e-ISSN: 2305-2546

# DERECHO PUCP

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

87

## DIÁLOGOS ENTRE EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL Y EL *COMMON LAW*

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

# DERECHO PUCP

FUNDADA EN 1944

87
2021

## DIÁLOGOS ENTRE EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL Y EL *COMMON LAW*

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
FUNDADA EN 1944

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

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

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

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

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, 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: Rosa Natalí Llique Ramírez

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

e-ISSN: 2305-2546
Primera edición: noviembre 2021

EDITORA GENERAL

Ingrid Díaz Castillo
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Marisol Anglés Hernández
Universidad Nacional Autónoma de México

Reynaldo Bustamante Alarcón
Universidad del Pacífico

Rémy Cabrillac
Universidad de Montpellier

Nadia de Araujo
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

Marina Gascón Abellán
Universidad Castilla-La Mancha

Michele Graziadei
Universidad de Turín

Claudia Carolina Mejías Alonzo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Roger Merino Acuña
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervias
Pontificia Universidad Católica del Perú

Claudio Nash Rojas
Universidad de Chile

Martha Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Cecilia O'Neill de la Fuente
Universidad del Pacífico

Alba Ruibal
Universidad Nacional de Córdoba

CONSULTORA TEMÁTICA

Elvira Méndez Chang

CONSEJO CONSULTIVO

Robert Post
Universidad de Yale

Jemima García-Godos
Universidad de Oslo

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Guido Calabresi
Universidad de Yale

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Peter Häberle
Universidad de Friburgo

Mônia Clarissa Hennig Leal
Universidad de Santa Cruz do Sul

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Luis Prieto Sanchís
Universidad Castilla-La Mancha

Umberto Romagnoli
Universidad de Bolonia

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

César San Martín Castro
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

# CONTENIDO

## DIÁLOGOS ENTRE EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL Y EL *COMMON LAW*


9 Sopesando consideraciones en conflicto: derecho civil y *common law* frente al problema del vínculo entre las partes en acciones de enriquecimiento injustificado
PABLO LETELIER CIBIÉ

35 Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: origen, fertilización y resistencias
CONSUELO MURILLO

65 Probabilidad lógica y prueba penal en Chile: ¿influencia de la cultura del *common law*?
JUAN SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ

105 El *civil law* frente al precedente judicial vinculante: diálogos con académicos de América Latina y Europa
LUIS IVÁN DÍAZ GARCÍA / JORDI DELGADO CASTRO


## MISCELÁNEA


141 El etiquetado frontal en los alimentos y la iconografía jurídica: un ejemplo para la comprensión del trasplante jurídico y del nuevo paradigma latinoamericano
ALFREDO FERRANTE

183 Instrumentos administrativos para el fomento de la innovación tecnológica en el sector financiero peruano
LUCÍA SUÁREZ BARCIA

231 Las acciones representativas de cesación y reparación: misión y visión del modelo comunitario europeo
ÁLVARO PÉREZ RAGONE

273 La dignidad en función del sujeto. Tres posibles sentidos para un control de convencionalidad
HELGA MARÍA LELL

309 La función de la Corte Penal Internacional y las teorías críticas del derecho internacional
MARIO URUEÑA-SÁNCHEZ / MÍRIAM DERMER-WODNICKY / CLARA HERNÁNDEZ-CORTÉS

345 Redes sociales, *funas*, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena
PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ / DOMINGO LOVERA PARMO

373 Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis
VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

405 La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
GIULIANA BUSSO

433 Garantismo y publicismo en el proceso civil: un enfoque analítico
RENZO CAVANI / ÁLVARO CASTILLO

## INTERDISCIPLINARIA

471 Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados
FRANCESCO CARRETTA / MANUELA GARCÍA-QUIROGA

499 La reflexión de la práctica de docencia como estrategia para la innovación en la formación jurídica
MARÍA FRANCISCA ELGUETA / ERIC EDUARDO PALMA

523 La responsabilidad social universitaria desde el derecho administrativo
PAUL VILLEGAS VEGA / ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

# DIÁLOGOS ENTRE EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL Y EL *COMMON LAW*

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.001
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 9-33
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Sopesando consideraciones en conflicto: derecho civil y *common law* frente al problema del vínculo entre las partes en acciones de enriquecimiento injustificado

## Weighting Competing Considerations: Civil and Common Law Approaches to the Problem of the Link between the Parties in Unjust Enrichment Claims

PABLO LETELIER CIBIÉ*
Universidad de Chile (Chile)

**Resumen**: Este trabajo pretende demostrar que la aproximación francesa a la acción general de enriquecimiento injustificado puede contribuir con la solución de los problemas evidenciados por el derecho inglés en casos de enriquecimiento indirecto. Con este objetivo, el trabajo introduce el problema del vínculo entre las partes en el derecho inglés y contrasta las aproximaciones del derecho alemán y francés como potenciales modelos para su análisis comparado. El artículo sugiere que aquellos casos en los que la acción general de enriquecimiento injustificado ha sido reconocida en derecho francés son particularmente útiles para poner de manifiesto un conjunto de consideraciones con base en las cuales es posible decidir casos de enriquecimiento indirecto sin descansar en requisitos abstractos de aplicación universal.

**Palabras clave**: Derecho comparado, enriquecimiento injustificado, acciones restitutorias, enriquecimiento indirecto, acción *de in rem verso*

***Abstract:*** This article seeks to demonstrate that considering the French approach to the general action in unjustified enrichment may help English law to deal with the difficulties raised by indirect enrichment cases. To do so, it introduces the problem of the link between the parties in English law and compares the German and French approaches to this problem. It is suggested that the cases where the general action in unjustified enrichment has been recognized by French case law are useful to identify a set of considerations that might allow deciding indirect enrichment cases without relying on abstract notions intended to be applied in every possible scenario.

***Key words:*** Comparative law, unjust enrichment, restitution, indirect enrichment, *actio de in rem verso*

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PROBLEMA DEL VÍNCULO ENTRE LAS PARTES EN EL DERECHO INGLÉS DE RESTITUCIONES POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO.- II.1. UNA ADICIÓN PARA LA DEMANDADA Y UNA DISMINU-

* Profesor asistente de Derecho Civil de la Universidad de Chile, Santiago (Chile). Abogado, magíster en Derecho por la Universidad de Columbia (Estados Unidos) y doctor en derecho por la Universidad de Edimburgo (Reino Unido).
Código ORCID: 0000-0003-4929-0814. Correo electrónico: pletelier@derecho.uchile.cl

CIÓN PARA LA DEMANDANTE.- II.2. DOS POSICIONES ENCONTRADAS.- II.3. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR CRITERIOS MÁS PRECISOS.- III. DISTINTAS APROXIMACIONES AL PROBLEMA DEL VÍNCULO ENTRE LAS PARTES EN LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL.- III.1. LAS NOCIONES DE «INMEDIATEZ» Y «PRESTACIÓN» EN EL DERECHO ALEMÁN.- III.2. LA ACCIÓN *DE IN REM VERSO* DEL DERECHO FRANCÉS.- III.3. LOS LÍMITES DE LA ACCIÓN *DE IN REM VERSO*.- IV. VENTAJAS DE LA APROXIMACIÓN FRANCESA.- V. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho del enriquecimiento injustificado (*unjust enrichment*) es una de las áreas más dinámicas del derecho privado en sistemas jurídicos de la tradición del *common law* y, en especial, en el derecho inglés (Virgo, 2015, p. 61). No es una exageración afirmar que no hay otra área del derecho privado inglés que haya sido objeto de un escrutinio académico más intenso en las últimas cuatro décadas (Burrows, 2020, p. 294). El interés despertado recientemente por problemas que tradicionalmente recibieron poca atención en esta tradición jurídica ha tenido como resultado una renovación radical de los conceptos adoptados por la doctrina y jurisprudencia inglesas para racionalizar las reglas y principios que gobiernan obligaciones originadas al margen de contratos e ilícitos (Smith, 2016, pp. 27-29). Esta renovación es, sin duda, una de las tendencias más evidentes del derecho inglés contemporáneo.

Una de las preguntas centrales enfrentadas por la doctrina y jurisprudencia inglesas en esta materia dice relación con la naturaleza del vínculo que debe existir entre parte demandante y parte demandada para hacer procedente una acción restitutoria por enriquecimiento injustificado. Aunque la importancia de identificar un enriquecimiento de la parte demandada a expensas de la demandante es ampliamente reconocida, por años el problema de dar un contenido específico a esta noción ha sido postergado en beneficio de otros problemas, como la caracterización del tipo de enriquecimiento o la identificación de los distintos factores de injusticia que bastarían para dar lugar a una acción restitutoria (Birks, 2005, p. 86; Mitchell *et al*., 2016, §§ 6-02). Como consecuencia de esta actitud, el derecho inglés no tiene hasta la fecha una posición bien definida sobre la posibilidad de ejercer acciones restitutorias por enriquecimientos obtenidos a través de intermediarios; es decir, en supuestos agrupados en el contexto del *common law* bajo la categoría de enriquecimiento indirecto[1]. Esta indefinición parece estar detrás de algunas de las críticas más serias que se han levantado en los últimos años en contra de la posibilidad de entender el derecho

1 Aunque la noción de enriquecimiento indirecto puede usarse para describir una serie bastante disímil de hipótesis restitutorias, en el derecho inglés esta etiqueta ha sido utilizada para referirse a una categoría de supuestos que presentarían problemas comunes y que, por lo mismo, tendría sentido estudiar en conjunto. Al respecto, ver Dannemann (2013).

del enriquecimiento injustificado como un área coherente del derecho inglés de obligaciones (Stevens, 2018, p. 574; Smith, 2019, p. 87).

Tal como ocurre con otros aspectos de esta área del derecho inglés, el problema del vínculo entre las partes en acciones por enriquecimiento injustificado ha probado ser un terreno especialmente fértil para considerar la influencia de la tradición del derecho civil en el *common law* (Visser, 2019, p. 962). Junto con denunciar las implicancias de la falta de una respuesta clara a este problema, la doctrina inglesa más reciente ha destacado la importancia de evaluar posibles soluciones desde una perspectiva comparada (Burrows, 2017, p. 167; Watterson, 2020, p. 271). Pero, como también es el caso en relación con otros aspectos del debate más amplio sobre el enriquecimiento injustificado como fuente de obligaciones, la aproximación francesa al vínculo entre las partes se ha mantenido, por lo general, al margen de este diálogo entre distintas jurisdicciones (Descheemaeker, 2017, p. 77). Esto es especialmente sorprendente, atendida la significativa influencia que la aproximación francesa ha tenido en numerosos ordenamientos jurídicos del mundo, incluyendo la enorme mayoría de los ordenamientos jurídicos de América Latina (Schrage & Nicholas, 1995, p. 21).

El propósito de este trabajo es demostrar que la aproximación francesa al problema del vínculo entre las partes en acciones de enriquecimiento injustificado puede ser esclarecedora para el derecho inglés. A diferencia del derecho alemán, que constituye el principal referente en los análisis comparados en esta materia, el derecho francés reconoce una acción que recibe aplicación principalmente en casos de enriquecimiento indirecto. Esta acción, conocida como acción *de in rem verso* o acción general de enriquecimiento injustificado (*enrichissement injustifié*), solo exige en relación con el vínculo entre las partes que la demandada se haya beneficiado de un enriquecimiento obtenido en detrimento de otro, requisito que normalmente se satisface mostrando una relación causal entre cualquier detrimento en el patrimonio de la demandante y cualquier aumento en el patrimonio de la demandada. Pese a lo anterior, y en contra de lo anticipado por quienes se oponen a la adopción de un estándar semejante en el derecho inglés, los casos en que la acción *de in rem verso* recibe aplicación en el derecho francés son sorprendentemente excepcionales. Esto es así debido a importantes limitaciones impuestas a su ejercicio, las que permiten dar solución a los casos de enriquecimiento indirecto en atención no a un requisito abstracto de aplicación universal, sino a una serie de consideraciones cuya importancia varía en distintos escenarios.

Pero, antes de entrar en materia, tres prevenciones son necesarias sobre el alcance y propósito de este trabajo. En primer lugar, este artículo se refiere a un área del derecho de obligaciones que, pese a su relativa falta

de desarrollo en nuestra tradición jurídica, pretende dar respuesta a un ámbito de problemas de una amplitud semejante a la del que es objeto de estudio del derecho de contratos o ilícitos. Al no estar concebido como una introducción, este trabajo necesariamente supone cierto conocimiento previo sobre las categorías y herramientas conceptuales empleadas por la doctrina para estructurar y dar sentido a un área tan amplia como la del enriquecimiento injustificado.

En segundo lugar, el propósito de este trabajo es bastante específico y consiste en plantear la conveniencia para el derecho inglés de promover un análisis más profundo de la aproximación francesa al problema de definir el vínculo entre las partes en supuestos de enriquecimiento indirecto. Aunque otras aproximaciones a este problema son mencionadas en el trabajo, estas menciones tienen por único objetivo ilustrar la falta de una solución concluyente en el derecho inglés, así como destacar las ventajas que podrían seguirse de una consideración más detallada de la aproximación francesa. Este trabajo no pretende ofrecer un análisis comparado de las distintas aproximaciones al problema del enriquecimiento indirecto y, por eso, omite deliberadamente considerar la posición de otros ordenamientos jurídicos que podrían ser relevantes para evaluar la posición adoptada en los ordenamientos jurídicos de América Latina, tales como el ordenamiento jurídico alemán o el español.

Finalmente, este artículo en ningún caso pretende plantear una solución al problema del vínculo entre las partes en supuestos de enriquecimiento indirecto en el derecho inglés. Este problema es uno de los más discutidos por la doctrina inglesa contemporánea en materia de enriquecimiento injustificado y un trabajo como el presente difícilmente podría zanjar esta discusión. El objetivo de este estudio, más bien, es poner de manifiesto cómo la experiencia de un ordenamiento jurídico de la tradición del derecho civil como el francés podría ser útil para avanzar hacia soluciones no consideradas actualmente por la doctrina de un ordenamiento jurídico del *common law* como el inglés.

Establecidas estas limitaciones, el resto de este trabajo se estructura del siguiente modo: la segunda sección introduce el problema del vínculo entre las partes en el derecho inglés de restituciones por enriquecimiento injustificado, explicando las dificultades más importantes que han sido identificadas por la doctrina y jurisprudencia recientes. La tercera sección, por su parte, contrapone la aproximación alemana y la francesa al problema del vínculo entre las partes en acciones por enriquecimiento injustificado, destacando los mecanismos adoptados por el derecho francés para controlar el ámbito de aplicación de la acción *de in rem verso*. La cuarta sección sugiere que un estudio profundizado de la aproximación francesa puede ser útil en la discusión sobre el vínculo

entre las partes en el derecho inglés. La quinta sección, por último, ofrece algunas conclusiones.



## II. EL PROBLEMA DEL VÍNCULO ENTRE LAS PARTES EN EL DERECHO INGLÉS DE RESTITUCIONES POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

### II.1. Una adición para la demandada y una disminución para la demandante

En el derecho inglés contemporáneo, el enriquecimiento injustificado es considerado una fuente de derechos y obligaciones junto a los contratos y los ilícitos (*Lipkin Gorman vs. Karpnale*, 1991). Los derechos a que da lugar el enriquecimiento injustificado son usualmente calificados como restitutorios, en el sentido de que tienen como contrapartida un deber consistente en el reintegro de un beneficio, el que típicamente corresponde a una suma de dinero representando el valor obtenido del titular del derecho (Burrows, 2011, pp. 14-15). Aunque el reconocimiento de estos derechos restitutorios no es una novedad en el ordenamiento jurídico inglés, su conceptualización como parte de un área coherente del derecho privado le debe mucho a Peter Birks (1989), quien durante las últimas décadas del siglo pasado propuso una serie de preguntas generales diseñadas para estructurar su análisis: ¿existe un enriquecimiento del demandado? Si es así, ¿sería posible sostener que este enriquecimiento habría sido obtenido por el demando «a expensas» del demandante? Si es así, ¿existe algún factor que permita concluir que el enriquecimiento es injusto y, por tanto, repudiado por el ordenamiento jurídico? Si es así, ¿existe alguna razón por la cual el enriquecimiento debería ser retenido de todos modos por el demandado? (p. 7).

Según Birks (2005), las situaciones en que el enriquecimiento injustificado serviría como fundamento de un derecho restitutorio podrían generalizarse como situaciones en las que, por distintas razones, existiría una transferencia de valor desde el patrimonio de la parte demandante al patrimonio de la parte demandada. En estas situaciones, el vínculo entre las partes envolvería una adición para la demandada y una disminución para la demandante (pp. 74-75). Así, Birks identificó dos principales problemas a los que podría dar lugar la identificación de este vínculo.

El primer problema se refiere a la identificación de las partes relevantes en hipótesis de sustracciones de valor por interceptación (*interceptive subtraction*). En estas hipótesis, la transferencia de valor que fundamenta la acción se produce al recibir la parte demandada un beneficio que, de no haber mediado su acción, inevitablemente habría sido recibido por la

demandante. El ejemplo más importante se encuentra en una antigua línea de casos en los que la jurisprudencia inglesa habría reconocido una acción restitutoria en contra de quien desempeña sin autorización el trabajo de la demandante, obteniendo pagos que normalmente habrían sido percibidos por esta (Birks, 1989, pp. 133-134).

El segundo problema se refiere a la necesidad de separar las acciones restitutorias basadas en el enriquecimiento injustificado de las acciones restitutorias basadas en la comisión de ilícitos (*restitution for wrongs*). La primera clase de acciones recibiría aplicación en la hipótesis en que la parte demandada se enriquece como consecuencia de una transferencia de valor desde la parte demandante, como usualmente ocurre cuando la demandante paga a la demandada una suma con el propósito de extinguir una obligación inexistente. La segunda clase de acciones recibiría aplicación en la hipótesis en que la parte demandada se enriquece como consecuencia de un ilícito cometido en contra de la parte demandante, como podría ocurrir cuando la demandada recibe un pago a cambio de ocasionar un daño a la demandante (Birks, 1989, pp. 23-24).

Más allá de estos problemas puntuales, sin embargo, Birks (2002) concluyó que lo relevante para identificar el vínculo entre las partes en acciones restitutorias por enriquecimiento injustificado era la existencia de una transferencia de valor entre demandante y demandada (p. 496). En la mayoría de los casos, esta transferencia tendría lugar directamente entre las partes, pero nada obstaría a que ella también se manifestara en la forma de un beneficio obtenido de un tercero intermediario. Tal sería el caso, por ejemplo, de la demandante que paga al tercero acreedor de la demandada, extinguiendo de este modo una obligación previa entre tercero acreedor y demandada. En estas hipótesis excepcionales, el derecho inglés debería estar abierto a la posibilidad de reconocer la procedencia de acciones por enriquecimiento indirecto, siempre y cuando no se infrinjan con ello otras consideraciones como la necesidad de respetar la distribución de riesgos asumida por las partes de un contrato, o la importancia de proteger el sistema de prelación de créditos en caso de insolvencia de la parte demandada (2002, p. 518; 2005, p. 90).

### II.2. Dos posiciones encontradas

Las ideas de Birks influirían decisivamente en la posición adoptada en ordenamientos jurídicos de la tradición del *common law* (Edelman & Bant, 2016, p. 89). Sin embargo, un influyente sector de la doctrina censuraría su inclinación a aceptar la posibilidad de reconocer estas acciones en hipótesis de enriquecimiento indirecto como conducente a una expansión ilimitada de su ámbito de aplicación. Si el único requisito

en relación con el vínculo entre las partes fuera la existencia de algún beneficio para la demandada y algún detrimento para la demandante, una acción por enriquecimiento injustificado podría en principio intentarse en las hipótesis más extravagantes. Piénsese, por ejemplo, en la situación del dueño de un departamento que se beneficia al ver reducidos sus gastos de calefacción como consecuencia del detrimento patrimonial incurrido por su vecino del piso de abajo para calefaccionar su propio departamento. Para excluir este tipo de hipótesis, una parte de la doctrina ha propuesto la adopción de una regla estricta bajo la cual solo la parte que directamente confiere un beneficio a la demandada podría intentar una acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en su contra (Burrows, 2011, p. 70; Virgo, 2015, p. 105).

Una regla semejante ciertamente tiene la ventaja de evitar los problemas que podrían seguirse de una excesiva expansión del ámbito de aplicación de las acciones de enriquecimiento injustificado. Esta ventaja, sin embargo, tiene un precio. Una regla estricta excluyendo el ejercicio de acciones restitutorias en casos de enriquecimiento indirecto podría perjudicar indebidamente a la parte demandante en aquellos casos en que el tercero que recibe directamente el beneficio cae en insolvencia, desaparece o se encuentra fuera de su alcance por cualquier otra razón (Watterson, 2011, p. 437). Por otra parte, esta regla estricta es inadecuada para reflejar la posición adoptada por los tribunales ingleses en muchos casos en que acciones restitutorias por enriquecimiento injustificado han sido reconocidas pese a no existir una transferencia directa entre demandante y demandada, típicamente en hipótesis de pagos por mandatarios o a mandatarios, o pagos de deudas de terceros. La mejor prueba de lo anterior es que incluso quienes abogan por una regla como la descrita admiten la necesidad de reconocer una larga lista de excepciones (Burrows, 2012, pp. 49-52).

Para evitar estos inconvenientes, otra parte de la doctrina ha propuesto la adopción de un estándar más flexible que centre el análisis en la relación de causalidad existente entre una disminución ocurrida en el patrimonio de la parte demandante y un aumento evidenciado por el patrimonio de la parte demandada. Sin perjuicio de los demás requisitos que limitan la procedencia de las acciones por enriquecimiento injustificado, bajo este estándar flexible el vínculo entre las partes quedaría configurado cada vez que se prueba que el beneficio obtenido por la parte demandada no hubiese tenido lugar de no ser por la disminución patrimonial experimentada por la demandante (Mitchell, 2008, pp. 142-144; Watterson, 2011, p. 448). Por ejemplo, si producto de un error X transfiere una suma de dinero a Y, quien —sintiéndose especialmente generoso— decide transferir como regalo la misma suma a Z, en principio X podría intentar una acción de enriquecimiento injustificado en contra de Z, siempre y cuando fuera capaz acreditar

que dicho beneficio no hubiese tenido lugar de no haber sido por la transferencia erróneamente efectuada de X a Y. Una posición semejante ha sido adoptada por la jurisprudencia para acoger acciones restitutorias en casos de enriquecimiento indirecto (*Relfo vs. Varsani*, 2014; *Menelaou vs. Bank of Cyprus*, 2015).

Desafortunadamente, durante la última década este estándar flexible ha demostrado ser insuficiente para señalar límites razonables al ámbito de aplicación de acciones restitutorias por enriquecimiento injustificado. Un ejemplo célebre es la decisión de un caso en el que la parte demandante intentó una acción por enriquecimiento injustificado para recuperar los costos incurridos en un procedimiento judicial anterior conducido en contra de un tercero distinto de la demandada. La sentencia que puso fin a este procedimiento anterior concluyó que el tercero era deudor de la demandada y no de la parte que había conducido la litigación en su contra. Para sustentar su acción por enriquecimiento injustificado esta parte argumentó que de no haber sido por los costos judiciales incurridos en la litigación contra el tercero, la demandada no habría podido valerse de la sentencia como título para obtener el cumplimiento de su crédito o, al menos, no sin incurrir en significativos costos de litigación.

En base a un análisis causal entre los costos incurridos por la demandante y el beneficio obtenido por la demandada, el tribunal concluyó que el enriquecimiento de la demandada podría en principio considerarse como obtenido a expensas de la demandante (*TFL vs. Lloyds*, 2013). Pero, aunque este análisis es consistente con el estándar flexible adoptado en otras decisiones, su resultado ha sido ampliamente criticado por ser inconsistente con la posición adoptada por los tribunales ingleses en otras decisiones, en las que se ha resuelto que no procede una acción restitutoria para recuperar enriquecimientos incidentales ocurridos con ocasión de una conducta de la demandante ejecutada en su propio interés (Wilmot-Smith, 2015, p. 534; Watts, 2016, p. 324). En línea con estas críticas, la jurisprudencia reciente ha descartado que un análisis causal sea suficiente para establecer el vínculo entre las partes de una acción por enriquecimiento injustificado (*Prudential vs. HMRC*, 2018).

### II.3. La necesidad de identificar criterios más precisos

La tensión entre las dos aproximaciones anotadas fue abordada recientemente por la Corte Suprema del Reino Unido en una sentencia que contiene el análisis más detallado hasta la fecha del problema del vínculo entre las partes en acciones restitutorias por enriquecimiento injustificado en el derecho inglés (*Investment Trust Companies vs. HMRC*, 2017). En este caso, la demandante pagó por años impuesto al valor agregado (o VAT, por sus siglas en inglés) sobre el precio de ciertos

servicios prestados por compañías de servicios financieros, las que a su vez pagaron el impuesto aplicable al organismo público responsable de la administración de impuestos (HMRC, por sus siglas en inglés). Eventualmente, la demandante descubrió que los servicios referidos estaban exentos de VAT y que, en consecuencia, dichos impuestos habían sido pagados por error. Fundándose en este error, la demandante intentó una acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en contra no de las compañías de servicios financieros, que fueron quienes recibieron directamente los pagos, sino en contra de HMRC, que habría sido la parte en definitiva beneficiada como consecuencia de los pagos indebidos.

Este caso demuestra la extraordinaria importancia práctica del problema sobre el vínculo entre las partes en acciones restitutorias por enriquecimiento injustificado. Si asumimos que este vínculo solo existe si se satisface una regla estricta que rechaza enriquecimientos indirectos, es indudable que la acción intentada por la demandante no podría prosperar, pues en este caso el beneficio obtenido por HMRC fue resultado de un pago obtenido no de la demandante, sino de las compañías de servicios financieros. Por el contrario, si se asume un estándar más amplio que permita establecer el vínculo mediante un análisis causal, la acción de la demandante sería en principio plausible, porque efectivamente HMRC no habría obtenido el beneficio demandado de no haber sido por el pago de la demandante a las compañías financieras. Como se observa, de la respuesta a la pregunta por el vínculo entre las partes dependía en este caso el destino de enormes sumas del erario inglés.

La Corte Suprema aceptó que los hechos descritos revelaban una adición en el patrimonio de la demandada y una disminución en el patrimonio de la demandante; sin embargo, concluyó que lo anterior no era suficiente para satisfacer el tipo de vínculo requerido entre demandante y demandada en acciones por enriquecimiento injustificado. Para llegar a esta conclusión, la Corte describió una serie de escenarios en los que decisiones previas habían admitido la existencia de este vínculo, destacando las razones que justificaban tratar estos distintos escenarios como reflejo de una transferencia de valor entre demandante y demandada. En opinión de la Corte, estas razones permitían concluir que, aunque pudiese acreditarse una transferencia de valor entre la demandante y las compañías de servicios financieros, y una transferencia de valor subsecuente entre las compañías de servicios financieros y HMRC, la existencia de ambas transferencias no bastaría para demostrar la de una transferencia entre la demandante y HMRC.

En contraste con intentos judiciales anteriores por aclarar la naturaleza del vínculo entre las partes exigido por el derecho inglés, el análisis de la Corte Suprema en este caso evitó descansar exclusivamente en

formulaciones abstractas, recurriendo en cambio a escenarios concretos y a las razones que en ellos habrían fundado la procedencia de acciones por enriquecimiento injustificado. Pero, tal como la sentencia se encarga de aclarar, el listado de escenarios identificados es incompleto y requiere ser complementado. Atendiendo a la relativa indiferencia evidenciada hasta hace poco por la doctrina y jurisprudencia inglesas en relación con el problema del vínculo entre las partes, hay quienes han sugerido recurrir a la experiencia de los sistemas jurídicos de la tradición del derecho civil en busca de criterios que faciliten complementar este listado (Burrows, 2017, p. 170). No obstante, como explica la siguiente sección, las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos de esta tradición implican que esta tarea es bastante más compleja de lo que podría pensarse.

## III. DISTINTAS APROXIMACIONES AL PROBLEMA DEL VÍNCULO ENTRE LAS PARTES EN LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL

### III.1. Las nociones de «inmediatez» y «prestación» en el derecho alemán

El sistema jurídico alemán es usualmente descrito como aquel que ofrece las soluciones más sofisticadas a los problemas que surgen en relación con el reconocimiento de obligaciones fuera de contratos e ilícitos (Dawson, 1951, pp. 91-92; Nicholas, 1961, p. 610). No es sorprendente que el análisis comparado de las reglas y principios que gobiernan el reconocimiento de estas acciones en el derecho inglés haya adoptado como principal referente al derecho alemán (Häcker, 2020, p. 291), pero incluso en este contexto el problema del vínculo entre las partes ha dado lugar a serias complicaciones. Las reglas adoptadas por la doctrina alemana para identificar el vínculo entre las partes en hipótesis que involucran más de dos patrimonios han sido caracterizadas como un «campo minado» (Meier, 1999, p. 567) o una «selva impenetrable de disputas e incertidumbre» (Zimmermann & Du Plessis, 1994, p. 31). Para entender estas dificultades, conviene revisar brevemente la evolución de ciertas ideas más generales.

En los años que siguieron a la entrada en vigor del Código Civil alemán (o BGB, por sus siglas en alemán), las disposiciones sobre enriquecimiento injustificado fueron interpretadas como reconociendo una acción general que siempre tenía como requisito la existencia de un enriquecimiento «a expensas de otro» (*auf dessen Kosten*). Aunque probablemente esta expresión fue adoptada para indicar que las acciones de enriquecimiento injustificado no requerían que la parte demandada recibiera un bien que con anterioridad hubiese sido parte del patrimonio

del demandante, la doctrina en general asumió que la conexión entre demandante y demandada debía definirse en términos de la «inmediatez» (*Unmittelbarkeit*) o ausencia de intermediarios entre las partes vinculadas por una transferencia de valor (Meier, 2019, pp. 455-456). Esta forma de entender el vínculo entre las partes descartaba la procedencia de la acción en la hipótesis en que, por ejemplo, la parte demandante pagaba una suma de dinero a un tercero bajo un contrato nulo y este tercero transfería el dinero a la demandada, o lo usaba para construir una casa en un terreno de su propiedad (Dawson, 1969, pp. 792-793).

Fuera de las hipótesis más simples, sin embargo, la noción de inmediatez con frecuencia resultaba insuficiente para indicar con precisión las partes vinculadas mediante el tipo de relación que hacía procedentes las acciones de enriquecimiento injustificado. Por ejemplo, en aquellas hipótesis en que la demandante pagaba por error la deuda de otro, la noción de inmediatez podía ser invocada tanto para describir el vínculo existente entre la demandante y el acreedor que obtenía un beneficio en la forma del pago de su crédito como aquel existente entre la demandante y el deudor que se beneficiaba al ver extinguida su deuda. En este y otros casos semejantes, la idea de transferencia directa servía igualmente para describir varios potenciales demandados en una acción por enriquecimiento injustificado (Zimmermann & Du Plessis, 1994, pp. 31-32).

Estas dificultades eventualmente propiciaron el abandono de una restricción de inmediatez y la adopción de la teoría de la separación, que actualmente orienta la solución de casos que involucran a más de dos partes (Dawson, 1969, pp. 795-796). En conformidad con esta teoría, todas las hipótesis que dan lugar a las acciones por enriquecimiento injustificado pueden clasificarse con acuerdo a si el beneficio obtenido por la parte demandada es o no consecuencia de una prestación (*Leistung*) efectuada por la parte demandante a la parte demandada, como típicamente ocurre en el caso de un pago por error. En estos casos, el vínculo entre las partes queda establecido automáticamente una vez que determinamos quién efectúa la prestación y a quién esta efectuada (p. 798). A partir de esta distinción, los mayores problemas enfrentados por el derecho alemán al definir el vínculo entre las partes se refieren a las llamadas «relaciones triangulares», en las que la prestación se efectúa por la demandante a la demandada a través de un tercero, o en las que el cumplimiento de la prestación consiste precisamente en que la demandante transfiera un beneficio a un tercero y no a la demandada (Basozabal, 2018, p. 34).

Fuera de los casos en que existe una prestación entre las partes, la pregunta relevante normalmente apuntará a identificar al titular de los derechos vulnerados por el enriquecimiento de la demandada. Por ejemplo, en

las hipótesis de enriquecimiento por intromisión (*Eingriffskondiktion*), en donde la demandada se beneficia del uso, consumo o venta de la propiedad de otro, la identificación de la demandante requerirá determinar la titularidad del derecho de propiedad infringido, con independencia de si la demandada recibió la propiedad de su titular o de un tercero. Algo semejante ocurre con los casos de enriquecimiento por impensas (por ejemplo, en la hipótesis de pago de deuda ajena o de mejoras realizadas en el patrimonio de otro), en los que el beneficio obtenido por la parte demandada típicamente ocurre sin que exista un trato directo entre las partes (por ejemplo, la demandada se enriquece porque la demandante paga su deuda a un tercero, o la demandada se enriquece porque la demandante decide reparar un cerco instalado en la propiedad de la demandante). En estos casos, sin embargo, la pregunta que examina este trabajo no cumple un rol demasiado importante desde que resulta indudable que el derecho alemán admite una acción por enriquecimiento injustificado entre partes que no han participado en una transferencia patrimonial directa (Meier, 2019, p. 460)[2].

La principal virtud de la teoría de la separación es que vuelve innecesario preguntarse por la inmediatez de la transferencia de valor ocurrida entre demandante y demandada. Con el objetivo de aprovechar esta ventaja, una solución similar ha sido recientemente propuesta para resolver los problemas sobre el vínculo entre las partes en acciones por enriquecimiento injustificado en el *common law*. Por ejemplo, Andrew Burrows (2017) —actualmente, lord Burrows de la Corte Suprema del Reino Unido— ha sugerido clasificar los casos en que una acción por enriquecimiento injustificado sería en principio procedente en dos grandes grupos: aquellos en que el enriquecimiento es «conferido» por la parte demandante a la demandada, y aquellos en que es «sustraído» por la demandada de la demandante (p. 171). Entre otras ventajas, esta distinción permitiría poner de manifiesto la improcedencia de una acción de enriquecimiento injustificado en los casos en que no hay intención de la demandante de conferir un beneficio a la demandada, ni derechos de la demandante infringidos por la demandada al obtener el beneficio en disputa. En línea con lo resuelto por la jurisprudencia inglesa más reciente, la existencia de un vínculo causal entre el enriquecimiento de la demandada y el empobrecimiento de la demandante sería insuficiente para establecer el vínculo requerido para dar lugar a la restitución (Burrows, 2017, p. 172; Watterson, 2020, pp. 271-275).

Desafortunadamente, esta solución no está libre de complicaciones. En un trabajo reciente, Nils (2016) ha sugerido que la noción de prestación adoptada por el derecho alemán es incapaz de conducir a

2 La posición contemporánea del derecho alemán es reflejada por un proyecto de ley elaborado por Detlef König en 1981. Se puede encontrar una revisión de este proyecto y sus méritos en Basozabal (2018, pp. 21-36).

resultados predecibles en algunas relaciones triangulares de mucha ocurrencia en la práctica (p. 123). En particular, Jansen (2016) se refiere al conocido ejemplo en el que X, cliente de un banco, paga con un cheque a Y, su acreedor, dando luego una orden de no pago a Z, el banco. Bajo la teoría alemana de la separación, en esta situación el pago de Z a Y involucraría dos prestaciones encaminadas a extinguir dos obligaciones distintas: una de X a Y, y otra de Z a X. De existir algún defecto que permitiera objetar la base jurídica en la que se funda Y o X para recibir la prestación respectiva, en principio sería posible para X ejercer una acción de enriquecimiento injustificado en contra de Y, y para Z ejercer una acción de enriquecimiento injustificado en contra de X.

Sin embargo, es difícil defender este análisis cuando Z paga a Y existiendo una orden de no pago de X. En esta hipótesis no existiría una prestación de X a Y ya que, mediante la orden de no pago, X habría manifestado su intención de evitar que se materialice esta prestación. Tampoco existiría una prestación de Z a X puesto que, al incumplir la orden de no pago, Z estaría actuando fuera de lo acordado con X. De existir una acción disponible en estos casos, esta debería ser ejercida por Z contra Y, únicas partes entre las cuales podría existir alguna forma de prestación. Pese a lo anterior, y este es el punto principal levantado por Jansen, generalmente es reconocido que esta acción debe encontrar un límite en la protección de Y, quien solo podría ser demandado si es posible probar que supo de la orden de no pago y, en consecuencia, recibió el pago de mala fe. En opinión de Jansen (2016), la complejidad y las complicaciones que se siguen de este análisis demostrarían que la respuesta a la pregunta sobre el vínculo entre las partes no depende solo de quién efectúa una prestación hacia quién, sino también de otras consideraciones que nada tienen que ver con la existencia de transferencias de valor entre las partes (pp. 139-140).

Indudablemente, estas complicaciones en ningún caso implican que la experiencia alemana sea inútil para evaluar las soluciones adoptadas por el derecho inglés. Muy por el contrario, el derecho alemán ha sido el principal referente para el análisis comparado del derecho inglés en esta materia, y dado su notable desarrollo en relación con otros ordenamientos jurídicos de la tradición del derecho civil continental, es probable que siga siéndolo. Pese a lo anterior, las complicaciones referidas sí sugieren que la aproximación del derecho alemán no es la «única» que el *common law* debería considerar al evaluar específicamente el problema del vínculo entre las partes[3]. Como se explica a continuación, el derecho

3 Como explica Visser (2002), «no hay duda de que las soluciones que el derecho alemán contempla para este tipo de problemas han sido, y continúan siendo, refinadas a un punto que ningún otro ordenamiento jurídico ha alcanzado siquiera remotamente. La decepción es solo que después de tantos esfuerzos estas soluciones no sean capaces de entregar todas las respuestas, siendo al

francés ofrece una alternativa infrecuentemente incluida en los análisis comparados del problema.

### III.2. La acción *de in rem verso* del derecho francés

Aunque la aproximación del derecho alemán al enriquecimiento injustificado es usualmente descrita como la más sofisticada, es difícilmente discutible que la aproximación del derecho francés ha probado ser tanto o más influyente (Schrage & Nicholas, 1995, p. 21). El modelo del Código Civil francés de 1804, y con él las ideas y conceptos sobre las que descansa la aproximación francesa a las restituciones por enriquecimiento injustificado, ha sido adoptado por una parte significativa de los ordenamientos jurídicos del mundo, incluyendo varios países europeos, la provincia de Quebec, el estado de Louisiana y la enorme mayoría de los países de América Latina (Dawson, 1951, p. 107). Aunque esta aproximación comparte algunas características con la alemana, especialmente cuando se considera en contraste con las aproximaciones de ordenamientos jurídicos del *common law*, existen diferencias importantes que separan el modelo francés del modelo alemán. Estas diferencias se manifiestan con especial claridad en relación con el vínculo entre demandante y demandada sobre el que descansa la acción *de in rem verso*, o acción general de enriquecimiento injustificado[4].

Tal como en el derecho alemán, varias de las ideas que inspiran las acciones que en derecho francés encuentran un fundamento en la prohibición del enriquecimiento injustificado evolucionaron de las *condictiones* romanas (Zimmermann, 1995, p. 409). A diferencia del BGB, sin embargo, el Código Civil francés de 1804 no integró estas ideas en una acción general de enriquecimiento injustificado (Filios, 1999, p. 47). La principal acción originalmente contemplada con un propósito similar fue una versión de la *condictio indebiti* romana, reconocida en Francia a propósito del cuasicontrato de pago de lo no debido (*paiement de l'indu*) (Schrage & Nicholas, 1995, p. 22; Dickson, 1995, p. 112; Zimmermann, 1996, p. 838).

En el derecho romano, el ejercicio de la *condictio indebiti* reconocía al menos dos importantes limitaciones: no recibía aplicación en el caso de pagos indebidos efectuados en la forma de servicios y solo podía ser

mismo tiempo tan complejas que probablemente ningún otro ordenamiento jurídico se animará a duplicarlas» (pp. 527-528). La traducción libre del inglés es del autor.

4 La aproximación francesa también es significativamente diferente a la aproximación adoptada por la doctrina contemporánea en España, que sobre la base de disposiciones codificadas similares a las del Código Civil francés de 1804 ha transitado hacia una comprensión del derecho del enriquecimiento injustificado muy influida por el derecho alemán. También es distinta a aquella reflejada en instrumentos de derecho privado común europeo, como el Draft Common Frame of Reference, cuyo libro VII integra elementos de la aproximación alemana y el *common law*. Se puede encontrar un análisis crítico en Basozabal (2018).

invocada para repetir beneficios conferidos por la parte demandante a la demandada; es decir, en hipótesis que en el contexto del derecho inglés contemporáneo podrían describirse como de enriquecimiento directo (Whitty, 2002, p. 682). Las mismas restricciones fueron heredadas por el cuasicontrato de pago de lo no debido consagrado en el Código Civil francés de 1804, que excluía la repetición del valor de servicios y de prestaciones recibidas por el demandado de un tercero (Dawson, 1951, p. 98). Eventualmente, la jurisprudencia francesa adaptó otras acciones reconocidas expresamente por dicho Código, y en particular la acción de agencia oficiosa anormal (*gestión d'affaires anormal*), para dar solución a hipótesis de enriquecimiento indirecto en las que negar al demandante una acción parecía contrario a la equidad (Gutteridge & David, 1935, pp. 207-208; Nicholas, 1962, pp. 618-621). Pero la artificialidad de esta estrategia pronto condujo a la Corte de Casación francesa a centrar su atención en una vieja acción no reconocida expresamente en el Código Civil francés: la acción *de in rem verso* (Zweigert & Kötz, 1998, p. 545).

Esta acción no es en ningún caso un invento de la jurisprudencia francesa (Honoré, 1960, pp. 237-243), pero la Corte de Casación efectivamente innovó en la extensión casi ilimitada que inicialmente la reconoció. En el famoso caso *Boudier vs. Patureau-Mirand* (1892), la Corte exigió al demandante un solo requisito para obtener la restitución de un beneficio conferido indirectamente al demandando: alegar y ofrecer prueba que permitiera concluir que la parte demandada habría obtenido una ventaja como resultado de algún sacrificio o acto de su parte. Bajo esta formulación tan amplia, cualquier beneficio que pudiera ser vinculado de algún modo a una disminución patrimonial de la demandante podría ser objeto de la acción, con independencia de lo vaga que resultara la conexión entre el enriquecimiento y empobrecimiento de las partes. Por este motivo, la innovación de la Corte sería criticada y, en definitiva, rechazada por la doctrina y la jurisprudencia francesa y extranjera (Flour *et al.*, 2011, pp. 41-42; Dawson, 1951, p. 100).

