julio de 2022 el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Supremo 014-2022-TR, el cual modifica una serie de disposiciones del reglamento de la LRCT; entre ellas, se prohibió expresamente la extensión unilateral de los convenios colectivos. Si bien resulta un avance importante a fin de evitar la reproducción de una conducta nociva para las organizaciones de trabajadores, esta solución constituye un simple paliativo ante un escenario de manifiesta indefensión. Sin una cláusula general contra conductas antisindicales en el derecho material²⁵, cualquier otra práctica empresarial que genere efectos similares podrá, como en este caso, ser convalidada por la administración de justicia e impactar gravemente a las organizaciones de trabajadores.

VI. CONCLUSIONES

El apogeo y ocaso de las organizaciones de trabajadores en Perú se encuentra fuertemente vinculado con el marco institucional que regula la libertad sindical. Desde esta perspectiva, estos factores estructurales resultan clave para entender cómo se desarrollan los sindicatos en el país. Esta investigación gira en torno a este tema y se pregunta por qué, luego del retorno de la democracia, los altos registros de afiliación sindical y la cantidad de convenios colectivos suscritos, entre otros elementos, no mostraron signos de recuperación. La tesis planteada es que la falta de

²⁵ Interesa enfatizar la necesidad de una cláusula general a nivel de derecho material debido a que se puede confundir con el tipo infractor relativo a las conductas lesivas de la libertad sindical previsto en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (Decreto Supremo 020-2001-TR, 2001), el cual contiene un supuesto genérico. Este trabajo hace referencia a un mecanismo propio de la tutela judicial efectiva que, en consonancia con el Convenio 98 de la OIT, permita tanto a nivel operativo como a nivel de remedios jurídicos una garantía de protección a las organizaciones de trabajadores, representantes y afiliados.

protección efectiva contra los actos lesivos a la libertad sindical explica la patente vulnerabilidad de las organizaciones de trabajadores y su incapacidad de desarrollo.

La discusión y el análisis de la data disponible evidencian que la hiperdescentralización de las organizaciones de trabajadores tuvo como primer hito al Decreto Supremo 006-71-TR. Sin embargo, el diseño de este marco institucional otorgaba mayores ventajas a los sindicatos. Es así como en pocos años se registraron indicadores positivos como una tasa de cobertura de la negociación colectiva cercana al 20 %. Luego, será la reforma de la LRCT el instrumento empleado para desmontar e intervenir en el ejercicio de la libertad sindical. La consecuencia inmediata de ello fue una pérdida de poder por parte de las organizaciones de trabajadores y la intensificación de la hiperdescentralización.

Con el retorno de la democracia, las organizaciones de trabajadores tuvieron una oportunidad para recuperarse. No obstante, estos esfuerzos fueron poco satisfactorios. En particular, si bien la cobertura de la negociación colectiva fue uno de los indicadores que se recuperó, llegando a superar a la tasa de afiliación, a partir de 2006 empezó un descenso invariable. Al respecto, es importante señalar que, con base en el modelo de la LRCT, cuando la cobertura de la negociación colectiva supera a la densidad sindical, ello es un claro indicador de la existencia de sindicatos mayoritarios —dado que sus productos negociales alcanzan a todos, sean o no afiliados—. Desde esta perspectiva, el descenso registrado representa también la desaparición de este tipo de organizaciones.

¿Por qué este indicador empieza a descender repentinamente? Sin mayores cambios institucionales relacionados al ejercicio de la libertad sindical, resulta evidente que estas alteraciones tienen origen en prácticas generalizadas de los actores laborales. Esta investigación argumenta que la práctica empresarial de extender unilateralmente los beneficios de un convenio colectivo de sindicato minoritario tiene una vinculación importante, pues es la conducta idónea para generar tal consecuencia por el efecto que producen las conductas parasitarias (*free rider*) sobre la afiliación. Además, su convalidación por parte de la CSJR coincide temporalmente con el inicio de la tendencia registrada.