Entre los principales detractores de esta acción se cuentan los redactores del BGB, quienes se opusieron firmemente al reconocimiento en el derecho alemán de una acción tan amplia como la acción francesa *de in rem verso*. En su opinión, permitir una acción semejante en contra de los beneficiarios indirectos de transacciones entre la parte demandante y terceros conducía a una expansión inaceptable del ámbito de aplicación de las acciones de enriquecimiento injustificado (Zimmermann & Du Plessis, 1994, p. 18). La noción de inmediatez adoptada inicialmente por la doctrina alemana para describir el vínculo entre las partes en estas acciones fue probablemente motivada por el amplio rechazo producido por la doctrina defendida por la Corte de Casación francesa en casos como *Boudier* (1892; Zweigert & Kötz, 1998, pp. 542-543). Este escepticismo también alcanzó a la doctrina y jurisprudencia francesas,

que no tardaron en admitir que, sin importantes calificaciones, esta doctrina resultaba inaceptable (Bénabent, 2018, p. 377). Pero en lugar de enfocarse en nociones abstractas como la de inmediatez, favorecidas por el derecho alemán, el derecho francés siguió un camino muy distinto para restringir el ámbito de aplicación de la acción *de in rem verso*.

### III.3. Los límites de la acción *de in rem verso*

A diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, en el derecho francés no existe en principio inconveniente con ejercer la acción general de enriquecimiento injustificado en contra de quien recibe un beneficio no de la demandante, sino de un tercero (Terré *et al.*, 2018, p. 1366). Por ejemplo, en circunstancias en las que un hermano y una hermana viven juntos, y la hermana incurre en una deuda para adquirir bienes que son utilizados para aprovisionar el hogar común, la jurisprudencia francesa ha concluido que el ejercicio de la acción *de in rem verso* permitiría a la parte acreedora dirigirse contra el hermano, pese a no ser más que un beneficiario indirecto de la deuda contraída por la hermana. Asimismo, en el caso de un contratista que presta servicios de reparación en beneficio de un bien, si la compañía mandante cae en insolvencia antes de pagar el precio de las obras, el contratista podría valerse de la acción *de in rem verso* para demandar a los dueños del bien por el precio de las obras impagas, pese a que la ejecución de las obras constituye el cumplimiento de una obligación originada en un contrato celebrado con un tercero (Romani, 2018, § 105).

Esta característica de la acción *de in rem verso* es usualmente descrita por los comparatistas como una excentricidad del derecho francés (Gallo, 1992, pp. 455-456; Dickson, 1995, p. 114; Zweigert & Kötz, 1998, pp. 542-543), pero los estudios comparados por lo general omiten notar que esta aproximación flexible no necesariamente implica que la acción *de in rem verso* tenga un ámbito de aplicación particularmente amplio. Por el contrario, luego de las significativas limitaciones adoptadas por la doctrina y jurisprudencia desde la sentencia de la Corte de Casación en el caso *Boudier* (1892), las hipótesis en que esta acción recibe aplicación en el derecho francés son sorprendentemente excepcionales (Malaurie *et al.*, 2018, pp. 614-615). Producto de lo anterior es que, pese a la ausencia de una restricción sobre la clase de vínculo que la haría procedente, la acción *de in rem verso* no ha experimentado en Francia la expansión incontrolable anticipada por sus detractores.

Ante todo, es necesario considerar que la acción *de in rem verso* no es procedente si el enriquecimiento de la parte demandada es resultado del cumplimiento de un contrato u otro acto jurídico válido, requisito conocido tradicionalmente en Francia como la ausencia de causa legítima del enriquecimiento (Chénedé, 2016, p. 230; Descheemaeker, 2017,

p. 90)[5]. Por ejemplo, la jurisprudencia ha resuelto que, cuando la parte demandada se beneficia de mejoras efectuadas por la parte demandante sobre un inmueble arrendado por la demandada a un tercero, la acción *de in rem verso* necesariamente fracasará si en el contrato de arrendamiento se acuerda que cualquier mejora en el inmueble cede en beneficio de la arrendadora demandada. Aunque en esta hipótesis podría existir un enriquecimiento indirecto de la parte demandada a expensas de la demandante, este enriquecimiento encontraría una justificación o causa legítima en el contrato de arrendamiento celebrado con el tercero y, como tal, no sería recuperable mediante la acción *de in rem verso* (Romani, 2018, § 137).

Por otra parte, es preciso tener presente que la acción *de in rem verso* debe ser ejercida en forma subsidiaria a otras vías de acción ofrecidas por el ordenamiento jurídico a la parte demandante para la persecución de sus intereses[6]. Esta noción de subsidiariedad es sumamente problemática y su alcance ha dado lugar a controversias importantes tanto en el derecho francés (Descheemaeker, 2017, pp. 91-93) como en otras jurisdicciones influenciadas por este (Smith, 2002, pp. 596-609). En el contexto específico del ejercicio de la acción *de in rem verso* en casos de enriquecimiento indirecto, sin embargo, parece indiscutible que la regla de subsidiariedad impediría el ejercicio de la acción a menos que se acredite que el tercero a través del cual el beneficio es conferido es insolvente (Remy, 2013, p. 45; Chénedé, 2016, p. 232). Por lo anterior, incluso en la hipótesis de que no exista contrato u otro acto jurídico válido que sirva de justificación al beneficio obtenido por la parte demandada, la demandante solo podrá dirigirse contra el tercero a quien confirió el beneficio directamente, a menos de que sea capaz de probar su insolvencia.

Finalmente, el derecho francés reconoce al menos dos defensas que la parte demandante podría poner a la acción *de in rem verso* en casos de enriquecimiento indirecto[7]. Ante todo, esta acción fracasará si el enriquecimiento de la demandada es consecuencia de una acción de la demandante ejecutada en su interés y encaminada a obtener un beneficio para sí[8]. Por ejemplo, el dueño de un terreno que lleva a cabo obras de electrificación no podría ejercer la acción para recuperar de su

5 Este requisito está recogido por el artículo 1303-1 del Código Civil francés, que dispone: «L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale».

6 Este requisito está recogido por el artículo 1303-3 del Código Civil francés, que dispone: «L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription».

7 Aunque el derecho francés no analiza estas reglas como «defensas», ha sido observado que esta nomenclatura facilita su análisis comparado, en particular en relación con los ordenamientos jurídicos de la tradición del *common law*. Al respecto, ver Descheemaeker (2017, p. 87).

8 Este requisito está recogido por el artículo 1303-2, inciso primero, del Código Civil francés, que dispone: «Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel».

vecino los costos que este se habría ahorrado al aprovechar las obras para unirse a la red eléctrica (Romani, 2018, § 159). Adicionalmente, el derecho francés establece una restricción general aplicable al monto que sería posible recuperar por la vía de la acción *de in rem verso*[9]. Bajo esta restricción, incluso si todos los demás requisitos de la acción se encuentran satisfechos, la parte demandada solo quedará obligada a la suma más baja entre la ganancia obtenida y la pérdida sufrida por la parte demandante (Terré *et al.*, 2018, p. 1377). Como el valor de la ganancia obtenida es avaluado al momento de presentarse la acción, en la práctica la parte demandada podrá evitar responder si es capaz de probar que entre la fecha de la demanda y de la sentencia perdió el beneficio o se «desenriqueció» (Descheemaeker, 2017, pp. 94-95 y 102-103).

Como consecuencia de todas estas limitaciones, el ejercicio de la acción *de in rem verso* se mantiene hasta la fecha dentro de márgenes sumamente estrechos. Este resultado es posible pese a que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, la doctrina y jurisprudencia en Francia han omitido formular una respuesta muy precisa a la pregunta sobre la naturaleza del vínculo que debe existir entre las partes (Descheemaeker, 2017, p. 89). Esta aproximación ha sido recientemente recogida por la reforma al Código Civil francés, que se limita a señalar al respecto en su artículo 1303 que la acción de enriquecimiento injustificado procede en contra de quien se beneficia de un enriquecimiento obtenido «en detrimento de otro» (*au détriment d'autrui*)[10]. Considerando la aversión manifestada en otros sistemas jurídicos por la posibilidad de ejercer acciones restitutorias en casos de enriquecimiento indirecto, la posición francesa aparece como una anomalía que requiere mayor atención. Como se explica a continuación, tras esta anomalía podría esconderse una nueva forma de aproximarse a los problemas que enfrenta el *common law* en relación con el vínculo entre las partes en acciones por enriquecimiento injustificado.

## IV. VENTAJAS DE LA APROXIMACIÓN FRANCESA

La sección anterior ha explicado que en la tradición del derecho civil es posible distinguir al menos dos aproximaciones que podrían ser útiles al evaluar el problema del vínculo entre las partes en acciones

9 Este requisito está recogido por el artículo 1303-4 del Código Civil francés, que dispone: «L'appauvrissement constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs».

10 El artículo 1303 del Código Civil francés dispone: «En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement». Esta redacción encuentra su origen en una discusión en cuyo contexto se sugirió que la función principal de la acción *de in rem verso* debía ser la restitución de beneficios obtenidos a través de intermediarios o de forma indirecta por la parte demandada. Al respecto, ver Remy (2013, pp. 37-38 y 43-44).

por enriquecimiento injustificado en el contexto de los ordenamientos jurídicos del *common law*. La primera de estas aproximaciones es la del derecho alemán, que ha pretendido identificar con claridad una regla universal aplicable a cada una de las hipótesis de enriquecimiento potencialmente relevantes. En los casos más comunes, esta regla descansa sobre el concepto de prestación, que en teoría permitiría identificar siempre las partes entre las cuales se produce la transferencia de valor que las acciones por enriquecimiento injustificado están encaminadas a revertir. La segunda de estas aproximaciones es la del derecho francés, que no ha desarrollado una teoría muy depurada sobre el vínculo que debe existir entre demandante y demandada, ni ve en principio inconvenientes en admitir el ejercicio de una acción por enriquecimiento injustificado en casos de enriquecimiento indirecto. Pese a lo anterior, bajo esta aproximación la existencia de una serie de restricciones impide que el ámbito de aplicación de la acción se extienda más allá de límites razonables.

Como ha sido adelantado, no es extraño que la tendencia natural en el contexto del *common law* haya sido a considerar con más detenimiento la aproximación del derecho alemán, que en términos comparados es indudablemente la más sofisticada. Pero, como sugiere la crítica de Jansen (2016) que ha sido reseñada, esta aproximación puede conducir a la adopción de conceptos rígidos que dificulten la solución de los problemas originados en casos de enriquecimiento indirecto. Para lograr soluciones matizadas a estos problemas, un paso crucial es identificar las consideraciones en conflicto que normalmente deberían influir en la decisión de distintos escenarios (Visser, 2002, pp. 527-528). Como ha sido notado por los principales estudios comparados que se han referido a estos escenarios, entre dichas consideraciones deberían contarse al menos la importancia de hacer valer la distribución de riesgos efectuada mediante un contrato entre alguna de las partes intervinientes, la necesidad de proteger los beneficios obtenidos en cumplimiento de una disposición contractual, la protección del principio de igualdad entre los acreedores que deberían regir en caso de insolvencia del tercero intermediario del cual el potencial demandado recibe el beneficio, y el orden de importancia reconocido por el ordenamiento jurídico entre las distintas acciones disponibles para el potencial demandante (pp. 530-532).

La aproximación francesa presenta ventajas indudables al distinguir y sopesar estas y otras consideraciones que pueden ser relevantes para la solución de casos de enriquecimiento indirecto. Aunque bajo la teoría alemana de la separación el concepto de «inmediatez» ya no es necesario para definir el vínculo existente entre las partes, desde la entrada en vigor del BGB la doctrina alemana es consistente en excluir la posibilidad de obtener la restitución de beneficios adquiridos a través

de intermediarios (Zimmermann & Du Plessis, 1994, p. 31; Meier, 1999, p. 598). Por el contrario, la acción francesa *de in rem verso* recibe aplicación principalmente en casos de enriquecimiento indirecto, lo que implica que su estudio necesariamente resultará en una revisión más focalizada de los problemas específicos involucrados en este contexto.

Por otra parte, al carecer de un concepto preciso que permita limitar el ámbito de aplicación de la acción de enriquecimiento injustificado en atención al vínculo entre las partes, la aproximación francesa ofrece una perspectiva privilegiada para estudiar la forma en que distintas consideraciones deben ser ponderadas para resolver los diversos escenarios de enriquecimiento a través de intermediarios. Por ejemplo, los casos en que la acción *de in rem verso* es rechazada en base a la noción de ausencia de causa o base jurídica reflejan la importancia de respetar los términos de las transacciones efectuadas en conformidad con el ordenamiento jurídico entre la demandante y un tercero, o entre un tercero y la demandada. Asimismo, los casos en que la acción es rechazada en base a la noción de subsidiariedad reflejan una ponderación del orden en que las acciones disponibles para la parte demandante deben ser ejercidas. De este modo, la posibilidad de demandar al contratante que recibe un beneficio como consecuencia de un contrato nulo excluirá la posibilidad de demandar al tercero que se beneficia de dicho contrato, no por la inexistencia de un vínculo suficiente entre empobrecimiento y enriquecimiento, sino como consecuencia de la disponibilidad de una acción con origen en la nulidad del contrato.

En lugar de tratar de trasplantar reglas de aplicación universal construidas sobre conceptos abstractos, los ordenamientos jurídicos del *common law* podrían centrar su atención en las distintas formas de sopesar estas y otras consideraciones, así como en los argumentos presentados para aceptar dichas consideraciones como fundamento de la decisión de acoger o rechazar acciones restitutorias en casos de enriquecimiento indirecto. Esta forma de abordar el problema del vínculo entre las partes probablemente desembocará en resultados menos reñidos con los modos de razonar propios de los ordenamientos jurídicos del *common law*. Prueba de lo anterior es la experiencia del derecho escocés, un ordenamiento jurídico en el que, pese a la enorme influencia del derecho alemán en materia de enriquecimiento injustificado, la posición dominante se inclina por enfocar el análisis del vínculo entre las partes en distintas consideraciones potencialmente relevantes, prescindiendo de reglas de aplicación universal (Whitty, 1994, pp. 207-208; Evans-Jones, 2013, § 1.30).

Asimismo, esta aproximación tiene la ventaja adicional de evitar los problemas metodológicos con los que frecuentemente tropiezan los esfuerzos por evaluar el derecho interno a la luz de reglas inspiradas en el

derecho extranjero. Se trata de una influencia más sutil entre las distintas tradiciones jurídicas, que no se orienta a trasplantar directamente el derecho extranjero, sino más bien los argumentos desarrollados en otros ordenamientos jurídicos para dar solución a casos difíciles (Smits, 2019, p. 522). Como demuestra un conocido pasaje de la House of Lords, esta forma de hacer derecho comparado en ningún caso es desconocida en la tradición del *common law*:

> La disciplina del derecho comparado no tiene como objeto un conjunto de soluciones adoptadas en diferentes países. Ella tiene el valor diferente e inestimable de centrar nuestra atención en el peso de distintas consideraciones en conflicto. Esto significa que la influencia del derecho comparado en este tipo de caso es, a lo sumo, inspirarnos en el proceso de sopesar los argumentos a favor o en contra de una solución particular (*McFarlane vs. Tayside Health Board*, 1999).

## V. CONCLUSIÓN

No es novedad que el derecho del enriquecimiento injustificado es un área en la que el diálogo entre los ordenamientos jurídicos de la tradición del *common law* y del derecho civil puede conducir a conclusiones provechosas. La forma en que la doctrina inglesa reciente ha abordado la pregunta por el vínculo entre las partes parece demostrar, una vez más, que las soluciones adoptadas en la tradición del derecho civil pueden influir decisivamente en las reglas y principios que integran el *common law*; sin embargo, es cierto también que las soluciones adoptadas por el derecho civil pueden variar bastante de un ordenamiento jurídico a otro. Un ejemplo particularmente claro de lo anterior es la forma en que el derecho alemán y el derecho francés han evolucionado en su tratamiento de las acciones restitutorias por enriquecimiento injustificado.

Hasta la fecha, la doctrina inglesa se ha centrado casi exclusivamente en el derecho alemán a la hora de analizar el problema del vínculo entre las partes en estas acciones. Aunque semejante opción es entendible, atendido el nivel de sofisticación que el derecho alemán ha alcanzado al respecto, este trabajo ha pretendido mostrar que el derecho francés ofrece una perspectiva que también puede ser útil para avanzar en la comprensión de los desafíos involucrados en casos de enriquecimiento indirecto. Al recibir aplicación principalmente en estos casos y no estar esta condicionada a un requisito abstracto de aplicación universal como las nociones alemanas de «inmediatez» o «prestación», la acción *de in rem verso* ofrece un objeto de estudio especialmente útil para poner de manifiesto el conjunto de consideraciones relevantes en la multiplicidad de escenarios en que los casos de enriquecimiento indirecto pueden tener lugar.

Naturalmente, la tarea de identificar estas consideraciones y decidir sobre la manera en que podrían ser sopesadas en ordenamientos jurídicos del *common law* excede las posibilidades de este trabajo, pero lo expuesto confirma que se trata de una tarea importante y potencialmente ventajosa para el desarrollo del derecho del enriquecimiento injustificado. Esta conclusión debiera ser especialmente clara para los comparatistas latinoamericanos, cuya familiaridad con los principios sobre los que descansa el derecho privado francés los sitúa en una posición privilegiada para contribuir desde una perspectiva original al diálogo entre *common law* y derecho civil. No sería extraño que esta perspectiva revelara nuevas maneras de aproximarse a un problema que hasta la fecha no ha recibido una solución concluyente en ninguna de estas tradiciones.

## REFERENCIAS


Bazosabal, X. (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. *InDret*, (4), pp. 1-54.

Bénabent, A. (2018). *Droit des Obligations* (17ma ed.). París: LGDJ.

Birks, P. (1989). *An Introduction to the Law of Restitution* (edición revisada). Oxford: Clarendon.

Birks, P. (2002). "At the Expense of the Claimant": Direct and Indirect Enrichment in English Law. En D. Johnston y R. Zimmermann (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (pp. 493-525). Cambridge: Cambridge University Press.

Birks, P. (2005). *Unjust Enrichment* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.

Burrows, A. (2011). *The Law of Restitution* (3ra ed.). Oxford: Oxford University Press.

Burrows, A. (2012). *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press.

Burrows, A. (2017). "At the Expense of the Claimant": A Fresh Look. *Restitution Law Review*, *25*, 167-182.

Burrows, A. (2020). Unjust Enrichment and Restitution. En A. S. Gold, J. C. P. Goldberg, D. B. Kelly, E. Sherwin y H. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of the New Private Law* (pp. 293-308). Oxford: Oxford University Press.

Chénedé, F. (2016). *Le Nouveau Droit des Obligations et des Contrats*. París: Dalloz.

Dannemann, G. (2013). Direct and Indirect Enrichment at the Claimant's Expense in Three-Party Cases. En C. Mitchell y W. Swadling (eds.), *The Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: Critical and Comparative Essays* (pp. 31-58). Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.5040/9781472561350.ch-002

Dawson, J. (1951). *Unjust Enrichment: A Comparative Analysis*. Boston: Little, Brown and Company.

Dawson, J. (1969). Indirect Enrichment. En E. von Caemmerer, S. Mentschikoff y K. Zweigert (eds.), *Ius Privatum Gentium: Festschrift für Max Rheinstein* (vol. 2). Tubinga: JCB Mohr.

Descheemaeker, E. (2017). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review*, *25*, 77-103.

Dickson, B. (1995). Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview. *Cambridge Law Journal*, *54*(1), 100-126. https://doi.org/10.1017/S0008197300083173

Edelman, J., & Bant, E. (2016). *Unjust Enrichment* (2da ed.). Oxford: Hart.

Evans-Jones, R. (2013). *Unjustified Enrichment. Vol. 2. Enrichment Acquired in Any Other Manner*. Edimburgo: W. Green/Thomson Reuters.

Filios, C. (1999). *L'Enrichissement sans Cause en Droit Privé Français: Analyse Interne et Vues Comparatives*. Bruselas: Bruylant.

Flour, J., Aubert, J. L., & Savaux, E. (2011). *Les Obligations. Le Fait Juridique* (14ta ed.). París: Sirey.

Gallo, P. (1992). Unjust Enrichment: A Comparative Analysis. *American Journal of Comparative Law*, *40*(2), 431-466. https://doi.org/10.2307/840566

Gutteridge, H., & David, R. (1935). The Doctrine of Unjustified Enrichment. *Cambridge Law Journal*, *5*(2), 204-229. https://doi.org/10.1017/S0008197300126753

Häcker, B. (2020). Unjust Factors versus Absence of Juristic Reason (Causa). En E. Bant y S. Degeling (eds.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution* (pp. 290-313). Cheltenham: Elgar.

Honoré, A. (1960). Third Party Enrichment. *Acta Juridica*, 236-253.

Jansen, N. (2016). Farewell to Unjustified Enrichment? *Edinburgh Law Review*, *20*(2), 123-148. https://doi.org/10.3366/elr.2016.0339

Filios, C. (1999). *L'enrichissement Sans Cause en Droit Privé Français: Analyse interne et vues comparatives*. Bruselas: Bruylant.

MacFarlane, B. (2009). Unjust Enrichment and Indirect Recipients. *Restitution Law Review*, *17*, 37-59.

Malaurie, P., Aynès, L., & Stoffel-Munck, P. (2018). *Droit des Obligations* (10ma ed.). París: LGDJ.

Meier, S. (1999). Mistaken Payments in Three-party Situations: A German View of English Law. *Cambridge Law Journal*, *58*(3), 567-603.

Meier, S. (2019). Enrichment "At the Expense of Another" and Incidental Benefits in German Law. En H. Scott y A. Fagan (eds.), *Private Law in a Changing World: Essays for Danie Visser* (pp. 453-468). Claremont: Juta.

Mitchell, C. (2008). Liability Chains. En J. Edelman y S. Degeling (eds.), *Unjust Enrichment in Commercial Law* (pp. 131-145). Pyrmont: Lawbook.

Mitchell, C., Mitchell, P., & Watterson, S. (2016). *Goff and Jones on the Law of Unjust Enrichment* (9na ed.). Londres: Sweet & Maxwell.

Nicholas, B. (1961). Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law. *Tulane Law Review*, *36*, 605-646.

Remy, P. (2013). Des Autres Sources d'Obligations. En F. Terré (dir.), *Pour une Réforme du Régime Général des Obligations* (pp. 31-50). París: Dalloz.

Romani, A. M. (2018). Enrichissement Injustifié. En *Encyclopédie Juridique Dalloz: Répertoire de Droit Civil* (§§ 1-258). París: Dalloz.

Schrage, E., & Nicholas, B. (1995). Unjust Enrichment and the Law of Restitution: A Comparison. En E. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (pp. 9-30). Berlín: Duncker & Humblot.

Smith, L. (2002). Property, Subsidiarity and Unjust Enrichment. En D. Johnston y R. Zimmermann (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (pp. 588-623). Cambridge: Cambridge University Press.

Smith, L. (2016). Defences and the Disunity if Unjust Enrichment. En A. Dyson, J. Goudkamp y F. Wilmot-Smith (eds.), *Defences in Unjust Enrichment* (pp. 27-51). Oxford: Hart.

Smith, L. (2019). Restitution: A New Start? En P. Devonshire y R. Havelock (eds.), *The Impact of Equity and Restitution in Commerce* (pp. 87-113). Oxford: Hart.

Smits, J. (2019). Comparative Law and its Influence on National Legal Systems. En M. Reimann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2da ed., pp. 503-523). Oxford: Oxford University Press.

Stevens, R. (2018). The Unjust Enrichment Disaster. *Law Quarterly Review*, *134*, 574-601.

Terré, F., Simler, P., Lequette, Y., & Chénedé, F. (2018). *Droit Civil. Les Obligations* (12da ed.). París: Dalloz.

Virgo, G. (2015). *The Principles of the Law of Restitution* (3ra ed.). Oxford: Oxford University Press.

Visser, D. (2019). Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. En M. Reimann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2da ed., pp. 962-993). Oxford: Oxford University Press.

Watterson, S. (2011). "Direct Transfers" in the Law of Unjust Enrichment. *Current Legal Problems*, 64(1), 435-470. https://doi.org/10.1093/clp/cur012

Watterson, S. (2020). At the Claimant's Expense. En E. Bant y S. Degeling (eds.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution* (pp. 262-289). Cheltenham: Elgar.

Watts, P. (2016). Unjust Enrichment—The Potion that Induces Well-Meaning Sloppiness of Thought. *Current Legal Problems*, 69(1), 289-325. https://doi.org/10.1093/clp/cuw010

Whitty, N. (1994). Indirect Enrichment in Scots Law. *Juridical Review*, 200-282.

Whitty, N. (2002). Nationality, Rationality and the Taxonomy of Unjustified Enrichment. En D. Johnston y R. Zimmermann (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (pp. 658-729). Cambridge: Cambridge University Press.

Wilmot-Smith, F. (2015). Taxing Questions. *Law Quarterly Review*, *131*, 531-536.

Zimmermann, R. (1995). Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach. *Oxford Journal of Legal Studies*, *15* (3), 403-429. https://doi.org/10.1093/ojls/15.3.403

Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.

Zimmermann, R., & Du Plessis, J. (1994). Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review*, *2*, 14-43.

Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *Introduction to Comparative Law* (T. Weir, trad.; 3ra ed.). Oxford: Clarendon.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

*Boudier vs. Patureau-Mirand*. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile (Cour de Cassation [Francia], 15 de junio de 1892).

Código Civil francés (1804).

*Investment Trust Companies vs. HMRC*. Law Reports, Appeal Cases (Supreme Court of the United Kingdom [Reino Unido], 11 de abril de 2017).

*Lipkin Gorman (a firm) vs. Karpnale Ltd*. Law Reports, Appeal Cases (House of Lords [Reino Unido], 6 de junio de 1991).

*McFarlane vs. Tayside Health Board (Scotland)*. Law Reports, Appeal Cases (House of Lords [Reino Unido], 25 de noviembre de 1999).

*Menelaou vs. Bank of Cyprus UK Ltd*. Law Reports, Appeal Cases (Supreme Court of the United Kingdom [Reino Unido], 4 de noviembre de 2015).

*Prudential Assurance Co. Ltd. vs. HMRC*. Law Reports, Appeal Cases (Supreme Court of the United Kingdom [Reino Unido], 25 de julio de 2018).

*Relfo Ltd vs. Varsani (N° 2)*. Law Reports, Chancery Division (Court of Appeal [Inglaterra y Gales], 28 de marzo de 2014).

*TFL Management Services Ltd. vs. Lloyds TSB Bank Plc*. Weekly Law Reports (Court of Appeal [Inglaterra y Gales], 14 de noviembre de 2013).

Recibido: 29/04/2021
Aprobado: 31/08/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.002
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 35-63
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: origen, fertilización y resistencias*

## Supervision in Alternative Punishment: Origin, Fertilization and Resistances

CONSUELO MURILLO**
Universidad Andrés Bello (Chile)

**Resumen:** En la actualidad podemos encontrar en los sistemas jurídicos del *common law* y del derecho civil castigos penales que se cumplen en libertad e implican una intervención en la vida del penado que adopta la forma de supervisión. Este trabajo sostiene que estos elementos de intervención estaban presentes en las penas alternativas desde su inicio dentro del sistema del *common law*, el cual posteriormente fertilizó a las jurisdicciones del derecho civil, que contaban con penas alternativas sin supervisión. Para hacerlo, se estudia el origen y la evolución de las penas alternativas en ambos grupos de jurisdicciones. También se tiene en cuenta la introducción de la supervisión en el sistema del derecho civil en la década de 1960 y un segundo momento de fertilización o transferencia en la década de 1990, recurriendo a los procesos jurídicos y culturales más amplios para explicar estas evoluciones y las principales resistencias ante estos cambios. Finalmente, se hace especial referencia al rol de las instituciones europeas en la homogeneización de los sistemas penales europeos.

**Palabras clave:** Penas alternativas, penas comunitarias, libertad vigilada, rehabilitación, resocialización

***Abstract:*** Nowadays we can find in common law and civil law legal systems noncustodial criminal sanctions with an intervention in the life of the offender that takes the form of supervision. In this paper, it is argued that these elements of intervention were present into alternative penalties from its inception in the common law system, which later fertilized civil law jurisdictions, that had alternative penalties without supervision. To do so, the origin and evolution of alternative penalties in both groups of jurisdictions are studied. The introduction of supervision in the civil law system in the 1960s and a second moment of fertilization or transfer in the 1990s are also taken into account, considering the broader legal and cultural processes to explain these developments and the main resistance to these changes.

* Este artículo, siendo una obra nueva, se nutre parcialmente de mi tesis doctoral *Ejecución e incumplimiento de las penas comunitarias*, dirigida por Elena Larrauri Pijoan. Agradezco los valiosos comentarios del Tribunal que evaluó dicha tesis, compuesto por José Cid Moliné, Manuel Cachón Cadenas y David Felip i Saborit.

** Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Chile). Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Chile. Abogada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile y licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Magíster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Girona (España). Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra.
Código ORCID: 0000-0002-8797-569X. Correo electrónico: consuelodaniela@gmail.com

Finally, a special reference is made to the role of European institutions in the homogenization of European penal systems.

***Key words*:** Alternative measures, community sanctions, probation, rehabilitation, mandatory treatment

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ORIGEN DE LAS PENAS ALTERNATIVAS.- III. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN EL *COMMON LAW*.- IV. LA INCORPORACIÓN DE LA SUPERVISIÓN EN LAS PENAS ALTERNATIVAS EN LOS SISTEMAS DEL DERECHO CIVIL: FERTILIZACIÓN Y RESISTENCIAS.- V. EXCURSO: INTRODUCCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN ESPAÑA.- VI. LA ARMONIZACIÓN DE SUSPENSIÓN Y *PROBATION* EN EUROPA DESDE LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA.- VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Toda pena involucra una restricción de carácter personal, la cual consiste en la privación evidente de la libertad, mientras que las que se cumplen en libertad conllevan distintas formas de restricción en la vida del penado, dependiendo de la forma concreta que adopte cada una de las penas. Estas pueden tomar muchas formas, abarcando desde una restricción a la libertad ambulatoria temporal, acaso mediante la obligación de asistencia a un centro de manera periódica para firmar; hasta una más intrusiva, como la obligación de participar en un programa de deshabituación de drogas.

Una de las formas más intensas de restricción en las penas alternativas es la de supervisión, que se encuentra presente en las penas de *probation* (libertad vigilada)[1] y las de trabajos en beneficio de la comunidad. La supervisión en algunas penas no privativas de libertad es de larga data y tiene su origen en la aparición de la *probation* en las jurisdicciones

1 Se ha optado por no traducir *probation* debido a que se trata de un anglicismo conocido y recogido por penólogos iberoamericanos, pero también porque el uso de la expresión en español «libertad vigilada» puede prestarse a confusiones en España, donde ese término consiste en una medida postpenitenciaria. En la versión en lengua española de las European rules on community sanctions and measures se tradujo *probation* como «libertad vigilada», y en Latinoamérica aquella es una figura análoga a la *probation*. Sin embargo, en la normativa española el concepto de libertad vigilada se presta para equívocos. De hecho, la libertad vigilada efectivamente es el equivalente funcional de la *probation* en la legislación penal de menores (LO 5/2000, art. 7.1 h). El problema surge porque se utilizó el mismo concepto de libertad vigilada en la Ley N° 5/2010, de 22 de junio de 2010, para denominar a una nueva medida de seguridad postpenitenciaria, haciendo referencia —evidentemente— a una realidad completamente ajena a la *probation*. En esa línea, se pueden revisar críticas a la opción conceptual legislativa en Ortiz de Urbina (2010, p. 2).
En cambio, Martínez (2012) sostiene una definición amplia de libertad vigilada que comprende tanto a la medida de seguridad, alternativa al fallo, pena, medida cautelar y alternativa a la prisión como a la forma de cumplimiento de la pena de prisión. Huyo también de la posibilidad de utilizar «probación», ya que su uso —promovido por algunos traductores— no ha sido generalmente aceptado por los autores dedicados al tema. Cid (2009, p. 25), por ejemplo, que opta por no traducir el término al español, sugiere que quienes deseen hacerlo utilicen «sometimiento a prueba». La misma decisión de dejar el término *probation* sin traducir la adopta el Ministerio del Interior Español al trasladar las Reglas Europeas de la Probation al castellano para España.

del *common law* en la segunda mitad del siglo XIX. Su incorporación en las jurisdicciones del derecho civil sucedió de manera tímida a partir de la década de 1960, produciéndose una verdadera fertilización desde el sistema del *common law*, aunque resistida y limitada por la cultura penal imperante en los sistemas del derecho civil. En la década de los años noventa, las obligaciones para el penado en la ejecución de las penas alternativas, así como la supervisión por parte de la Administración, gozaron de una nueva popularidad compartida, produciéndose una segunda etapa de fertilización que coincide con la aparición del concepto de «pena comunitaria» para referir a «Aquella pena que impone una restricción de carácter *personal* al penado, que consiste en el cumplimiento de *obligaciones* en libertad y que se ejecuta bajo la *supervisión* de un agente penal, con el que se mantiene un contacto activo»[2] (Murillo, 2017, p. 127).

Siguiendo a Bottoms *et al*. (2001, p. 1), las penas comunitarias son castigos estructuralmente ubicados entre la prisión, por una parte, y las penas patrimoniales y nominales[3], por la otra. Lo que distingue a las penas comunitarias, de acuerdo con estos autores, es que son «personalmente restrictivas», involucrando algún contacto activo con un agente penal; pero, al contrario que la prisión, este contacto tiene lugar en libertad.

Resulta fundamental la faceta de restricción personal, que hace referencia a una carga para el penado de carácter personal y no pecuniaria ni simplemente nominal. Este último aspecto es relevante, ya que se excluye de este grupo de penas aquellas que solo representan una intromisión superficial (y no personal) en la vida del penado. Es este el carácter que logra situar a las penas comunitarias en el escalón inmediatamente inferior al de las penas privativas de libertad y superior al de las penas pecuniarias y sin intervención.

La forma que adopta esta restricción personal es variada, pero siempre conlleva la carga de un contacto activo con el agente penal. Es este el titular primario de la supervisión, que dota de carácter comunitario a la pena. El concepto de pena comunitaria no se usa simplemente para describir formas de castigo impuestas en la comunidad o fuera de la prisión, ya que, en ese caso, comprendería también el de multa[4] —que es la pena no privativa de libertad más impuesta—; por el contrario, se requiere un elemento de supervisión (Raynor, 2012, p. 928). De hecho, «lo que las sanciones y medidas comunitarias tienen en común es alguna

2 Énfasis añadidos por la autora.
3 Como la remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena sin obligaciones adicionales.
4 La pena de multa, por su parte, conlleva formas de ejecución propias que en ocasiones pueden implicar una restricción más intensa para el penado, como cuando se dispone el pago en cuotas por un periodo extenso; pero, en la medida de que se cumpla en su manera natural y no se dé lugar a una ejecución diversa por incumplimiento, no implican una restricción de carácter personal ni tampoco supervisión en el sentido que se desarrolla en este trabajo.

forma de vigilancia o supervisión de las actividades de los individuos mientras se les mantiene en la comunidad» (Robinson *et al.*, 2014, p. 152). En definitiva, la pena es la supervisión, que entendemos como una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma (Murillo, 2017, p. 126; Marti, 2019, p. 7)[5].

En este concepto se integran tres finalidades para la actividad de la Administración. Bajo esa lógica, no basta un mero control sobre la vida del penado, a menos que vaya acompañado de acciones dirigidas a su reforma[6]. Asimismo, por ejemplo, la obligación de mera comparecencia ante el juez, o de firma en el contexto de una pena o privativa de libertad, no constituirá pena comunitaria en la medida en que esta regla supone únicamente un elemento de control, pero no de ayuda o intervención, y tampoco se vincula al penado a un servicio de la Administración encargado de la supervisión. Cabe destacar que, en el caso de una libertad vigilada simple, estos tres elementos pueden verificarse en una sola obligación de entrevista periódica con el agente de *probation*.

El contenido específico de la supervisión a la que se somete el penado puede variar, así como los fines que se persiguen con su ejercicio en distintas épocas y jurisdicciones. Así, «lo que la supervisión implica, sus fines o propósitos a los que está orientado y quien o quienes asumen la responsabilidad por ella, son todos aspectos que varían tanto internacional como históricamente» (Robinson *et al.*, 2014, p. 152). Esta afirmación se hará evidente a lo largo de este texto en tanto todo cambio penológico responderá, entre otras cosas, a la finalidad que se le atribuye a la pena en cada contexto estudiado.

Para enfrentar la cuestión de los fines de la pena en materia de penas comunitarias es necesario tener en cuenta dos cuestiones fundamentales: que estas permiten el castigo en libertad y requieren de cierta supervisión. De acuerdo con nuestra definición, la pena comunitaria se caracteriza porque la restricción personal consiste en estar sujeto a la supervisión de un agente del Estado y esta supervisión está orientada a la reforma del penado. Desde esta perspectiva, de entre todos los fines de la pena, las penas comunitarias se avienen de mejor manera con la prevención especial positiva. Esta prevención ha tenido diversas orientaciones: desde unas encaminadas a entregar herramientas de tipo laboral o asistencia de tipo social hasta otras de una marcada intervención psicoterapéutica. Para Cid (2009), cuando

5 Definición elaborada en colaboración con Marta Martí Barrachina en seminarios del Grupo de Investigación en Criminología y Sistema Penal de la Universidad Pompeu Fabra durante 2015.

6 Referido únicamente al ámbito de la violencia intrafamiliar, se requiere el desarrollo de una actividad que suponga «no sólo el control y la vigilancia del maltratador sino también una acción dirigida a su reforma» (Dobash & Dobash, 2005, p. 149).

la finalidad de la pena es la rehabilitación, se requiere de flexibilidad para que se puedan imponer penas retributivas y sin intervención en aquellos casos en los que esta no es necesaria, y penas con intervención en aquellos otros casos en los que se precise por «déficits en el orden psicológico, familiar, o social que deben ser afrontados» (p. 37).

Por su parte, cuando entendemos la finalidad de la pena como una de carácter principalmente retributivo, se presentan dos obstáculos para las penas comunitarias: en primer lugar, la preeminencia de la prisión en el modelo penológico retributivo; y, en segundo lugar, la desconfianza en la intervención penal (tratamiento) en las personas, que ha llevado a que en sus modelos incluyan con mayor énfasis alternativas sin intervención como la multa. En principio, parece que la pena de prisión encaja muy bien aquí, porque permite una medición casi aritmética del sufrimiento infligido, lo que resulta muy conveniente en aras del principio de proporcionalidad, que juega un rol central en estas teorías (Cid, 2007, p. 153). Pese a que las penas comunitarias presentan una mayor dificultad a la hora de valorar su severidad (tanto absoluta como comparativa), estas penas son susceptibles de encajar en un modelo proporcional. Ya de forma intuitiva, se puede decir que las penas permiten un abanico más amplio de penas, el cual puede ayudar a garantizar de mejor forma que la respuesta al injusto del delito sea proporcional. Y, más específicamente, las penas comunitarias requieren de una restricción personal, que es un elemento punitivo necesario para las teorías del merecimiento.

En efecto, en 1989, Von Hirsch *et al.* confeccionaron el modelo Hirsch-Wasik-Greene para los castigos en la comunidad, en el que proponen un acercamiento a cómo estas penas pueden ser vistas desde el enfoque del merecimiento. Lo que los autores proponen es un sistema de penas calibrado ordinalmente de acuerdo con su severidad y que, además, contemple la posibilidad de sustituciones entre penas. Consideran la posibilidad de que si las penas A y B son sanciones de distinto tipo, pero que ostentan aproximadamente la misma severidad, entonces B pueda ser sustituida por A sin infringir los límites que impone el merecimiento. Consecuentemente, para los autores, uno entonces podría incluso elegir entre las dos sanciones de severidad equivalente, A y B, por motivos de prevención ya que hacerlo no alteraría la onerosidad del castigo. En cuanto a la extensión que la sustituibilidad debe tener en el modelo, se inclinan por un modelo de sustituibilidad parcial o limitada frente a uno sin sustitución o de sustitución completa (pp. 600-606).

En la actualidad, los modelos penológicos, tanto teóricos como reales, presentan una convivencia de principios que permite una determinación de la pena proporcionada al delito cometido y su ejecución orientada a la rehabilitación del penado (como la tan popular teoría dialéctica de la unión de Roxin). Por supuesto, perviven aún las discusiones en

torno tanto a la posible afectación de los derechos fundamentales de los penados como al desarrollo libre de la personalidad, el respeto de la identidad y la dignidad en aquellas intervenciones de tratamiento, y no se limitan a una asistencia de tipo social (Murillo, 2017, pp. 141-143). En este sentido, puede destacarse el modelo integrado de Cid (2009, pp. 43-46), en el que si bien se sostiene como finalidad de la pena la rehabilitación del penado y la reparación de la víctima, esta es limitada por principios de carácter retributivo, como la proporcionalidad que opera como límite superior en la determinación de la pena; y por principios provenientes de la dignidad de la persona humana, como la voluntariedad del penado ante la intervención.

La discusión sobre los fines de la pena está lejos de ser zanjada y no debiera culminar jamás. No puede desatenderse que la rehabilitación (o prevención especial positiva) forma parte de las sanciones penales en general y que ocupa un lugar primordial en las penas comunitarias en particular. En 1981, Allen (2009) desarrolló asunciones sobre las que se construyó el ideal rehabilitador[7]. Tributando a ese esfuerzo realizado por Allen, me permito afirmar que si sabemos que existen factores de riesgo asociados al comportamiento delictivo; si sabemos que tienen un carácter dinámico y, por tanto, pueden variar; si las ciencias del comportamiento aportan evidencia acerca de los programas e intervenciones que pueden aportar a la disminución de los factores de riesgo de un penado en el contexto de la ejecución de la pena; si no solo es posible, sino adecuado que estas intervenciones se realicen evitando la privación de libertad; entonces debemos procurar llevarlas a cabo, siempre y cuando seamos capaces de realizar estas actividades con respeto a los derechos fundamentales de las personas penadas, comenzando por respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad, así como la exigencia de la voluntad del penado.

La supervisión constituye una herramienta para la reinserción y para el control del penado. Ha sido definida por nosotros como una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma (Murillo, 2017, p. 126; Marti, 2019, p. 7). El análisis de la supervisión de las penas que se cumplen en libertad ha sido objeto de estudio reciente por la criminología y la penología (McNeill & Beyens, 2013; Phelps,

7 Para Allen (2009 [1981], pp. 11-14), el ideal rehabilitador descansa sobre las siguientes asunciones: si sabemos que el comportamiento humano tiene causas antecedentes, dichas causas son identificables y los científicos tienen obligación de descubrirlas y describirlas rigurosamente, y el conocimiento de las causas del comportamiento hace posible una aproximación científica al control de la conducta humana. Luego, en el ámbito de la criminalidad, las posteriores asunciones son que las medidas empleadas para el tratamiento del penado deberían obedecer a una función terapéutica, y que tales medidas deberían ser diseñadas para efectuar cambios en el comportamiento del penado en su propio interés y el de la sociedad.

2013; Boone & Maguire, 2017; Robinson & McNeill, 2016; Blay, 2019; Marti, 2019), indagando en la forma que adopta, los fines que persigue, las diferencias percibidas según los perfiles de agentes responsables de ejercerla y su eficacia, entre otros elementos.

La denominación de «pena comunitaria» se difunde en un intento de definir y conceptualizar este grupo de sanciones de forma autónoma y exenta de referencias a la prisión (Worrall & Hoy, 2005, pp. 3-6). A diferencia de las denominaciones utilizadas con anterioridad para referirse a iguales o similares realidades (penas no privativas de libertad, penas alternativas, medidas penales alternativas), ya no se definen estas instituciones respecto de su relación con la pena de prisión y se realza su cumplimiento en la comunidad, el elemento de supervisión que contienen, la satisfacción o reparación que permiten y su valor punitivo autónomo (Murillo, 2017, pp. 124-129).

No obstante, pese a las bondades descriptivas y políticas del concepto, no ha logrado consolidarse fuera de los países del *common law*, lo cual es una manifestación inicial de las resistencias de los sistemas del derecho civil (y de sus académicos), que continúan refiriéndose a este grupo de penas como penas alternativas, nombrando a la *probation* y a los trabajos en beneficio de la comunidad por su nombre, sin que la característica compartida de supervisión en la comunidad motive a agruparlos en una categoría propia, separada de las penas alternativas sin intervención.

## II. EL ORIGEN DE LAS PENAS ALTERNATIVAS

Para estudiar el origen de la incorporación de las obligaciones y la supervisión en las penas alternativas es necesario separar dos grandes grupos de jurisdicciones: las anglosajonas o del *common law*, y las pertenecientes a Europa continental o del derecho civil. Mientras en el primer grupo se puede hacer un estudio de las penas comunitarias siguiendo su origen en la *probation*; en Europa continental, en cambio, se hace necesario realizar un estudio de la incorporación de ideas de supervisión en la historia de las alternativas sin supervisión que le preceden (principalmente, la suspensión de la pena), puesto que el surgimiento de las penas comunitarias es bastante posterior. Además, en ambos casos será necesario hacer referencia al origen, evolución y crisis de la pena de prisión en torno a la cual las penas alternativas surgen.

La consolidación del sistema penal moderno, con la pena de prisión como piedra angular del mismo, se ha considerado como el paso más relevante en el proceso de humanización de las penas. Este proceso implicó un gran avance para el siglo XIX, abandonando los castigos corporales por el encierro, que pasó a ocupar todo el espacio penológico entre la pena de

muerte y las penas leves[8]. Previamente, no se conocía el encierro como castigo en sí mismo, sino como la forma para que los acusados esperaran el juicio o la ejecución de una pena como el destierro o los trabajos forzados (Foucault, 2009 [1975], p. 133)[9]. Esta transición se consideró, en primer lugar, como un logro de la ilustración, específicamente del ideario liberal. Desde esta perspectiva, «la fuerza motriz que ocasionó los cambios se sitúa en el terreno de las ideas: ideales, visiones, teorías, intenciones, adelantos científicos» (Cohen, 1988, p. 39), de manera que cualquier fallo en el sistema se interpreta como un problema de implementación que puede solucionarse aplicando el mismo sistema.

Sin embargo, este ideario liberal fue prontamente cuestionado. Se hacía imperioso reconocer que había problemas en el sistema de encarcelamiento puesto que no lograba reformar al penado, ya no por problemas de implementación, sino por la ausencia de una intervención individual para lograrlo o por un defecto de carácter estructural de la institución que debía conseguirlo. En consecuencia, se crearon programas de tratamiento individualizado, de trabajo y de supervisión para la resocialización (Rothman, 2002 [1980], pp. 43-81; Cohen, 1988, pp. 42-43).

Además, las teorías revisionistas dieron cuenta de una forma alternativa para explicar el surgimiento de la prisión y cuestionar la historia oficial de la misma mediante explicaciones de carácter económico y político. Esta nueva (en palabras de Cohen, «pesimista y radical») forma de interpretar los procesos de reforma consiste en afirmar que la prisión no ha fracasado jamás, ni en un primer momento cuando se quiso aislar a los penados para lograr su natural reforma, ni en un segundo momento cuando se intentó rehabilitarlos mediante intervención individualizada, puesto que la prisión y su reforma tenían otros objetivos, diferentes de los oficiales. El discurso humanizador escondía que la prisión y todo el sistema penal, incluyendo las alternativas, se adecuaba a los cambios en el proceso productivo y disciplinar a los que servía (Foucault, 1977, pp. 157 y 266; Baratta, 1977, p. 347; Cohen, 1988, p. 44). Por otra parte, siguiendo el mismo espíritu escéptico, en el momento en que se estaban poniendo en evidencia las verdaderas razones del supuesto proceso humanista de reforma y se criticaba a la prisión, se evaluó de forma igualmente crítica el nuevo impulso de las alternativas (Larrauri, 1991, pp. 45-46).

De acuerdo con lo descrito, el surgimiento de la prisión tendría varias explicaciones (una oficial y varias revisionistas), que se pueden denominar

8 Véase la historia de la prisión en Morris y Rothman (1998), y la historia de las prisiones en España en Roldán (1988).

9 Por su parte, en el derecho privado era de general aplicación no como castigo, sino como una garantía en la que la prenda es la persona y su cuerpo (Foucault, 2009 [1975], p. 138).

disyuntivas o complementarias, pero globales (no se diferencian según su contexto cultural). En cambio, el nacimiento de las penas comunitarias y de las alternativas a la prisión no tiene una explicación de carácter global, sino que depende de su lugar de origen. Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgen las instituciones de *probation* en el mundo anglosajón y de suspensión de la pena en la Europa continental, y estas son las piedras angulares de la historia de las alternativas en cada sistema.

Mientras que en el Reino Unido y los Estados Unidos surge la *probation*, en la Europa continental nace el modelo de *sursis* o suspensión de la pena. En cuanto al origen, en los sistemas de *common law* se data al inicio de las prácticas en diferentes jurisdicciones; mientras que los sistemas continentales registran su inicio con las primeras leyes que acogieron las alternativas. Esto parece coherente con las diferencias entre los sistemas del *common law*, donde hay mayor espacio para la creación jurisprudencial; y del derecho civil, más legalistas. El primer antecedente de la *probation* anglosajona suele datarse en 1841, mientras que en la Europa continental se registran en los años 1888 (Bélgica) y 1891 (Francia). Para España, se fecha el 17 de marzo de 1908, cuando la Ley de Condena Condicional introdujo por primera vez en la jurisdicción española la suspensión de la ejecución de la pena en su modalidad de *sursis*. Con ella, se suspendía la ejecución de la pena una vez impuesta, manteniéndose el cumplimiento de las accesorias (Maqueda, 1985, p. 25).

Cid y Larrauri (2005, pp. 21-27) han organizado las explicaciones sobre el surgimiento y la evolución histórica de las penas alternativas a la prisión, llegando a la conclusión de que en ambos contextos responde, principalmente, a los diferentes ideales que llevaron a su nacimiento. En un caso, se trata un ideal rehabilitador que ve en la pena alternativa un mayor potencial para la rehabilitación; y, en otro, se pretende evitar la desocialización del delincuente ocasional en prisión. Esto da sentido a la ausencia de elementos de supervisión y tratamiento en las instituciones alternativas de los sistemas del derecho civil.

A continuación, describiré brevemente el surgimiento de las penas comunitarias en cada ámbito para, finalmente, realizar algunas reflexiones en torno a la evolución simbiótica entre ambos grupos de jurisdicciones y la tendencia a la unificación europea, incluyendo sus consecuencias.

## III. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN EL *COMMON LAW*

Las dos instituciones que protagonizan los discursos y la práctica de las penas comunitarias son la *probation* y los trabajos en beneficio de la comunidad (Raynor, 2012, pp. 929-930), pero la primera pena que se cumple en libertad bajo supervisión es la *probation* (Nellis, 2001, pp. 19-20), por lo que la historia sobre el surgimiento de las penas comunitarias coincide con la historia de esta última. Los elementos contextuales que explican mejor el surgimiento exitoso de la *probation* (y el ideal rehabilitador que la sustenta) son la conjunción histórica de una sociedad victoriana en el caso inglés (Rowbotham, 2009, pp. 109 y 116-117; Van Zyl Smit *et al*., 2015, p. 6), el progresismo americano en el caso estadounidense (Rothman, 2002 [1980], pp. 5-6 y 46), la flexibilidad creativa del *common law* y el soporte teórico de las escuelas criminológicas sociológicas. Garland (2005 [2001], pp. 71-106) denominó bienestarismo penal a la idea de trasfondo del sistema punitivo que surgía o, más bien, a su reforma: usar la pena no para excluir, sino para incluir a la clase trabajadora, proveyéndola de la disciplina necesaria para integrarse en las estructuras sociales dominantes (Bottoms *et al*., 2004, pp. 2-3). Se considera que la persona que comete un delito puede rehabilitarse mediante cierta supervisión y ayuda por parte de un agente (Rothman, 2002, pp. 82-116), el mismo que tiene un rol crucial en el proceso rehabilitador que originalmente consistió en «aconsejar, asistir y ser amigo» (*advise, assist and befriend*) (Durnescu, 2014, p. 410). En el origen de la *probation*, este agente era un ciudadano voluntario, pero posteriormente pasó a ser un funcionario estatal (miembro de la Administración o funcionario del Poder Judicial, según el caso).

En los Estados Unidos, se considera como padre de la *probation* a John Augustus, un zapatero de Boston que en 1841 persuadió a un juez de liberar a un delincuente alcohólico bajo fianza y con su supervisión personal en vez de imponerle una pena de prisión, cuestión que repitió con mil ochocientos imputados más desde ese momento (Petersilia, 1997, p. 155; 1998, p. 32; Rumgay, 2009, § 1). Esta práctica sirvió de modelo y progresivamente fue adoptada por diversas jurisdicciones; por ejemplo, se instauró para adultos en 1901 en Nueva York. Pero Rothman (2002 [1980], pp. 82-116) señala que, aunque su surgimiento es en dicha fecha, en realidad su auge se inició entre 1900 y 1920, cuando para «la América progresista» el delincuente era una persona necesitada de tratamiento individualizado y acorde con sus necesidades específicas. Sería esta la ideología que dio lugar a una serie de alternativas que incluyeron *probation*, libertad condicional, penas indeterminadas, tribunales juveniles, rediseño de prisiones para facilitar la individualización del tratamiento, etc. El soporte criminológico de esta institución vendría dado por las ideas criminológicas imperantes en

la época, de acuerdo con las cuales ciertas personas o grupos sociales no habían participado plenamente de los bienes sociales y, por tanto, dicha condición debía atenderse mediante la sanción.

En Inglaterra, el modelo de la *probation* nace en paralelo[10]. Sus primeras raíces también son rastreadas por algunos autores hasta 1841, a la práctica de un juez de Birmingham que ponía a delincuentes juveniles bajo la supervisión de padres, tutores u otros voluntarios. Luego, se institucionalizó con éxito en 1907 (Probation of Offenders Act) gracias, en parte, al contexto proporcionado por una sociedad civil victoriana caracterizada por un fuerte moralismo que, acompañado del rol preponderante de la caridad, dio lugar a diversas instituciones que perseguían la salvación de los delincuentes (Rowbotham, 2009, pp. 116-119). La ley de 1907 creó tanto la *probation order* como los agentes de *probation* para la supervisión de imputados.

De este estudio histórico se puede colegir que el modelo nació casi simultáneamente en los Estados Unidos e Inglaterra[11], inicialmente como una forma de evitar la imposición formal del castigo por completo reemplazándolo con alguna forma de supervisión en la comunidad. No se trataría de una pena alternativa, sino que podría verse como una alternativa al castigo. Así, se paralizaba la decisión sobre la culpabilidad y el hipotético y consecuente castigo, liberando al sujeto bajo la condición de que volviera para ser evaluado en una fecha futura, en la que su comportamiento sería revisado[12]. En este periodo, la persona debía mantener contacto con un agente de *probation*, mantener un buen comportamiento y llevar una vida provechosa. Si completaba el periodo de supervisión exitosamente, no se tomarían más medidas respecto del delito original.

Hay que remarcar el «inicialmente», puesto que luego la *probation* dejó de ser una forma de suspender la condena para ser una consecuencia de esta. Ya no se impone «*probation* suspensiva» de la condena, sino que «se condena a» *probation*. Incluso en la actualidad, la naturaleza de la *probation* es en muchas ocasiones la de un castigo de prisión suspendido, como ocurre por ejemplo en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos (Petersilia, 1997, p. 163). En el Reino Unido, la *probation order* se transformó

10 Si bien el nacimiento es simultáneo, su desarrollo es muy influenciado por la evolución estadounidense de la figura (Van Zyl Smit *et al*., 2015, p. 6).

11 Se destaca el efecto expansivo a las colonias propio del contacto con las mismas (Durnescu, 2014, pp. 409-410).

12 Esta figura de intervención sin declaración de culpabilidad puede parecer extraña, injustificada y atentatoria contra principios básicos como el de culpabilidad para el lector de jurisdicciones del derecho civil, y así lo era. Pensemos que estos principios del derecho penal moderno estaban naciendo en esa época y, por tanto, la supervisión de la vida de una persona que no llevaba una buena existencia —de acuerdo con los parámetros de entonces— a cambio de no desarrollar el juicio parecía una salida favorable. Por otra parte, la figura es análoga a la actual suspensión del juicio a prueba o suspensión condicional del juicio, institución presente en diversos países pertenecientes a la tradición continental.

en 1991 en condena (*sentence*) y, al día de hoy, la pena de *probation* ni siquiera existe por sí misma, sino como un elemento presente en el contexto de una *community order* (Criminal Justice Act, 1991; Crime and Courts Act, 2013). Lo relevante es que pese a los cambios formales que ha sufrido la institución (y que tienen cierta incidencia en las consecuencias del incumplimiento y en lo referente a los antecedentes penales, por ejemplo), mantiene sus elementos originales como parte de su contenido, por lo que incluso los cambios de nomenclatura se han resuelto siendo ignorados tanto por los agentes del sistema como por el mundo académico, ámbitos donde se sigue hablando de *probation*.

La evolución de las penas comunitarias en el mundo anglosajón está marcada por tres periodos principales, que se encuentran explicados de forma muy clara en el relevante capítulo «¿Cómo llegamos aquí?» (Bottoms *et al.*, 2004, pp. 1-27), el cual procedo a resumir. El primero, ya explicado con anterioridad, es el de su nacimiento a principios del siglo XX y el auge del ideal rehabilitador, que pretendía la rehabilitación del penado mediante la supervisión de un agente. Esta supervisión evolucionó, pasando del acompañamiento por parte de un voluntario de una iglesia a los más sofisticados e individualizados tratamientos psiquiátricos; sin embargo, el ideal se mantuvo constante. Este periodo acaba con el decaimiento del ideal rehabilitador, caracterizado principalmente por una crisis de efectividad y el pesimismo producto de los modestos resultados en reincidencia que parecía obtener (*nothing works*)[13]; pero también por una crisis de recursos debido al aumento de la población penitenciaria y por una crisis ideológica[14] causada por los abusos y arbitrariedad a los que dio lugar, en ocasiones, la discrecionalidad otorgada en nombre del «tratamiento».

El segundo periodo se inicia en la década de los años setenta y está marcado por la crisis recién explicada, que lleva a desconfiar de la *probation* y del sistema desarrollado hasta entonces. Este periodo implica un regreso al modelo de justicia, así como la construcción de un modelo de no intervención y de alternativas a la prisión para evitar sus costos, pero sin la intervención propia del periodo anterior (o, al menos, reducida).

El tercer y actual periodo, iniciado en la década de los años noventa, se denomina del «castigo en la comunidad» y conlleva un resurgimiento de las penas comunitarias. Este se caracteriza por pretender ofrecer penas creíbles para los jueces mediante el uso de penas comunitarias en un

13 Véase la repetida cita a Martinson (1974, p. 49).

14 Para Allen (2009 [1981]), la crítica a la que se sometió el ideal rehabilitador se basaba en tres proposiciones: constituye una amenaza a los valores políticos de las sociedades libres, es vulnerable a ser degradado para la persecución de otros fines sociales y falta una técnica rehabilitadora en el sentido de que «no sabemos cómo prevenir la reincidencia cambiando el carácter y el comportamiento de los penados» (pp. 11-14).

modelo de merecimiento (*just deserts*), manteniendo las herramientas de supervisión e intervención para la adecuación de la pena. Es en este último periodo en donde podemos apreciar un nuevo impulso de transferencia del sistema del *common law* sobre el sistema del derecho civil y en el que, además, las instituciones europeas han jugado un rol de acelerante para esta nueva convergencia.

## IV. LA INCORPORACIÓN DE LA SUPERVISIÓN EN LAS PENAS ALTERNATIVAS EN LOS SISTEMAS DEL DERECHO CIVIL: FERTILIZACIÓN Y RESISTENCIAS

Las penas comunitarias en Europa continental son de más reciente incorporación, de manera que el estudio del origen de estas exige hacer un análisis de las penas alternativas que les preceden, pese a que carezcan de los elementos propios de una pena comunitaria (la supervisión y la restricción personal). Solo en los años sesenta se produjo una tímida incorporación del elemento de supervisión en las alternativas en algunos países europeos, lo que las transformó en penas comunitarias. Incluso en la actualidad, las penas comunitarias parecen ocupar un lugar residual dentro del sistema penológico de Europa continental (aunque en incremento paulatino) y, normalmente, parecieran ser defendidas por su capacidad de reducir las tasas de encarcelamiento y no a partir de la evidencia sobre su capacidad para incidir en la rehabilitación de los penados, como sucede en los países anglosajones (McNeill & Robinson, 2016, p. 234)[15].

Las penas alternativas en Europa continental se caracterizan por tener una naturaleza no interventora y por existir principalmente en una fase posterior a la condena. En la época del surgimiento de las alternativas (finales del siglo XIX y principios del XX), en Europa continental primaba un modelo de derecho penal clásico proporcionalista que se asocia con la legalidad idealista del código francés de la Revolución de 1791, que gradualmente contagió la Europa occidental (Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 5; Durnescu, 2014, p. 410). Este modelo clásico se nutría de la idea fundamental de que el delito era resultado de la elección libre del penado. Esta idea habría sido desafiada por la escuela criminológica positivista, que desarrolló una tipología criminal en la que se diferenciaba al delincuente habitual del ocasional, cuyos delitos eran el resultado de las circunstancias y no de un defecto en su persona. Es este prototipo de delincuente ocasional el que justifica la necesidad de alternativas en

15 En el texto citado, los autores dan cuenta de un estudio comparado de once países europeos, destacando la dificultad que representa realizar un análisis a partir de elementos de interpretación anglosajones. En este sentido, reiteran que la relevancia de la rehabilitación como elemento legitimizador de las penas comunitarias es propia de los países del *common law*, mientras que la rehabilitación es normalmente promovida como un derecho del penado en los países de Europa continental.

un modelo que las admitiría entonces como una cuestión excepcional y no dirigida a la transformación del delincuente.

Los principales promotores de las alternativas están en la escuela positiva italiana y en la Unión Internacional de Derecho Penal fundada por los célebres Van Hamel, Von Liszt y Prins (Maqueda, 1985, pp. 36-37; Cid & Larrauri, 2005, pp. 22-23); y encuentran su principal fundamento en la conveniencia de evitar la pena de prisión para autores de delitos leves que, desde el punto de vista criminológico, han de considerarse meramente ocasionales.

La Unión Internacional de Derecho Penal afirmaba en sus estatutos nueve tesis de una marcada tendencia político-criminal e ideológica[16] la misma que muestra de forma prístina las ideas que explican el surgimiento de alternativas no interventoras. Entre estas tesis se sostenía, por ejemplo, la necesidad de distinguir entre delincuentes habituales y ocasionales como base para la legislación penal (tesis 4); que la pena de prisión ocupa justamente el primer lugar en el sistema penal (tesis 6); y que, pese a lo anterior, respecto de las penas privativas de libertad cortas, se considera que «es posible y deseable la sustitución de la prisión por medidas de una eficacia equivalente» (Unión Internacional de Derecho Penal, 1889, tesis 7).

Así, los institutos que se promovieron como alternativas a la pena privativa de libertad en los países europeos del derecho civil carecen inicialmente de un perfil rehabilitador. Serán meramente punitivo/retributivos como la multa o disuasivos como la suspensión condicional pura de la pena de prisión, y existen solo para supuestos de delitos leves. En dos relevantes trabajos, Muñoz Conde (1979, 1985) reflexiona acerca de la rehabilitación de los penados como fin de la pena, su influencia en los sistemas penales europeos y su tardía recepción en España mediante la Ley General Penitenciaria de 1979, en un momento en que este ideal rehabilitador estaba siendo objeto de duras críticas a nivel comparado. De las afirmaciones de Muñoz Conde, interesa resaltar aquellas que nos permiten apreciar por qué las alternativas no tuvieron un carácter rehabilitador. El autor afirma que mientras la ejecución de la pena privativa de libertad debe tener como meta la resocialización del delincuente, en los demás casos tendrá como fin su intimidación o aseguramiento. Luego, continúa y sostiene que, aunque una persona haya cometido un delito, esta continúa vinculada a la sociedad y respetando sus leyes penales. Ejemplifica esta idea haciendo referencia los delincuentes ocasionales, los que cometen delitos de poca importancia o de tránsito automovilístico, quienes no necesitan de una intervención resocializadora (1979, pp. 74 y 79). De acuerdo con

16 Que habría sido la causa de su decadencia, posteriormente resuelta con una reforma de los estatutos por unos menos controvertidos en 1895-1896 (Berdugo, 1982, pp. 15-18).

esta lectura, es la cárcel la que está diseñada para la rehabilitación y, por lo tanto, debe evitarse cuando el penado no necesita rehabilitarse. Es decir, se cree que la prisión es innecesaria en algunos casos y que, cuando se administra por periodos muy cortos, puede generar efectos criminógenos debido al «contagio criminal», ya que no se cuenta con el tiempo suficiente como para realizar una intervención rehabilitadora (Cid & Larrauri, 2005, p. 23)[17].

Para algunos autores, otro elemento que sirve para explicar las penas no interventoras se encontraría en la cultura penal imperante en la Europa continental: el ideal clásico que inspiró el código napoleónico al que me referí con anterioridad y que, pese a chocar con los principios esgrimidos por la escuela positivista, habrían coadyuvado para llegar al mismo resultado. Este ideal «clásico» desconfiaba de la discrecionalidad judicial y la extirpó del proceso. En el mismo sentido, se consideraba indeseable que los tribunales tuvieran el poder de ordenar intervenciones en la vida de los penados «a medida» (Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 5). De manera que, si bien el positivismo habría incidido en que se aceptara la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ello se aplicaba con cierto automatismo en los requisitos destinados a reducir la temida discrecionalidad judicial. Al mismo tiempo, el suspenso de la pena servía de amenaza para el penado, que por tanto se seguía considerando libre y racional.

El modelo adoptado (*sursis*) implicaba una decisión en dos etapas: primero, el pronunciamiento de una pena de prisión; y, luego, la decisión de suspender la ejecución de la pena mientras el penado no cometiera nuevos delitos durante el periodo de prueba. De esa manera, la suspensión se revocaba si otro delito era cometido, dando lugar a la ejecución de la pena privativa de libertad (Maqueda, 1985, pp. 25-48; Durnescu, 2014, p. 410)[18]. En 1888 y 1891, en Bélgica y Francia, respectivamente, se dictaron leyes que permitían la suspensión de penas cortas de prisión bajo la condición de no delinquir durante el periodo de suspensión. En los territorios que posteriormente serían Alemania se promulgó una legislación similar en 1895, que perdonaba a penados bajo la condición de que evitaran reincidir. Por su parte, la Ley de Condena Condicional Española vio la luz en 1908. Estos institutos europeo-continentales, aparte de que difieren inicialmente del modelo anglosajón, tienen en

17 Muñoz Conde (1979, pp. 75-84) destaca de entre las críticas que sufrió el ideal rehabilitador a las dudas sobre su realización práctica, su necesidad, la dificultad de controlar la actividad del Estado y las voces que, desde la criminología crítica, denuncian con escepticismo toda herramienta de control social estatal. Además, explica los problemas que implica la resocialización en términos morales, ya que implica la imposición de una moralidad y unas creencias, violando la autonomía y la libertad de los individuos.

18 Mientras Maqueda, como muchos otros, distingue y confronta *sursis* y *probation*; Durnescu (2014) —a mi modo de ver, de forma equivocada o, cuando menos, confusa— parece considerar la *sursis* como una especie de *probation*, afirmando que para los países continentales la *probation* no era supervisión, sino suspensión de la ejecución de la pena (p. 410).

común el hecho de que aplican la alternativa para quien ya ha sido declarado culpable y condenado a prisión, y que no imponen reglas de conducta adicionales a no delinquir.

En gran parte de los países de la Europa continental, la introducción de la supervisión como elemento de las penas se produce reformando el modelo de suspensión. Es la propia suspensión de la ejecución de la pena de prisión la que admitirá añadir, como condición de la misma, requisitos adicionales diferentes a la no comisión de delitos durante el periodo de prueba, entre los que se encuentra la sujeción a la supervisión por parte de un agente. Este cambio se produce en la década de los años sesenta en países como Bélgica, que en 1964 introduce la *probation* como medida en el contexto de una suspensión de la condena o la pena. Beyens (2016, p. 14) afirma que esta introducción tuvo escasa aplicación práctica durante los primeros treinta años de su existencia. Austria hace lo propio en 1966; mientras que Francia promulga la suspensión de la pena con *probation*[19] y en 1958, de manera paralela, crea los servicios de *probation*. Herzog Evans (2016, p. 54) destaca una particularidad de esta incorporación y es la evidente fertilización de su sistema penal por parte del Estado inglés mediante un explícito ejercicio de transferencia. Entre 1951 y 1953 Alemania funda su servicio de *probation* (Bewährungshilfe) y modifica su código penal introduciendo la *probation* en el contexto de una pena de prisión suspendida. Este caso también se reconoce como un ejercicio bastante notable de transferencia por parte de Inglaterra (Morgenstern, 2016, p. 78; Durnescu, 2014, p. 411). Suecia y los países escandinavos, por su parte, destacan por haber incorporado la *probation* teniendo expresamente en cuenta la experiencia de Estados Unidos, que fertilizó ampliamente el sistema de justicia penal (Svensson, 2016, pp. 212-214). Asimismo, otros países que han recurrido a Inglaterra (en específico, a su Servicio Nacional de Probation) para el desarrollo de sus propios sistemas de *probation* han sido Turquía, Bulgaria, República Checa, Rumanía, Croacia, Estonia, Bosnia, Ucrania y Azerbaiyán (Canton, 2009, p. 67).

Finalmente, cabe señalar que Canton (2009) encuentra la razón de este liderazgo anglosajón en la fertilización de las penas comunitarias en el predominio de la investigación norteamericana en las prácticas efectivas (*what works*).

## V. EXCURSO: INTRODUCCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN ESPAÑA

Las penas con un elemento de intervención y supervisión aparecieron en España tardíamente. Con anterioridad, la vigencia del ideal

19 SME: *sursis avec mise à l'épreuve*.

rehabilitador y sus mecanismos paradigmáticos de tratamiento individualizado ya se habían incorporado, aunque tarde, en el sistema penitenciario, asumiendo los principios de tratamiento y de reinserción social del delincuente (Muñoz Conde, 1979, pp. 74-75; 1985, pp. 85-86). Como este mismo autor explica, la entrada de la rehabilitación (en sus denominaciones de resocialización y reeducación) en España con la promulgación de la Ley General Penitenciaria de 1979 y su cristalización en la Constitución Española de 1978 coinciden con el momento en que estas ideas estaban siendo objeto de duras críticas por diversos frentes. Muñoz Conde afirma que es saludable y digna

> la decisión adoptada por el legislador en esta materia de recoger, aunque sea con retraso, las aspiraciones de tantos penalistas que desde hace más de un siglo vienen solicitando una configuración más humana y resocializadora del sistema de cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad (1979, p. 75).

Sin embargo, agrega que esta decisión llega «en un momento en el que empiezan a oírse por todas partes quejas y aun a expresarse serias dudas sobre las posibilidades de la realización práctica y aun sobre la necesidad de la resocialización del delincuente» (Muñoz Conde, 1979, p. 75).

Así, antes de 1995, la intervención penal en libertad existía en España solo en el sistema juvenil, y en el de adultos únicamente en la fase de libertad condicional y en tercer grado. Cabe entonces preguntarse: ¿por qué la *probation* llega tan tardíamente a España? Para responder esta cuestión debemos, inicialmente, hacer referencia a las razones esgrimidas con anterioridad para el resto de Europa, retomando el hecho de que el desarrollo de un modelo de suspensión de la pena para delincuentes ocasionales que no necesitan de intervención excluye la necesidad de supervisión. Pese a ello, otros países del sistema de derecho civil incorporaron la supervisión en sus modelos de *sursis* en la década de los años sesenta. España no lo hizo, posiblemente a causa de dos cuestiones adicionales: la adopción de un sistema sancionador binario o dualista y la dictadura franquista.

Habrá un sistema dualista si los fines de represión, prevención y lucha contra la delincuencia se persiguen por medio de la pena y con ella coexisten medidas de seguridad o de corrección (Muñoz Conde, 1985, p. 39)[20]. El legislador español optó por el sistema binario, que era el imperante en el siglo XIX, de acuerdo con el cual la intervención está reservada para las medidas de seguridad. La pena, en cambio, no debería integrar elemento alguno más allá del componente punitivo proporcional (Silva Sánchez, 1995, pp. 79-80). Cualquier cuestión diferente a esta idea para la pena pareciera ser mirada con desconfianza

20 En un sistema monista, todos estos fines se persiguen por medio del mismo instrumento: la pena.

por los principios del derecho penal liberal[21]. Cabe señalar, eso sí, que el modelo no es puro y admitió una evolución que contempla excepciones en la etapa ejecutiva de la pena y para la justicia de menores, por ejemplo (Silva Sánchez, 1995, pp. 80-83); pero sirve para explicar, en parte, las dificultades de la incorporación de las penas comunitarias en España.

Por otra parte, las ideas que provocaron un resurgimiento del ideal rehabilitador en los años sesenta no pudieron impactar en una España inmersa en la dictadura franquista. Cuando la dictadura acabó, no solo había otras prioridades a la hora de implementar el Estado de derecho, sino que el ideal rehabilitador ya estaba en su momento de descrédito e imperaba el pesimismo (Cid & Larrauri, 2005, p. 26; Muñoz Conde, 1979, p. 75).

Es con la segunda ola de fertilización que el Código Penal español de 1995 incorpora la posibilidad de establecer obligaciones adicionales en el contexto de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (entre las que se incluye la obligación de realizar programas formativos y de tratamiento) y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La institución de la suspensión con obligaciones es calificada como una modalidad de *probation* por Cid (2009, pp. 26-27), quien la denomina «suspensión con *probation*»[22]. Para el autor, la suspensión con obligaciones se asimila a la *probation* por dos razones. En primer lugar, da un argumento histórico, afirmando que mientras la suspensión ordinaria existe porque se considera innecesaria la intervención sobre el penado para evitar la reincidencia, el nacimiento de la suspensión con *probation* «aporta como principal novedad la supervisión de la persona en libertad para intervenir sobre los factores que contribuyen a la reincidencia» (p. 27). En segundo lugar, aporta un argumento penológico, sosteniendo la relevancia distintiva de la suspensión con *probation* en un sistema punitivo que, como la investigación sobre la efectividad preventivo-especial de las penas demuestra, «requiere de respuestas diferenciadas para adaptarse al riesgo y problemas delictivos que presente cada delincuente» (p. 27).

## VI. LA ARMONIZACIÓN DE SUSPENSIÓN Y *PROBATION* EN EUROPA DESDE LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA

Ambas instituciones (*probation* y suspensión de la pena) no evolucionaron aisladas. Así, por ejemplo, la Unión Internacional de Derecho Penal a la que hice referencia con anterioridad era frecuentada no solo por

21 Se pueden ver las críticas al sistema de medidas de seguridad en Muñoz Conde (1985, pp. 47-52).

22 Otros, como Mapelli, también parecen valorar esta figura como próxima a la *probation* anglosajona. Mapelli (2011) señala que «la nueva regulación ha aproximado nuestro modelo de suspensión a la *probation* inglesa con una mayor orientación preventiva especial, avanzando en la desaparición de los elementos más objetivos» (p. 122).

penalistas de la Europa continental, sino que también contaba con miembros de los Estados Unidos y del Reino Unido. Cuando la Unión postulaba en su constitución que debía contemplarse la sustitución de periodos cortos de prisión por otros castigos (Berdugo, 1982, p. 16), los anglosajones lo interpretaban para sus jurisdicciones como algo referido al sistema ya existente de *probation* (Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 7).

En la evolución histórica hay varios eventos más que no solo aproximan ambas jurisdicciones en términos académicos y profesionales, sino que inician un camino de acercamiento y armonización normativa. La más destacable comienza en la década de los años noventa, en la etapa en que las penas comunitarias gozaron de una renovada popularidad. Recientemente, Robinson *et al.* (2014) ofrecieron cuatro narrativas que ayudan a explicar el vigor de las sanciones comunitarias en el contexto actual, pese a que tanto el ideal rehabilitador como el bienestarismo penal han decaído. De acuerdo con estos autores, las penas comunitarias se han adaptado a los cambios del contexto para permanecer como una respuesta coherente y creíble aun en la modernidad tardía. Estas adaptaciones implican no solo un cambio en el discurso, sino también en el contenido; así como en la justificación e, incluso, la creación de nuevas penas comunitarias. De esa forma, a) las penas comunitarias y las instituciones que participan en su ejecución se han adaptado a un modelo «gerencial», organizándose para la gestión y administración de penas, penados y sus riesgos; b) las sanciones se han adaptado, integrando y reconociendo su aspecto punitivo; c) se ha promovido la rehabilitación en un nuevo contexto, no por su humanidad y los beneficios para la vida del penado, sino enfatizando su valor instrumental para la protección del público; y d) se ha adaptado el discurso[23] y contenido[24] de las penas comunitarias, incorporado un elemento reparador para dotarlas de nueva legitimidad. La narrativa descrita en el punto b) permite su coherencia no solo con tendencias de carácter punitivo, sino también con aquellas retributivas, en el sentido de que las penas comunitarias ofrecen un marco penológico más amplio para operar con los principios de proporcionalidad, considerando sus restricciones de carácter personal. Como se señaló previamente, desde la escuela del merecimiento, Von Hirsch *et al.* (1989, pp. 599-600) confeccionaron el modelo Hirsch-Wasik-Greene para los «castigos en la comunidad», en el que proponen una idea de cómo aplicar estas penas en un modelo retributivo. Por su parte, la narrativa del punto c) genera ciertas aprensiones, pues considera problemática la centralidad que la seguridad pública ha ocupado en el debate —ya que no todo riesgo es previsible ni todo daño resulta prevenible (McNeill & Weaver, 2010, pp. 13-14)—, de manera que creo que hay que ser

23 De acuerdo con esta línea discursiva, la mejor forma de retribuir a la sociedad el daño realizado es enderezando su vida.

24 Con la incorporación de los servicios comunitarios y la mediación.

cuidadoso a la hora de justificar las penas comunitarias simplemente por su eficacia en la evitación de la reincidencia. Las penas comunitarias deben defenderse, más bien, porque evitan el recurso a la privación de la libertad y permiten una intervención resocializadora.

Estas cuatro características y evoluciones de las penas comunitarias nutren los argumentos que las dotan de legitimidad y las hacen creíbles, aun en lo que se ha denominado como el «giro punitivo de Europa», permitiendo su incremento constante desde la década de los años noventa (Aebi *et al.*, 2015, pp. 581-597). Para Yang (2019, p. 6), en este periodo, los dos aspectos que han facilitado el cambio en la percepción social de la impunidad respecto de las penas comunitarias son la ampliación del alcance de los penados «elegibles» para su imposición y el creciente énfasis en la seguridad ciudadana. Todo ello, a su vez, se refleja en las variadas e intensas condiciones vinculadas a las penas comunitarias y al incremento de la vigilancia sobre las mismas mediante el control electrónico.

Lo anterior se traduce en una cierta convergencia internacional, que se ha manifestado en regulación variada (ONU y Consejo de Europa) desde la década de los años noventa. De esta regulación, se puede destacar que se ha utilizado no solo para promover el uso de las penas comunitarias para reducir las tasas de prisión, sino también para desarrollar unos estándares mínimos que debían asumirse para asegurar el respeto de los derechos humanos de los penados (Morgenstern & Larrauri, 2013 pp. 126-130). Así, al revisar estos instrumentos, se pueden encontrar constantes referencias a la necesaria promoción de las penas comunitarias y el desarrollo más o menos pormenorizado de estándares mínimos para su implementación, reconociendo de esta manera la naturaleza punitiva de las penas comunitarias. Este último punto es de vital importancia, ya que constituye el valor fundamental de las recomendaciones e instrumentos internacionales, entregando un estándar de derechos humanos con el objeto de ensanchar o concretizar los instrumentos de derechos humanos en una materia particular.

Estos instrumentos internacionales persiguen una armonización de regulaciones y prácticas, entre otras cosas, de manera que muchos de los países miembros percibirán que sus prácticas son coherentes con las normas europeas cuando se dictan, mientras que otros usarán las reglas europeas para tomar decisiones acerca de cuáles debieran ser las prácticas y la estructura de sus servicios en materia de penas comunitarias (Canton, 2010, p. 65). Morgenstern y Larrauri (2013, p. 151), a su vez, observan con cierto escepticismo la posición de algunos Estados que sostienen cumplir con los estándares de las Recomendaciones europeas (y, por tanto, tendrían un valor o interés reducido en sus jurisdicciones).

Una cuestión que surge con la transferencia de políticas que implican estas normativas internacionales (así como cualquier otra) es que mientras la transferencia debe tener en cuenta y respetar las formas locales de hacer las cosas, los Estados muchas veces buscan la inspiración y guía de otros países (Canton, 2010, p. 65). De esa manera, la existencia de estas normas internacionales puede incrementar la influencia de los países anglosajones en el desarrollo o cambio de las políticas penológicas en jurisdicciones del derecho civil. Toda esta influencia, sin embargo, puede verse bastante limitada por el reciente proceso del Brexit.

Respecto del impacto de las normas europeas en materia de penas comunitarias, Morgenstern (2009, pp. 135-139) ha sostenido que estas pueden tener un impacto punitivo en las legislaciones nacionales, ya que regular instituciones como las penas indeterminadas y el control electrónico[25] sin una evaluación previa de su efectividad y sus consecuencias puede llevar a la adopción de estas instituciones por parte de algunas jurisdicciones del derecho civil que no las contemplaban, pudiendo incluso catalizar procesos de expansión de la red penal. La académica modera su preocupación al recordarnos que las normas internacionales en esta materia han sido fruto del esfuerzo mancomunado de profesionales veteranos del sistema penal y la academia; así, la participación de técnicos y académicos en las decisiones de política criminal ha sido considerada como un factor de protección ante las tendencias punitivistas.

En el año 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (*non-custodial measures*) en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre, más conocidas como Reglas de Tokio. Esta resolución procuraba el fomento del uso de las medidas no privativas de libertad por parte de los Estados, así como el establecimiento de garantías mínimas en cuanto a la salvaguarda de los derechos de los penados; y constituyen un esfuerzo por enfrentar la sobrepoblación penitenciaria y mejorar la credibilidad de las penas no privativas de libertad (Morgenstern, 2009, p. 129). En su desarrollo trabajaron cuerpos internacionales y ONG, mientras que la redacción estuvo a cargo de los expertos del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes (Unafei), que trabajó con base en una propuesta de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria: las Reglas de Groningen de 1988 (p. 130).

En cuanto a la regulación europea en materia de penas comunitarias, ha sido desarrollada especialmente a partir de recomendaciones que, pese a no tener un carácter vinculante, tienen un valor que emana de su

25 En este último caso, hace referencia a las presiones de las compañías proveedoras.

autoridad por haber sido adoptadas unánimemente por los representantes de los Gobiernos (el Comité de Ministros) y por la participación de diversas ONG y académicos en su preparación (Morgenstern, 2009, p. 131; Morgenstern *et al.*, 2017, pp. 19-20). El instrumento de la recomendación está regulado, en general, en el artículo 15 del Estatuto del Consejo de Europa[26], que en su parte final establece como única suerte de mecanismo de control a la petición por parte del Comité de informes a los Estados respecto de las medidas tomadas en relación con la recomendación.

En 1992 se publicaron las Reglas Europeas sobre Penas y Medidas Comunitarias, las cuales fueron actualizadas en el año 2000 para admitir las penas indeterminadas. En su preámbulo, se estipuló que la aplicación de las penas comunitarias debía balancear la necesidad de proteger a la sociedad y las necesidades del penado, teniendo en cuenta su adaptación social.

En el año 2017 estas reglas europeas fueron reemplazadas, siguiendo la Recomendación CM/Rec(2017)3, con el objeto de actualizarlas considerando el desarrollo que han experimentado los distintos Estados miembros en materia de penas comunitarias; su potencial para combatir la delincuencia, disminuir el daño y mejorar la justicia, evitando los efectos negativos del encarcelamiento; las nuevas posibilidades de un uso más efectivo de las penas comunitarias; y los nuevos desarrollos y prácticas identificadas por los Estados miembros, entre otras razones. Los principios y principales reglas se mantuvieron en esencia, desarrollándose o actualizándose en ocasiones de acuerdo con las nuevas tendencias penológicas (así, por ejemplo, se hace referencia al desistimiento como finalidad de las penas comunitarias).