No obstante, esta investigación no puede ser concluyente respecto de su hipótesis debido a los límites de la información de la data oficial disponible. En ese sentido, es importante complementar el argumento planteado con otros estudios de carácter cualitativo que aborden el impacto de la extensión de los convenios colectivos hacia organizaciones de trabajadores. Solo a través de estos se podrá tener una noción más completa sobre los resultados de esta práctica en términos de afiliación sindical.

341

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

Finalmente, este trabajo permite abrir nuevas líneas de investigación, tanto para los estudios del trabajo como para el derecho laboral. Con relación al primero, por ejemplo, llama a investigar sobre las estrategias de las organizaciones de trabajadores frente a los actos lesivos a la libertad sindical. ¿Cómo responden las organizaciones y logran mantener la afiliación de sus miembros? Respecto del derecho, considerando los potenciales beneficios macro de la extensión de beneficios de un convenio colectivo (aumento generalizado de sueldos en un determinado ámbito), resulta importante cuestionar a través de qué fórmulas se puede lograr dichos resultados sin generar efectos perversos sobre la afiliación²⁶.

REFERENCIAS

- Blancas, C. (2011). *La cláusula de estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial PUCP.
- Carnes, M. (2014). *Continuity Despite Change: The Politics of Labor Regulation in Latin America* [monografía]. Stanford University Press. <https://doi.org/10.11126/stanford/9780804789431.001.0001>
- Cook, M. (2007). *Politics of labor reform in Latin America: between flexibility and rights*. Penn State University Press.
- Collier, R., & Collier, D. (2002). *Shaping the political arena. Critical junctures, the labor movement and regime dynamics in Latin America*. University of Notre Dame Press.
- Dirección General de Trabajo. (2012). *Informe que absuelve consulta sobre la aplicación de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados (Informe 39-2012)*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Drake, P. (1996). *Labor movements and dictatorships. The southern cone in comparative perspective*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Ermida, O. (1995). Intervención y autonomía en la negociación colectiva de la actividad privada. *Laborem*, (2), 127-138.
- French, J. (2000). The Latin American Labor Studies Boom. *International Review of Social History*, 45(2), 279-308. <https://doi.org/10.1017/S0020859000000146>
- García, J. (1987). *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Haworth, N. (1989). Political transition and the Peruvian labor movement, 1968-1985. En E. Epstein (ed.), *Labor autonomy and the state in Latin America* (pp. 195-218). Unwin Hyman.

²⁶ Con relación a este tema, una opción no explorada y compatible con nuestro diseño constitucional es el fomento de las coaliciones de organizaciones de trabajadores que concurren en un mismo ámbito. Si bien la legislación fija un único umbral aplicable tanto a una organización como a un grupo (mayoría absoluta), este podría ser disminuido para este tipo de supuestos, generando así un incentivo para su materialización.

Manky, O. (2011). El día después del tsunami. Notas para comprender a los sindicatos obreros peruanos en las últimas décadas del siglo XX. *Debates en Sociología*, (36), 107-134. <https://doi.org/10.18800/debatesensociologia.201101.005>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (1998). *Anuario Estadístico 1997*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (1999). *Anuario Estadístico 1998*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2000). *Anuario Estadístico 1999*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2001). *Anuario Estadístico 2000*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2002). *Anuario Estadístico 2001*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2003). *Anuario Estadístico 2002*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2004). *Anuario Estadístico 2003*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2005). *Anuario Estadístico 2004*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2006). *Anuario Estadístico 2005*. MTPE, OIT.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2007). *Anuario Estadístico 2006*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2008). *Anuario Estadístico 2007*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2009). *Anuario Estadístico 2008*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2010). *Anuario Estadístico 2009*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2011). *Anuario Estadístico 2010*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2012). *Anuario Estadístico 2011*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2013). *Anuario Estadístico 2012*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2014). *Anuario Estadístico 2013*.