En 2008 se adoptó la Decisión Marco 2008/947/JAI para la supervisión de medidas de *probation* y penas alternativas, y en 2010 se publicaron las Reglas Europeas sobre Probation. Sobre estas últimas, Canton (2010, p. 69), uno de los dos académicos que apoyó al Consejo de Europa en la cooperación penológica para la redacción de las reglas, afirma que estas representan el compromiso de guiar el desarrollo de la *probation* dentro del espíritu y la letra de la Convención. En el mejor de los casos, estas reglas podrían convertirse en la inspiración y el origen del trabajo de libertad condicional en Europa; o, cuando menos, servir como una

26 «a) El Comité de Ministros examinará, por recomendación de la Asamblea Consultiva o por iniciativa propia, las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de convenios y de acuerdos y la adopción por los Gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos. Sus conclusiones serán comunicadas a los Miembros por el Secretario general.
b) Las conclusiones del Comité de Ministros podrán, si hubiere lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. El Comité podrá invitar a éstos a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones».

restricción ética sobre los excesos potenciales del punitivismo, la justicia preventiva y la instrumentalización de la *probation*.

Este impulso académico y europeo en la década de los años noventa puede percibirse en las reformas nacionales que incorporan o refuerzan las penas comunitarias en diversos países. Así, Bélgica introduce en 1994 los servicios comunitarios y la mediación en un intento de endurecer las penas alterativas y enfrentar su problema de legitimidad, a lo que siguen diferentes cambios legislativos para introducir nuevas penas comunitarias autónomas, no sujetas a la suspensión de una pena de prisión (Beyens, 2016, p. 15). Como se desarrolló *supra*, en España se introdujeron las primeras penas comunitarias en 1995, año en que se dictó un nuevo código penal que contempló la suspensión de la pena con condiciones (*probation*) y los trabajos en beneficio de la comunidad en modalidad de pena directa o sustitutiva de una pena privativa de libertad (Blay & Larrauri, 2016, p. 193). En Francia, en los años 1983 y 1997, respectivamente, se introdujeron los servicios comunitarios (como condición en la suspensión y como pena autónoma) y el control telemático en un nuevo ejercicio de transferencia por parte del Estado inglés (Herzog-Evans, 2016, p. 54). Los Países Bajos ampliaron en 2001 el marco legal de las penas comunitarias, de manera que a las que ya se aplicaban como sustitutivas de la prisión se agregaron otras de existencia autónoma. Así nacen las *taakstraffen* (literalmente, «pena de tareas») o servicios en beneficio de la comunidad, las cuales podían ser impuestas por el juez como pena autónoma y, además, eran susceptibles de ser invocadas por el fiscal como una condición de un acuerdo extrajudicial (Boone, 2016, pp. 96-97). En la década de los años noventa, Alemania fue parte de la discusión en torno a las penas comunitarias; sin embargo, se resistió por diversas razones a modificaciones legales que ampliarían las penas alternativas existentes, salvo en algún Estado en particular (Morgenstern, 2016, pp. 82-83). A pesar de ello, el país germano realizó modificaciones en la misma línea ya iniciado el siglo XXI.

## VII. CONCLUSIONES

La supervisión en las penas comunitarias nació en los sistemas del *common law* como una herramienta necesaria para la rehabilitación de los penados, lo que explica que estuviera ausente en el origen de las penas alternativas en los sistemas de derecho civil, ya que estas surgieron como respuesta para penados que se estimaba que no requerían de rehabilitación (o resocialización) alguna.

Con el tiempo, los sistemas del *common law* fertilizaron a los sistemas del derecho civil, transfiriendo este elemento de supervisión a sus penas alternativas propias (*sursis*) en dos olas. La primera ola se dio en la década de los años sesenta, durante el auge del ideal rehabilitador,

cuando los países del derecho civil incluyeron la supervisión dentro de sus sistemas penológicos. La transferencia fue resistida en dos sentidos: no se incorporó la supervisión como pena autónoma mediante la introducción de la *probation*, sino modificando el modelo existente de *sursis*; y estas nuevas figuras fueron aplicadas tímidamente por parte de los países. Cabe considerar, además, que el denominado decaimiento del ideal rehabilitador probablemente obró como concausa en este fenómeno.

En la segunda ola, la fertilización se produjo en la década de los años noventa. Dos fenómenos operaron como catalizadores en este proceso: en ese momento histórico, la supervisión como elemento de las penas no privativas de libertad había evolucionado de conformidad a los nuevos tiempos, por lo que gozaba de una nueva popularidad. Algunos de estos cambios eran sustantivos, como la incorporación del control telemático y la tendencia a incrementar las obligaciones de los penados sometidos a las penas comunitarias; pero otros cambios implicaban principalmente modificaciones en el discurso, como la defensa de esta tipología de penas por su carácter punitivo, que podía responder a las exigencias de mayor rigor en un giro punitivo europeo o por su contribución a la seguridad ciudadana mediante la rehabilitación de los penados.

El segundo catalizador consistió en la creciente normativa internacional en materia de penas comunitarias, la cual buscaba promover el uso de estas instituciones para disminuir el recurso a la prisión, estableciendo estándares mínimos de derechos humanos en su implementación. Esta tendencia nomogenética sirvió como inspiración para la profundización de la supervisión en el sistema penológico de algunas jurisdicciones del derecho civil.

Por último, es necesario reflexionar sobre los impactos de los fenómenos de transferencia de las penas comunitarias en los sistemas penales. Al tratarse de una institución estructuralmente ubicada entre la prisión, por un extremo, y las penas nominales y de multa, por otro, las penas comunitarias pueden producir un efecto de reducción del recurso a la prisión (como es promovido por las reglas internacionales) o de expansión de la red penal en el que se amplía el ámbito de control penal del Estado. Dicho control se traduce en la supervisión de sujetos que antes no entraban al sistema penal, la facilitación del castigo de nuevas conductas y una intervención más intensa en la vida de penados que, sin las penas comunitarias, podrían haber optado a una pena sin supervisión. Esto invita a un uso moderado de las penas comunitarias, delimitando *a priori* su ámbito de injerencia para absorber casos de potenciales privados de libertad. Sin embargo, no deja de ser paradójico que el fenómeno de transferencia de las penas comunitarias, que reconoce como objetivo la reducción del recurso a la prisión, ocurra desde los países anglosajones,

que tienen problemas tanto más importantes de sobrepoblación carcelaria que los países de sistemas del derecho civil.



## REFERENCIAS

Aebi, M., Delgrande, N., & Marguet, Y. (2015). Have community sanctions and measures widened the net of the European criminal justice systems? *Punishment & Society*, *17*(5), 575-597. https://doi.org/10.1177%2F1462474515615694

Allen, F. A. (2009) [1981]. The Decline of the Rehabilitative Ideal. En A. Von Hirsch, A. Ashworth y J. Roberts (eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy* (pp. 11-15). Oxford: Hart.

Berdugo, I. (1982). *Evolución del derecho penal contemporáneo y la unión internacional*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

Beyens, K. (2016). The new generation of community penalties in belgium: More is less... En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 13-29). Nueva York: Routledge.

Blay, E., & Larrauri, E. (2016). Community punishments in Spain. A tale of two administrations. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 191-208). Nueva York: Routledge.

Blay, E. (2019). El papel de los Delegados de Ejecución en la ejecución penal en la comunidad ¿gestores o agentes de rehabilitación? *InDret*, (4). https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/364409

Boone, M. (2016). Community Punishment in the Netherlands: A history of crises and incidents. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 95-113). Nueva York: Routledge.

Boone, M., & Maguire, N. (eds.). (2017). *The enforcement of offender supervision in Europe: understanding breach processes*. Nueva York: Routledge.

Bottoms, A., Gelsthorpe, L., & Rex, S. (2001). The contemporary scene for community penalties. En A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges* (pp. 1-15). Londres, Nueva York: Routledge.

Bottoms, A., Rex, S., & Robinson, G. (2004). How did we get here? En A. Bottoms, S. Rex y G. Robinson (eds.), *Alternatives to Prison. Options for an insecure society*. Londres, Nueva York: Routledge.

Canton, R. (2009). Taking probation abroad. *European Journal of Probation*, *1*(1), 66-78. https://doi.org/10.1177%2F206622030900100105

Canton, R. (2010). European Probation Rules: What they are, why they matter. *EuroVista: Probation and Community Justice*, *1*(2), 62-71. http://hdl.handle.net/2086/5685

Cid, J. (2007). Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (11), 151-168.

Cid, J. (2009). *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*. Barcelona: Bosch.

Cid, J., & Larrauri, E. (2005). Penas alternativas y delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar? En J. Cid y E. Larrauri (eds.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* (pp. 13-44). Valencia: Tirant lo Blanch.

Cohen, S. (1988). *Visiones de control social*. Barcelona: PPU.

Durnescu, I. (2014). Community sanctions. En *The Routledge handbook of European criminology*. Londres, Nueva York: Routledge.

Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (2da ed.). México: Siglo XXI.

Garland, D. (2005 [2001]). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.

Herzog-Evans, M. (2016). Legal architecture, political posturing, «prisonbation», and adieu social work. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 51-71). Nueva York: Routledge.

Larrauri, E. (1991). Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, *44*, 45-64.

Larrauri, E. (1996). Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal. *Estudios penales y criminológicos*, *19*, 203-218. http://hdl.handle.net/10347/4130

Maqueda, M. L. (1985). *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

Martí Barrachina, M. (2019). Prisiones abiertas: la supervisión de la pena de prisión en semilibertad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *21*(7). http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-07.pdf

Martínez, J. (2012). La libertad vigilada. *Cuadernos Digitales de Formación*, (2).

Martinson, R. (1974). What Works? Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, *35*, 22-54.

McNeill, F., & Robinson, G. (2016). Community punishment and the penal state. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 228-240). Nueva York: Routledge.

McNeill, F., & Weaver, B. (2010). *Changing Lives? Desistance Research and Offender Management*. SCCJR Project Report N° 03/2010. https://www.sccjr.ac.uk/publications/changing-lives-desistance-research-and-offender-management/

Morgenstern, C. (2009). European Initiatives for Harmonisation and Minimum Standards in the Field of Community Sanctions and Measures. *European Journal of Probation*, *1*(2), 128-141. https://doi.org/10.1177/206622030900100205

Morgenstern, C. (2016). 'Der resozialisierungsgrundsatz': Social reintegration as the dominant narrative for community punishment in Germany? En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 72-94). Nueva York: Routledge.

Morgenstern, C., & Larrauri, E. (2013). European Norms, Policy and Practice. En F. Mcneill y K. Beyens (eds.), *Offender Supervision in Europe* (pp. 125-154). Hampshire, Nueva York: Palgrave Macmillan.

Morris, N., & Rothman, D. J. (1998). *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in Western society*. Nueva York: Oxford University Press.

Muñoz Conde, F. (1979). La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, *31*, 73-84.

Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.

Murillo, C. (2017). Las nuevas penas comunitarias de la ley 18.216: cuatro tensiones a nivel de ejecución. *Nova Criminis*, *9*(13), 109-149.

Nellis, M. (2001). Community penalties in historical perspective. En A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges* (pp. 16-40). Londres, Nueva York: Routledge.

Ortiz de Urbina, Í. (2010). La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo? Transcipción de la ponencia en las *XXXII Jornadas organizadas por la Abogacía General del Estado. El Nuevo Código Penal*. https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292342418143-Ponencia_de_Inigo_Ortiz_de_Urbina_Gimeno.PDF

Petersilia, J. (1997). Probation in the United States. *Crime and Justice*, *22*. https://doi.org/10.1086/449262

Phelps, M. S. (2013). The Paradox of Probation: Community Supervision in the Age of Mass Incarceration. *Law & policy*, *35*(1-2), 51-80. https://doi.org/10.1111/lapo.12002

Raynor, P. (2012). Community penalties, probation and offender management. En M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology* (5ta ed.). Oxford: Oxford University Press.

Robinson, G., Mcneill, F., & Maruna, S. (2014). Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones comunitarias (Javier Velasquez, trad.). *Política Criminal*, *9*(17), 147-181. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000100005

Robinson, G., & Mcneill, F. (2016). Studiying the evolution of 'community punishment' in comparative context. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 1-12). Nueva York: Routledge.

Roldán, H. (1988). *Historia de la prisión en España*. Barcelona: PPU.

Rothman, D. J. (2002). *Conscience and convenience: the asylum and its alternatives in progressive America*. Nueva York: Aldine de Gruyter.

Rowbotham, J. (2009). Turning away from criminal intent: Reflecting on Victorian and Edwardian strategies for promoting desistance amongst petty offenders. *Theoretical Criminology*, *13*(1), 105-128. https://doi.org/10.1177/1362480608100175

Rumgay, J. (2009). Probation. *The New Oxford Companion to Law*. Oxford: Oxford University Press.

Silva Sánchez, J. M. (1995). Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad para inimputables y semiimputables. *Derecho Penal y Criminología*, *18*(79). https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dpencrim18&div=11&id=&page=

Svensson, K. (2016). Philanthropy, welfare state and managerial treatment: Three phases of community punishment in Sweden. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 209-227). Nueva York: Routledge.

Tamarit, J. (2007). Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *9*(6), 1-40. http://hdl.handle.net/10459.1/347

Van Zyl Smit, D., Snacken, S., & Hayes, D. (2015). «One cannot legislate kindness»: Ambiguities in European legal instruments on non-custodial sanctions. *Punishment & Society*, *17*(1), 3-26. https://doi.org/10.1177/1462474514560186

Von Hirsch, A., Wasik, M., & Greene, J., (1989). Punishments in the community and the principles of desert. *Rutgers Law Journal*, *20*(3), 595-618.

Worrall, A., & Hoy, C. (2005). *Punishment in the community: managing offenders, making choices* (2da ed.). Cullompton, Devon: Willan Publishing.

Yang, X. (2019). Changes in European instruments as a reflection of a shift in legal philosophies relating to community sanctions and measures. *European Journal of Criminal Policy and Research*, *25*, 153-169. https://doi.org/10.1007/s10610-018-9369-2

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Crime and Courts Act (25 de abril de 2013).

Criminal Justice Act (21 de julio de 1991).

Decisión Marco 2008/947/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (Consejo de Europa, 27 de noviembre de 2008).

Estatuto del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949).

Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (12 de enero de 2000).

Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (22 de junio de 2010).

Probation of Offenders Act (21 de agosto de 1907).

Recomendación CM/Rec(92)16 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo europeo sobre las reglas europeas sobre penas y medidas comunitarias (1992).

Recomendación CM/Rec(2000)22 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo europeo en mejorar la implementación de las reglas europeas sobre penas y medidas comunitarias (2000).

Recomendación CM/Rec(2017)3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo europeo sobre las reglas europeas sobre penas y medidas comunitarias (2017).

Recomendación CM/Rec(2010) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas del Consejo de Europa relativas a la probation, Reglas europeas de probation (2010).

Reglas mínimas para la implementación de medidas no privativas de libertad, Reglas de Groningen (1988).

Resolución N° 45/110 de la Asamblea General sobre Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, Reglas de Tokio (14 de diciembre de 1990).

Unión Internacional de Derecho Penal, Estatutos (1889).

Recibido: 29/04/2021
Aprobado: 22/09/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.003
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 65-103
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Probabilidad lógica y prueba penal en Chile: ¿influencia de la cultura del *common law*?

## Logic Probability and Criminal Evidence in Chile: ¿Influence of Common Law Culture?

JUAN SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ*
Universidad de Chile (Chile)

**Resumen:** Este trabajo se referirá a la recepción por parte de la doctrina y jurisprudencia chilena en materia penal de la probabilidad lógica derivada del *evidence* anglosajón. Intentaré justificar que ello ha ocurrido a través de la interpretación del principio de razón suficiente como límite lógico perteneciente a la noción sana crítica y también expondré algunas dificultades detectadas.

Esta investigación pretende ser una contribución al diálogo entre las diversas culturas jurídicas del sistema del *common law* y el *civil law*. Este trabajo también busca profundizar en una perspectiva histórica de la evolución de los estudios de la prueba penal en los ordenamientos procesales penales iberoamericanos, pues es necesario generar lazos de comunicación entre las perspectivas del *evidence* anglosajón y el derecho procesal continental con el fin de favorecer la racionalidad y justicia de las decisiones judiciales en materia de hechos.

La primera parte de este trabajo se referirá a la probabilidad lógica en el contexto de la *new evidence scholarship*. La segunda parte se referirá a la prueba de los hechos en la tradición del *civil law*, desde la Ilustración hasta nuestros días. La tercera parte se referirá a la probabilidad lógica en la doctrina y la jurisprudencia chilena. En la última parte, se discutirá una posible recepción del concepto de probabilidad lógica en materia probatoria penal en Chile.

**Palabras clave:** Prueba penal, probabilidad lógica, sana crítica, valoración de la prueba, proceso penal

***Abstract:*** This work will refer to the reception by Chilean doctrine and cases law of the logical probability from Anglo-Saxon evidence in criminal matters. I will try to justify that this has occurred from the interpretation of the principle of sufficient reason as a logical limit from sound criticism concept and I will also expose some difficulties detected.

This research is intended to be a contribution to the dialogue between the legal cultures of the common law and civil law systems. This work also seeks to delve into a certain historical perspective of the evolution of the studies of criminal evidence in the Ibero-American criminal procedural systems, because it is necessary to generate links of communications between the perspectives of Anglo-Saxon evidence and continental procedural law to promote rationality and justice of adjudications in matters of the facts.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España) y profesor asistente de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, Santiago (Chile).
Código ORCID: 0000-0001-9578-8213. Correo electrónico: jsvera@derecho.uchile.cl

The first part of this work will refer to logical probability in the context of the new evidence scholarship. The second part will refer to the proof of the facts in the civil law tradition, from the Enlightenment to the present day. The third part will refer to logical probability in Chilean doctrine and case law. The last part will discuss a possible reception of the concept of logical probability in criminal evidence in Chile.

***Key words:*** Criminal evidence, logical probability, sound criticism, evaluating evidence, criminal process

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. PROBABILIDAD LÓGICA Y *EVIDENCE* ANGLOSAJÓN.- II.1. EL CAMINO DE LA *NEW EVIDENCE SCHOLARSHIP*.- II.2. EL ENFOQUE DE LA PROBABILIDAD LÓGICA.- III. EL SISTEMA CONTINENTAL IBEROAMERICANO Y LA RACIONALIDAD PROBATORIA EN MATERIA PENAL: FUNDAMENTANDO LA DIFERENCIA COMO BASE DEL POSTERIOR ENCUENTRO.- III.1. LA ILUSTRACIÓN Y LOS HECHOS.- III.2. LA POSTCODIFICACIÓN, EL DERECHO PROCESAL Y LOS HECHOS.- III.3. LA ESCUELA BARCELONESA, LOS PROCESALISTAS LATINOAMERICANOS Y LA RACIONALIDAD PROBATORIA.- III.4. BASES DE ENCUENTRO ENTRE LAS DIVERSAS CULTURAS JURÍDICAS A PARTIR DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE FINES DEL SIGLO XX.- IV. PROBABILIDAD LÓGICA EN MATERIA PENAL EN CHILE.- IV.1. LO DICHO POR LA DOCTRINA.- IV.2. LO DICHO POR LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA PENAL.- V. ¿UNA RECEPCIÓN ATENUADA DE LA PROBABILIDAD LÓGICA EN CHILE? LUCES Y SOMBRAS.- VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Una persona que recién hoy se adentra al estudio de la prueba en el ámbito penal en Chile —y en la mayoría de los países latinoamericanos— enfrentará un panorama muy distinto al que exhibió el tema hace más de cincuenta años. Actualmente, la cuestión probatoria en materia penal, además de ser objeto de abundante literatura, está permeada por elementos de la cultura jurídica anglosajona y de la románica continental. También es posible constatar puntos de conexión del derecho procesal con la filosofía del derecho, en el marco de una consolidada independencia disciplinar de los estudios de los enjuiciamientos. Del mismo modo, ya se empieza a asumir que la cuestión de la «prueba» no es solo un reducto del derecho, sino que también debe mostrarse permeable a los conocimientos de otras áreas como la epistemología. Ello, precisamente, porque la decisión judicial se conecta con la realidad a partir del juicio o decisión sobre los hechos. Los aportes epistemológicos a la discusión están fuertemente influenciados por el *evidence* anglosajón, lo que necesariamente exige de parte del derecho procesal continental una actitud de apertura en la materia respecto del sistema del *common law*.

De otro lado, los procesos penales iberoamericanos han sufrido una fuerte influencia de los enjuiciamientos penales anglosajones, fenómeno especialmente apreciable a partir de las modificaciones legislativas registradas desde el cambio de milenio en adelante. Esto se da, entre otras razones, porque los procesos penales anglosajones son fuertes referentes normativos en términos de oralidad, celeridad, rapidez y cautela de garantías, cuestiones que se proyectan en sus reglas probatorias, como la exclusión de la prueba ilícita.

Este trabajo pretende ser una contribución a la explicación del fenómeno de la prueba penal en Chile a partir de la interacción de sus diversos elementos, tanto de la tradición del *common law* como de la románica continental. Específicamente, intentaré justificar que el concepto de probabilidad lógica de la cultura probatoria anglosajona ha tenido una cierta recepción en la doctrina y jurisprudencia chilena a partir de los desarrollos del concepto de sana crítica y del principio de razón suficiente. El camino teórico que seguiré a partir de las obras que se referirán en la materia de seguro que no será capaz de dar cuenta de todo lo escrito, que actualmente es profuso y abundante. Para ello, consideraré con especial cuidado las obras que, a mi juicio, han tenido un mayor impacto en la doctrina y jurisprudencia, pero este esfuerzo discriminador ha exigido dejar muchos trabajos fuera. Aclaro desde ya el punto.

En la primera parte de este trabajo daré cuenta de las principales notas identitarias de la probabilidad lógica en el contexto de la *new evidence scholarship*. En la segunda parte, me referiré a la prueba de los hechos en la tradición judicial de la cultura románica continental, comenzando en la Ilustración, pasando por el periodo de postcodificación y revisando las primeras bases de encuentro actuales con la cultura jurídica del *common law*. En la tercera parte, trataré la probabilidad lógica en la doctrina y jurisprudencia chilena. En la última parte, me referiré a la posibilidad de hablar de una recepción del concepto de probabilidad lógica en materia probatoria en Chile.

## II. PROBABILIDAD LÓGICA Y EL *EVIDENCE* ANGLOSAJÓN

### II.1. El camino de la *new evidence scholarship*

La discusión probatoria por excelencia en el ámbito del *law of evidence* norteamericano puede ser retratada como un enfrentamiento entre la probabilidad matemática y la probabilidad lógica. Esta alternancia de opiniones científicas ha tenido tanta fuerza que, incluso, se le ha considerado formar parte de las notas identitarias de lo que actualmente se denomina racionalidad probatoria (Twining, 2006, p. 85; Accatino, 2019, pp. 1 y ss.). Para los efectos de este trabajo, entenderemos que la

probabilidad lógica es solo un enfoque o sistema integrante de lo que se ha denominado «teoría racionalista de la prueba» (Jackson & Summers, 2012, p. 15; Twining, 2006, p. 86; Anderson *et al.*, 2015, p. 319), que comparte lugar con otros como el de la probabilidad matemática.

Desde el punto de vista histórico, en el ámbito anglosajón el enfoque de la probabilidad matemática se presentaba como inicialmente prevalente, entre otras razones, porque parece muy convincente que un determinado dato aporte un coeficiente numérico que se relaciona con otros para determinar el grado de acaecimiento de la hipótesis fáctica, expresado en una cifra que va desde el 0 al 1, a través de la aplicación judicial del teorema de Bayes. En efecto, si bien no hay claridad del todo respecto al origen de la *new evidence scholarship* en los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XX, ello puede ser atribuible al abandono de los juristas por el estudio del campo de las pruebas judiciales, lo que generó el interés de académicos de otras disciplinas. Así, no era raro encontrar opiniones doctrinales en esta época que señalasen que el campo de la prueba estaba moribundo, o que el trabajo de los grandes comentaristas sobre la prueba en Estados Unidos ya estaba largamente terminado (Jackson, 1996, p. 311). En efecto, el debate probatorio resurgió enérgicamente luego de la decisión del caso *People vs. Collins* (1968), agrupando una buena cantidad de voces críticas respecto de la utilización de prueba estadística para decidir sobre los hechos de un caso.

En el año 1977 se produce, a mi modo de ver, un hito importante en el estudio del derecho probatorio anglosajón con la obra de J. L. Cohen (1977) titulada *The probable and the provable*. En ella, se critica de una manera contundente la vigencia de la probabilidad matemática como respuesta a la cuestión de la prueba, acuñándose el concepto de probabilidad lógica o inductiva como respuesta[1]. En efecto, para parte de la doctrina la obra de Cohen, si bien publicada en Reino Unido, hace entrar a la *new evidence scholarship* en una segunda etapa o nivel (Jackson, 1996, pp. 312 y ss.).

La disputa entre la probabilidad matemática y la probabilidad lógica en materia probatoria en el marco de la *new evidence scholarship* no solo está presente en los ordenamientos jurídicos del *common law*, sino también en los del *civil law*, pese a que en estos no se dispone de un derecho probatorio claro, identificable y autónomo como sucede en la cultura jurídica anglosajona (Jackson, 1996, p. 309). Sin embargo, esta contienda no tendrá la misma potencia teórica exhibida en los países anglófonos por el poco éxito de la probabilidad matemática como enfoque probatorio en los ordenamientos jurídicos derivados de la tradición románica continental. La razón de ello puede encontrarse,

1 En el Reino Unido, las obras de Cohen y Twining al respecto constituyen una excepción a la lentitud de los debates probatorios si se les compara con lo sucedido en Estados Unidos (Jackson, 1996, p. 310).

además, en la escasez de datos estadísticos, en la poca familiaridad que los juristas tienen con los coeficientes numéricos[2], el formalismo extremo de la aplicación de los cálculos matemáticos a las hipótesis complejas y la falta de cuestionamiento respecto de las premisas en las cuales se basa (Aliste, 2021, pp. 101 y ss.; Vera Sánchez, 2014, pp. 247 y ss.). De otro lado, también porque el enfoque de la probabilidad pascaliana pereciera asumir que el juicio jurisdiccional es un fenómeno aleatorio (Nieva, 2010, p. 134).

### II.2. El enfoque de la probabilidad lógica

El mar de dudas que genera la imposibilidad de hablar de certeza en materia de hechos —cuestión ya conocida desde la Ilustración— ha tratado de limitarse a través del concepto de probabilidad lógica o inductiva (Taruffo, 2009, p. 223). Este tipo de probabilidad, en oposición a la probabilidad matemática o pascaliana, pone su foco de atención en la relación entre la información emanada del medio de prueba y el enunciado fáctico que se intenta acreditar. Se trata de corroborar el acaecimiento del hecho que se expresa en uno o varios enunciados fácticos a través de una relación principalmente inductiva entre el dato probatorio y el suceso fáctico. Esta vinculación inductiva permite justificar la presencia de la relación en el mundo a través de la determinación del grado de corroboración de la hipótesis. En otras palabras, se trata de un proceso cognitivo donde un elemento de prueba, a través de una inferencia, genera un resultado probatorio que, a su vez, debe ponerse en relación con los enunciados fácticos que constituyen el *thema probandum* (Ubertis, 2017, p. 73). La fuerza epistémica del resultado probatorio va a depender de la fuerza de la justificación que posea la inferencia o generalización. Desde esta perspectiva, la prueba de los hechos se reconduce al grado de fundamentación que emana de los elementos de confirmación (de prueba o de juicio) disponibles con relación a esa hipótesis (Taruffo, 2009, p. 224).

Cohen (1977, p. 42) sostiene que la utilización de la probabilidad inductiva, entendida como un concepto que se basa en causas, permite dar solución a varios de los problemas observados respecto de los modelos de probabilidad cuantitativa o matemática. Desde esta perspectiva, la probabilidad de acaecimiento de un fenómeno es equivalente a su prueba (demostrabilidad); de ahí que se afirme que está probado lo que está demostrado por los antecedentes disponibles (Cohen, 1977, pp. 13 y ss.; Gascón, 2010, p. 155; Nieva, 2010, p. 102). Ahora, la demostrabilidad de las hipótesis depende, a su vez, de la fuerza del nexo que vincula el dato con el resultado probatorio, y ello se produce por medio de la aplicación de una generalización o criterio de inferencia.

2 Se la ha retratado también como una cierta «alergia» a las matemáticas (Nieva, 2010, p. 134).

La inferencia o generalización probatoria es el nexo que une los diversos nodos de la argumentación probatoria (Anderson *et al.*, 2015, p. 139; Schum, 1994, p. 82). Así, se presentaría una relación de tipo proporcional entre el grado de apoyo inferencial de la hipótesis y su probabilidad (Taruffo, 2009, p. 226). En definitiva, más que constatar una frecuencia relativa del suceso, la probabilidad daría cuenta de la satisfacción del antecedente y de la generalización o inferencia en un caso en particular, captado por dicha estructura epistémica (Cohen, 1977, p. 203). La ausencia de datos estadísticos relevantes conlleva la utilización de generalizaciones extraídas de la experiencia o el sentido común (Taruffo, 2009, p. 227; Bex, 2011, p. 46). Este modo «probatorio» de vincularse con los hechos del mundo tiene mucho en común con la forma de investigar y corroborar las hipótesis en el ámbito de las ciencias experimentales (Jackson, 1996, p. 314; Carnap, 1962, p. 23). De hecho, el mismo Cohen se basa en las observaciones que realizó respecto del método experimental. En efecto, el autor analizó el paradigma del razonamiento experimental que Karl von Frisch (1964) utilizó para estudiar la discriminación de colores de las abejas en su obra *Bees: Their Vision, Chemical Senses and Language*. Para probar su hipótesis, Von Frisch fue eliminando con experimentos explicaciones alternativas de los fenómenos (Aísa, 1997, p. 293)[3].

Cohen desarrolla su propia teoría de la probabilidad inductiva, la cual involucra verificar el grado de sobrevida [sic] de la hipótesis a través de la aplicación de diversos test probatorios. Dichas pruebas se construyen sobre la base de una lista de variables relevantes o generalizaciones de sentido común que permiten afirmar o eliminar la hipótesis, ello como un producto de la aplicación de las teorías de la inducción de Bacon y Mill (Jackson, 1996, p. 313). La probabilidad inductiva, según el modelo de Cohen, toma en cuenta tanto la prueba creíble que apoya la hipótesis que se prueba como los cuestionamientos sin respuestas

3 Cohen advirtió que Von Frisch iba modificando tanto las hipótesis como las conclusiones a partir de lo que observaba, rompiendo el aspecto lineal y unidireccional que suele evocar la investigación científica. En el caso específico estudiado por Cohen, las abejas regresaban una y otra vez a una fuente de agua con azúcar en un trozo de cartón azul. Pues bien, ¿quizás las abejas eran ciegas al color azul e identificaban su lugar de alimento con matices grises? Esta hipótesis se pudo a prueba agregando contenedores de alimentos vacíos de color gris; sin embargo, las abejas seguían regresando al contenedor azul. La pregunta entonces se modificó: ¿quizás las abejas eran sensibles a reconocer al color azul? Pero el resultado fue el mismo al cubrir el cartón de color azul. Luego, se preguntó: ¿y si las abejas eran sensibles a los olores? Entonces, se cubrió el contenedor de alimentos con un plato y el resultado fue el mismo. Y: ¿quizás no reconozcan otros colores? No obstante, cuando el experimento se realizó con otros colores, las abejas fueron capaces de distinguir entre el azul-verde, el azul y el ultravioleta. Es decir, las circunstancias de la experimentación fueron modificadas a fin de constatar las variaciones en sus resultados. Si ello no ocurría y el resultado continuaba de acuerdo con la hipótesis inicial, las explicaciones alternativas eran eliminadas y, entonces, podía afirmarse que la hipótesis originaria (las abejas distinguen colores) se consideraba confirmada. En otras palabras, la experimentación científica utiliza grupos de control para confirmar la hipótesis planteada de forma paralela, pero no independiente, a los datos que confirman positivamente la hipótesis. Cohen se percató de que este tipo de proceder en ciencias experimentales es muy similar a cómo las personas utilizan las generalizaciones en la vida diaria, y aquello lo llevó a plantear su nuevo concepto de probabilidad inductiva (Aísa, 1997, pp. 293 y ss.; Cohen, 1977, p. 201).

respecto de la plausibilidad de la misma hipótesis (Anderson *et al.*, 2015, p. 318). En palabras de Anderson *et al.*, «no debiéramos ignorar lo que dijo [Cohen] sobre la importancia de la completitud probatoria en la graduación del peso de la prueba» (p. 319). En un sentido similar, Twining (2006, p. 127) señala que la tesis de Cohen acerca de la existencia de una probabilidad no matemática es correcta y que este modo de razonamiento es apropiado para un buen número de asuntos probatorios en contextos forenses.

Este enfoque ha sido compartido por Cohen (1977, pp. 14 y ss.), Haack (2008, p. 236), Taruffo (2009, p. 256), Wroblewski (1989, pp. 171 y ss.), Gascón (2010, pp. 159 y ss.), Ferrer (2007, pp. 27 y ss.), Ubertis (1996, pp. 27 y ss.), González Lagier (2003b, p. 41), Nieva (2010, pp. 103 y ss.), Andrés Ibañez (1992, p. 283) y Priori (2016, pp. 179 y ss.), entre otros.

## III. EL SISTEMA CONTINENTAL IBEROAMERICANO Y LA RACIONALIDAD PROBATORIA EN MATERIA PENAL: FUNDAMENTANDO LA DIFERENCIA COMO BASE DEL POSTERIOR ENCUENTRO

### III.1. La Ilustración y los hechos

El abordaje de la prueba en el proceso penal chileno puede ser un retrato mezquino e inexacto si no se considera su evolución en cuanto sistema normativo tributario de la cultura románica continental. En efecto, la actual importación en la materia de los conceptos del *evidence* anglosajón no nos deben conducir al equívoco de que la Ilustración —y su influencia en los sistemas judiciales— no contaba con una visión epistemológica acerca del conocimiento los hechos. Más aún, dicha visión es el contexto operativo de la aplicación en nuestros sistemas de justicia de los conceptos del derecho probatorio anglosajón y, desde esta perspectiva, indirectamente ha influido en el retrato continental de los mismos.

Según Gascón, la Ilustración es uno de los momentos en que cabe hablar de unidad de saber entre el conocimiento jurídico y la epistemología dominante. La razón, aunque discutida, puede encontrarse en que se trataba de una etapa regida por el «imperio de los hechos» (2010, p. 28). La intención era entender el mundo y sus fenómenos. Una conceptualización acabada no merecía la pena en sí misma —a la usanza idealista—, excepto en cuanto facilitaba entender el sentido y alcance de los fenómenos del mundo. En efecto, se podía diferenciar entre dos tipos de discurso: el que tenía por objeto promover el bien, y el que aspiraba a la búsqueda de la verdad. Solo de esta forma los pensadores de la Ilustración podían mantener el conocimiento de las personas y de la naturaleza al margen de la religión (Todorov, 2017, p. 71).

La Ilustración se caracterizó por adoptar el modelo de la razón para conocer el mundo y entenderlo, principalmente, a través del impacto en todas las áreas del saber del método newtoniano. Por ello no extraña, como señala Gascón, que en dicha época se afirmara que «todo investigador debía ser un Newton en potencia» (2010, p. 28). En efecto, la filosofía del siglo XVIII ve en el paradigma de la física newtoniana una cuestión de aplicación universal. Como señala Cassirer, la Ilustración «no se contenta con considerar el análisis como el gran instrumento intelectual del conocimiento físico-matemático, sino que ve en él el arma necesaria de todo pensamiento en general» (2013, p. 27).

Así, el positivismo de la Ilustración divinizó al «hecho», lo que irremediablemente se proyectó en una confianza en la experiencia (Gascón, 2010, p. 29). No se trataba de conocer los sucesos del mundo a través de la lógica de los escolásticos ni del concepto matemático puro, sino por medio de la «lógica de los hechos» (Cassirer, 2013, p. 23).

En este periodo es posible identificar una traslación de estas asunciones al ámbito del derecho. En efecto, la importancia de lo empírico y/o de lo ocurrido constituirá un límite frente al actuar sancionador, pues —en consonancia con los principios de secularización social— el derecho no podrá castigar formas de ser, sino solamente la comisión de hechos externamente apreciables de carácter dañoso (Gascón, 2010, p. 30). Así se va construyendo el contenido de un concepto que hoy aparece de forma indubitada como uno de los límites al ejercicio del *ius puniendi* derivados de la Ilustración: el derecho penal de acto y no de autor (Ferrajoli, 2011, p. 34)[4].

Ahora, pese a la importancia del empirismo en la Ilustración y la tentación de reconducir la cuestión de la prueba de los hechos aplicando un razonamiento lógico congruente con la idea del juez autómata, los juristas de dicha época ya entendían que los hechos no eran demostrables deductivamente a partir del material probatorio, reconociendo la imposibilidad de arribar a certezas absolutas, sino solo —con mucha suerte— a certezas morales o subjetivas (Gascón, 2010, p. 31). Así, se tenía muy claro que las verdades históricas eran solo probables y que el juez nunca podrá conocer con exactitud la verdad de lo sucedido[5]. Se podría pensar que en esta época ya se conocía la probabilidad inductiva; no obstante, a mi parecer, el conocimiento de la probabilidad en la Ilustración se enmarca en una serie de discusiones filosóficas de hondo calado, con una multiplicidad de enfoques dependientes de la diversidad de autores y matices locales de la discusión, donde el enemigo común a derrotar era el oscurantismo propugnado por la influencia de la tradición

4 Se entiende de esta forma que la tipificación legal debe estar referida solo a figuras de comportamientos empíricos y objetivas en virtud de la máxima *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

5 Véase la voz «verdad» en Voltaire (1995, p. 610).

judeocristiana en el conocimiento por medio de la religión. Y, en este sentido, el concepto de probabilidad cumple su cometido de dejar fuera a la religión y/o moral respecto del conocimiento de las personas y de la naturaleza a partir del empleo del enfoque empirista o la lógica de los hechos. Ello, por cierto, impidió un proceso de sincretismo entre los aportes intelectuales de los enfoques teológicos y de estudios seculares de la Ilustración, lo que llevó al conocimiento ilustrado a construir una imagen de autopercepción que implicaba empezar —*in ovo*— a generar estructuras de conocimiento del mundo y de las personas.

Este escenario de explosión de ideas y de tesis no permitió una reflexión acabada acerca de la idoneidad de la probabilidad inductiva como mecanismo epistémico del conocimiento de la realidad en la época ilustrada. En el contexto de la «lógica de los hechos», las discusiones giraban acerca de la validez o no de un principio de universalidad de la naturaleza, y si lo contingente de las mediciones empíricas podía servir o no para conocer la realidad explicable a través de las leyes de naturaleza. Por ejemplo, Hume, si bien apoyaba la prevalencia del enfoque de los hechos (Todorov, 2017, p. 71), ha pasado a la historia del pensamiento como un representante del escepticismo gnoseológico, además de formar parte del grupo selecto y representativo del empirismo inglés. En efecto, Hume (2015) nos señala que, «Aunque no hubiera azar en este mundo, nuestra ignorancia de la causa real de un suceso tendrá la misma influencia sobre el entendimiento y engendraría un tipo de creencia u opinión similar» (p. 103).

Esta forma ilustrada de conocimiento tuvo un impacto en la administración de la justicia penal en la época revolucionaria, cuyo punto álgido puede encontrarse en el Decreto N° 16 de la Asamblea Constituyente francesa, de 19 de septiembre de 1791, que estableció en Francia un sistema de enjuiciamientos por jurado que debía fallar de acuerdo con su íntima convicción. En él se contenía también un ideal democrático y de igualdad, en el sentido de que la justicia era administrada por el pueblo sin necesidad de que esté revestido de algún título nobiliario o universitario. Los hechos, como realidad que se imponía en sí misma desvinculada de toda teorización idealista, podían ser apreciados y valorados por todas las personas. Sin embargo, dicho sistema no sobrevivió, primero por los efectos del código termidoriano del 25 de octubre de 1795 y, después, más radicalmente, por el Código de Instrucción Criminal de 1808, que reemplazó el sistema de jurado por un sumario escrito y secreto, llevado de oficio por el juez instructor, insertando así en un procedimiento inquisitivo el ya adquirido principio de la *intime conviction* (Ferrajoli, 2011, p. 140). De ello es resultado aquel «proceso mixto» que será recogido por numerosas codificaciones posteriores, incluidas las italiana y española. Las paradojas de la historia han querido que el Código de Instrucción Criminal de 1808 sea el

que mayor influencia ha tenido en Europa en materia procesal penal en la época de la codificación en circunstancias que, a mi parecer, llevan consigo un retroceso en la apertura de la administración de justicia hacia los contenidos de las ciencias experimentales como actitud más propiamente ilustrada, comenzando con ello a configurarse una barrera que determinará en el periodo de postcodificación una impermeabilización consolidada del derecho procesal —y, por tanto, del estudio de la prueba— respecto de áreas extrajurídicas. Quizás llevaba razón Kant (2017) cuando se preguntaba si vivía en una época ilustrada, ante lo cual respondía que no. Reconocía que sí se trataba de una época de ilustración, donde se habían removido muchos obstáculos para una ilustración general o para la salida de las personas de su culpable «minoría de edad» (p. 69), pero aún quedaba mucho camino por recorrer. El sistema de enjuiciamiento penal del Código francés de 1808 puede ser un buen ejemplo de ello, como manifestación de los continuos avances y retrocesos en la materia.

### III.2. La postcodificación, el derecho procesal y los hechos en el proceso

El periodo de la postcodificación podría caracterizarse por una escisión entre el estudio del derecho procesal, la cuestión de la prueba y el diálogo con las ciencias extrajurídicas. De hecho, el principio revolucionario de la libre convicción, que determinó la muerte del sistema de prueba legal o tasada en la Europa continental, sufrió una evolución en el periodo de la postcodificación que prácticamente erradicó toda ganancia de racionalidad intersubjetiva en la decisión de los hechos. Se le ha calificado como «una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimente de la historia de las instituciones penales» (Ferrajoli, 2011, p. 139; Gascón, 2010, p. 34). A ello debe añadirse, específicamente en el tema de la prueba, que el positivismo filosófico impactó en el desarrollo del derecho procesal continental, quizás más ocupado en fundamentar una legítima diferenciación respecto del derecho sustantivo que de ampliar su campo de estudio a los contenidos de las disciplinas extraprocesales. En efecto, dicha corriente también generó que el derecho procesal se refiriera a las cuestiones de prueba desde una exclusiva mirada jurídica, con prescindencia de los contenidos desarrollados por otras áreas, como la epistemología y la filosofía. Por ejemplo, en materia de prueba, y quizás por influencia de la doctrina alemana, se empezó a hablar de convicción (Chiovenda, 1940, p. 205), convicción subjetiva o efecto conviccional de la prueba; y no porque se creyera que la cuestión no debía ser cubierta por la racionalidad, sino porque se entendía que la cuestión de la verdad de los hechos era más bien ontológica, aspecto que no tenía mucha importancia en materia judicial frente a lo que realmente

sí importaba en atención a las limitaciones del conocimiento del juez: la representación de los hechos sobre la base de la prueba que tuviera por resultado una convicción judicial acerca de lo sucedido (Devis Echandía, 1970, p. 250). Esta cuestión de la ontología de la verdad de los hechos, en conjunto con la influencia del positivismo filosófico dentro del derecho, contribuyó a generar cierta actitud peyorativa respecto del análisis y la regulación de la prueba en los procedimientos judiciales. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) española de 1882 olvidó por completo referirse a los medios de prueba en el juicio oral, conformándose solo con la regulación positiva de la etapa de investigación. Frente a ello, Prieto Castro (1976) nos señala que el legislador «no ha tenido interés en tratarla [la prueba], en la correspondiente sede, con el esmero que requiere tan importante material de cargo y de descargo» (p. 215).

En esta época, las cuestiones de la prueba de los hechos más bien correspondían al objeto de estudio de las ciencias naturales y no formaban parte del trabajo académico del derecho. Para Guasp (1997), por ejemplo, ello expresaría el éxito de la dirección formalista del método del derecho procesal al proscribir la utilización de materiales que no se deriven del propio ordenamiento jurídico y evitar la influencia de áreas extrajurídicas, construyéndose «arbitrariamente de espaldas a la realidad» (p. 79). Serra Domínguez nos advierte en un trabajo publicado en el año 1962 que «el tema de la prueba constituye uno de los menos profundizados en la ciencia del derecho» (1969, p. 353) y, sin embargo, reconoce que constituye la esencia del proceso, con influencias que se manifiestan en mayor o menor medida en todo su ámbito. Este mismo autor, como expresión de la poca permeabilidad de la doctrina procesal hacia cuestiones extrajurídicas, señala que la obra de Carnelutti (1982, pp. 3 y ss.) «logra un avance considerable al eludir un sinnúmero de problemas filosóficos que planteaba el término verdad» (Serra Domínguez, 1969, p. 357). Lo anterior podría encontrar alguna justificación en que la atención estaba situada —como señalaba— en la diferenciación respecto del derecho material que se aplica, cuestión especialmente visible en materia de prueba. Como advierte Couture (1958):

> La tradición de los países latinos era la de considerar las formas de la prueba como una cuestión de derecho procesal y su valor o eficacia como una cuestión de derecho sustancial, a diferencia de los países sajones, en los cuales la orientación es la de dar carácter procesal a todos los temas de la prueba (p. 258).

Por ejemplo, en Chile, la principal norma de carga de la prueba del sistema procesal se sitúa en el artículo 1698 del Código Civil chileno (1855). De otro lado, también es posible encontrar enunciados normativos en

el Código Penal chileno (1873, art. 369 bis) que imponen la obligación de valorar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica en los delitos sexuales.

Carnelutti (1982), mostrando este alejamiento del derecho procesal respecto de los contenidos de otras áreas, indicaba que la verdad era una sola —respecto de la antinomia verdad formal/verdad material— y que el proceso de su búsqueda, sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede considerarse un medio de búsqueda de la verdad, sino más bien de fijación de los propios hechos, que puede o no coincidir con la verdad de los mismos y permanece por completo independiente de ellos (p. 21). Esto dista de la asunción actual —más o menos pacífica— de que la «búsqueda de la verdad» es la finalidad de la etapa probatoria en los procedimientos judiciales y del reconocimiento de la existencia de múltiples conceptos de verdad (pragmática, por correspondencia, consensual, etc.) (Kirkham, 1995, pp. 41 y ss.), como asume el enfoque de la probabilidad lógica en el marco de la teoría racionalista de la prueba de origen anglosajón.

Para mí, una cuestión es el aspecto teleológico de la búsqueda de la verdad como finalidad de la etapa probatoria, y otra el arribo a conclusiones solo probables por las limitaciones propias de los procedimientos judiciales y del conocimiento en general.

Asimismo, la influencia de la tradición judeocristiana quizás dio una importancia exagerada en la materia a la lógica formal aristotélico-tomista. De hecho, actualmente algunos juristas siguen explicando la decisión de los hechos sobre la base de la aplicación de un silogismo, donde la premisa mayor es la norma y la premisa menor, los hechos cuya subsunción se discute (Montero, 2011, pp. 598 y ss.; Sentis Melendo, 1979, p. 21). Todo ello sin reparar ni justificar mayormente la perspectiva descriptiva asumida en relación con dicho andamiaje lógico. En esa línea, la adopción del modelo silogístico podría responder a la concepción propia del positivismo jurídico clásico (Priori, 2016, p. 178).

Como veremos, en el ámbito iberoamericano, el concepto de sana crítica tiene una presencia normativa importante como posible *tertium genuis* entre el sistema de prueba legal y de íntima convicción, respecto del cual uno de sus límites es el respeto a las reglas de la lógica. Si se asume que la estructura silogística da cuenta del razonamiento judicial al momento de adoptar la decisión, se genera con ello un retrato bastante mezquino de lo que realmente sucede al momento de la adjudicación. No digo que la lógica formal no sea importante para ello, sino que no es la única perspectiva que se debe tener en cuenta para describir dicho fenómeno. Distinto es el caso si la estructura silogística forma parte del conglomerado de normas que el juez debe cumplir, en cuyo caso la vocación descriptiva de la lógica formal se diluye o pasa a segundo plano.

El movimiento de la valoración libre de la prueba en Alemania de fines de siglo XIX merece una mención importante en este camino. Los juristas alemanes, sin recibir una influencia muy fuerte de las ideas revolucionarias francesas de la Ilustración (Benfeld, 2018, p. 317), lograron desarrollar un aparato conceptual que tenía por objeto limitar la actuación del juez. Esto se dio en el marco de una libertad de valoración probatoria, quizás como una forma de contrarrestar las voces que advertían de un cierto peligro de arbitrariedad y subjetivismo en el tránsito desde la prueba legal hacia la prueba libre a partir de las muestras de irreflexividad que generó la aceptación del jurado en la Francia revolucionaria y su valoración libre de la prueba (Nieva, 2010, p. 79). En efecto, el parágrafo 261 de la Strafprozessordnung (en adelante, StPO) reconoce el principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, aunque igualmente se considera que la aplicación de las leyes del pensamiento y de la experiencia constituyen límites (Gómez Colomer, 1985, pp. 51 y ss.). Sin embargo, como señala Roxin (2000), la probabilidad objetiva tiene que estar acompañada de una convicción subjetiva (p. 104), lo cual perjudica notoriamente el rendimiento de racionalidad intersubjetiva de la decisión de fondo. A mi entender, de este movimiento heredamos en Chile el concepto de máximas de experiencia y principios de la lógica como criterios limitantes de la valoración probatoria en materia penal. De hecho, algunas de estas obras fueron traducidas al español y formaron parte del acervo cultural-jurídico de los juristas iberoamericanos. Especial mención en este sentido merecen las obras *El conocimiento privado del juez* (Stein, 1990) y *Tratado de las pruebas judiciales* (Mittermaier, 2002). Ahora, sin perjuicio de lo anterior, este movimiento alemán parece igualmente aislado de las discusiones epistémicas y filosóficas, especialmente de aquellas que presentaban mayor importancia en la cultura anglosajona. En ello también ha tenido su rol el idealismo alemán como enfoque predominante de las discusiones filosóficas.

Bajo el prisma del racionalismo probatorio anglosajón, parecen muy imprecisas las palabras de Mittermaier (2002) cuando sostiene que «La convicción toma el nombre de certeza desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, o desde que éstos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos» (p. 36). Los españoles Almagro Nosete y Tomé Paule (1994), a su vez, señalan como expresión de una probable influencia germánica que «la prueba procesal pretende siempre convencer al Juez de algo que puede ser o la verdad o existencia de un hecho, o la falsedad o certeza de una afirmación» (p. 336).

### III.3. La Escuela Barcelonesa, los procesalistas latinoamericanos y la racionalidad probatoria

Por otro parte, igualmente merecen una mención especial los esfuerzos de la denominada Escuela Barcelonesa de Derecho Procesal, que hizo aportaciones importantes en materia de prueba en una época en que la cuestión aparecía muy descuidada por la doctrina procesal iberoamericana. Como veíamos, Serra Domínguez (1969) nos señalaba que «el tema de la prueba constituye uno de los menos profundizados en la ciencia del derecho» (p. 353).

La obra de Muñoz Sabaté (1967), que se puede asociar a la Escuela Barcelonesa, es una de las más angloamericanizadas para la época dentro del marco del derecho procesal español, pero por ello también una de las más rupturistas y vanguardistas. Quizás, en virtud de lo anterior, no tuvo el impacto que debería haber tenido en Latinoamérica. Dicho autor fue uno de los primeros en lengua hispana en mostrar que los estudios de la prueba en el derecho debían estar abiertos a otras áreas del conocimiento como la psicología (pp. 20 y ss.), camino —por cierto— que hacia finales de los años noventa siguiera Nieva (2007, pp. 61 y ss.). La obra probatoria de Muñoz Sabaté (2012), como él mismo denuncia, se enmarca en un continuo diálogo con el mundo práctico. Es también él quien acuña por primera vez los términos de «semiótica jurídica» o «ciencia de los indicios», «técnica probatoria», «probática», etc. Para él mismo, por ejemplo, la probática «explora el trance del hecho, desde su nacimiento (o antes) hasta su representación y reconstrucción en el pretorio» (p. 19).

Si bien los aportes de la Escuela Barcelonesa a comienzos de la segunda mitad del siglo XX fueron loables y muy desarrollados para la época, existen aspectos observables desde el punto de vista epistémico. Por ejemplo, aunque se reconoce que la probabilidad tiene importancia en el procedimiento probatorio, se sigue empleando la frase «convicción del juez» para indicar la finalidad de la etapa probatoria en relación con los hechos (Serra Domínguez, 1969, p. 356). Esto último, por lo demás, es incompatible con una concepción objetiva de la prueba, donde se debe ser capaz de motivar en el sentido de aportar justificaciones sobre los hechos intersubjetivamente compartidas por la generalidad de los sujetos que potencialmente emplean su razón para hacerlas inteligibles. Por ello, bajo el prisma de una racionalidad «objetiva» del juicio de hecho, no es posible aceptar —como lo hace Serra Domínguez— que «no es cierto que la convicción judicial se forme exclusivamente mediante la prueba» (p. 376).

Para Sentis Melendo (1979), por su parte, la estructura de la sentencia obedece a un silogismo, donde la premisa mayor es la norma y la premisa menor es el hecho que se subsume. Este autor se opone a la tripartición

entre prueba legal, principio de la sana crítica y libre convicción por referirse a cuestiones diversas: «la [sana] crítica es un medio para llegar a la convicción» (p. 21). Así, la prueba sería libertad. Si en el momento de la valoración de la prueba el juez no cuenta con libertad, entonces estaremos ante un fenómeno distinto del probatorio (p. 242). En relación con la sana crítica, Sentis Melendo señala que nadie nos ha podido decir qué es: ni la doctrina, ni las leyes, ni la jurisprudencia (p. 266). A su juicio, la sana crítica sería compatible con la libre convicción, de momento que la primera sería un medio para llegar a la convicción libre o a la persuasión racional (p. 272). También se pregunta si el concepto de sana crítica puede ser un estándar jurídico o un concepto indeterminado, opciones que rechaza por la antigüedad de la noción analizada frente a estos términos más actuales en el derecho (pp. 276 y 278). En efecto, este autor nos advierte que no debe pensarse que el concepto de sana crítica constituye una revolución procesal, sino más bien una formulación perfecta de autor desconocido que, como tal, debe conservarse. Tampoco se trata de una nueva etiqueta para bautizar al sistema de íntima convicción, sino la forma de plantear el problema desde diversos ángulos: «sana crítica y la prudente apreciación lo enfocan desde el punto de vista del medio o camino; en cambio, persuasión racional y, sobre todo, libre convicción o libre convencimiento, desde el punto de vista del fin o meta a alcanzar» (p. 281).

Según Couture (1958), el concepto de sana crítica es una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción; y, en este sentido, las reglas de la sana crítica no son más que las del correcto entendimiento humano (p. 270). En ellas intervendrían las reglas de la lógica y la experiencia del juez. Así, la sentencia no podría desconocer el principio de identidad, el principio de tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. El autor uruguayo reconoce que la sentencia puede ser correcta en su sentido lógico formal, pero igualmente errónea en el caso de que una de las premisas asumidas falle. Por su parte, las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de las que toda persona se sirve en la vida (p. 272). Agrega: «Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de la lógica en que el derecho se apoya» (p. 273).

En relación con la verdad, Couture (1958) señala que el «juez no conoce más que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad» (p. 49). Y, en un sentido similar, indica que la prueba trata de demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación (p. 215). Cabe precisar que la posición de

Couture en la materia ha tenido una gran influencia en Latinoamérica, claramente pesquisable en Chile —como se verá— y en autores de otras nacionalidades (Cafferata, 1998, pp. 46 y ss.).

Devis Echandía (1970), por su lado, rechaza la idea de que la sana crítica sea un modelo intermedio entre la prueba legal y la de libre convencimiento o de convicción íntima (p. 98). Aun cuando estemos en el campo de la libertad probatoria, ella no exime al juez de someterse a las reglas de la lógica, la psicología y la técnica con un criterio objetivo y social. En una asunción bastante radical para la calidad científica de su obra probatoria, Devis Echandía considera que la finalidad de la prueba en los procedimientos judiciales no puede ser la búsqueda de la verdad, «porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez al convencimiento necesario para fallar» (p. 239). La verdad es una noción ontológica objetiva y el conocimiento que el juez cree tener de ella a través de la prueba es subjetivo (p. 250). Lo anterior lleva a afirmar al autor colombiano que «el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o certeza de los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad» (p. 251). Ello le permitiría al juez adoptar una decisión sobre los hechos. Si bien considera que la estructura silogística tiene importancia en la valoración de la prueba, esta no la agota debido a que la premisa mayor está constituida por reglas de experiencia y la menor por las inferencias deducidas de la actividad perceptiva, falible siempre. Tampoco se trata solamente de una operación inductiva-deductiva (p. 294). Al igual que Couture (1958), Devis Echandía (1970) considera que las reglas de la sana crítica constituyen un estándar jurídico; esto es, «un criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial, pero que no son ni inflexibles, ni estáticas, como tampoco lo son las reglas o máximas de experiencia» (p. 298). Quizás es este procesalista colombiano el que, en cierto punto, resulta más permeable a que en la prueba puedan tener importancia los conocimientos aportados por otras áreas como la psicología, más allá de la mera referencia vaga a las reglas de la experiencia humana.

Jairo Parra (2007), en la misma línea de los procesalistas anteriormente mencionados, señala que la convicción del juez debe formarse libremente, considerando los medios probatorios y las reglas de la sana crítica (p. 6); sin embargo, reconoce abiertamente que en todo proceso judicial se debe buscar la verdad (p. 32). Él indica: «El juez debe hacer un juicio probatorio siguiendo la vía regia de la razón que pudiéramos llamar discursiva, para dar cuenta de lo que hace y decide» (p. 86). En relación con el principio de razón suficiente, pone énfasis en la causa que es capaz de justificar la existencia de las cosas y su conocimiento (p. 106). En definitiva, le da importancia a la razón como vehículo escrutador de los hechos en el proceso (p. 107) y, de hecho, distingue

entre certeza subjetiva y objetiva, asumiendo la última como la propia de los procedimientos y la que se obtiene mediante la prueba (p. 169).

### III.4. Bases de encuentro entre las diversas culturas jurídicas a partir de la doctrina española de fines del siglo XX

Si bien en el ámbito románico continental se conocía la inconveniencia de concebir a la certeza como el producto de la actividad probatoria, solo a partir de la recepción de los conceptos del *evidence* anglosajón —fuertemente permeados por la epistemología— se logra una depuración conceptual de lo que realmente sucede con los hechos en los procedimientos judiciales. Esta recepción ha sido muy exitosa, a tal punto que es posible hablar de un *boom* de los estudios de prueba a partir del principio del siglo XXI (Agüero, 2016, p. 83). Resulta ejemplar a este respecto que los autores hayan retomado la problemática de la verdad al interior de los procedimientos judiciales (Ferrer, 2007, pp. 29 y ss.; Dei Vecchi, 2014, pp. 237 y ss.) y que también se hayan intentado depurar los cánones de racionalidad de la decisión a través de la eliminación de todo rasgo de subjetivismo probatorio.

Ahora, la probabilidad lógica como opción para el razonamiento probatorio se aviene de buena forma por cómo se entienden la normatividad, el raciocinio judicial y la aplicación del derecho a un caso en concreto sobre la base de una operación subsuntiva que el juez debe motivar.

En términos cualitativos, a mi parecer, la recepción de los conceptos de la probabilidad lógica comienza con la traducción castellana de la obra *La prova dei fatti giuridici* de Michele Taruffo, publicada en Italia el año 1992, y cuya traducción —a cargo de Jordi Ferrer— se publica en España en su primera edición el año 2002. En efecto, es precisamente la especial capacidad teórico-filosófica de Taruffo la que concita la atención de teóricos y/o filósofos del derecho hispanoparlantes, quienes han diseminado con gran éxito este enfoque, actualmente ya integrado por un gran número de procesalistas iberoamericanos en sus estudios de prueba (Nieva Fenoll, Picó, Abel Lluch y Muñoz Sabaté, entre otros). Sin perjuicio de que otros autores antes de Taruffo ya hablaban de inducción fáctica y de probabilidad en un sentido lógico (Ferrajoli, 2011, pp. 51 y 53), a mi modo de ver, fue la obra de este jurista de Pavía, por su fuerza conceptual y riqueza estética, la que constituyó un verdadero puente teórico real entre las cuestiones de prueba del *evidence* anglosajón y los estudios de prueba actuales en la doctrina iberoamericana.

A comienzos del siglo XXI, la doctrina española en materia de prueba empezó a tomar una vertiente más cercana a la *new evidence scholarship* bajo el rótulo de la teoría racionalista de la prueba. En efecto, Jordi

Ferrer (traductor de Taruffo) inicia en la Universidad de Girona un grupo de investigación en derecho probatorio al alero del cual se ha formado un buen número de juristas latinoamericanos con una clara tendencia hacia la filosofía del derecho, los cuales han generado una notable cantidad de obras en español sobre la temática. En otras latitudes de España, filósofos del derecho han escrito sobre prueba con un gran impacto en Latinoamérica, como es el caso de Daniel González Lagier (2003a, 2003b), Juan Igartúa Salaverría (2003, pp. 7 y ss.) y Perfecto Andrés Ibáñez (1992, pp. 257 y ss.; 2015, pp. 251 y ss.), entre otros. También se ha traducido una buena cantidad de obras que sostienen este enfoque, siendo especialmente relevante *Análisis de la prueba* de Anderson *et al.* (2015), *Verdad, error y proceso penal* de Laudan (2013), *Elementos de epistemología del proceso judicial* de Ubertis (2017) y un buen número de los trabajos de Taruffo (2008, 2009, 2010).

En efecto, son los teóricos del derecho quienes dan ese giro hacia el ámbito anglosajón de una manera más clara, con obras de gran entidad conceptual y sistemática respecto de lo que ya se había escrito. En este sentido, resulta muy notoria la apertura cognitiva de estas obras respecto de la epistemología, pero quizás dejando un poco de lado la riqueza conceptual del derecho procesal clásico de cuño germánico por su impermeabilidad y autosuficiencia en materia probatoria.

Como ejemplo podemos citar las obras *La valoración racional de la prueba* de Jordi Ferrer (2007) y *Los hechos en el derecho* Marina Gascón (2010), ambos filósofos del derecho. Como excepción a esta tendencia doctrinal podemos citar las obras de los procesalistas españoles, como *La valoración de la prueba* de Nieva (2010) y *El juez y la prueba* de Picó (2008), que sin ser teóricos del derecho integran elementos depurados de la tradición anglosajona con una clara tendencia procesal. El segundo de ellos, por ejemplo, ha traducido al castellano obras de Damaška (2015, pp. 15 y ss.), como *El derecho probatorio a la deriva*. Lo mismo puede decirse de Xavier Abel Lluch (2015), quien en su obra *Las reglas de la sana crítica* expone los contenidos del derecho procesal tradicional y acaba por adherir a la probabilidad lógica.

En mi opinión, los juristas iberoamericanos que hoy en día escriben sobre prueba han concurrido al llamado que hace el enfoque de la probabilidad lógica en materia probatoria, mostrándose abiertos a una mayor depuración conceptual y sistemática de la decisión sobre los hechos, con una clara permeabilidad hacia áreas extrajurídicas como la epistemología. Ello, por cierto, también ha acaecido en Chile, como veremos.

## IV. PROBABILIDAD LÓGICA EN MATERIA PENAL EN CHILE

### IV.1. Lo dicho por la doctrina

El trabajo probatorio de la doctrina chilena ha girado sobre la base del análisis del Código Procesal Penal chileno (en adelante, CPP) del año 2000, que contiene un diseño estructural muy cercano a la justicia penal de los países anglosajones, pero combinado con instituciones de cuño románico continental (Vera Sánchez, 2017, pp. 141 y ss.). Las cuestiones probatorias tratadas por el CPP dan cuenta de esta interacción entre herencias jurídicas; por ejemplo, se consagra expresamente en el artículo 340 del CPP el estándar de la duda razonable. Además, a partir de los artículos 259 y siguientes del CPP se regula una fase intermedia, cuya principal función es la depuración del acervo probatorio a través del debate de exclusión de prueba, proceso donde la prueba ilícita ocupa un lugar importante. En materia de juicio oral, que es conocido por un tribunal diverso a aquel que tiene a su cargo la fase intermedia (juez de garantías), el CPP regula el método de valoración probatoria en el párrafo correspondiente a «Disposiciones generales sobre la prueba»:

> Art. 295. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad con la ley.

A su vez, el artículo 297 dispone:

> Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia (CPP, 2000).

El trabajo de la doctrina chilena en la materia ha girado con relación al análisis de estos dos enunciados normativos, especialmente el segundo, donde se reúnen los aspectos esenciales de la valoración probatoria.

Para Horvitz y López (2004), la prueba puede ser definida como «un medio de verificación de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio» (II, p. 131). Ahora, en relación con la forma o vía

para efectuarse la verificación aludida, el CPP acoge un sistema de sana crítica racional, entendido como aquel mediante el cual el legislador abandona la tarifa legal de los medios de prueba, «pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados» (II, pp. 129). Estas limitaciones, por cierto, estarán en estrecha relación con la posibilidad de ejercer un control intersubjetivo de la decisión a través del régimen de recursos, sin perjuicio de que, en sentido puro, la decisión de los hechos sobre la base de la valoración de la prueba se adopta en única instancia.

Para Maturana y Montero (2017), la valoración de la prueba constituiría la determinación de los hechos sobre la base de la prueba rendida. Estos autores consideran que la sana crítica racional es una forma de control de los fundamentos de la sentencia, de modo que la decisión aparezca como una operación racional, articulada sobre la base de medios de pruebas legítimos. En efecto, agregan que «la convicción del juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respecto a las leyes del pensamiento humano (lógicas: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y a las de la psicología y la experiencia común» (II, p. 1192).

Paillás (2002), por su parte, considera que el artículo 297 del CPP recoge o da cuenta del «razonamiento propio del silogismo deductivo» (p. 21). La máxima de experiencia constituiría la premisa mayor; el indicio, la premisa menor; y, con la ayuda de la lógica y de la experiencia, se llegaría a fijar una conclusión acertada (p. 21). Por su parte, Correa (2007) considera que el artículo 297 del CPP contiene un sistema intermedio entre la prueba legal y la íntima convicción, que denomina sana crítica (p. 289). Considera que la motivación tiene un carácter lógico basado en la certeza; así, «el juez debe observar los principios lógicos supremos o "leyes supremas del pensamiento" que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son necesariamente, verdaderos o falsos» (p. 293). Estos principios incluirían el de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente (p. 293), recogiendo con ello una posición similar a la ya expresada por Couture en la materia. En lo que refiere al principio de razón suficiente, el razonamiento debe estar constituido por «inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinando» (p. 294). Desde esta perspectiva, la suficiencia de la motivación se grafica en que esta debe estar formada por elementos aptos para producir razonablemente «un convencimiento cierto o probable sobre el hecho, por su calidad» (p. 295).

Para Cerda (2019), el tribunal valora con libertad la prueba, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Si bien este autor, siguiendo a Gascón y Taruffo, es uno de los pocos que habla directamente de probabilidad lógica y del principio de indeterminación de Popper, sus asunciones epistemológicas son algo imprecisas. Cerda señala que los jueces deben tener en cuenta también «las reglas del pensamiento lógico formal, permanentes, invariables, independientemente de cualquier mundo posible» (p. 484). Ello, por cierto, se opone a lo que señala Bunge (2005), quien reconoce un carácter falibilista de la filosofía de la lógica, sujeta a la posibilidad de revisiones ulteriores con el fin de adecuarla mejor a los mecanismos inferenciales reales, nuevos e imprevisibles (p. 67). Si se da una importancia capital a la lógica formal en la valoración probatoria, se corre el riesgo de construir una muralla con base en la deducción, que es importante para la coherencia del razonamiento —con algunos alcances—, pero no logra explicar el mecanismo de adquisición de la premisa fáctica o lo que Wroblewski (1989) denomina «justificación externa» (p. 40). De esto último sí da cuenta el enfoque de la probabilidad lógica o inductiva. En este sentido, por un lado, no hay motivos para sostener que cuando el legislador refiere a las reglas de la lógica o principios de la lógica, estos solo se refieran a la lógica clásica o formal; y, por otro, dichas reglas no presentarían como finalidad suministrar información sobre el mundo, sino solo sobre un razonamiento correcto a partir de la institución de límites en su ejercicio (Agüero & Coloma, 2014, p. 682).

Cerda (2019), valiéndose de las palabras de Couture, señala que el respeto de las reglas lógicas implica el respeto de sus principios básicos: a) el principio de identidad, b) el principio de contradicción, c) el principio de razón suficiente y d) el principio del tercero excluido (pp. 484 y ss.). De ellos, Cerda entiende el principio de razón suficiente como que «todo juicio necesita un fundamento suficiente para ser verdadero» (p. 487), siguiendo a Esser.

Para Chahuán (2012), por otro lado, la finalidad de la prueba en el proceso penal moderno debe tratar de asegurar que el relato de lo acaecido sea lo más acorde posible con lo realmente sucedido (p. 360).

Para Accatino (2009), jurista formada en la filosofía del derecho, la valoración probatoria en sentido estricto «designaría la determinación del apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto» (p. 351). Agrega que «este momento correspondería al establecimiento de relaciones lógicas de corroboración entre los enunciados fácticos que se tratan de probar y los elementos de juicio disponibles» (p. 359). En este sentido, según la misma autora, «afirmar

que una proposición está probada tiene que ser equivalente a afirmar algo en relación con los elementos de juicio aportados al proceso» (2006, p. 48), cuestión que debiera admitir también una justificación y evaluación crítica. Además, dicha autora reconoce la importancia del modelo probabilístico basado en esquemas de confirmación de hipótesis, haciendo cita expresa a la obra esencial de Cohen (p. 50). En un sentido similar puede destacarse el trabajo de Jonatan Valenzuela (2017), quien declara expresamente en su libro *Hechos, pena y proceso* un «abierto compromiso con la denominada "teoría racional de la prueba" y sus proyecciones» (p. 13).

Como se ve, la doctrina chilena, en lo referido a la prueba penal, oscila e integra elementos de los desarrollos del *evidence* anglosajón en relación con el enfoque de la probabilidad lógica y de los estudios continentales del derecho procesal en materia de prueba. Esta integración todavía no es tan fluida como podría desearse (a veces se sigue utilizando el término «convicción»); sin embargo, los elementos de la interacción entre ambas culturas jurídico-probatorias se pueden estimar presentes. Para parte de la doctrina procesal más tradicional los principios de la lógica siguen presentando una gran importancia, a tal punto que a veces la aparente visión autodenotativa de los mismos al ser aplicados a los hechos impide apreciar los matices aportados en la materia por la probabilidad lógica. No obstante, la probabilidad inductiva está presente en la doctrina más actual y, quizás, con mayor influencia de la filosofía del derecho. Como veremos, la jurisprudencia también dará cuenta de esta interrelación denunciada en el nivel doctrinal.

### IV.2. Lo dicho por la jurisprudencia reciente en materia penal

Una primera conexión de la jurisprudencia con la probabilidad lógica se puede ver en la asunción de que la valoración de la prueba debe permitir un control intersubjetivo de la decisión a través de la expresión de los motivos que permitan la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a las que se arriba en la sentencia. En particular, la jurisprudencia ha señalado que la fundamentación

> ha de ser clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieren por probados, fueren favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren esas conclusiones, todo ello de acuerdo a los términos de las causales del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y el artículo 297, todos del Código Procesal Penal (*Ministerio Público con Yuvemir Gutiérrez Silva y otro*, 2021).

En este sentido, en relación con el artículo 297 del CPP, la jurisprudencia señala que la fundamentación debe dar cuenta de un «procedimiento

lógico que razonadamente pudiese conducir a la conclusión» (*Ministerio Público con José Arce Fernández*, 2021). A esto se ha denominado también «autonomía de la sentencia» —o que la resolución se baste a sí misma—, en virtud de la cual, al efectuar un análisis o una lectura de lo expuesto en ella, se «pueda» llegar lógicamente a la misma conclusión fáctica a que ha arribado el sentenciador, sin importar si se comparte o no (*Ministerio Público con Javier Yáñez Soto*, 2020). Lo anterior no solo debe apuntar a hacer entendible la decisión, sino también cautelar «un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo» (*Ministerio Público con Jorge Andrés Ríos Arredondo*, 2020). Este actuar debiera conducir a la verificación, mediante los medios de prueba, de una determinada conclusión fáctica acreditada más allá de toda duda razonable (*Ministerio Público con Juan Ramírez Andrades y otros*, 2019).

También se ha entendido por la jurisprudencia que la logicidad de la valoración probatoria está referida a los postulados básicos de la lógica formal aristotélica (*Ministerio Público con Daniel Gervasio Riquelme Reyes*, 2020; *Automotores Gildemeister S.A. con Automotores Gildemeister S.A.*, 2015).

A mi modo de ver, donde es más clara y prístina la vinculación con la probabilidad lógica es en la aplicación del principio de razón suficiente en materia probatoria. En efecto, se le considera un elemento que se desprende del límite lógico de la sana crítica. En este sentido, de la ley fundamental de la derivación se deduciría el principio de la razón suficiente (*Samuel Carvallo Véliz con OGM Maestranza y Abastecimientos S.A. y otros*, 2019; *Ministerio Público con Eduardo Varas Arriaza*, 2019).

El denominado principio de la lógica de la razón suficiente, siguiendo a Wilhelm Leibniz (2014, p. 20), podría explicarse en la consideración de que no se puede hallar ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo, aunque estas razones, en la mayor parte de los casos, no pueden ser conocidas por nosotros (*Ministerio Público con David Andrés Pérez Pérez*, 2019). Y la jurisprudencia parece asumir, como veremos, que esa razón es la demostración de los hechos por medio de la prueba a través de un razonamiento lógico de carácter inductivo que haga plausible el resultado probatorio. Es decir, la prueba de los hechos no se explicaría solo por la presencia de prueba, ni por meras derivaciones lógico-formales entre estas y aquellos, sino que es necesario explicitar y justificar la fuerza epistémica del nexo que los une para considerar probado un hecho. Hay que resaltar las similitudes que ello mantiene con la tesis de la demostrabilidad de Cohen tratada *supra*.

El principio de razón suficiente se trataría de «una directriz que permite evaluar la consistencia misma de la probanza por medio de la afirmación

de que "ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo"» (*Ministerio Público con Carlos Arriagada Díaz*, 2019). Ello se referiría a un ejercicio racional que consiste en la definición acerca del conocimiento de la verdad de las proposiciones, exigiendo que la prueba solo pueda dar fundamento a ciertas conclusiones y no a otras (*Ministerio Público con Alejandro Taffo Taffo*, 2020).

La Corte Suprema considera que se debe entender como principio lógico de la razón suficiente «cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho [que] debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente» (*Automotores Gildemeister S.A. con Automotores Gildemeister S.A.*, 2015; *Plásticos Técnicos S.A. con Servicio de Impuestos Internos*, 2016). Desde esta perspectiva, para pesquisar la infracción de dicho principio, se tiene que identificar el hecho tenido por demostrado en la sentencia y puntualizar las afirmaciones o proposiciones a partir de las cuales la sentencia tuvo por probado dicho hecho y que se hallaren fundamentadas en una razón que las acredite suficientemente, de forma de hacer patente que lo probado no es compatible con la estructura racional, donde el «consecuente» deriva necesariamente del «antecedente» (*Ministerio Público con Johans Soto Urra*, 2020; *Ministerio Público con Juan Ramírez Andrades y otros*, 2019).

La jurisprudencia ha señalado que el principio de razón suficiente mandata que exista sustento en la prueba para la decisión fáctica (*Ministerio Público con Félix Mansilla Catalán*, 2020) o que el fallo contenga fundamentos que justifiquen el juicio de hecho de un modo racionalmente aceptable (*Ministerio Público con Camila Becerra Muñoz*, 2020; *Ministerio Público con Cesar Hernández Salazar*, 2020). Se trata, en definitiva, de una justificación racional del juicio de hecho (*Ministerio Público con César Hernández Salazar*, 2020; *Ministerio Público con Sergio Maulén Tenderini*, 2019), lo que implica un control acerca de la base fáctica sobre la cual se sostiene la sentencia (*Ministerio Público con Osorio San Martín y otros*, 2020). Es este mismo principio el que se traduce en que los jueces del fondo necesariamente deban fundar sus conclusiones a fin de evitar la duda razonable (*Ministerio Público con William Cuero Chala*, 2020).

También se ha asociado el principio de razón suficiente con la idea de corroboración probatoria proveniente de la probabilidad lógica, en el sentido de que lo sostenido por el tribunal debiese tener un apoyo o corroboración en otras pruebas autónomas y diversas (*Ministerio Público con Cristian Saavedra Sepúlveda*, 2020). Así, se trataría de identificar el sustrato material necesario para tener por acreditados los hechos en los términos que se describen (*Ministerio Público con Carlos Leiva Arancibia*, 2020).

En este sentido, la visión probatoria del principio de la razón suficiente se entiende como la opción epistémicamente correcta con el objeto de evitar la simple certeza subjetiva de los jueces en relación con los hechos (*Ministerio Público con William Cuero Chala*, 2020). Así, este principio lógico expresa un grado de ratificación, en virtud del cual la hipótesis que sustenta la acusación «debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, conectando esas pruebas con la hipótesis, de manera de poder concluir la veracidad de esta» (*Ministerio Público con Alejandro Taffo Taffo*, 2020).

De otro lado, hay jurisprudencia que va más allá, citando incluso a Taruffo (2009) en lo que se refiere al razonamiento probatorio:

> Cabe destacar que la prueba despliega su función epistémica, en cuanto se configura como instrumento procesal que sirve típicamente al juez para descubrir y conocer la verdad de los hechos de la causa. Más propiamente, la prueba es la herramienta que suministra al sentenciador la información que necesita para establecer los enunciados sobre los hechos que se sustentan en una base cognitiva suficiente y adecuada para considerarlos como verdaderos. La función de la prueba es, entonces una función racional en cuanto se ubica al interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de juicios de verdad basados en una justificación racional (*Ministerio Público con Dagoberto Arturo González González*, 2020).

La Corte de Apelaciones de Arica hace una asociación expresa entre el principio de razón suficiente y el razonamiento probatorio de tipo inductivo de la probabilidad lógica:

> Cuando se va en busca de la razón suficiente de una conclusión fáctica debe investigarse el apoyo o fundamento material de lo enunciado dentro de la prueba del juicio. En consecuencia, el razonamiento probatorio del tribunal, de naturaleza inductiva, debe estar constituido por inferencias adecuadamente extraídas de los elementos de prueba aportados por los intervinientes y derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellos, se vayan determinando, además, debe ser concordante y constringente, en cuanto cada conclusión negada o afirmada, responda adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir la conclusión y, finalmente, que la prueba sea de tal entidad que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que aquella sea excluyente de toda otra (*Ministerio Público con Elizabeth del Carmen Gajardo Díaz y otros*, 2010).

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Coihaique señala que el principio de razón suficiente indica que «para considerar que una proposición es completamente cierta ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha

proposición se tiene por verdadera» (*Ministerio Público con Jusmery Toledo Rojas y otro*, 2021). Otra vez resulta muy llamativo que se utilice el mismo término que emplea Cohen (demostrabilidad).

## V. ¿UNA RECEPCIÓN ATENUADA DE LA PROBABILIDAD LÓGICA EN CHILE? LUCES Y SOMBRAS

De lo expuesto, creo que en Chile hemos tenido mucha suerte. La conjunción entre el entendimiento de la libertad probatoria limitada por las reglas de la sana crítica, así como la inclusión dentro de las reglas de la lógica de criterios que más parecen pertenecer a la esfera de la justificación externa de la sentencia, han permitido una aplicación algo *sui generis* de la probabilidad lógica en materia probatoria. La doctrina y jurisprudencia dan cuenta de una interacción entre los enfoques continentales y anglosajones de la valoración de la prueba, quizás dando cuenta de una cierta «continentalización» de los conceptos de la probabilidad lógica con un buen número de inconsistencias, pero mostrando una tendencia clara.

Cobra sentido preguntarse si es adecuado o no regular una materia tan contextual como lo es la valoración probatoria —aun cuando solo se trate de establecer límites— pues, como señala Damaška (2015), «legislar sobre un tema tan profundamente contextual es como legislar contra un camaleón por razón de su color» (p. 38). Ni el ordenamiento jurídico chileno ni ningún otro debiera tolerar depender de circunstancias azarosas para integrar correctamente en las decisiones jurisdiccionales elementos de epistemología en materia probatoria. No resulta justificado, al menos desde sus orígenes, reconducir el principio de la razón suficiente hacia el mecanismo epistémico que permite tener probado un hecho. Con ello, se rompe la riqueza sintáctica de los principios lógicos en cuanto límite perteneciente al concepto de la sana crítica al cual hace referencia el artículo 297 del CPP. En efecto, la jurisprudencia y doctrina es imprecisa al referirse al principio de la razón suficiente como manifestación de una cuestión que ya nos advertía Russell (2010) al referirse a dicho constructo: «Lo que quiere dar a entender exactamente Leibniz con el principio de razón suficiente es una cosa dudosa» (II, p. 243).

Pero, además, desde una exclusiva mirada formalista, surge la legítima duda acerca de la naturaleza *preater legem* de la interpretación que los tribunales están dando al aludido principio de la razón suficiente con una supuesta seguridad histórica que no es tal, muchas veces sin un fundamento mayor que la mera referencia a Leibniz sin profundizar en el contexto de descubrimiento de sus asunciones.

En efecto, la referencia de la jurisprudencia a los esquemas de confirmación o corroboración de los hechos, su demostrabilidad y

naturaleza inductiva, por más que se haga al alero del principio de razón suficiente, muestran a mi parecer una clara influencia de la probabilidad lógica en la materia.

Históricamente, no es posible asumir que Leibniz se refiriera a estos elementos en su formulación original, entre otras razones, por la distancia temporal entre estos conceptos y el sentido que en la obra del filósofo ocupa el principio de razón suficiente (casi trescientos años). La vaguedad de la noción y la necesidad de racionalizar la justificación de los hechos ha llevado a que la jurisprudencia dote de sentido al aludido principio con elementos que claramente podrían circunscribirse a las tesis de la probabilidad lógica de Cohen. En las sentencias referidas no solo se hace cita de las obras de Taruffo (que acoge el enfoque de la probabilidad lógica), sino que también se emplean conceptos y frases de referencia clara como «que los hecho deben *ser demostrados*»[6], «inferencias adecuadamente extraídas de los elementos de prueba», que la hipótesis que sustenta la acusación «debe ser ante *todo confirmada* por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, conectando esas pruebas con la hipótesis, de manera de poder concluir la veracidad de esta»[7], etc.

La formulación de la probabilidad lógica en el *evidence* anglosajón —y su recepción, como he sostenido, en las decisiones probatorias penales en Chile— es también un alegato en contra de ese formalismo extremo del cual la corriente del procedimentalismo procesal es su punto más llamativo. Hemos importado, con la probabilidad lógica, el legítimo reclamo de un derecho procesal abierto a otros saberes extrajurídicos como la epistemología y, con ello, por una mayor posibilidad de que esta rama del derecho se acerque más a la ciudadanía en sus aspectos intrínsecos y/o estructurales. De hecho, la elegancia estética de la formulación de Cohen para explicar una cuestión en extremo compleja (cómo damos por probado un hecho) es una invitación encubierta a que las cuestiones debatidas y tratadas al interior de los procedimientos judiciales sean entendidas por todos, de manera que el sentido común no sea una muestra de vulgarización o falta de seriedad del área, sino un elemento legítimo del razonamiento probatorio, debidamente justificado y no dependiente de la experiencia particular de los jueces. En ello se ve también la influencia del *evidence* anglosajón rememorando la administración de justicia penal por medio de juicios por jurados legos, lo que sin duda permea directa o indirectamente gran parte de las discusiones probatorias en el sistema de *common law*. También hay que ser conscientes de ello, pues la motivación de la decisión de los hechos no solo es un rasgo identitario de nuestra tradición procesal continental (Igartúa, 2013, p. 21), sino también un concepto esencial de justicia,

6 Énfasis añadido por el autor.
7 Énfasis añadido por el autor.

pues se asegura con ello un control intersubjetivo de los hechos frente a una consecuencia especialmente gravosa en materia penal en caso de condena.

En relación con la forma en que se ha articulado la recepción de la probabilidad lógica a partir del concepto de sana crítica, ello deriva precisamente de la falta de precisión del término (Benfeld, 2013, p. 571), así como de su incontrovertible y quizás perjudicial origen hispanoamericano (Sentis Melendo, 1979, p. 259; Devis Echandía, 1970, p. 105; Nieva, 2010, pp. 88 y ss.; Parra, 2007, p. 100), significando con dicha expresión realidades que en otras latitudes se han dicho de otro modo y que, más bien, parecieran indicar un estándar de actuación judicial. En mi opinión, haber optado por el camino de la sana crítica es la forma particular de nuestra cultura jurídica para preguntarse sobre la racionalidad epistémica de la decisión sobre los hechos, lo que irremediablemente nos hace llegar a la probabilidad lógica si asumimos que el enfoque epistémico es el más idóneo para hablar de conocimiento sobre los hechos al interior del proceso penal. Rememorando la filosofía de la Ilustración, la «lógica» de la probabilidad lógica se va imponiendo al constructo jurídico de la sana crítica en materia de valoración probatoria, así como la «lógica de los hechos» se impuso a la religión en lo que refiere al conocimiento del mundo y de las personas.