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2015). *Anuario Estadístico 2014*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2016). *Anuario Estadístico 2015*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2017). *Anuario Estadístico 2016*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2018). *Anuario Estadístico 2017*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2019). *Anuario Estadístico 2018*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2020). *Anuario Estadístico 2019*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2021). *Anuario Estadístico 2020*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2022). *Anuario Estadístico 2021*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2023). *Anuario Estadístico 2022*.
- Neves, J. (1995). Autonomía colectiva e intervención estatal en materia de negociación colectiva. *Laborem*, (2), 35-58.
- Neves, J. (2010). La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios. *Ius Et Veritas*, 20(40), 128-139.
- Neves, J. (2016). *Derecho colectivo del trabajo. Un panorama general*. Palestra.
- Paredes, P. (2011). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta. *Derecho & Sociedad*, (37), 196-199.
- Parodi, J. (1986). "Ser obrero es algo relativo". *Obreros, clasismo y política*. IEP.
- Pasco, M. (1995). Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo. *Laborem*, (2), 161-171.
- Payne, J. (1965). *Labor and politics in Peru*. Yale University Press.
- Programa Laboral de Desarrollo (Plades). (2019). *Informe: situación de los derechos sindicales en el Perú. 2014-2018*.
- Programa Laboral de Desarrollo (Plades). (2022). *El ejercicio de los derechos sindicales en el Perú 2018-2022*.
- Sanguinetti, W. (1994). Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva ley de relaciones colectivas de trabajo (Decreto-Ley 22593). En *Quo Vadis Jus? Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ricardo La Hoz Tirado* (pp. 258-295). Fondo Editorial de la UNMSM.

Sulmont, D. (1979). El movimiento sindical frente a la crisis económica: Perú, 1976-1979. *Nueva Sociedad*, (43), 26-37.

Sulmont, D. (1985). *El movimiento obrero peruano (1890-1980). Reseña histórica* (5.ª ed.). Tarea Asociación de Publicaciones Educativas.

Torre, J. (1973). La tasa de sindicalización en la Argentina. *Desarrollo Económico*, 48(12), 903-913.

Tostes, M., & Villavicencio, A. (2012). Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 355-382. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.013>

Toyama, J., & Torres, A. (2017). Extensión de los Convenios Colectivos de Trabajo y Sindicatos Minoritarios. *Ius et veritas*, (55), 284-302. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.017>

Valdeolivias, Y. (1993). *Las conductas lesivas de la libertad sindical*. Consejo Económico y Social de España.

Valverde, C. (2023). *El remedio y la enfermedad: el arbitraje laboral como límite al ejercicio del derecho de huelga en la Ley de relaciones colectivas de trabajo* [tesis de licenciatura en Derecho, PUCP]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/26663>

Villavicencio, A. (1993). Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. En O. Ermida (coord.), *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo* (pp. 213-273). Fundación de Cultura Universitaria.

Villavicencio, A. (2008). Las huelgas en Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional. *Laborem*, (8), 118-132.

Villavicencio, A. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. OIT, Plades, PUCP.

Villavicencio, A. (2014). Constitución, configuración y registro de sindicatos en América Latina: El reino espurio de la ley. *Themis Revista de Derecho*, (65), 117-122.

Villavicencio, A. (2015). La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes. *Derecho PUCP*, (75), 333-353. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201502.015>

Villavicencio, A. (2016). Negociación Colectiva: Nuevos espacios y contenidos. En *VII Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 93-131). SPDTSS.

Villavicencio, A., Mendoza, L., & Guerra, L. (2012). Reforma laboral en el Perú: gran intensidad y ausencia de resultados. Entrevista al doctor Javier Neves. *Derecho PUCP*, (68), 301-307.

Zapata, F. (1986). *El conflicto sindical en América Latina*. El Colegio de México.

LA CRISIS DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y
LA DISCRETA
EXTINCIÓN
DEL SINDICATO
MAYORITARIO EN
EL PERÚ

THE CRISIS OF
COLLECTIVE
BARGAINING AND
THE DISCREET
EXTINCTION OF
THE MAJORITARIAN
UNION IN PERU

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Decreto Ley 18471, Ley que determina los causales de despedida de los trabajadores sometidos al régimen de actividad privada (Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas [Perú], 10 de noviembre de 1970). *El Peruano*, 11 de noviembre de 1970.

Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Poder Ejecutivo [Perú], 26 de junio de 1992). *El Peruano*, 2 de julio de 1992.

Decreto Supremo 006-71-TR, Convenciones y negociaciones colectivas para las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores (Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas [Perú], 29 de noviembre de 1971). *El Peruano*, 1 de diciembre de 1971.

Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo. (Poder Ejecutivo [Perú], 8 de noviembre de 1991). *El Peruano*, 12 de noviembre 1991.

Decreto Supremo 020-2001-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador (Poder Ejecutivo [Perú], 28 de junio de 2001). *El Peruano*, 29 de junio de 2001.

Decreto Supremo 014-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 011-92-TR (Poder Ejecutivo [Perú], 23 de julio de 2022). *El Peruano*, 24 de julio de 2022.

Ley 20940, Moderniza el sistema de relaciones laborales (Congreso de la República [Chile], 26 de agosto de 2016). *Diario Oficial de la República de Chile*, 8 de septiembre de 2016.

Ley 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario y de Incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador y Agroindustrial (Poder Legislativo [Perú], 30 de diciembre de 2021). *El Peruano*, 31 de diciembre 2021.

Recibido: 10/04/2024
Aprobado: 18/09/2024

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

347

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

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
Revoredo Marsano, Delia
Rubio Correa, Marcial Antonio
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
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordoñez, Jorge Elías
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de noviembre de 2024.

Ferro Delgado, Víctor
 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 Sánchez, John Iván
 Pazos Hayashida, Javier Mihail
 Peña Jumpa, Antonio Alfonso
 Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
 Priori Posada, Giovanni Francezco
 Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl
 Ruda Santolaria, Juan José
 Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
 Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
 San Martín Castro, César Eugenio
 Siles Vallejos, Abraham Santiago
 Sotelo Castañeda, Eduardo José
 Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
 Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
 Urteaga Crovetto, Patricia
 Villanueva Flores, María del Rocío
 Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
 Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Asociados

Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
 Ardito Vega, Wilfredo Jesús
 Ariano Deho, Eugenia Silvia María

Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Barletta Villarán, María Consuelo
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairo Roldán, José Omar
Campos Bernal, Heber Joel
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Cavani Brain, Renzo Ivo
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
Gamio Aita, Pedro Fernando
Hernández Gazzo, Juan Luis
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Vásquez, Jorge Luis
Luna-Victoria León, César Alfonso
Mantilla Falcón, Julissa
Matheus López, Carlos Alberto

Mendoza del Maestro, Gilberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
Morales Hervias, Rómulo Martín
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Revilla Vergara, Ana Teresa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Soria Luján, Daniel
Tabra Ochoa, Edison Paul
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Valencia Vargas, Areli Seraya
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Villagra Cayamana, Renée Antonieta
Villegas Vega, Paul Nicolás
Vinatea Recoba, Luis Manuel
Zambrano Chávez, Gustavo Arturo

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
Alfaro Valverde, Luis Genaro
Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
Apolín Meza, Dante Ludwig
Barboza Beraun, Eduardo
Benavides Torres, Eduardo Armando
Bermúdez Valdivia, Violeta
Blanco Vizarreta, Cristina María del Carmen
Campos García, Héctor Augusto
Candela Sánchez, César Lincoln
Castro Otero, José Ignacio

351

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Chanjan Documet, Rafael Hernando
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Angel Guillermo
Díaz Castillo, Ingrid Romina
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Fernández Salas, José Carlos
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
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Montoya Stahl, Alfonso
Morón Urbina, Juan Carlos
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Peña Alegría, Pablo Guillermo
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción

Reyes Milk, Michelle Elisa
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
Sasaki Otani, María Angela
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Sotomayor Trelles, José Enrique
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Villa García Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia
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.3.1. 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