En efecto, si bien el concepto de sana crítica expresa una intención racionalizadora, su vaguedad puede cobijar una interpretación que abogue por una concepción subjetiva de la prueba, cuestión que se halla más limitada en el ámbito de la vaguedad propia de la probabilidad lógica por su indudable solidez conceptual y sistemática. Ello también ha impedido reconocer que la logicidad de la decisión sobre los hechos solo pueda ser explicada conforme a las reglas y principios de la lógica formal aristotélica, a diferencia de lo que sucede con la sana crítica, como se expuso a partir de algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

Con independencia de lo anterior, los conceptos de probabilidad lógica y de sana crítica en el ámbito probatorio de ambas culturas jurídicas expresan una necesidad de racionalización de la decisión sobre los hechos con el objeto de que lo decidido en juicio tenga la mayor correspondencia posible con la realidad. Por cierto, como he mostrado en este trabajo, los caminos recorridos por ambas tesis pueden ser distintos, pero bajo ningún punto irreconciliables.

La doctrina y jurisprudencia chilena muestran cómo es posible una recepción —quizás algo atenuada— de la probabilidad lógica a través de las limitaciones de la sana crítica y, en definitiva, cómo ambos conceptos presentan similitudes y dan cuenta de un proceso de fertilización, no obstante situarse originariamente en culturas jurídicas diversas. La relación entre la probabilidad lógica y el principio de razón

suficiente presentes en la doctrina y jurisprudencia chilena grafica la gran influencia de la cultura anglosajona en materia de estudios de la prueba y la posición de apertura cognitiva de los enjuiciamientos penales latinoamericanos modernos respecto de la recepción de conceptos de la cultura jurídica anglosajona. En este sentido, dicha recepción es adecuada siempre que mejore la vocación de protección de los derechos fundamentales en los procesos penales iberoamericanos; sin embargo, puede ser perjudicial cuando no se repara en las problemáticas intrínsecas de las instituciones importadas o cuando la recepción tiene tal entidad que desvirtúa la esencia de la herencia continental de los enjuiciamientos de nuestros países. No por nada algunos autores ya señalan que el concepto de probabilidad lógica es ambiguo (Abel Lluch, 2015, p. 76).

A mi parecer, la probabilidad lógica, como enfoque probatorio prevalente en la decisión de los hechos, mejora notablemente los resultados de cara a la justificación de la prueba de los enunciados fácticos en tanto logra hacer dialogar al derecho procesal con la epistemología, contribuyendo —por cierto— a la generación de decisiones jurisdiccionales intersubjetivamente controlables y a un mayor entendimiento de parte de la ciudadanía de lo decidido en juicio. Ejemplo de ello es que la doctrina y la jurisprudencia empiecen a abandonar el término «convicción», claramente asentado en los estudios de la prueba del derecho procesal continental de la segunda mitad del siglo XX, como veíamos. En este sentido, la búsqueda de la verdad y la concepción objetiva de la prueba se imponen como rasgos o indicadores de justicia de cara al análisis de la sentencia penal en materia de hechos.

Si bien la sana crítica ha intentado el mismo camino «racionalizador» al interior del derecho procesal, no ha tenido el mismo éxito por tratarse de elaboraciones conceptuales impermeables al diálogo con otras áreas del conocimiento, aunque nutridas de un gran acervo práctico y, en algunos casos, también teórico. Al respecto, puede verse lo que sostiene Mittermaier (2002), quien si bien buscaba una suerte de racionalización de la decisión sobre los hechos, entendía que ello se articulaba a través de los conceptos de convicción y certeza: «La suerte de la sentencia dada es evidentemente subjetiva» (p. 34). Por desgracia, a mi parecer, la subjetividad que sugiere Mittermaier —por más que haya tenido una intención racionalista— no puede ser admitida en nuestros sistemas de enjuiciamiento penal, especialmente en atención a lo gravoso de las consecuencias de la condena de los ciudadanos, donde la pena privativa de libertad es la máxima restricción de los derechos fundamentales del individuo que el Estado puede imponer de forma legítima y coactiva por la comisión de un hecho desvalorado penalmente. En este sentido, la probabilidad lógica, en el contexto de una concepción objetiva de la prueba, se halla en una mayor sintonía con el hecho de que el legislador,

a través de la introducción del estándar de la duda razonable como forma de distribución del error en las condenas (Laudan, 2013, pp. 59 y ss.), prefiera la libertad de falsos inocentes que la condena de falsos culpables. Cabe subrayar que en la materia queda bastante camino por recorrer con relación a cuándo se puede estimar satisfecho dicho estándar, pero sin duda el enfoque de la racionalidad probatoria a través de la recepción e instalación de la probabilidad lógica genera un mayor avance de cara al control objetivo de la justificación de la decisión sobre los hechos.

Si bien en Alemania la convicción nunca fue entendida solo como mera subjetividad (Nieva, 2010, p. 79), el enfoque anglosajón de la probabilidad lógica muestra las ventajas de adoptar una concepción objetiva de la prueba también como una forma de impedir que la racionalidad probatoria solo sea entendida como la satisfacción de un estándar de actuación judicial. Con esto no quiero decir que los estándares o conceptos indeterminados no tengan cabida en el derecho en general o en el proceso penal, en particular; más bien, quiero sugerir que me parece criticable e inconsistente que un sistema procesal penal que cautela la libertad de los ciudadanos[8] permita su privación o restricción a través de una apreciación probatoria entendida como un estándar de actuación por su indeterminación, falta de precisión y riesgo de subjetivismo, y que tampoco puede aceptarse que ello sea un imperativo legislativo. Como señala Hume (2018): «Aunque todos los seres humanos siguieran creyendo eternamente que el sol se mueve y la Tierra permanece quieta, todos los razonamientos que acabaran en esta conclusión no harían que el sol se desplazara un ápice de su sitio, y la conclusión sería eternamente falsa y errónea» (p. 134). Desde esta perspectiva, la valoración probatoria penal, por más que el legislador la ate al corsé normativo de la sana crítica como estándar de actuación, seguirá mostrándose con mejores resultados de cara a la justicia de la decisión cuando se emplee una racionalidad intersubjetiva basada en principios epistemológicos consistentes como los que plantea la probabilidad lógica.

La interacción que ya es posible evidenciar en Chile entre probabilidad lógica y sana crítica muestra la clara vocación evolutiva de la cuestión probatoria en los procedimientos judiciales. Con ello también se manifiesta la necesidad que existe de retomar el ideal ilustrado olvidado en materia probatoria en los procedimientos judiciales penales: el triunfo de los hechos sobre la creencias o experiencias del juez, a partir

8 Por ejemplo, el artículo 5 del CPP (2000) señala: «Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía».

de una mirada de la prueba desde el prisma de áreas extrajurídicas como la actual epistemología. Ya no es posible tolerar que el derecho procesal penal en materia de prueba siga «cerrando sus ojos» respecto de lo que sucede en otras áreas del conocimiento.

Por un lado, el derecho es cultura y la cultura es una experiencia histórica evolutiva; y, por otro, el *civil law* y el *common law* no reflejan dos concepciones de derecho antagónicas, sino más bien dos formas de pensar el fenómeno jurídico (Couture, 1948, pp. 10 y 15). El camino recorrido en materia de prueba penal en Chile perfectamente puede ser una muestra de la interacción cultural que ya planteaba de forma premonitoria este gran procesalista uruguayo. Espero que el diálogo entre las culturas jurídicas anglosajona y continental se consolide en un futuro no muy cercano, de forma que todos unamos fuerzas intelectuales para que las decisiones penales sean cada día más justas, especialmente en lo que dice relación con la prueba de los hechos.

## VI. CONCLUSIONES

Con este estudio he querido fundamentar una respuesta positiva respecto del cuestionamiento de la influencia de la probabilidad lógica del *evidence* anglosajón en materia de prueba penal en Chile, pese a que nuestro sistema, no obstante la influencia recibida de los procedimientos penales de la cultura anglosajona, sigue siendo un proceso penal de un ordenamiento jurídico que deriva de la tradición románica continental. Lo anterior, que pudiera parecer una mera discusión académica, no lo es. En efecto, una visión clásica y, quizás, antojadiza suele enfrentar los desarrollos de la prueba de la cultura anglosajona y los derivados del derecho procesal continental. Con este trabajo también he querido mostrar una crítica a dicha postura, pues la doctrina y jurisprudencia han aplicado los postulados de la probabilidad lógica de forma clara en un sistema cuyo principal enunciado normativo en la materia hace referencia al concepto de sana crítica y a sus reglas limitadoras. Así, con ello, también se grafica una cierta fertilización en la materia de parte del *evidence* anglosajón.

En efecto, el empleo por parte de la doctrina y jurisprudencia chilenas de frases como «que los hecho deben *ser demostrados*», «inferencias adecuadamente extraídas de los elementos de prueba», que la hipótesis que sustenta la acusación «debe ser ante *todo confirmada* por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, conectando esas pruebas con la hipótesis, de manera de poder concluir la veracidad de esta», etc., muestran que elementos de la probabilidad lógica o baconiana se encuentran presentes, pese a que estos muchas veces son utilizados de forma imprecisa e inconsistente como una explicación del principio lógico de la razón suficiente en relación con la sana crítica.

Todo lo anterior no debiera sorprender si se constata que los estudios de prueba en la doctrina iberoamericana, además de ser profusos actualmente, intentan avanzar hacia un desarrollo conceptual y sistemático mayor al ya exhibido. En este sentido, y retomando un ideal ilustrado, la lógica de los hechos y de la probabilidad lógica se está imponiendo en materia probatoria penal, incluso llegando a penetrar el concepto iberoamericano de sana crítica. La razón puede hallarse, como se expresó en el texto, en la mayor apertura cognitiva de esta última respecto de lo que sucede en áreas extrajurídicas. Y ello, por cierto, permite una mayor posibilidad de control intersubjetivo de la decisión sobre los hechos precisamente porque la adjudicación se puede servir de insumos de otras áreas, como la epistemología y la psicología, que emplean a su vez métodos de estudio que buscan la creación de conocimiento de forma racional y objetiva. Este escenario presenta dificultades como la observación de que el concepto de probabilidad lógica es igualmente vago que el de sana crítica; sin embargo, las perspectivas de control intersubjetivo de decisión de los hechos son mucho mejores —o mejor de lo que se tenía— si se integra a ellas el aparato conceptual derivado de la probabilidad lógica. De otro lado, esto también favorece el diálogo o apertura de la cuestión de la prueba penal respecto de áreas de conocimiento extrajurídicas como la epistemología.

A mi parecer, la justificación de la decisión de los hechos en materia penal debe presentar altos estándares de control de su racionalidad a través de su motivación. La condena penal, como privación o restricción de la libertad de los ciudadanos, exige eliminar todo rasgo de subjetivismo que pueda ser importante para considerar a un sujeto culpable, y ello no puede depender de un proceso de valoración probatoria racional que sea concebido como un estándar de actuación judicial. Así, las asunciones de la probabilidad lógica se muestran más compatibles con la protección de la libertad de los ciudadanos y la aceptación excepcional de su pérdida por medio de una decisión judicial que pueda explicar racionalmente por qué un hecho se encuentra probado y es atribuible penalmente a un determinado sujeto. De otro lado, según se expresó, la probabilidad lógica también cumple el rol de acercar la actuación de los tribunales al «mundo de las personas», pues la estructura del razonamiento inductivo expuesto (tesis de Cohen) no es una elaboración científica ajena al ciudadano común, sino que precisamente parte del modo en que las personas solemos entender el mundo a través de relaciones causales y antecedentes empíricos que la respalden. Y este rasgo está notoriamente más presente en el *evidence* anglosajón que en nuestros procesos penales continentales.

La valoración probatoria en materia penal es libertad. La sana crítica expresa racionalidad de la decisión y la probabilidad lógica, una intensa necesidad de que dicha racionalidad sea lo más profunda posible en

materia penal. Así, aunque diferentes y pertenecientes a diversas culturas jurídicas, ambos conceptos expresan un sentir común que, además, ratifica que los antagonismos entre ambas nociones y culturas jurídicas son más artificiales que reales.

## REFERENCIAS

Abel Lluch, X. (2015). *Las reglas de la sana crítica*. Madrid: La Ley.

Accatino, D. (2006). Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, *24*, 39-50.

Accatino, D. (2009). Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del Recurso de Nulidad penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, *32* (1), 347-362. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100010

Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? *Revus*, (39). https://doi.org/10.4000/revus.5559

Aísa, D. (1997). *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*. Zaragoza: Prensa Universitarias de Zaragoza.

Agüero, C. (2016). Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano. *Discusiones*, *18* (2), 81-106. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2016.2492

Agüero, C., & Coloma, R. (2014). Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*, *41* (2), 673-703. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011

Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba* (Flavia Carbonell y Claudio Agüero, trads.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Andrés Ibáñez, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, *12*, 257-299.

Andrés Ibánez, P. (2015). *Tercero en discordia*. Madrid: Trotta.

Almagro Nosete, J., & Tomé Paule, J. (1994). *Instituciones de derecho procesal* (2da ed.). Madrid: Editorial Trivium.

Aliste, T. (2021). Probabilidad y certeza: análisis crítico sobre la aplicación del Teorema de bayes en los Estados Unidos para la motivación de la prueba en los hechos susceptibles de enjuiciamiento criminal. *Revista Ítalo-Española de Derecho procesal*, *1*, 89-112. http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/656

Benfeld, J. (2013). Los orígenes del concepto de "sana crítica". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (35), 569-585. http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552013000100018

Benfeld, J. (2018). La sana crítica y el olvido de las reglas de la sana crítica. *Revista de derecho (Valdivia)*, *31*(1), 301-325. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100303

Bex, F. (2011). *Arguments, Stories and Criminal Evidence*. Dordrecht, Heilderberg, Londres, Nueva York: Springer.

Binder, A. (2013). *Derecho procesal penal* (vol. I). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bunge, M. (2005). *Intuición y razón*. Buenos Aires: Debolsillo.

Cafferata Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal* (3ra ed.). Buenos Aires: Depalma Editores.

Carnap, R. (1962). *Logical foundations of probability*. Londres: The University of Chicago Press.

Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (N. Alcalá-Zamora, trad.; 2da ed.). Buenos Aires: Depalma Editores.

Cassirer, E. (2013). *Filosofía de la Ilustración* (Eugenio Imá, trad.; 3ra ed. castellana). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Cerda, R. (2019). *Manual del sistema de justicia penal* (3ra ed.). Santiago de Chile: Librotecnia.

Chahuán, S. (2012). *Manual del nuevo procedimiento penal* (7ma ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de derecho procesal civil* (Emilio Gómez Orbaneja, trad.; vol. III). Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado.

Correa, J. (2007). *La prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Punto Lex.

Cohen, J. L. (1977). *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press.

Couture, E. J. (1948). El porvenir de la codificacion del common law en el continente americano. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, *18*(1), 1-21.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ra ed.). Buenos Aires: Depalma Editor.

Damaška, M. (2015). *El derecho probatorio a la deriva* (Joan Picó, trad.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Dei Vecchi, D. (2014). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios. El salto constitutivo. *Revista Doxa*, (37), 237-261. https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.13

Devis Echandía, H. (1970). *Teoría general de la prueba judicial* (vol. I). Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón* (Perfecto Andrés *et al.*, trads.; 10ma ed.). Madrid: Trotta.

Ferrer, Jordi. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (3ra ed.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

Gómez Colomer, J. (1985). *El proceso penal alemán*. Barcelona: Bosch.

González Lagier, D. (2003a). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la democracia*, (46), 17-26.

González Lagier, D. (2003b). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la democracia*, (47), 35-51.

Guasp, J. (1997). *Ciencia y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas.

Haack, S. (2008). Proving causation: The holism of Warrant and the Atomism of Daubert. *Journal of Health and Biomedical Law*, (4), 253-258.

Horvitz, M., & López, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno* (vol. II.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Hume, D. (2015). *Investigación sobre el conocimiento humano* (Jaime de Salas, trad.; 3ra ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Hume, D. (2018). *Ensayos morales, políticos y literarios*. Ciudad de México: Partido de la Revolución democrática.

Igartúa, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Igartúa, J. (2013). *La "sucinta explicación" en el veredicto del jurado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jackson, J. (1996). Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence. *Oxford Journal of Legal Studies*, *16*(2), 309-328.

Jackson, J., & Summers, S. (2012). *The internationalization of Criminal Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kant, I. (2017). *En defensa de la Ilustración* (Javier Alcoriza y Antonio Lastra, trads.). Barcelona: Alba Minus.

Kirkham, R. (1995). *Theories of Truth*. Cambridge, Londres: The MIT Press.

Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal* (Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, trads.) Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Leibniz, G. W. (2014). The Monadology. En *Leibniz´s Monadology. A New Translation and Guide* (pp. 14-33). Edinburgh: Edinburgh University Press.

Maturana, C., & Montero, R. (2017). *Derecho procesal penal* (3ra ed., vol. II). Santiago de Chile: Librotecnia

Mittemaier, K. J. A. (2002). *Pruebas en materia criminal*. México: Editorial Jurídica Universitaria.

Montero, J. (2011). *La prueba en el proceso civil* (7ma ed.). Pamplona: Civitas.

Muñoz Sabaté, L. (1967). *Técnica probatoria*. Barcelona: Praxis.

Muñoz Sabaté, L. (2012). *Curso superior de probática judicial*. Madrid: La Ley.

Nieva, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier.

Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

Paillás, E. (2002). *La prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Conosur-Lexisnexis Chile.

Parra, J. (2007). *Manual de derecho probatorio* (16ta ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Picó, J. (2008). *El juez y la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch.

Prieto Castro, L. (1976). *Derecho procesal penal*. Madrid: Tecnos.

Priori, G. (2016). La carga de la prueba en la motivación de resoluciones judiciales. En G. Priori (coord.), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (pp. 173-184). Lima: Palestra.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* (Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, trads.). Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Russell, B. (2010). *Historia de la Filosofía occidental* (Julio Gómez y Antonio Dorta, trads.) Barcelona: Espasa.

Sentis Melendo, S. (1979). *La prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ediciones Ariel.

Schum, D. (1994). *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Evanston: Northwestern University Press.

Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del juez* (Andrés de la Oliva Santos, trad.). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè Editore.

Taruffo, M. (2008). *La prueba* (Laura Manríquez y Jordi Ferrer, trads.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos* (Jordi Ferrer Beltrán. trad.; 3ra ed.). Madrid: Editorial Trotta.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad* (Daniela Accatino, trad.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

Todorov, T. (2017). *El espíritu de la Ilustración* (Noemí Sobregués, trad.). Barcelona: Galaxia Gutemberg.

Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence* (2da ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press.

Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial* (Perfecto Andrés Ibañez, trad.). Madrid: Editorial Trotta.

Ubertis, G. (1996). *La prova penale*. Torino: Utet.

Voltaire, F. (1995). *Diccionario filosófico* (vol. II). Madrid: Temas de Hoy.

Valenzuela, J. (2017). *Hechos, pena y proceso*. Santiago de Chile: Rubicón.

Vera Sánchez, J. (2014). La discrecionalidad judicial en dos enfoques reglados de la valoración de la prueba penal. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (30), 247-269.

Vera Sánchez, J. (2017). Naturaleza jurídica de la Fase Intermedia del proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (49), 141-184. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200141

Von Frisch, K. (1964). *Bees: Their Vision, Chemical Senses, and Language*. Cornell University Press: Ithaca.

Wroblewski, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho* (Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, trad.). San Sebastián: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código termidoriano (Convención Nacional [Francia], 25 de octubre de 1795).

Código Civil chileno (14 de diciembre de 1855).

Código Penal chileno (12 de noviembre de 1874).

Código Procesal Penal chileno, Ley N° 19696 (12 de octubre de 2000).

Código de Instrucción Criminal (Francia, 1808).

Decreto N° 16 (Asamblea Constituyente [Francia], 19 de septiembre de 1791).

*Ministerio Público con Alejandro Taffo Taffo*. Rol N° 4721-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 16 de octubre de 2020).

*Ministerio Público con Camila Becerra Muñoz*. Rol N° 5332-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 18 de noviembre de 2020).

*Ministerio Público con Carlos Arriagada Díaz*. Rol N° 3004-2019 (Corte de Apelaciones de San Miguel [Chile], 23 de diciembre de 2019, Cº9 y 10).

*Ministerio Público con Daniel Gervasio Riquelme Reyes*. Rol N° 1205-2020 (Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 31 de diciembre de 2020).

*Ministerio Público con Carlos Leiva Arancibia*. Rol N° 1325-2019 (Corte de Apelaciones de Talca [Chile], 17 de enero de 2020).

*Ministerio Público con César Hernández Salazar*. Rol N° 661-2020 (Corte de Apelaciones de Puerto Montt [Chile], 19 de octubre de 2020).

*Ministerio Público con Cristian Saavedra Sepúlveda*. Rol 1100-2020 (Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 4 de diciembre de 2020).

*Ministerio Público con Dagoberto Arturo González González*. Rol N° 4842-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 30 de octubre de 2020).

*Ministerio Público con David Andrés Pérez Pérez*. Rol N° 1850-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 17 de mayo de 2019).

*Ministerio Público con Eduardo Varas Arriaza*. Rol N° 5992-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 17 de diciembre de 2019).

*Ministerio Público con Elizabeth del Carmen Gajardo Díaz y otros*. Rol N° 192-2010 (Corte de Apelaciones de Arica [Chile], 18 de octubre de 2010).

*Ministerio Público con Félix Mansilla Catalán*. Rol N° 5637-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 3 de diciembre de 2020).

*Ministerio Público con Javier Yáñez Soto*. Rol N° 192-2020 (Corte de Apelaciones de Punta Arenas [Chile], 12 de enero de 2021).

*Ministerio Público con Johans Soto Urra*. Rol N° 5389-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 17 de noviembre de 2020).

*Ministerio Público con John Macarewich Cobin*. Rol N° 134189-2020 (Corte Suprema, Segunda Sala Penal, [Chile], 17 de febrero de 2021).

*Ministerio Público con Jorge Andrés Ríos Arredondo*. Rol N° 5994-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 22 de diciembre de 2020).

*Ministerio Público con José Arce Fernández*. Rol N° 387-2021 (Corte de Apelaciones de Santiago, [Chile], 3 de marzo de 2021).

*Ministerio Público con Juan Ramírez Andrades y otros*. Rol N° 5421-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 21 de noviembre de 2019).

*Ministerio Público con Jusmery Toledo Rojas y otro*. Rol N° 411-2020 (Corte de Apelaciones de Coihaique [Chile], 16 de febrero de 2021).

*Ministerio Público con Nicolás Mellado Muñoz*. Rol N° 6820-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 12 de febrero de 2020).

*Ministerio Público con Osorio San Martín y otros*, 2020 (Corte de Apelaciones de Talca [Chile], Rol 486-2020, 16 de octubre de 2020, Cº8 y 9).

*Ministerio Público con Sergio Maulén Tenderini*. Rol N° 5662-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 13 de diciembre de 2019).

*Ministerio Público con William Cuero Chala*. Rol N° 488-2020 (Corte de Apelaciones de Antofagasta [Chile], 20 de octubre de 2020).

*Ministerio Público con Yuvemir Gutiérrez Silva y otro*. Rol N° 418-2021 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 5 de marzo de 2021).

*People vs. Collins*. Crim. Nº 11176 (Supreme Court of California [Estados Unidos], 11 de marzo de 1968).

*Plásticos Técnicos S.A. con Servicio de Impuestos Internos*. Rol N° 26854-2014 (Corte Suprema Segunda Sala Penal [Chile], 15 de septiembre de 2016).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).

*Samuel Carvallo Véliz con OGM Maestranza y Abastecimientos S.A. y otros*, Rol N° 986-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 24 de diciembre de 2019).

Strafprozessordnung (Alemania, 1 de febrero de 1877).

Recibido: 27/04/2021
Aprobado: 05/08/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.004
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 105-138
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# El *civil law* frente al precedente judicial vinculante: diálogos con académicos de América Latina y Europa*

## Civil Law Versus Binding Judicial Precedent: Dialogues with Academics from (Latin) America and Europe

LUIS IVÁN DÍAZ GARCÍA**
Universidad Católica de Temuco (Chile)

JORDI DELGADO CASTRO***
Universidad Austral de Chile (Chile)

**Resumen:** El presente trabajo aborda el tema del precedente judicial vinculante. Para su ejecución, se usó como metodología la entrevista semiestructurada, participando de ella un total de treinta y dos académicos de diez países de América Latina y Europa. Los resultados se estructuran en torno a los argumentos a favor y en contra del precedente como posición teórica; a narrar cómo se comportan los tribunales vértice y el resto frente a los precedentes; y, finalmente, a conocer los obstáculos que impiden seguir correctamente los precedentes.

**Palabras clave:** Precedente judicial, seguimiento del precedente, precedente en el derecho civil, precedente en el *common law*

***Abstract:*** This paper addresses binding judicial precedent. The semi-structured interview was used as a methodology for execution and a total of thirty-two academics, from ten countries in Latin America and Europe, participated of it. The results are structured around the arguments for and against precedent as a theoretical position; to narrate how vertex courts and inferior courts behave on precedents; and finally, to know the roadblocks that prevent following precedent correctly.

***Key words:*** Judicial precedent, precedent application, precedent in civil law, precedent in common law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DOS DEFINICIONES ESENCIALES.- II.1. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE.- II.2. TRIBUNALES VÉRTICE.- III. ASPECTOS MEDOTOLÓGICOS.- III.1. ETAPA DE PREPARACIÓN DE LOS DIÁLOGOS.- III.2. ETAPA DE EJECUCIÓN DE LOS DIÁLOGOS.-

---

* Este trabajo corresponde a parte de los resultados obtenidos en el marco de la ejecución del proyecto Fondecyt N° 1181066 (ANID, Chile), al cual los autores desean hacer presente su agradecimiento.
** Académico de la Universidad Católica de Temuco (Chile). Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile) y doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Código ORCID: 0000-0002-3157-9073. Correo electrónico: ivandiaz@uct.cl
*** Académico de la Universidad Austral de Chile (Chile). Abogado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (España) y doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España). Código ORCID: 0000-0003-2251-0557. Correo electrónico: jordi.delgado@uach.cl

IV. SISTEMATIZACIÓN DE LOS RESULTADOS.- IV.1. POSICIONES TEÓRICAS FRENTE AL PRECEDENTE VINCULANTE.- IV.1.1. ARGUMENTOS A FAVOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE.- IV.1.2. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE.- V. LOS TRIBUNALES VÉRTICE FRENTE A SUS PROPIOS PRECEDENTES.- VI. ELEMENTOS QUE VIABILIZAN EL SEGUIMIENTO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE.- VII. ELEMENTOS QUE OBSTACULIZAN EL SEGUIMIENTO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE.- VIII. EL RESTO DE LOS TRIBUNALES FRENTE A LOS PRECEDENTES DE LOS TRIBUNALES VÉRTICE.- VIII.1. ELEMENTOS QUE VIABILIZAN EL SEGUIMIENTO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE.- VIII.2. ELEMENTOS QUE OBSTACULIZAN EL SEGUIMIENTO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE.- IX. CONCLUSIONES.

*Es curioso que el Derecho continental se rebele tanto en contra del sistema de precedentes, cuando en realidad no es sino el sistema continental visto desde un sistema dinámico. Pareciera que al sistema continental le interesan todos esos valores al momento de crear la ley, pero no al momento de aplicarla*

Alberto Garay

*Es extremadamente importante que los jueces son independientes y están sometidos solo a la ley. Y la otra pregunta es qué es la ley. Desde la perspectiva del Civil Law, es decir, para la tradición del Civil Law, la ley es creada por el legislador y no por los jueces. El juez está unido a lo que diga el legislador y no a lo que digan otros jueces*

Morritz Brinkmann

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, los estudios comparativos entre el *common law* y el *civil law* han enfatizado las diferencias entre ambos (Taruffo, 2009), en particular respecto de la centralidad de las decisiones judiciales en el primero y de la legislación en el segundo (Dainow, 1966-1967, pp. 423-427). Los sistemas recursivos constituyen un reflejo de aquella diferencia. En el *common law* se trata de asegurar el respeto de los precedentes jurisprudenciales; mientras que en el *civil law*, siguiendo el modelo francés[1], la finalidad del recurso de casación es asegurar el respeto a la ley mediante el control político de los jueces (Mosquera & Maturana, 2012, p. 289). En su versión española, heredada por Chile, el recurso de casación se origina históricamente con la doble finalidad de proteger el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* (Delgado, 2009, p. 351).

1 Modelo que, por otra parte, ha sido profundamente cuestionado en su pureza en un novedoso enfoque del profesor Nieva (2020, pp. 1-17), que logra demostrar la influencia inglesa en el modelo francés y, finalmente, clama por una búsqueda de un modelo más uniforme que rompa con esa tradicional diferenciación en pos de un mecanismo que, en definitiva, entregue mayor justicia.

No obstante, desde hace algún tiempo se ha generalizado la idea de que se está produciendo una convergencia entre los dos grandes sistemas jurídicos occidentales (Chase & Walker, 2010; Romero, 2004). En lo que a efectos de esta investigación interesa, dicha convergencia se traduce en que la jurisprudencia está asumiendo un rol cada vez más significativo en la familia europea continental (Legare & Rivera, 2006, p. 110). Esto significa, en concreto, que en esta familia se está generando algún grado de vinculación al precedente. Los estudios disponibles confirman que aquello efectivamente está ocurriendo en algunos países del *civil law* y así lo evidencian investigaciones ya clásicas, como la liderada por MacCormick y Summers (1997).

Lo recién señalado no significa, sin embargo, que la discusión sobre la inclusión de precedentes judiciales vinculantes esté resuelta en el entorno europeo continental. Una importante evidencia de aquello es que los autores de estas líneas tenemos distintas opiniones respecto de dicha inclusión; por ello, este trabajo se dedica a la recolección de las opiniones y experiencias de expertos de diversas latitudes. En este contexto, seleccionamos diálogos con académicos debido a que son quienes producen, habitualmente, los insumos científicos que permiten extraer las notas características de cada sistema y preferimos que la opinión de otros operadores del sistema fuese trabajada por cuerda separada.

Planteado así el problema, resulta posible explicitar su objetivo. La finalidad de este artículo es presentar las opiniones y experiencias de treinta y dos académicos de diez países de América Latina y Europa en relación con el precedente judicial vinculante. La muestra significativa seleccionada en forma no probabilística e intencional (Rodríguez & García, 1996, pp. 135-140) se compone de Alemania, Argentina, Chile, Colombia, El Salvador, España, Italia, Perú, República Dominicana y Venezuela. Como es evidente, estas opiniones no necesariamente representan el parecer de las comunidades jurídicas locales en su totalidad; sin embargo, se trata de voces especialmente autorizadas. Esto se debe a que los entrevistados son expertos en la materia en sus respectivos países (Patton, 2015).

En efecto, los académicos fueron invitados a compartir tanto sus opiniones como sus experiencias[2]. En cuanto a las opiniones, se dialogó en relación a su posición personal frente al precedente judicial vinculante. Respecto a las experiencias, dos aspectos fueron objeto del diálogo: primero, el grado de seguimiento de los precedentes judiciales establecidos por el o los tribunales vértice por parte de esos mismos órganos jurisdiccionales;

2 Usando, entonces, el método propuesto por Litchman (2006, p. 112), quien recomienda para el diseño de la entrevista escuchar a la persona entrevistada usando su propio lenguaje.

y, segundo, el grado de seguimiento de tales precedentes por parte del resto de tribunales del respectivo país.

Para presentar los resultados de esta investigación, la exposición que sigue se vertebra en torno a cuatro apartados. En el primero de ellos se precisa el significado de dos expresiones esenciales del trabajo. En el segundo, se detallan algunos aspectos metodológicos de la investigación. En el tercero, se sistematizan los resultados de los diálogos; esto es, las opiniones y experiencias de los académicos. El último apartado ofrece algunas conclusiones.

## II. DOS DEFINICIONES ESENCIALES

Una más acertada comprensión de este texto exige precisar el significado de dos expresiones esenciales en su desarrollo: una de ellas es «precedente judicial vinculante», la otra es «tribunales vértice».

### II.1. Precedente judicial vinculante

En general, un precedente judicial es la razón normativa que ha servido de fundamento a lo decidido en un caso anterior que puede servir de guía para decidir un caso presente (Llewellyng, 1989; Duxbury, 2008). El precedente judicial es vinculante cuando los jueces están dispuestos a seguir esa razón normativa incluso en aquellos casos en los que estiman que no es la forma acertada de decidir[3]. Cuando esto se logra, se puede sostener que los jueces actúan de manera «precedencial» y no de manera «preferencial» (Couso, 2007, pp. 147-172).

Para precisar esas ideas es conveniente atender a los diversos grados de vinculación al precedente identificados por Peczenik (1997), los mismos que —a los efectos de la construcción de este artículo— fueron tomados para organizar el trabajo. De acuerdo con su estudio, se distinguen los siguientes grados, del más intenso al más débil: a) vinculación formal: la sentencia que se aparta del precedente es ilegal y, por tanto, puede ser revocada mediante un recurso; b) vinculación *prima facie*: la sentencia se puede apartar del precedente dando buenas razones y es legal, pero puede ser revocada mediante un recurso; c) vinculación como apoyo adicional: el precedente funciona como un sólido argumento; y d) vinculación meramente ilustrativa: el precedente es únicamente referencial (pp. 461-479).

En los dos primeros grados existe una vinculación fuerte al precedente judicial y solo en esos casos es posible sostener que aquellos tienen

3 Pulido (2018) ofrece una fórmula similar para explicar el precedente judicial vinculante. Al respecto, sostiene que existe dicha clase de precedente cuando los operadores jurídicos «deben ejecutar las acciones o realizar los actos definidos en los PJ [precedentes judiciales] con independencia de si ellos consideran que es la forma correcta de actuar o decidir» (pp. 109-110).

carácter vinculante. En los otros dos grados, en cambio, existe una vinculación débil a los precedentes judiciales; por tanto, aquellos no son vinculantes.

Con todo, cabe precisar que en la noción de precedente judicial que se tomó para este estudio entendimos dicho fenómeno desde la óptica en la que el tribunal vértice emite una razón normativa que resulta seguida, o no, por el aparataje jurisdiccional y no por otros actores como autoridades administrativas o, incluso, los gobernados (Ferney, 2016, pp. 165-168; Gascón, 1993, pp. 30-38; Waldron, 2012, pp. 3-26).

## II.2. Tribunales vértice

Se denomina tribunal vértice a aquel que se encuentra en la cima del sistema jurisdiccional del respectivo país; en otras palabras, se trata del órgano jurisdiccional al que le corresponde decir la última palabra en lo relativo a la interpretación del derecho. En un Estado pueden existir uno o varios tribunales vértices. Existirá solo uno cuando a él corresponda determinar de manera definitiva el significado de la generalidad de las disposiciones del ordenamiento jurídico, y existirán varios cuando a cada uno de ellos corresponda determinar de manera definitiva el significado de una parte de las disposiciones del ordenamiento jurídico.

Cinco de los diez países incluidos en el presente estudio cuentan con dos tribunales vértice. Este es el caso de Chile[4], España[5], Italia[6], Perú[7] y República Dominicana[8]. Uno de esos tribunales vértice es la Corte o el Tribunal Constitucional, máximo órgano de la jurisdicción constitucional; el otro es el Tribunal Supremo o Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

Argentina, El Salvador y Venezuela, por su parte, cuentan con un solo tribunal vértice. En el caso de Argentina, la Corte Suprema de Justicia tiene competencia constitucional, federal y, al aplicar la doctrina sobre la arbitrariedad de las sentencias, sobre el derecho común (Oteíza, 2011, p. 381). En El Salvador la Corte Suprema se encuentra a la cabeza del

4 Artículo 93 de la Constitución Política de la República de Chile y artículo 97 del Código Orgánico de Tribunales. Conviene hacer presente que la Corte Suprema de Chile también tiene potestades en el ámbito constitucional. Ella conoce de los recursos de amparo y de *habeas corpus* (que en Chile se denominan de protección y amparo, respectivamente), sin posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, respecto de aquellos recursos, la Corte Suprema es el tribunal vértice en materia constitucional.

5 El artículo 123.1 de la Constitución Española dispone que el Tribunal Supremo, «con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». El artículo 161.1, por su parte, define la competencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución.

6 Artículos 134 y 137, inciso final, de la Constitución de la República de Italia; y artículo 65 del Real Decreto N° 12, de 30 de enero de 1941.

7 Artículos 140, 201 y 202 de la Constitución Política del Perú.

8 El artículo 152 de la Constitución de la República Dominicana dispone que la Suprema Corte de Justicia «es el órgano jurisdiccional superior de todos los organismos judiciales». El artículo 184, a su vez, establece que el Tribunal Constitucional tiene por función «garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales».

Órgano Judicial, el que conoce de todas las materias: constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley[9]. En el caso de Venezuela, el Tribunal Supremo se divide en salas para comprender todas las áreas del derecho[10], donde la Sala Constitucional cumple una función similar a la de los tribunales constitucionales[11].

Un caso aparte es el de Colombia, que es el único país que cuenta con tres tribunales vértice. Ellos son el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Tales órganos se encuentran en la cima de las jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso-administrativa, respectivamente (Sarmiento, 2012, p. 67).

Alemania, por último, cuenta con seis tribunales vértice. Ellos son el Tribunal Constitucional Federal, la Corte Federal de Justicia, la Corte Federal Contencioso-administrativa, la Corte Federal de Hacienda, la Corte Federal de Trabajo y la Corte Federal Social. Estos tribunales se encuentran en la cima de las jurisdicciones constitucional, ordinaria (civil y penal), administrativa, financiera, laboral y social, respectivamente[12].

Pese a la heterogeneidad en la composición, forma, número de jueces, maneras de dar a conocer sus decisiones y otros aspectos, lo que nos interesa destacar es que, finalmente, existe un tribunal que entrega la decisión final del caso concreto; y, partiendo de esa premisa, observar si los demás tribunales toman esa razón como el precedente a seguir (Núñez, 2018, pp. 53-55).

## III. ASPECTOS METODOLÓGICOS

La metodología aplicada en esta investigación constó de tres etapas (Valles, 2007, p. 53-58). La primera de ellas tuvo por finalidad la preparación de los diálogos. La segunda consistió en la ejecución de los mismos con los académicos. La tercera se concentró en la sistematización de las opiniones y experiencias por parte de los autores del presente texto. En lo que sigue, se entrega la descripción de cada etapa.

### III.1. Etapa de preparación de los diálogos

La etapa de preparación de los diálogos incluyó tres pasos. El primer paso consistió en definir el cuestionario que se aplicaría a los académicos. Al efecto, se preparó un borrador que fue sometido a juicio experto. Luego de los comentarios y correcciones propuestas, se elaboró la versión

9 Artículos 172 y 174 de la Constitución de la República de El Salvador.

10 El Tribunal Supremo se divide en seis salas: Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Venezuela.

11 Artículo 336 de la Constitución de Venezuela.

12 Artículos 92, 93 y 95 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

final del mismo. En definitiva, se optó por la modalidad de entrevista semiestructurada (Flick, 2007, pp. 101-110). El cuestionario constó de once preguntas, agrupadas en cuatro ítems.

El segundo paso consistió en precisar el contenido del consentimiento informado que suscribirían los académicos (Troncoso-Pantoja & Amaya-Placencia, 2017, p. 330). El respectivo texto contó con tres preguntas claves, que debían ser respondidas por el participante en el respectivo instrumento. Primero, si aceptaban participar de la investigación; segundo, si aceptaban el anonimato; y, tercero, si aceptaban que se grabara la conversación en un registro de audio (Robles, 2011, p. 44). Solo uno de los participantes solicitó que no se registrara la conversación mediante audio, por lo que en ese caso se tomó nota de las respuestas. Todos los demás aceptaron dicho registro.

El tercer paso consistió en la selección de los académicos y el contacto con ellos. Atendiendo a los recursos asignados al proyecto, se consideró viable entrevistar entre tres y cuatro expertos por cada país (Hernández *et al.*, 2010, pp. 176-182). Para su selección se tuvo presente, en primer lugar, que contaran con publicaciones relacionadas con los precedentes judiciales. En aquellos casos en que no se pudiera obtener esa información, se seleccionaron académicos cuya docencia estuviera vinculada con el tema. Para la selección de expertos se tuvieron en cuenta los criterios recomendados por Cortazo y Schettini (2016).

### III.2. Etapa de ejecución de los diálogos

Al proyecto en cuya ejecución se inscribe el presente artículo se le adjudicó financiamiento el año 2017 y su ejecución debía desarrollarse desde abril de 2018. En cumplimiento de dicho marco, las entrevistas se desarrollaron entre el 17 de septiembre de 2018 y el 27 de julio de 2020. En el proyecto se estableció que las entrevistas serían presenciales y así se cumplió, salvo en el caso de Venezuela.

Según se indicó más arriba, se consideró viable entrevistar entre tres y cuatro académicos por cada país, objetivo que se cumplió en la mayoría de casos (Argentina, Chile, Colombia, El Salvador, España, Italia, Perú y República Dominicana). Sin embargo, ello no fue posible en el caso de Alemania y Venezuela, donde se logró obtener el parecer de dos académicos.

Por último, los académicos podían confirmar que preferían el anonimato y rechazar la grabación de la entrevista.

Las identidades de los académicos participantes, su nacionalidad y la fecha de la entrevista se detalla en la siguiente tabla.

Tabla N° 1. Académicos Expertos participantes

| Nombre del académico | Nacionalidad del académico | Fecha de la entrevista |
|---|---|---|
| Alberto Garay | Argentino | 17 de septiembre de 2018 |
| Alberto Bianchi | Argentino | 18 de septiembre de 2018 |
| Julio César Rivera | Argentino | 19 de septiembre de 2018 |
| Pedro Grandez Castro | Peruano | 24 de enero de 2019 |
| Christian Delgado Suárez | Peruano | 25 de enero de 2019 |
| Abdón Rojas Marroquín | Colombiano | 6 de febrero de 2019 |
| Mario Cajas Sarría | Colombiano | 6 de febrero de 2019 |
| Juan Carlos Lancheros Gámez | Colombiano | 7 de febrero de 2019 |
| Fabio Pulido Ortiz | Colombiano | 8 de febrero de 2019 |
| César Landa Arroyo | Peruano | 12 de febrero de 2019 |
| Giovanni Priori Posada | Peruano | 12 de febrero de 2019 |
| Emilio Urbina Mendoza | Venezolano | 17 de mayo de 2019 |
| José Máximo Palacios Bonilla | Salvadoreño | 17 de julio de 2019 |
| Wilfredo Jovel González | Salvadoreño | 19 de julio de 2019 |
| Junior Zelaya Flores | Salvadoreño | 19 de julio de 2019 |
| Rodrigo Hernández Granados | Salvadoreño | 19 de julio de 2019 |
| Eduardo Jorge Prats | Dominicano | 22 de julio de 2019 |
| Alejandro Moscoso Segarra | Dominicano | 23 de julio de 2019 |
| José Cruceta Almánzar | Dominicano | 24 de julio de 2019 |
| Pablo Bravo Hurtado | Chileno | 20 de noviembre de 2019 |
| Alejandro Vergara Blanco | Chileno | 3 de diciembre de 2019 |
| Jaime Couso Salas | Chileno | 3 de diciembre de 2019 |
| Luca Passanante | Italiano | 21 de enero de 2020 |
| Jordi Nieva Fenoll | Español | 22 de enero de 2020 |
| Javier López Sánchez | Español | 23 de enero de 2020 |
| Lorenzo Bujosa Vadell | Español | 24 de enero de 2020 |
| Sergio Chiarloni | Italiano | 11 de febrero de 2020 |
| Pierluigi Chiassoni | Italiano | 12 de febrero de 2020 |
| Moritz Brinkmann | Alemán | 17 de febrero de 2020 |

| | | |
|---|---|---|
| Reinhard Bork | Alemán | 19 de febrero de 2020 |
| Alejandro Romero Seguel | Chileno | 27 de julio de 2020 |
| Ronald Chacín Fuenmayor | Venezolano | 12 de octubre de 2020 |

Fuente: elaboración propia.

Por último, conviene destacar que los académicos revisaron los pasajes de este texto en los que se recogen sus ideas. Al efecto, se les enviaron los párrafos respectivos mediante correo electrónico. Esta medida no solo permitió cumplir con la exigencia establecida en el consentimiento informado suscrito por los mismos, sino que además permitió confirmar que estas líneas reflejan con fidelidad sus opiniones y experiencias.

## IV. SISTEMATIZACIÓN DE LOS RESULTADOS

En el presente apartado se sistematizan los resultados de los diálogos; esto es, las opiniones y experiencias de los académicos. Como se sabe, esas opiniones fueron vertidas al hilo de las once preguntas incluidas en la pauta de entrevista semiestructurada. Esas preguntas y sus respuestas se ordenan, a continuación, en torno a cinco cuestiones: a) posición teórica frente al precedente judicial vinculante, b) los tribunales vértice frente a sus propios precedentes, c) el resto de los tribunales del país frente a los precedentes del o de los tribunales vértice, d) la misión de los tribunales vértice frente al ordenamiento jurídico y e) el horizonte de posibilidades del precedente judicial vinculante en el respectivo país.

Antes de iniciar la sistematización anunciada, conviene tener presente dos precisiones: el presente apartado se limita a entregar resultados y, por lo mismo, es de carácter esencialmente descriptivo. Esto significa que se ofrecen las opiniones y experiencias de los expertos sin analizar ni tomar posición frente a ellas (Valles, 2007, pp. 135-141). Dicho proceso se hace normalmente en forma literal (en textos entre comillas) o sintetizando sus palabras (sin comillas, ni cursivas). La intervención de los autores de este documento se restringió a sistematizar los aportes.

### IV.1. Posiciones teóricas frente al precedente judicial vinculante

Las tres primeras preguntas de la entrevista se referían al precedente judicial vinculante en general. Primero, se consultaba más específicamente si el académico era favorable o contrario al mismo (pregunta 1). Después, y con independencia de su posición, se le preguntaba por las ventajas (o argumentos a favor) y desventajas (o argumentos en contra) de aquel (preguntas 2 y 3).

Como era de esperar, los académicos presentaron diversas posiciones frente al precedente judicial vinculante. En general, los europeos se mostraron contrarios y los latinoamericanos fueron favorables a él. Ahora bien, con independencia de sus posiciones personales, se debe resaltar que la mayoría reconoció tanto aspectos positivos como aspectos negativos. Este último aspecto es el que interesa destacar a continuación.

#### IV.1.1. Argumentos a favor del precedente judicial vinculante

Uno de los argumentos más habituales a favor del precedente judicial vinculante es la seguridad jurídica (Bianchi, Chacín, Couso, Cruceta, Delgado, Garay, Hernández, Jovel, Lancheros, Landa, López, Moscoso, Palacios, Prats, Priori, Rojas, Urbina). En palabras de Bianchi, «el seguimiento de un precedente implica la posibilidad de anticipar razonablemente cómo va a resolver un tribunal en un determinado caso que tiende a reiterarse». Delgado plantea que existe «un universo de operadores jurídicos que interpretan las normas, los jueces, en Perú, Chile, Brasil, vas a tener una infinidad de significados». Y añade: «Ante esa diversidad interpretativa es necesario que existan cortes que pongan un punto final y que digan la palabra final, y digan esto es lo que va a guiar la vida en sociedad». Esta idea es vinculada por Garay con la previsibilidad que se exige a la ley: «Cuando el derecho continental defiende la supremacía de la ley, lo hace por exactamente las mismas razones o principios» que subyacen a la doctrina del precedente. Luego agrega:

> Cuando en nuestro medio se habla de la supremacía de la ley significa que nosotros no estamos sometidos a la voluntad errática del gobernante o del juez o del legislador, sino a un acto general que se aplica uniformemente a todos los ciudadanos o a las clases de ciudadanos a los que esa ley se refiere.

Jovel aplica la misma idea en el ámbito penal cuando afirma que no puede ser que la conducta A sea delito en San Salvador y no lo sea en otro lugar. López reconoce que la seguridad jurídica otorgada por los precedentes es buena en diversos sentidos pues «permite que los operadores jurídicos puedan tomar decisiones de cara al futuro y que los tribunales […] sepan cuál va a ser el criterio que deben seguir». Esto otorga estabilidad, seguridad y desarrollo económico. En la misma línea, Rojas sostiene que «el sistema jurídico o el ordenamiento jurídico pueden mejorar si los operadores jurídicos tienen, de alguna manera, la posibilidad de tener algo de seguridad en cuanto a las normas que se les atribuyen a las disposiciones con las que trabajan todo el tiempo».

Un segundo argumento a favor del precedente es la igualdad o justicia formal, en virtud de la cual se tratan de la misma manera los casos iguales (Bravo, Cajas, Chacín, Couso, Cruceta, Garay, Hernández, Lancheros,

Landa, Moscoso, Palacios, Prats, Rivera, Romero). Bravo vincula esta ventaja con un deber moral: «El seguimiento de los precedentes es más bien el resultado de un deber ético común de cualquier sistema de justicia relacionado con resolver los casos iguales de un modo igual». Y agrega: «Me cuesta ver cómo este postulado de resolver los casos iguales de un modo igual puede ser negado». Hernández expresa esta idea del siguiente modo: «Si no existe justicia en el marco decisorio puramente jurisdiccional, entonces al final el fin de la jurisdicción termina siendo nada más que decidir de forma arbitraria y cada caso concreto como se le antoje». Landa formula una analogía con la igualdad en la aplicación de la ley por parte del Gobierno:

> la aplicación de la ley no es una obligación solo del Gobierno, sino también de los jueces. Y los jueces, en este sentido, deberían garantizar que la interpretación de la ley para un caso concreto también se va a mantener para otro caso concreto.

La idea de igualdad es expresada por Moscoso en los siguientes términos: «El juez debe, si ya ha dado una decisión en relación a un caso determinado, mantener el mismo criterio, el mismo razonamiento, en el caso parecido». Palacios coincide en que la igualdad se debe dar en la aplicación de la ley, no solo en la formulación de la norma; de este modo, el aplicador también debe resolver de la misma manera situaciones semejantes.

En íntima vinculación con los argumentos anteriores se encuentra la previsibilidad o predictibilidad de las decisiones judiciales (Couso, Cruceta, Delgado, Grandez, Hernández, Passanante, Rivera, Romero). En este sentido, Cruceta expresa que el precedente otorga «mayor predictibilidad en la solución de los casos, seguridad jurídica y eficacia al principio de igualdad». Grandez relaciona este argumento con el Estado de derecho: «el Estado de derecho funciona como un sistema de reglas que tienen que ser predecibles para los ciudadanos […] La utilidad [del precedente] es una utilidad práctica de producir la normatividad o predictibilidad que los ciudadanos exigen». Más enfático es Hernández, cuando sostiene lo siguiente: «Tú no puedes vivir en un país en que ante cada suceso […] aunque sean análogos […] no puedas predecir qué es lo que se va a resolver». Passanante sostiene que «ciertamente resulta conveniente seguir el precedente, porque esto da estabilidad al derecho». Rivera aplica esta justificación del precedente vinculante al ámbito comercial y tributario, donde la previsibilidad es muy importante, incluso para el funcionamiento del mercado.

Por otra parte, el seguimiento del precedente sería una exigencia del Estado de derecho o, más ampliamente, del sistema democrático (Pulido, Vergara). Al respecto, expresa Pulido:

> Los argumentos normativos o justificatorios para establecer la regla del precedente están basados en el *rule of law* […] Si hay algo que justifica tener autoridad pública es que esa autoridad pública tenga capacidad de coordinar la conducta de los individuos. Y que para poder coordinar la conducta de los individuos debe asegurar un sistema que tenga una producción normativa cognoscible, comprensible y ejecutable por los particulares y por los operadores jurídicos. Entonces, si hay un argumento que puede llegar a justificar la existencia del precedente es el *rule of law*.

Vergara, por su parte, sostiene que la existencia de zigzag jurisprudencial o falta de precedentes es en sí mismo el reflejo de conductas antidemocráticas, pues privan a los ciudadanos de una igual aplicación de las normas democráticas. Agrega que si las normas y los hechos no han cambiado, no hay razón democrática para que el juez, basado en un falso concepto de independencia, pretenda alterar lo ya decidido en un caso anterior.

Un quinto argumento a favor del precedente judicial vinculante es de carácter económico (Chiarloni, Couso, Cruceta, Delgado, Priori). Al respecto, Chiarloni afirma que el seguimiento del precedente es bueno «porque de este modo se evita, yo creo, la impugnación inútil». En la misma línea, Couso sostiene que, desde el punto de vista económico «la desconsideración de los precedentes es un gasto innecesario de recursos». Delgado va un poco más allá y reconoce que con el precedente vinculante «desincentivas el litigio de mala fe». En la misma línea, Priori estima que el precedente vinculante «puede generar desincentivos para iniciar procesos en los cuales ya se sabe cuál es la posición de la Corte Suprema», pues a mayor incertidumbre hay mayor incentivo para litigar, incluso de buena fe. En esta línea se puede inscribir Cruceta, para quien el seguimiento del precedente «reduce el número de casos que llegarían a la Corte Suprema».

Otro argumento a favor del precedente vinculante es una mejora en la calidad del derecho (Couso, Cajas, Lancheros, Landa, Rojas, Urbina). Para Couso, Lancheros, Landa y Urbina, aquello ocurre porque se especifica el significado de las normas legisladas. En ese sentido, Couso estima que permite «el establecimiento de unas ciertas doctrinas jurisprudenciales, más densas, más ricas, que tienen una cierta vocación de especificar el derecho en un nivel de abstracción menor que el de la ley». En la misma línea se expresa Lancheros: «Teniendo en cuenta la vaguedad y ambigüedad de las mismas [las disposiciones], es necesario que la autoridad judicial precise el ámbito de aplicación de cada una de estas normas». Landa coincide con estas ideas: «lo que hay es un razonamiento para completar el vacío que tiene la norma que es objeto de controversia, y esa tarea es una tarea, más que de recreación, de

creación y complementación». Para Urbina el precedente vinculante «facilita una organicidad de criterios donde los jueces más alejados de la capital de las entidades federales puedan tener a la mano las mismas herramientas argumentales». Rojas relaciona la mejora en la calidad del derecho con la ciencia jurídica: «Gana mucho la disciplina si frente a una realidad como la interpretación judicial del derecho, a partir de ella se generan estudios, nuevas metodologías, nuevos esfuerzos de sistematización de lo que hacemos los abogados todo el tiempo».

Un séptimo argumento atribuye al precedente vinculante la posibilidad de evitar arbitrariedades. En este sentido, Landa sostiene que al menos ciertas decisiones judiciales deben ser vinculantes «para garantizar que esas decisiones [de los jueces] no sean discriminatorias o arbitrarias».

Un último argumento considera que el precedente vinculante es políticamente adecuado. Al respecto, Priori estima que «empodera al Poder Judicial en un país en el que históricamente el Poder Judicial no ha estado *empoderado*»[13].

#### IV.1.2. Argumentos en contra del precedente judicial vinculante

Uno de los argumentos más habituales en contra del precedente judicial vinculante fue la independencia judicial (Brinkmann, Delgado, Jovel, Nieva). Para Brinkmann, la independencia se refiere a que, «para la tradición del *civil law*, la ley es creada por el legislador y no por los jueces. El juez está unido a lo que diga el legislador y no a lo que digan otros jueces». Jovel estima que los jueces «sentían que se les podía coartar todo ese esfuerzo de formarse, de conocer mejor el derecho; y luego venía un tribunal superior, que ellos veían más sujeto a influencias políticas, que les venía a coartar». Nieva afirma que el precedente «llega a poner en cuestión la independencia judicial de los jueces inferiores, haciendo que obedezcan una estructura jerárquica que, creo, que es ajena a la independencia judicial».

Otro argumento en contra del precedente vinculante es la petrificación de la jurisprudencia (Brinkmann, Bujosa, Cajas, Garay, Grandez, López, Nieva, Priori, Romero). Al respecto, Brinkmann afirma que la ausencia de precedentes «asegura un grado de flexibilidad a la jurisprudencia, en el sentido [de] que la corte inferior siempre tiene la oportunidad de cuestionar o de estar en desacuerdo con la corte superior». Ello también le da a la corte superior «la oportunidad de repensar sus posiciones». En la misma línea, Cajas estima que «podría matar o cercenar la creatividad del juez […] de instancia». En similar sentido, Garay expresa que un sistema de precedentes que no permita apartarse del precedente generaría tribunales siempre atrasados respecto del avance de la sociedad. Grandez comparte el argumento, pero de manera matizada:

13 Énfasis añadido por los autores.

«Unos tribunales podrían cerrar la discusión e impedir que se mueva permanentemente. Esto siempre es un riesgo en cualquier sistema de legislación o de precedente». López afirma que no debe «impedirse a un tribunal, ya sea de grado inferior o superior, que vuelva a reconsiderar los criterios que se han mantenido en una determinada ocasión».

Un tercer argumento se relaciona con la separación de funciones, en especial entre la legislativa y la judicial (Bork, Bujosa, Delgado, Grandez, Landa, López, Priori). Bork expresa esa idea en los siguientes términos: «en los países en los que tienes estatutos escritos, no se necesita el precedente porque […] el derecho está reglado en los estatutos». Más directamente, Bujosa afirma que admitir los precedentes vinculantes «significaría que un órgano no legitimado se inmiscuiría en la labor de legislar». Delgado coincide en que se le da al juez la posibilidad de generar normas similares a las legisladas. Grandez aplica esta objeción al ámbito constitucional cuando sostiene que

> Unos tribunales terminan muy empoderados. Esto sería una crítica a la legitimidad del sistema de precedentes […]. Las cosas importantes —y la Constitución es una cosa importante— deberían ser decididas democráticamente. Y decididas democráticamente significa a través de un Parlamento representativo.

Landa matiza el alcance del argumento al afirmar lo siguiente: «Que los jueces crean derecho ya no está en discusión. El problema es hasta dónde crean derecho y cuáles son sus límites», lo que provoca un problema con la separación de funciones. López reafirma este argumento al señalar que no se puede «situar la fuente de producción normativa en un órgano que, por lo menos en los países del *civil law*, no tiene legitimación democrática». Priori coincide con esta objeción, pero la considera una desventaja para el Poder Judicial, pues «Le traslada a la Corte Suprema un costo político muy alto, que es que debe dar una solución general que no le correspondería dar y que solo le correspondería dar al órgano representativo político».

Un nuevo argumento se refiere a las dificultades de aplicar los precedentes (Bianchi, Passanante). Para Bianchi, si los jueces siguen mecánicamente un precedente sin atender a las circunstancias del caso, pueden llegar a aplicar un precedente que no es pertinente. En el mismo sentido se pronuncia Passanante cuando afirma que «el problema puede ser la selección de la decisión, porque esto no es una cuestión jurisdiccional y es difícil de controlar».

Otro problema del precedente vinculante es que tiende a mantener decisiones erróneas (Garay, Delgado, Rivera, Romero). Para Garay esto ocurre solo en caso del precedente rígido, es decir, que no admite apartamiento justificado. Delgado expresa este riesgo del siguiente

modo: «puede que el precedente haya sido injustamente generado, o sea el tema no debió ser resuelto con esa teoría; o puede que sea un precedente inválidamente generado». Rivera coincide en que, con la exigencia de seguir los precedentes, «se vuelve más difícil la corrección de esos precedentes». Romero entrega una visión más matizada: «Eso no significa que lo que los tribunales digan es lo correcto. Podrían ser precedentes bastante absurdos, injustos e incluso hasta arbitrarios». Pese a ello, entiende que existe una salida, que incluso es beneficiosa para el sistema democrático, pues «cuando se produce una tensión social respecto de un precedente, me parece que facilita el sistema democrático porque le abre las puertas a que actúe el Parlamento».

Un sexto argumento en contra del precedente vinculante es que exige más trabajo al sistema judicial. Sobre este punto, Couso afirma que el seguimiento del precedente «supone tomarse en serio la actividad jurisdiccional, la jurisprudencia. Tomarse en serio los productos jurídicos de los jueces» por parte de los mismos jueces, «y eso es más trabajo, por cierto».

Por último, el precedente judicial vinculante es objetado porque aumenta el poder de los jueces (Cajas, Priori). En ese sentido, Cajas indica que «algunos apuntan a que ha aumentado el espacio de discrecionalidad» del juez. Desde otro punto de vista, Priori considera este incremento de poder como una desventaja para la Corte Suprema, que «se convertiría en otro ámbito de poder deseable por los políticos, lo que minaría su independencia».

## V. LOS TRIBUNALES VÉRTICE FRENTE A SUS PROPIOS PRECEDENTES

Las siguientes preguntas de la entrevista se focalizaron en la relación entre los tribunales vértice y sus propios precedentes. En particular, se consultó si dichos tribunales los seguían (pregunta 4); y, luego, se pretendió elucidar las razones por las que los seguían (pregunta 5) o por qué resolvían sin considerarlos (pregunta 6).

Algunos académicos reconocieron carecer de estudios que les permitieran responder con rigor. Otros señalaron contar con estudios parciales, de modo que limitarían su respuesta a dicho ámbito. Casi todos ejercían la abogacía o formaban parte del Poder Judicial como jueces o asesores de magistrados, por lo que agregaron dicha experiencia. Desde tales coordenadas, las respuestas fueron mixtas. La mayoría sostuvo que, en general, los tribunales vértice siguen sus propios precedentes. El resto afirmó que normalmente resuelven sin considerarlos. Como es evidente, tales aportes se formularon con independencia de su posición personal frente al precedente vinculante.

En este punto, es necesario añadir dos precisiones: la primera se refiere al objetivo del presente apartado. Lo relevante no es presentar el grado de fidelidad de los tribunales vértices del *civil law* a sus propios precedentes, pues aquello importaría una investigación de campo que no forma parte de los fines del presente trabajo. Lo que en realidad interesa es identificar los mecanismos normativos e institucionales y las razones que viabilizan o perjudican la vinculación de los tribunales vértice a sus propios precedentes.

La segunda precisión es conceptual. Cuando se alude a que los tribunales vértice siguen sus propios precedentes se refiere a si se alinean a la «regla del precedente». Seguir la regla del precedente significa que el precedente se aplica, salvo en dos casos. Primero, cuando se estima que el caso actual no es igual al anterior (*distinguishing*)[14]. Segundo, cuando se estima que el precedente debe ser sustituido por uno nuevo (*overruling*)[15]. En estos dos casos existe apartamiento o abandono del precedente, pero subsiste el respeto a la regla del precedente. Por tanto, se afirma que los tribunales vértice no siguen sus propios precedentes cuando resuelven sin considerarlos y no cuando aplican *distinguishing* u *overruling*.

## VI. ELEMENTOS QUE VIABILIZAN EL SEGUIMIENTO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE

Una de las razones por las que los tribunales vértice mantienen su fidelidad a la regla del precedente es que los magistrados tienen conciencia de su rol institucional (Brinkmann, Rojas, Zelaya, López, Bujosa, Romero, Priori). Sobre el punto, Brinkmann sostiene que normalmente los cambios de opinión no se deben a un cambio de posición personal de los jueces de la Corte Federal de Justicia. Ellos «usualmente se ven a sí mismos como una especie de órgano del cuerpo». En similar sentido, expresa Rojas: «Yo creo que es porque hablan como organismo colegiado; es decir, son órganos colegiados que tienen que respetar una organización institucional». Aludiendo a la Sala Penal, Zelaya sostiene que existe conciencia de que «hay que darle al ciudadano una sensación de certidumbre respecto de la línea jurisprudencial que generalmente mantiene vigente la Sala de lo Penal». Esta conciencia del rol institucional parece evidenciarse en la siguiente práctica del Tribunal Supremo español, explicada por López: «Cuando [los magistrados] advierten que ha habido ciertas contradicciones, se suele reunir la sala para fijar un criterio jurisprudencial». Bujosa confirma esta práctica en los siguientes

14 La técnica del *distinguishing* consiste en que la Corte acepta el precedente, pero limita el ámbito de su aplicación, estableciendo una nueva regla para las circunstancias en las que dicho precedente ya no se aplica (Gennaioli & Shleifer, 2007, pp. 309-328).

15 El *overruling* consiste en que una Corte simplemente reemplaza un precedente por una nueva regla (Gennaioli & Shleifer, 2007, pp. 309-328).

términos: «desde hace unos quince o veinte años [el Tribunal Supremo] no solo dicta sentencias, sino que aprueba acuerdos de la sala no jurisdiccionales» para superar contradicciones interpretativas del propio Tribunal. Similar sentido tienen las siguientes afirmaciones de Romero: hay documentos internos de la Corte Suprema en los que se establece cómo uniformar la jurisprudencia, lo que evidencia que los ministros han discutido cómo mantener una línea uniforme de jurisprudencia sobre una determinada materia.

Una segunda razón consiste en asegurar la aplicación de la interpretación sostenida por parte del resto de los tribunales del país (Pulido, Priori, Lancheros, Cajas). Así se desprende de las siguientes palabras de Pulido: «El respeto del autoprecedente consolida la autoridad del propio precedente. Si yo [el Tribunal Constitucional] sigo mi propio precedente, le da más fuerza a mi propio precedente». Priori utiliza casi las mismas palabras cuando afirma que «el Tribunal [Constitucional] sabe, es consciente, [de] que tiene una cuota de poder muy grande […]. Si para el propio Tribunal el precedente no es obligatorio, para nadie más lo es». En similar sentido, Cajas afirma que la Corte Suprema y el Consejo de Estado vieron el seguimiento del precedente «como una herramienta para garantizar sus decisiones jerárquicamente». Lancheros entiende que de esta manera el tribunal de cierre cumple su misión:

> La existencia de un tribunal de cierre obliga necesariamente a la vigencia del precedente porque, de no hacerlo, en el fondo lo que se hace es permitir que la aplicación de la ley sea distinta en cada caso y, entonces, en vez de tener un ordenamiento jurídico, existirían tantos ordenamientos jurídicos como jueces.

Los tribunales vértice también siguen la regla del precedente por razones de eficiencia (Rivera, Bujosa, Bravo). En palabras de Rivera, «desde un punto de vista de la eficiencia del trabajo, es razonable asumir que lo que fue resuelto antes y siempre fue hecho así, está bien resuelto y mantenemos esa lógica». Bujosa se inscribe en la misma línea cuando afirma que el Tribunal Supremo sigue sus acuerdos no jurisdiccionales «básicamente por comodidad». Esa lógica se encuentra también en el siguiente parecer de Bravo: «Pareciera ser que en temas que son muy rutinarios, la Corte Suprema tiene un criterio uniforme porque básicamente quiere deshacerse rápido de una cantidad de casos que no le interesan».

Una cuarta razón para que los tribunales vértice respeten la regla del precedente es normativa (Palacios, Passanante, Chiassoni, Delgado). En el ámbito civil, Palacios explica que el artículo 522 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador establece como fundamento de la casación la vulneración de la jurisprudencia fijada en tres

sentencias continuas y no interrumpidas por otra intermedia en sentido contrario. Además, el artículo 524 del mencionado código dispone que las normas deben aplicarse del modo que más favorezca a la uniformidad jurisprudencial como finalidad de la casación. Passanante estima que

> el legislador ha reforzado el precedente de manera artificial, artificiosa. El legislador introdujo en el Código de Procedimiento Civil una norma […] que prohíbe a las *Sezioni Semplici* de la Corte de Casación contradecir un principio establecido por un precedente de las *Sezioni Unite* de la misma.

Confirmando lo recién expresado, Chiassoni explica que «la sesión en pleno es el mecanismo que permite sea uniformada la jurisprudencia».

El seguimiento de la regla del precedente también se funda en la existencia de un soporte profesional especializado para los magistrados del tribunal vértice (Rojas, López). Al respecto, Rojas explica que en la Corte Constitucional existen magistrados auxiliares que trabajan ahí desde sus inicios o que llevan dieciséis o veinte años en ella. Los magistrados auxiliares son los que colaboran con los magistrados titulares al momento de redactar las sentencias. Similar es la experiencia reportada por López, quien explica que los magistrados del Tribunal Supremo tienen un cuerpo de letrados que les hacen un servicio de asesoramiento y de información.

El seguimiento de la regla del precedente se hace posible por la existencia de un soporte tecnológico adecuado (Cajas, Jovel). Al respecto, Cajas explica que la Corte Constitucional ha lanzado un sistema de inteligencia artificial que permite seleccionar las sentencias de tutela para la mejor gestión judicial, pues permite saber cuáles son los precedentes establecidos en diversas materias. En el mismo sentido, Jovel explica que «hay una oficina que se llama Centro de Documentación Judicial que ha hecho una recopilación […]. Desde final de los noventa, inicios de los dosmil, se cuenta con un programa llamado Master Lex» que es gestionado por dicha oficina y en el que se sistematizan los precedentes.

En séptimo lugar, los tribunales vértice siguen la regla del precedente porque esto está en la cultura de los abogados (Palacios, Jovel). Al respecto, Palacios explica que a los estudiantes de Derecho se les enseña que la «doctrina legal» son tres sentencias de la Corte Suprema en un mismo sentido y no interrumpidas por otra sentencia intermedia en sentido contrario. También se les enseña que basta una sentencia para generar un precedente por el respeto a los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad jurídica. En el mismo sentido, Jovel destaca que «los abogados invocan mucho los precedentes. El tribunal tiene que evaluar si es aplicable o no es aplicable». Concluye que esto muestra que la comunidad

jurídica se está volviendo consciente y comienza a pedir la aplicación de los precedentes.

Otro factor que colabora al seguimiento de los precedentes es la distribución de causas por materias entre las salas del tribunal vértice. Al respecto, Romero destaca que la Corte Suprema ha acordado, a través de actas dictadas durante el año 2019, que la distribución de las causas entre las salas se haga por materias, lo que tiene por finalidad uniformar la jurisprudencia.

Un noveno factor que viabiliza el seguimiento de la regla del precedente por el tribunal vértice es la coincidencia de aquellos con los valores de la sociedad (Landa, Grandez). En este sentido, Landa sostiene que es más fácil mantener los precedentes cuando tienen arraigo en la sociedad, cuando tienen legitimidad social. En el mismo sentido, afirma Grandez: «Yo diría que la razón más importante por la que se mantiene un precedente es su consistencia y la coherencia con el sistema de valores».

El tribunal vértice sigue sus propios precedentes cuando hay estabilidad en los magistrados que lo integran. Al respecto, Moscoso expresa que el Tribunal Constitucional sigue sus propios precedentes porque es un tribunal nuevo. Los magistrados que ha tenido se mantuvieron estables y es difícil que una persona pueda variar su criterio en tan poco tiempo.

## VII ELEMENTOS QUE OBSTACULIZAN EL SEGUIMIENTO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE

Una razón por la que no se respeta la regla del precedente es la excesiva carga de trabajo de los magistrados que integran los tribunales vértice (Couso, Hernández, Chiassoni, Prats). Al respecto, Couso enfatiza la imposibilidad de seleccionar los casos que conocerá la Corte Suprema:

> El hecho de que no hay capacidad para seleccionar casos, no hay *certiorari*, y entonces hay que resolver una infinidad de casos […] En cambio, si hay una renuncia a resolver la gran mayoría de los casos que llegan a ella, no tiene sentido la intención de hacer justicia en el caso concreto porque todos esos casos que no se van a conocer están determinados por los tribunales que los vieron.

Enfatizando la multiplicidad de tareas de los magistrados de la Corte Suprema, Hernández destaca que no tienen capacidad para ir siguiendo sus precedentes. Además, muchos de ellos realizan actividad académica, con lo que tienen mayor carga de trabajo. No se presta suficiente atención a la actividad puramente jurisdiccional. Chiassoni sostiene que uniformar la jurisprudencia es difícil porque la Corte de Casación italiana emite cerca de doscientas mil decisiones al año. Agrega: «Lo que hace difícil manejar esto es que el recurso frente a la Corte de

Casación no tiene casi algún filtro, alguna barrera. Entonces tenemos esos poderosos números […] ese es el problema». Y concluye que al sistema imperante subyace «el sueño de la Ilustración que cada parte pueda llegar hacia el nivel más alto de jurisdicción. Ver su caso decidido en la casación». Finalmente, remata: «Esta es un poco la idea. Es una idea todavía poderosa y, por lo tanto, la cultura jurídica […] se resiste» a ceder el recurso de casación. En el mismo sentido, Prats explica que, «en la medida en que ha crecido el número de casos, las contradicciones entre las salas, en la aplicación de la ley, se ha hecho mayor […] Incluso una misma sala te ha fallado diferente respecto de sus precedentes».

Otro factor que dificulta o impide el seguimiento de los precedentes es la cantidad de jueces que tiene el tribunal vértice (Chiassoni, Chiarloni). En este sentido, Chiassoni reconoce que uniformar la jurisprudencia es difícil porque hay cerca de cuatrocientos jueces con perspectivas diferentes en la Corte de Casación italiana. La misma idea expresa Chiarloni cuando afirma que no se respeta el propio precedente porque hay muchos jueces en la Corte de Casación y cada uno tiene su propia opinión.

Un tercer elemento que incide en el desconocimiento de los precedentes es el cambio en la composición del tribunal vértice o de la sala o sección que debe resolver (Bork, Bianchi, Rojas, Moscoso, Rivera). Bianchi estima que esta es la razón más frecuente en el caso de la Corte Suprema de Argentina. En palabras de Bork, la modificación jurisprudencial se produce porque «la composición de la sala que ha decidido un caso ha cambiado: nuevos jueces tienen nuevas opiniones». En similar sentido, Rojas sostiene que «El cambio en los magistrados por supuesto trae consigo algo de ello. Aunque no son abruptos, no son en bloque, son graduales; sí se siente luego la incorporación de fichas políticas en la Corte». En el caso de la Corte Suprema, Moscoso afirma que «la incorporación de nuevos magistrados puede, de alguna forma, impactar en la variación del precedente judicial». En el mismo sentido se pronuncia Rivera cuando señala que los magistrados de la Corte Suprema no se sienten obligados cuando están en desacuerdo con el precedente.

Siguiendo a Couso, el desconocimiento de la regla del precedente también deriva de la concepción que tienen los magistrados del tribunal vértice respecto de su rol. En sus palabras:

> Probablemente el principal factor, en mi opinión, tiene que ver con esta orientación retrospectiva y no prospectiva de la Suprema, en el sentido de desentenderse del efecto que hacia el futuro provocará en la resolución de casos que se planteen más adelante la afirmación de determinada doctrina; y, en cambio, su interés, más bien, por hacer justicia en el caso concreto.

Un quinto factor que explica el desconocimiento de sus precedentes por parte del tribunal vértice es la cultura de los abogados (Romero, Couso, Prats). Al respecto, Romero sostiene que los abogados en Chile «fueron formados por décadas sin ninguna consideración al derecho jurisprudencial». Agrega que eso explica prácticas del derecho forense tales como que un abogado puede alegar una causa sosteniendo una determinada interpretación y, a continuación, sostener exactamente lo contrario en la siguiente causa, dependiendo de los intereses de su cliente. En similar sentido, Couso sostiene que esto «tiene que ver con el rol de los abogados, que deberían ser los custodios del sistema del precedente», aunque no parece que eso esté incorporado en la cultura de los profesionales del derecho. En el mismo sentido, Prats sostiene que hay un problema en la formación de los estudiantes de derecho. Él afirma que hay que sustituir la enseñanza manualística del derecho por una más centrada en la jurisprudencia, en las líneas jurisprudenciales, y en la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*.

El desconocimiento del precedente también se produce por errores en el diseño normativo. Al respecto, Chiarloni explica que en la Corte de Casación hay seis secciones en materia civil. Cuando hay contradicciones, el presidente del pleno de lo civil puede proponer que las secciones unidas unifiquen la interpretación y esa decisión es vinculante (artículo 374 del Código Procesal Civil). Sin embargo, las secciones pueden apartarse de lo decidido por el pleno de las secciones sin remitir el asunto a las secciones unidas.

En sexto lugar, los tribunales vértice no siguen sus propios precedentes debido a injerencias políticas (Landa, Urbina, Chacín). En este sentido, Landa sostiene que los Gobiernos modifican la composición del Tribunal Constitucional para obtener sentencias que los favorezcan, lo que ha dificultado que se sigan sus precedentes. Coincidiendo sobre el punto, Urbina sostiene que, ante presiones gubernamentales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se aparta de sus precedentes sin mayores razonamientos para hacerlo. Agrega que en un artículo evidenció que no existe fidelidad de la Sala Constitucional a sus precedentes debido a la prevalencia del sistema político imperante. Chacín coincide con esta perspectiva cuando sostiene que «si los casos son sin incidencia política, se sigue el precedente. O, mejor dicho, si seguir el precedente no implica afectar los intereses del Gobierno, este se sigue». Agrega que, «en el resto de los casos, donde la política no esté presente, ni a nivel social, el precedente es seguido por la competencia suprema del Tribunal Supremo de Justicia y, sobre todo, de la Sala Constitucional».

Los tribunales vértice desconocen sus propios precedentes porque carecen de un sistema de información adecuado (Romero, Prats). Romero

alude específicamente a la falta de un sistema informático efectivo. Prats, por su parte, alude al «hecho de no tener [una] publicación de las decisiones de la Corte» y a «que la labor de compilación y análisis jurisprudencial no es muy sistemática».

Un octavo motivo por el que los tribunales vértice no siguen sus propios precedentes consiste en que se formulan de manera defectuosa. Al respecto, Priori explica que el Tribunal Constitucional no sigue sus precedentes

> porque, a diferencia de lo que pasa con la Corte Suprema, muchos de los precedentes del Tribunal Constitucional son demasiado reglamentaristas. Entonces, supondría que el propio Tribunal se está poniendo reglas demasiado estrictas para cumplir [… y] luego se da cuenta que eso le quita discreción.

Es decir, se trata de una forma errónea de proponer sus precedentes.

Otra razón para no seguir los propios precedentes es de carácter ideológico. Al respecto, Rivera sostiene que la Corte Suprema no sigue sus precedentes en los «casos institucionales o casos en donde el factor ideológico es muy importante en la resolución del caso. Aquellos casos que no son técnicos, sino políticos en el sentido bueno de la palabra».

Por último, el desconocimiento de los precedentes puede producirse porque el magistrado carece de doctrina jurídica. Sobre este punto, Vergara afirma de manera hipotética que puede darse que el juez carezca de doctrina jurídica y, por ello, resuelva por intuición.

## VIII. EL RESTO DE LOS TRIBUNALES FRENTE A LOS PRECEDENTES DE LOS TRIBUNALES VÉRTICE

### VIII.1. Elementos que viabilizan el seguimiento de la regla del precedente

El resto de los tribunales del país sigue los precedentes de los tribunales superiores porque no desea que su sentencia sea revocada (Brinkmann, Rojas, López, Nieva, Bujosa, Chiarloni). Brinkmann explica que en el 95 % de los casos el resto de los tribunales sigue los precedentes de la Corte Suprema.

> La primera razón es que un juez no quiere que su sentencia sea impugnada o apelada […]. Ellos saben que si su sentencia es apelada, será revocada. Los jueces tienen estadísticas con los porcentajes de sus sentencias que han sido revocadas cada año. Mientras más pequeño es el porcentaje, más contento está el juez, porque es una parte de tu éxito

> profesional qué porcentaje de tus sentencias fueron confirmadas y qué porcentaje fueron revocadas.

En el mismo sentido, Rojas afirma que los jueces no quieren que sus sentencias sean revocadas y, además, no quieren perder prestigio en el sentido de que sus fallos son siempre desautorizados por desconocer algún precedente judicial. El argumento es compartido por López, quien afirma que «ningún tribunal inferior quiere que le anulen una sentencia. Por eso normalmente los tribunales suelen ajustarse […]. No se dice en ningún sitio, pero nadie quiere que le anulen la sentencia». Nieva coincide en este argumento cuando sostiene que seguir el precedente «es mucho menos arriesgado desde el punto de vista del juez inferior. A ningún juez le gusta que le revoquen sus decisiones». Bujosa afirma que la mayoría tiende a seguir al Tribunal Supremo «porque es más cómodo que te confirmen una sentencia y hay más probabilidades de que te confirmen una sentencia si vas en la línea de lo que han dicho los superiores». Chiarloni, por su parte, también explica que los jueces que siguen el precedente lo hacen porque no quieren que les revoquen la sentencia.

Existe una segunda razón, íntimamente vinculada con la recién explicada: los jueces siguen los precedentes de los tribunales vértice porque ello facilita su ascenso en la carrera judicial (Brinkmann, Bork, Bravo, Romero, Rojas, Chiarloni). Bork sostiene que, «si un juez desea ser promovido, no es bueno para su carrera oponerse a los precedentes establecidos por la Corte Suprema». Bravo, que estudió precisamente este problema, sostiene que, en el *civil law*, donde el Poder Judicial está mucho más jerarquizado,

> a los jueces inferiores les preocupa que les revoquen los fallos porque eso afecta su reputación frente a los tribunales superiores, que son los que en definitiva determinan si este juez asciende o no asciende. Entonces, básicamente por el miedo a ser mal evaluado por su superior, los tribunales inferiores terminan cuadrándose con el criterio de los tribunales superiores.

En este sentido, parece posible entender las siguientes palabras de Romero: «Por mi ejercicio profesional puedo decir que los ministros de las Cortes […] y los jueces de letras no son gente reaccionaria a lo que dice la Corte Suprema. Y esto es por la estructura jerárquica que tiene nuestro sistema». Esta idea es compartida por Rojas: «suelen los tribunales especialmente seguir a sus superiores jerárquicos, quienes van a ser finalmente quienes los evalúan, los califican y los que los promueven». En la misma línea, Bujosa afirma: «Alguien que tenga aspiraciones de promocionar, si ha sido muy "respondón", se va a notar y, a lo mejor, quien lo tenga que nombrar» no lo va a designar. Chiarloni

reconoce que no hay ninguna regla, pero en la práctica ocurre que el juez que sigue los precedentes tiene más posibilidad de ascender que el juez que no los sigue porque, si tu decisión no es impugnada, significa que tu decisión es muy buena, que sabes lo que es el derecho y eres mejor que el juez cuya sentencia es siempre revocada.

Una tercera razón para que los demás tribunales del país sigan los precedentes de los tribunales vértice es normativa (Rojas, Pulido, Lancheros, Cruceta, Palacios, Passanante, Landa, Priori, Moscoso, Urbina, Chacín). Rojas explica que la Corte Constitucional ha sostenido que se puede cometer el delito de prevaricación por parte del juez que se aparta de un precedente si no da razones para ello. Pulido reitera esta idea al sostener que

> la Corte Constitucional estableció que no seguir los precedentes constituye prevaricación, y un estudio que realicé evidencia que sí se aplica esta sanción. En el ámbito del Consejo de Estado, se estableció una norma legislada que establece que los precedentes de dicho Consejo también son vinculantes.

Lancheros coincide y detalla: «La Corte Constitucional tiene establecido que las sentencias del Consejo de Estado […] y la Corte Suprema […] tienen eficacia vinculante directa». Cruceta destaca que, en el ámbito criminal,

> las Cortes de Apelaciones Penales están sometidas a sus autoprecedentes y al precedente de la Suprema Corte de Justicia, dando lugar, la violación de estos precedentes, a un motivo de casación, de conformidad con el artículo 426.2 del Código Procesal Penal.

Palacios afirma que existe seguimiento porque, en caso de apartamiento del precedente, existe la posibilidad de reclamar en sede constitucional en contra de esa sentencia. Passanante, por su parte, afirma que «se introdujo legislativamente un límite a la impugnación cuando el juez ha respetado la orientación de la Corte de Casación». Este es un límite a la admisibilidad de la impugnación de la sentencia. De este modo, «es bastante difícil impugnar una sentencia que ha respetado el precedente y es más fácil impugnar una sentencia que lo ha contradicho». Landa recuerda que luego de un conflicto interpretativo entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, esta última cedió y dictó una orden administrativa en virtud de la cual dispuso que los jueces que no cumplieran con los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional incurrían en una falta administrativa. Priori coincide con Landa cuando afirma que el resto de los tribunales sigue los precedentes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema «porque, si no lo hacen, incurren en responsabilidad administrativa». Es más, «hay varios casos […] donde incluso jueces han sido destituidos» por fallar contra los precedentes.

La razón para seguir el precedente «es el temor». Moscoso, por su parte, afirma que los precedentes en materia constitucional se siguen debido al artículo 184 de la Constitución; es decir, por «la fuerza normativa de la Constitución». Urbina estima que la principal razón para seguir los precedentes del Tribunal Supremo es normativa:

> los jueces de cortes y tribunales están obligados a acatar el precedente, so pena de ser destituido del cargo. Desde 2010 existe dentro de la legislación disciplinaria judicial venezolana una norma en el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana que obliga a los jueces a seguir los precedentes.

Coincidiendo con Urbina, Chacín explica que

> la mayoría de los jueces de instancias menores son provisorios y la sala disciplinaria forma parte del Tribunal Supremo de Justicia, por ello es muy importante para ellos seguir el precedente del más alto tribunal, para garantizar su estabilidad en el cargo.

Los precedentes también se siguen porque se reconoce la legitimidad de los tribunales vértice (Brinkmann, Rivera, Rojas, Zelaya, Cruceta). En este sentido, Brinkmann explica que el juez piensa: «la Corte superior ya pensó sobre esto, ellos son excelentes abogados, ellos están entrenados, ellos tienen experiencia, ellos han tenido diez casos de esta clase, este es mi primer caso sobre la materia, probablemente, entonces los sigo o debo seguirlos». En el mismo sentido, Rivera sostiene que «los jueces federales le reconocen legitimidad a la Corte para interpretar los temas federales porque es el máximo tribunal federal». En el mismo sentido, Rojas declara que en las clases que dicta, y en las que los estudiantes son jueces y magistrados, «a mí me parece que hay un respeto suficientemente fuerte con sus superiores jerárquicos […] es decir, los jueces y magistrados suelen dar una mayor credibilidad en temas de la específica competencia de sus áreas a sus superiores jerárquicos». También parece posible entender las siguientes palabras de Zelaya bajo esta lógica: «los precedentes tienen un contenido de razonamiento integral por parte de la sala […]. Cuando las sentencias son debidamente fundamentadas por esta sala, los tribunales de instancia la consideran vinculante o de obligatorio cumplimiento». Cruceta sostiene que «lo cierto es que, por el prestigio que tiene la Suprema Corte de Justicia, la mayoría de los tribunales inferiores acogen los criterios asentados por esta en sus decisiones».

En quinto lugar, los precedentes de los tribunales vértice se siguen por economía, lo que es visto de manera positiva por algunos y negativa por otros (Garay, Nieva, Cruceta). Al respecto, expresa Garay:

> Sigamos para adelante, esto ya lo resolvimos. Esa idea práctica, que en la educación anglosajona es la base y en la educación católica latinoamericana es la antítesis […] se detesta el pragmatismo […] los jueces están tapados de trabajo y, a pesar de ello, se resisten a soluciones pragmáticas.

Nieva coincide en el motivo, pero por otro fundamento: afirma que los demás tribunales del país tienden a seguir la doctrina establecida por el Tribunal Supremo «porque es más fácil hacer un *copy paste*, es decir, un corta y pega, que una innovación». Coincidiendo con Nieva, Cruceta afirma:

> En materia no penal se puede afirmar que, por el facilismo, los jueces siguen la corriente de respetar la jurisprudencia de los tribunales superiores, ya que basta buscar en los repertorios de jurisprudencia los criterios de la Suprema Corte de Justicia aplicable al caso que están conociendo.

El seguimiento de los precedentes de los tribunales vértice se hace posible debido a la divulgación de aquellos (Palacios, López, Garay). Sobre el punto, Palacios hace presente que la Corte Suprema de El Salvador publica anualmente una recopilación por cada una de sus salas y que en esos libros se ofrece la doctrina legal generada durante ese año por cada una de ellas. Más informal es la situación en España, donde López hace presente que el cuerpo de letrados que asesora a los magistrados del Tribunal Supremo de vez en cuando publica una recopilación no oficial de los criterios jurisprudenciales establecidos. Garay, por su parte, explica que toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina está en una base de datos y que los asistentes especializados de los jueces tienen acceso a ese recurso. Cada vez la tecnología influye más y cada vez influye menos la vieja costumbre de pensar «tengo un problema», y consultar un libro para saber qué dijo un cierto autor sobre el tema.

A las razones expuestas se agregan otras cuatro, cada una de las cuales fue mencionada por un solo académico. Una de ellas es que los jueces entienden que forman parte de un único cuerpo jurisdiccional. Al respecto, Bork explica que el resto de los tribunales sigue a la Corte Federal de Justicia «porque, por una parte, los jueces sienten que en Alemania este es un sistema unificado y que cada juez debe seguir las líneas de la Corte».

Otro motivo por el cual el resto de los tribunales sigue los precedentes de los tribunales vértice es el bien de las partes y del sistema. En este sentido, Brinkmann afirma que «la mayoría de los jueces están conscientes de su responsabilidad hacia la sociedad y hacia las partes». Y añade que los jueces «suponen que deben dar una decisión rápida y final, y no es muy

servicial si ellos dan una decisión y las partes deben gastar más dinero en otra corte para obtener una decisión mejor o diferente».

Por otra parte, los precedentes de los tribunales vértice son seguidos debido a la existencia de asistentes especializados que colaboran con los jueces. En este sentido, Garay explica que las sentencias son redactadas muchas veces por asistentes y que esos asistentes se sienten más compelidos por los precedentes establecidos por la Corte Suprema que el propio juez que debe firmar esa sentencia luego.

Por último, los demás tribunales siguen los precedentes de los tribunales vértice gracias a la formación de los abogados y estudiantes. En palabras de Palacios, otra razón para el seguimiento de los precedentes de la Corte Suprema es la formación jurídica de los estudiantes de derecho de pregrado y de postgrado.

### VIII.2. Elementos que obstaculizan el seguimiento de la regla del precedente

El resto de los tribunales del país no sigue los precedentes de los tribunales vértice porque están en desacuerdo con aquellos (Bianchi, Hernández, Bujosa, Chiassoni, Grandez, Prats, Cruceta). En esta línea, Bianchi sostiene que el juez se aparta de los precedentes porque no está de acuerdo con lo resuelto por el tribunal superior. En similar sentido, pero más crítico, Hernández afirma que «en realidad muy pocas personas tienen la voluntad de autoformarse y en la judicatura pasa eso […]. Hay mucha soberbia». Bujosa sostiene que a veces los jueces se apartan de lo que ha dicho el Tribunal Supremo porque «hay jueces que tienen su propia visión, su propia personalidad […] y se atreven a decir "esto es de esta otra manera"». Agrega que también puede ser «por justicia material, yo creo, por su visión de las cosas, por su entendimiento de que la solución en el caso concreto tiene que ser algo distinto». El argumento que se describe parece trasuntarse en las siguientes palabras de Chiassoni: «Mi impresión es que [el resto de los tribunales] siguen los precedentes cuando sienten que es jurídicamente correcto o cuando es más fácil seguirlo. Y no lo[s] siguen cuando no». Similar es la perspectiva de Grandez, quien estima que los jueces siguen los precedentes del Tribunal Constitucional como respaldo de lo que desean sostener. Si el precedente no coincide con lo que desean sostener, no lo siguen. Prats, por su lado, sostiene que los precedentes no se siguen por «diferencias conceptuales. Es decir, siempre hay cortes que rechazan criterios del Tribunal Supremo». La misma idea la expresa Cruceta cuando afirma que, en materia no penal, «hay muchos tribunales y jueces que podríamos llamar rebeldes, que son minoría, que no se acogen a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema y fallan los casos de acuerdo a su propio criterio».

Un segundo argumento es similar al recién descrito: el resto de los tribunales no sigue los precedentes por razones ideológicas o políticas (Romero, Chacín). Al respecto, Romero sostiene que «las tensiones dentro de la judicatura chilena son bastante evidentes» por razones ideológicas. Chacín, a su vez, sostiene que los precedentes del Tribunal Supremo son seguidos, «siempre y cuando no afecte los intereses políticos del Gobierno y su partido».

Otro motivo por el cual no se siguen los precedentes de los tribunales vértice es la independencia judicial (Vergara, Hernández, Jovel). Sobre el tema, Vergara sostiene que los jueces creen que su independencia llega a tal punto que pueden apartarse de los precedentes generados por los tribunales superiores. De este modo, van creando sus propias decisiones, crean una conducta y un sentimiento de que la independencia incluye considerar que las sentencias de los tribunales superiores no obligan. En similar sentido, Hernández explica que no hay comportamiento precedencial por «aquella arraigada idea en la visión antropológica de los jueces de la independencia», lo que en realidad «es un aspecto cultural». Jovel, por su parte, explica que los precedentes no se siguen porque los tribunales son celosos de su propia independencia.

Una cuarta razón para no seguir los precedentes es la existencia de precedentes contradictorios (Cajas, Zelaya). Al respecto, Cajas explica que a veces el juez se encuentra con el problema de que los precedentes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema son contradictorios. Zelaya destaca que a veces la contradicción se produce con precedentes del propio juez que va a resolver: «Claro, en casos excepcionales ellos [el resto de los tribunales] aplican el autoprecedente porque consideran que son decisiones debidamente fundamentadas».

En quinto lugar, los precedentes de los tribunales vértice no se siguen porque no son conocidos (Lancheros, Pulido, Hernández). Al respecto, Lancheros afirma que en muchos casos no hay conocimiento de cuáles son los precedentes de las altas cortes. La Corte Constitucional tiene entre veinticinco mil y treinta mil sentencias pronunciadas y hacer un seguimiento de cada una de ellas es imposible. Pulido también señala esta razón y explica que el desconocimiento de los precedentes es un problema de divulgación. En similar sentido, Hernández agrega que «hay un tema de formación judicial […]. Los jueces no se están formando, no continúan estudios, no se toman el tiempo para el estudio de la jurisprudencia».

A los elementos ya expuestos se agregan otros cinco, cada uno de los cuales fue señalado por un solo académico. Por ejemplo, la dificultad para encontrar la *ratio decidendi* en la sentencia fue considerada como un motivo para no aplicar los precedentes de los tribunales vértice. Sobre este criterio, Lancheros explica que otro problema de orden práctico

es cómo encontrar aquella parte de la sentencia que es vinculante en sentencias de cuarenta, cincuenta o a veces cientos de páginas.

> Hemos llegado al acuerdo de que las altas Cortes pueden establecer precedentes vinculantes y hemos establecido metodologías que nos permiten determinar qué es lo vinculante de una sentencia, pero las propias sentencias a su vez no se han permitido señalar qué es lo vinculante [de ellas].

También hay razones normativas para no seguir los precedentes de los tribunales vértice. Jovel señala que un solo precedente no es «doctrina legal», sino que se requieren tres sobre el mismo tema, y no interrumpidas, para que tengan fuerza vinculante. Así, precisa que le «parece que los tribunales son conscientes [de] que, como ciertas líneas no han sido declaradas como doctrina legal, no están totalmente vinculados».

Otra razón por la que no se siguen los precedentes de los tribunales vértice es el exceso de trabajo de los jueces. Al respecto, Hernández sostiene que para los jueces se hace complicado seguir los precedentes «con la carga laboral que tienen ahora».

Los precedentes de los tribunales vértice tampoco son seguidos por razones culturales. De acuerdo con Chiassoni, el desconocimiento de los precedentes ocurre porque «la cultura del precedente y del precedente vinculante, en este sentido argumentativo fuerte, no es difundida».

El resto de los tribunales del país no sigue los precedentes porque los propios tribunales vértice no lo hacen. Bajo esa premisa, Vergara expresa que al no respetar varios de los ministros de la Corte Suprema sus propios precedentes, dan un pésimo ejemplo al resto de los jueces.

## IX. CONCLUSIONES

En general, los países del *civil law* se encuentran discutiendo la incorporación más bien formal o informal de los precedentes vinculantes; sin embargo, esa discusión es inútil si se carece de condiciones que los viabilicen. Dichas condiciones han sido recogidas en este trabajo y en este apartado conclusivo vamos a sistematizar lo obtenido con el objetivo de mostrar qué temas son realmente el centro de la discusión y señalar el nudo crítico sobre el que un sistema jurisdiccional debe tomar sus decisiones.

Existen buenos argumentos a favor y en contra del precedente judicial. Usualmente, la seguridad jurídica, la previsibilidad de la respuesta, la igualdad ante la ley o justicia formal, e incluso un deber moral, serían los elementos más destacados por los expertos. Junto con ellos, también fueron resaltados aspectos de índole más forense como la predictibilidad

de las decisiones y su incidencia en el ahorro de impugnaciones carentes de sentido que, en definitiva, también ayudan a la conformación de una mejor calidad del Estado de derecho y del sistema en su conjunto. No obstante, hay que tener presente que esta última característica, pese a no suscitar polémicas, no resulta pacífica. En efecto, a veces los expertos indican que el uso de precedentes facilita el trabajo y resulta más rápido (probablemente, debido a que se conocen y se tienen identificados); pero, por otra parte, se señala que esta práctica requiere más trabajo y de tiempos más extensos (sobre todo cuando no se conocen y no se está acostumbrado a trabajar con ellos).

De igual modo, los principales tópicos que se presentan en contra del precedente judicial vinculante generan un grado de persuasión muy importante. Quizá el más habitual sea la afectación a la independencia judicial, aunque se suele también destacar el riesgo de petrificación de la jurisprudencia. En el plano más problemático, es recurrente observar un inconveniente en la afectación al sistema de fuentes del derecho o una dificultad entre los roles del legislativo y del judicial. Los jueces no pueden arrogarse funciones para las que no fueron elegidos y esto probablemente redunde en un aumento no buscado del poder de los jueces. Desde el punto de la práctica cotidiana también se ha detectado una dificultad en la aplicación de los precedentes y lo inconveniente que resulta mantener por un tiempo una decisión errónea. Finalmente, se destaca una mayor carga de trabajo para los jueces al tener que observar las decisiones desde el prisma de la jurisprudencia vinculante.

El seguimiento de los precedentes por los tribunales vértice suele percibirse como una característica cumplida, en general, por los órganos jurisdiccionales de los países objeto de estudio. Seguramente, esta práctica responde a una cultura propia del mundo jurídico que demuestra cierta tendencia al respeto a la interpretación del órgano jurisdiccional que está en la cúspide, en especial cuando esta se perpetúa en el tiempo. Llama la atención cómo se han develado algunas prácticas, generalmente fuera de la regulación procesal, como la adopción de acuerdos entre los colegios jurisdiccionales para respetar algunas interpretaciones respecto de ciertos temas; mientras que otras razones, dentro del marco legal, suelen vincularse con la conformación de los órganos en forma especializada y, ojalá, con miembros que operen de forma estable. La principal razón de este fenómeno estaría dada por la mayor robustez de las decisiones al repetirse en idéntico sentido una y otra vez, aunque también se develan interpretaciones proclives a pensar que es más eficiente hacerlo así o, derechamente, más cómodo. En este tema se observan algunos hechos que resultan llamativos, como la necesidad de contar con un equipo de auxiliares que ayude en la labor de mantener los precedentes y, por otra parte, la posibilidad de utilizar soportes tecnológicos, cuestiones ambas

que sin duda deben abordarse como desafíos y han de regularse para mejorar la calidad de la justicia.

Sin embargo, los tribunales vértice no siempre respetan sus propios precedentes. Habitualmente, se ha enfatizado en la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales como el principal motivo de este fenómeno, y otro factor decisivo sería el elevado número de jueces o cambios en la composición de las salas de los órganos vértice. También se describen razones más bien culturales como la falta de conocimiento de la regla del precedente, la falta de consideración a la jurisprudencia, y el excesivo celo con el que algunos abogados defienden tanto una posición como la contraria, simplemente motivados por los intereses de distintos clientes. En cuanto al orden forense, a veces existen injerencias políticas que, al final, determinan cambios en la forma de abordaje de algunos asuntos, modificando los precedentes sobre un tema puntual; y, otras veces, incluso podría ser una decisión de corte ideológico, una mala formulación de un precedente o producto del desconocimiento por parte de algunos miembros del Poder Judicial.

En cuanto al seguimiento de los precedentes por otros tribunales distintos a los vértices, también existe una percepción generalizada de seguimiento. La primera razón esbozada es que a los jueces no les agrada que sus fallos sean revocados y menos si esto incide (o puede incidir) en el desarrollo de su carrera judicial. Pero también es cierto que muchas veces los jueces conocen y, por eso mismo, aplican la jurisprudencia consolidada en un sentido, a la par que resulta extraño apartarse de la legitimidad que ostentan los tribunales vértice. A mayor abundamiento, en algunos casos podría caerse en una decisión susceptible de generar prevaricación. Además, aunque en un orden mucho más indemostrable, suele ser más rápido e implica una menor carga de trabajo seguir los dictados de los superiores que apartarse de los mismos.

De todos modos, a veces, los tribunales que no son vértice se apartan de las decisiones precedentes, fenómeno que suele darse por convicción, pues la ausencia de convencimiento es el motivo más importante. A veces, empero, esto se produce por razones políticas o ideológicas, aunque también suele citarse como razón el apego de los jueces a su independencia judicial. Y, junto con estos motivos, podemos encontrar algunos tópicos relacionados con la práctica forense como la falta de difusión de los fallos; la dificultad de hacer el encaje perfecto con la *ratio decidendi*; la ausencia de una cultura jurisdiccional del precedente; la falta real de seguimiento por parte de los superiores, lo que serviría de inspiración para los demás tribunales: y, finalmente, la carga de trabajo, que imposibilitaría realizar el enjuiciamiento, teniendo además a la vista los casos anteriores.

## REFERENCIAS

Chase, O., & Walker, J. (2010). Common Law, Civil Law, and the future of categories: an introduction. En O. Chase y J. Walker (eds.), *Common Law, Civil Law, and the future of categories* (pp. 10-40). Nueva York: LexisNexis.

Cortazo, I., & Schettini, P. (2016). *Técnicas y estrategias en investigación cualitativa*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.

Couso, J. (2007). El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso. *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, *20*(2), 147-172. https://doi.org/10.4067/S0718-09502007000200007

Dainow, J. (1966-1967). The Civil Law and the Common Law: some points of comparison. *American Journal of Comparative Law*, *15*(3), 419-435.

Delgado, J. (2009). La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, *33*(2), 345-367. https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a09.pdf

Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferney, L. (2016). Precedente judicial y administrativo en la regulación económica colombiana. *Revista de Derecho del Estado*, *37*, 165-168.

Flick, U. (2007). *Introducción a la investigación cualitativa*. Madrid: Ediciones Morata.

Gascón, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.

Gennaioli, N., & Shleifer, A. (2007). Overruling and the Instability of Law. *Journal of Comparative Economics*, *35*(2), 309-328.

Hernández, R., Fernández C., & Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, D. F.: McGraw Hill.

Legare, S., & Rivera, J. (2006). Naturaleza y dimensiones del stare decisis. *Revista Chilena de Derecho*, *33*(1), 109-124. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007

Litchman, M. (2006). *Qualitative research in education: a user's guide*. Thousand Oaks: Sage.

Llewellyng, K. (1989). *The case law system in America* (Michael Ansaldi, trad.). Chicago: The University of Chicago Press.

MacCormick, N., & Summers, R. (1997). *Interpreting precedents. A comparative study*. Brookfield: Darmouth Publishing.

Mosquera, M., & Maturana, C. (2012). *Los recursos procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Nieva-Fenoll, J. (2020). El origen inglés de la casación francesa. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, *1*, 1-17.

Núñez, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *31*(1), 51-78.

Oteíza, E. (2011). Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN. En E. Oteíza (coord.), *Cortes Supremas: funciones y recursos extraordinarios* (pp. 363-407). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Patton, M. (2015). *Qualitative evaluation and research methods*. Thousand Oaks: Sage.

Peckzenik, A. (1997). The binding force of precedent. En N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 461-479). Aldershot, Brookfield: Ashgate Darmouth.

Pulido, F. (2018). *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Robles, B. (2011). La entrevista en profundidad: una técnica útil dentro del campo antropofísico. *Cuicuilco*, *18*(52), 39-49.

Rodríguez, G., Gil, J., & García, E. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa*. Granada: Aljibe.

Romero, A. (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Sarmiento, J. (2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho? *Opinión jurídica*, *11*(22), 65-82.

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.

Troncoso-Pantoja, C., & Amaya-Placencia, A. (2017). Entrevista: guía práctica para la recolección de datos cualitativos en investigación de salud. *Revista de la Facultad de Medicina*, *65*(2), 329-332. http://dx.doi.org/10.15446/revfacmed.v65n2.60235

Valles, M. (2007). Entrevistas cualitativas. *Cuadernos Metodológicos*, *32*, 7-195.

Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*, *111*, 3-26.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código de Ética del Juez Venezolano y de la Jueza Venezolana (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2009). *Gaceta Oficial*, 6 de agosto de 2009.

Código Orgánico de Tribunales, Ley N° 7421 (Congreso Nacional de Chile, 1943). *Diario Oficial de la República de Chile*, 9 de julio de 1943.

Código Procesal Civil, Real Decreto N° 1443 (Gobierno del Rey Emperador Víctor Manuel, 1940). *Gaceta Oficial del Reino de Italia*, 28 de octubre de 1940.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Legislativo N° 712 (Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, 2008). *Diario Oficial*, 17 de noviembre de 2008).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Asamblea Nacional Constituyente, 1999). *Gaceta Oficial Extraordinaria*, 30 de diciembre de 1999.

Constitución de la República de El Salvador, Decreto N° 142 (Asamblea Constituyente). *Diario Oficial de la República de El Salvador*, 29 de julio de 1983.

Constitución de la República Dominicana (Asamblea Nacional Revisora, 2010). *Gaceta Oficial*, 26 de enero de 2010.

Constitución Española (Cortes Generales, 1978). *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978.

Constitución de la República Italiana (Asamblea Constituyente, 22 de diciembre de 1947). *Gaceta Oficial de la República*, 27 de diciembre de 1947.

Constitución Política de la República de Chile 1980, decreto N° 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (2005). *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de septiembre de 2005.

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente, 1993). *Diario Oficial El Peruano*, 29 de diciembre de 1993.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Consejo Parlamentario, 1949). *Boletín Oficial Federal*, 23 de mayo de 1949.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2004). *Gaceta Oficial*, 20 de mayo de 2004.

Recibido: 08/09/2020
Aprobado: 10/05/2021

# MISCELÁNEA

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.005
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 141-181
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# El etiquetado frontal en los alimentos y la iconografía jurídica: un ejemplo para la comprensión del trasplante jurídico y del nuevo paradigma latinoamericano*

## Front-of-Pack Food Labelling and Legal Iconography: An Example of Legal Transplant and the New Latin American Paradigm

ALFREDO FERRANTE**
Università degli Studi di Pavia (Italia)

**Resumen:** Se realiza un estudio del etiquetado frontal en los empaques de alimentos en las regulaciones actuales y *de lege ferenda* de los ordenamientos chileno, colombiano, ecuatoriano y peruano, cuya finalidad es contribuir a una correcta comprensión y utilización de la metodología comparada, en particular de la figura del trasplante. En este sentido, se proporciona un ejemplo concreto de operabilidad (no necesariamente lograda) de un trasplante. También se destaca que las legislaciones analizadas se alejan de los modelos europeos y toman como referencia patrones propios de Latinoamérica, contribuyendo a un cambio de paradigma en relación con la tradicional influencia de la normativa extranjera que suele incorporarse en los derechos nacionales latinoamericanos.

**Palabras clave:** Etiquetado, alimentos, derecho comparado, metodología comparada, trasplante, formante, derecho a la información, consumidor

***Abstract:*** This paper analyzes the front-of-pack food labelling, with particular attention to Chilean, Colombian, Ecuadorian and Peruvian regulations (also *de lege ferenda* regulations). The aim is to contribute to a better understanding and use a comparative methodology, in particular of the figure of the legal transplant. In that sense, a concrete example of operability (not necessarily achieved) of a transplant is provided. The work also shows that the analyzed legislations are far from European models and take Latin American standards as a reference, contributing to a paradigm shift in relation to the traditional influence of foreign regulations that is usually incorporated into Latin American national systems.

***Key words:*** Front-of-pack labelling, food labelling, comparative law, comparative methodology, legal transplant, formante, right to information, consumer

---

* La presente publicación se enmarca en el proyecto Fondecyt N° 1201365, «El rol del Derecho comparado en la actual doctrina civil chilena», del cual el autor es investigador responsable.

** *Professore associato di diritto comparato* en la Università di Pavia (Italia). Premio de Licenciatura por la Universidad de Pisa (Italia) y doctor europeo en Derecho *cum laude* por la Universidad de Oviedo (España). Ha sido profesor en las universidades de Oviedo y Girona (España), y en las universidades Diego Portales y Alberto Hurtado (Chile), donde fue director del Departamento de Derecho Privado. Actualmente, es responsable de la Sección de Obligaciones y Contratos del Instituto de Derecho Iberoamericano.
Código ORCID: 0000-0003-4086-0163. Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN Y PREMISA.- II. EL HETEROGÉNEO PANORAMA EN LA UNIÓN EUROPEA.- III. PREDISPOSICIÓN DE LOS MODELOS LATINOAMERICANOS: ECUADOR Y CHILE.- IV. LA ELECCIÓN PERUANA HACIA EL MODELO CHILENO.- V. EL FENÓMENO *DE LEGE FERENDA* COMO EJEMPLO DE CONCEPCIÓN DEL TRASPLANTE.- V.1. ¿ROJO O NEGRO?.- V.2. EL CERBERO JURÍDICO.- VI. EL FENÓMENO *DE LEGE FERENDA* COMO EJEMPLO DE RECHAZO DEL TRASPLANTE.- VII. EL TRASPLANTE Y SU CLONACIÓN IMPERFECTA: INCOMPATIBILIDADES PATOLÓGICAS.- VII.1. INCOMPATIBILIDAD TÉCNICA DEL TRASPLANTE. HAY AZÚCAR Y «AZÚCAR».- VII.2. INCOMPATIBILIDAD GENÉTICA DEL TRASPLANTE. HAY MENOR Y «MENOR».- VII.3. INCOMPATIBILIDAD DE FONDO DEL TRASPLANTE. ROTULADO, PUBLICIDAD Y ADVERTENCIA.- VIII. LATINOAMÉRICA COMO BASE PARA UN SISTEMA DE REFERENCIA AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE.- IX. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN Y PREMISA

La utilización del derecho y de fuentes extranjeras es un aspecto que caracteriza no solo al comparatista, sino también a quien se dedica al estudio del derecho nacional como, por ejemplo, el civilista. Sin embargo, es importante recordar que debe evitarse la utilización de estas fuentes de una manera espuria. Para no incurrir en esta práctica, es oportuna una adecuada compresión del derecho comparado[1] y de su interacción con el derecho extranjero[2]. Un ejemplo de lo que se afirma es el trasplante jurídico; es decir, el «traspaso de una norma o un sistema de derecho de un país a otro» (Watson, 1974, p. 21)[3]. En este sentido, el trasplante se enfoca en estudiar la recepción del derecho extranjero dentro del derecho nacional[4], pero no examina el derecho extranjero en sí mismo. Ahora bien, para valorar si efectivamente se ha realizado un trasplante, debe tenerse en consideración también lo que, en el marco de la comparación jurídica, se ha definido como formante[5]; esto es, cada posible variación normativa que se realiza *de facto*, por ejemplo, mediante una interpretación jurisprudencial, doctrinal o incluso legislativa.

No obstante, el objetivo de este trabajo no es el estudio abstracto-teórico de la metodología comparada ni las tipologías o diferentes concepciones

1 En Perú deben destacarse algunas recientes publicaciones relativas a la enseñanza del derecho comparado y también a su relación con la historia o el análisis económico del derecho. En ese sentido, debe destacarse el número monográfico de la revista *Themis* sobre historia del derecho y derecho comparado (aa. vv., 2018). Véase además Saucier *et al*. (2018) y Saavedra Velazco (2016).

2 Sobre el punto, se reenvía a Ferrante (2016). Para profundizar sobre algunos estudios en materias de derecho contractual, véase Saavedra Velazco (2013, 2019).

3 Confróntese también con Watson (1996) y Mattei (1994). Para la doctrina peruana, un interesante análisis puede verse en Saavedra Velazco (2010, pp. 70 y ss. [en particular, pp. 76 y ss.]; 2011, pp. 193 y ss. [en particular pp. 205 y ss.]).

4 Por ejemplo, la doctrina peruana asocia a un proceso de trasplante jurídico el negocio jurídico. Así, es significativo que a la hora de hablar de los negocios jurídicos, de los actos en el sentido estricto y de los hechos jurídicos, Leysser (2019) titule su primer capítulo «El pasado: historia de un trasplante jurídico» (pp. 15 y ss. [en particular pp. 33 y ss.]).

5 Sobre el punto, se reenvía necesariamente a Sacco (1991a, 1991b, 1991c). Para la doctrina peruana, se reenvía a Saavedra Velazco (2010, pp. 70 y ss. [en particular, pp. 76 y ss.]; 2011, pp. 193 y ss. [en particular pp. 205 y ss.]). Sobre la relación entre formante y trasplante, véase Ferrante (2021).

de los trasplantes (Ferrante, 2021); por el contrario, la finalidad de estas líneas es examinar un caso concreto en el que es posible identificar un trasplante jurídico[6]. Por este motivo, salvo alguna referencia puntual, se omitirá deliberadamente la exposición de las diversas posturas metodológicas, interpretaciones, enfoques[7] y discusiones teóricas relativas a esta materia[8] para centrarse en el análisis de un caso particular en el que estos postulados han encontrado aplicación práctica. Como consecuencia de lo anterior, indirectamente, se percibirán mejor las diferencias entre el derecho extranjero y el derecho comparado, y se delimitará de forma correcta la utilización de las fuentes extranjeras.

Para estos efectos —y también por razones de viabilidad—, se acotará la investigación a un marco endémico concreto; más específicamente, al contexto latinoamericano y, dentro de este, a aquellas legislaciones que han comenzado a regular este fenómeno[9]. De esta manera, se analizará el modelo iconográfico del etiquetado frontal de alimentos en Chile y Perú, realizando referencias también a Ecuador y Colombia[10]. La selección de estos países no es azarosa: el estudio del ordenamiento chileno y ecuatoriano es relevante, ya que fueron las primeras normativas latinoamericanas en abordar el tema e implantarlo de manera obligatoria. Por su parte, Perú fue el primer país que se acercó al modelo chileno; mientras que Colombia parece, de momento, alejarse de este.

La elección de esta temática no se debe solo a la importancia del esfuerzo por disminuir los índices de obesidad adulta e infantil, y por tutelar los derechos de los consumidores (en su sentido amplio); sino que, sobre todo, permite aportar un ejemplo comparativo que se manifiesta mediante una «iconografía jurídica» que ayuda a comprender —de manera concreta y práctica— cómo puede (o podría) realizarse un trasplante. Asimismo, se trata de una normativa reciente que aún carece de la influencia de formantes doctrinales y jurisprudenciales, y en la que la reglamentación peruana ha querido acercarse, deliberadamente, a la chilena.

6 De lo contrario, el artículo se volvería abstracto, teórico y genérico, aspectos que justamente se quiere evitar. Sobre un reciente análisis detallado del trasplante y sus interpretaciones en relación —también— con el formante al estructuralismo y al funcionalismo, se remite a Ferrante (2021). Más en general, sobre las metodologías, véase, por ejemplo, Glanert (2012), y Reinmann y Zimmermann (2019, *passim*).

7 Por ejemplo, desde el punto de vista sociológico (Miller, 2003) sobre algunas de las razones de incorporación o no incorporación de los trasplantes, ver Garoupa y Ogus (2006), y Graziadei (2019).

8 Histórico es el debate sobre la posibilidad o imposibilidad de los trasplantes (*cfr.* Legrand, 1997; Watson, 2000).

9 Esto sin perjuicio de una contextualización general en relación con Europa, como se aprecia en la subsección II de este trabajo.

10 Por razones de extensión, no podrá analizarse de manera exhaustiva; sin embargo, se intentará destacar algunos de los aspectos más relevantes. Así, por ejemplo, queda excluida —salvo alguna alusión— la relación entre el etiquetado frontal y la tabla nutricional.

Si bien un trasplante legislativo puede darse entre ordenamientos parcialmente diferentes, para evitar determinadas irritaciones[11] es preferible que haya una cierta compatibilidad o asonancia entre las bases jurídicas o sociales que existen entre ellos; de lo contrario, podría correrse el riesgo de que se rechace[12] el aspecto incorporado. Por este motivo, aquí se examinará una comparación que se mueve sobre bases no antitéticas, como las latinoamericanas.

En consecuencia, para lograr el objetivo propuesto, se seguirá la siguiente estructura. Después de haber realizado una breve panorámica europea (subsección II), se analizarán los primeros dos modelos iconográficos de etiquetado frontal: los de Ecuador y Chile (subsección III), para ver cómo este último ha influenciado el ordenamiento peruano (subsecciones IV-V) o el colombiano (subsección VI). Finalmente, se destacarán los límites que el proceso de trasplante puede sufrir (subsección VII) para desarrollar, por último, algunas consideraciones conclusivas (subsecciones VIII y IX).

## II. EL HETEROGÉNEO PANORAMA EN LA UNIÓN EUROPEA

La obesidad y sus repercusiones en la salud son aspectos que han tomado relevancia en los últimos años, tanto en Europa como en Latinoamérica. Los informes de los años pasados han destacado una creciente y preocupante tasa de obesidad, sobre todo entre adolescentes, aspectos puestos en evidencia tanto por la Organización Mundial de la Salud[13] como en estudios del ámbito de la salud. Estas constataciones han sensibilizado particularmente a América Latina (WHO, 2020) y, como consecuencia, se ha considerado que una de las soluciones para contribuir a la reducción de este fenómeno consiste en una mejor regulación informativa sobre los productos.

Se ha partido del presupuesto de que la información sobre el rotulado del producto y también su publicidad no solo inciden en las ventas, sino en el consumo efectivo del producto. Por ello, tanto en Europa como en América Latina se ha decidido regular detenidamente este aspecto, prestando particular atención a las informaciones nutricionales. Estos acontecimientos han favorecido la manifestación de un fenómeno global que pretende dar la debida importancia a las etiquetas nutricionales de determinados productos.

11 En este caso, la irritación sería provocada por la incorporación de la buena fe en el tejido del *common law* inglés a raíz de la normativa comunitaria (Teubner, 1998, pp. 11 y ss.). Sobre el punto, véase, por ejemplo, Saavedra Velazco (2010, pp. 84 y ss. [en particular, pp. 89 y 90]).

12 Esto podría darse si el trasplante fuera más «orgánico» que «mecánico» (Kahn-Freud, 1974, p. 6).

13 Se remite por todos a Ndc-RisC y Ezzati (2017, pp. 2627 y ss.). Sobre el punto y la discusión de si las diferentes medidas de adiposidad, también en relación con el cálculo del índice de masa corporal, podrían clasificar de manera diferente a las personas con sobrepeso, confróntense con Reilly *et al.* (2018, pp. 1773-1774), con comentario de respuesta de Ezzati *et al.* (2018, p. 1774).

Como premisa, se debe destacar que en el ámbito europeo existe un panorama parcialmente diferente al latinoamericano, optándose por el momento por una óptica de armonización europea que preconiza un sistema de etiquetado facultativo (*cfr.* Reglamento (UE) N° 1169/2011, art. 35). Ahora bien, esta tendencia ha tomado *de facto* cada vez más importancia, aunque se ha caracterizado por una heterogeneidad de regulaciones. En el ámbito europeo, el sistema *nutri score*[14] parece prevalecer, y aunque no todos los países están a su favor, están apareciendo otras posibilidades como el sistema de semáforos (*Multiple Traffic Lights*), el sistema de estrellas (*Health Star Rating system*), el *Reference Intakes*, el *Healty Choice* o un sistema que se identifica por llaves de varios colores (*Key Hole*). Incluso, se llegan a proponer otros etiquetados, como el sistema de batería, para contrastar el sistema *nutri score*[15]. Sin detenernos aquí en las varias tipologías existentes, se destaca su diversidad a nivel europeo[16], que contrasta con la tendencia a la información en Latinoamérica, la cual se posiciona proponiendo, principalmente, el sistema de alerta (*Warning symbol*) por etiquetas. En este sistema, de manera inmediata, el consumidor puede —supuestamente— identificar terminados aspectos sobre una alimentación saludable. Esta tendencia de etiquetado se encuentra bajo la influencia clara del modelo chileno, como se observará seguidamente.

## III. PREDISPOSICIÓN DE LOS MODELOS LATINOAMERICANOS: ECUADOR Y CHILE

En Latinoamérica se han realizado esfuerzos para empezar a regular el fenómeno informativo en los productos y, en este sentido, pueden observarse dos modelos pioneros: el implementado por Ecuador y el implantado por Chile.

Consciente de los problemas relacionados con la información nutricional[17], Ecuador ha sido el primer país en poner en práctica un modelo de etiquetado obligatorio basado en un sistema iconográfico de semáforos con la correspondiente indicación de niveles: alto, medio y

14 Así, en Francia y Bélgica (*v. gr.* Julia *et al*., 2018, § e-164). En ese sentido iría el proyecto de ley español que se implantaría en 2021. Con esta finalidad, en España, durante el mes de julio de 2020, se lanzó una consulta pública sobre el proyecto de real decreto relativo a la utilización voluntaria del logotipo nutricional *Nutri Score* (Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2020).

15 Esto se ha concretado en Italia mediante la reciente firma, en octubre de 2020, del decreto relativo a la llamada *Nutriform Battery* o *etichetta a batteria*. El decreto está pendiente de publicación.

16 Para un estudio empírico sobre el sistema de estrellas, de semáforo, el *Nutri Score*, el *Reference Intakes* y el sistema de alertas en varios países, véase Egnell *et al.* (2018, § 1542). Para una panorámica informativa sintética sobre otras etiquetas utilizadas en ámbito internacional, se remite a Morán (s.f.).

17 El problema del etiquetado se plantea, por ejemplo, desde los inicios del siglo XXI (CIAA, 2006).

bajo. Así, el modelo puesto en marcha en 2013[18] ha sido perfeccionado posteriormente[19] gracias a una serie de normativas técnicas[20].

Sin detenerse en este aspecto[21], es importante destacar que el modelo ecuatoriano ha sido esencialmente implementado en Bolivia en 2016[22]; sin embargo, su influencia queda en parte mermada, ya que en Bolivia todavía no ha emanado su reglamento de actuación[23] y también porque ordenamientos que inicialmente habían adoptado este sistema han decidido abandonarlo en favor de uno nuevo como, por ejemplo, ha sucedido en el caso del mismo Chile (*infra*).

Gráfico N° 1. Modelo de etiquetado en Ecuador

Fuente: elaborado con base en Díaz *et al.* (2017, p. 3) y Ramos Padilla *et al.* (2017, pp. 121 y ss.).

El modelo de etiquetado frontal ecuatoriano toma como referencia los valores de azúcar, sal y grasa, e indica mediante tres respectivas barras horizontales su contenido, siendo estas de color rojo, amarillo o verde dependiendo de si sus valores son elevados, medios o bajos, según las correspondientes tablas técnicas. A esta imagen se adjunta la frase informativa «Alto en», «Medio en» o «Bajo en», según la concentración de estas sustancias.

En este sentido, el modelo toma conciencia de que la información proporcionada mediante las cantidades diarias orientativas (CDO, conocidas también como GDA: *Guideline Daily Amount*, o como

18 En este sentido, se ha dictado el Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano del 15 de noviembre de 2013 (Ministerio de Salud Pública [Ecuador], 2013). Véase también Ministerio de Salud Pública de Ecuador (2013 [en particular, anexo I]).

19 Además de sus modificaciones e instructivos complementarios, la normativa anterior debe complementarse con el Reglamento técnico ecuatoriano RTE INEN 022 (2R) (Ministerio de Industria y Productividad - Subsecretaría de la Calidad [Ecuador], 2014 [en particular, sus puntos de 5.5.1-5.5.15]). Sobre los requisitos específicos, véase Ministerio de Industria y Productividad - Subsecretaría de la Calidad de Ecuador (2014, puntos 5.5.14.1-5.5.14.3).

20 Véase la Normativa técnica sanitaria unificada para alimentos procesados (Ministerio de Salud Pública [Ecuador], 2016).

21 Sobre este sistema, se remite, por ejemplo, a Díaz *et al*. (2017, pp. 1 y ss.) y Ramos Padilla *et al.* (2017, pp. 121 y ss.).

22 Esto ocurre con la Ley de Promoción de Alimentación Saludable (Ley N° 775, 8 de enero de 2016 [en particular, art. 16]).

23 En el mes de noviembre de 2020 se seguía debatiendo el último borrador de reglamento, que es del 9 de septiembre de 2020. En particular, son relevantes los artículos 17, 26 y ss. Se agradece a la Comisión del Servicio Nacional de Sanidad Agropecuaria e Inocuidad Alimentaria (Senasag) por proporcionar el último borrador.

valores diarios de referencia [VDR]) debe considerarse insuficiente[24]. Por esta razón, incluye un sistema visivo más efectivo y menos técnico, considerando que puede contribuir a orientar de mejor manera al comprador o al consumidor.

Si bien el ordenamiento chileno comparte la idea de la insuficiencia de los indicadores GDA, rechaza el trasplante jurídico ecuatoriano con el objetivo de aportar (desde su punto de vista) una mejora. Por ello, en Chile se ha modificado el proyecto original, que preveía un tipo de sistema de etiquetado por semáforos (parecido al de Ecuador), y se ha introducido un nuevo sistema gracias a los cambios propuestos por los informes de la comisión de salud[25], que conducen a eliminar el modelo originalmente planteado[26]. Se ha afirmado recién que Chile rechaza el trasplante del modelo de Ecuador, pero debería realizarse también otra consideración: dado que el modelo chileno es de 2003[27], podría afirmarse más bien que el modelo chileno previsto en el primer proyecto ha contribuido a influir al modelo ecuatoriano.

El modelo chileno adoptado finalmente se asimila al ecuatoriano al destacar la importancia de comunicar el «alto en». Además, no solo mantiene los valores relativos al azúcar, grasa y sodio, sino que añade un cuarto factor relevante: la información sobre las calorías. Ahora bien, la novedad importante de este modelo es que enmarca la información como advertencia y la asimila a la señal de circulación de «Pare» mediante un sistema octogonal, pero modifica el tradicional color rojo (visible en la circulación) por el negro. La asociación de valores que identifican si es un producto que está en dicha categoría se conjuga, como en el modelo ecuatoriano[28], con una tabla técnica, aunque los parámetros son diferentes. Por ello, se observa que, sobre las bases de la misma *ratio legis*, se abraza el modelo iconográfico que se aleja del sistema GDA, aunque al mismo tiempo se cambia la imagen.

24 Con este sistema se evidenciaban, ya en 2007, seis problemas esenciales (Lobstein *et al*., 2007 [en particular, pp. 15 y ss.]).

25 En el primer informe, de 18 de junio de 2008, se elimina la referencia a los semáforos contenida en el artículo 7 del proyecto original y se introduce un nuevo artículo 7, que señala: «Adicionalmente, los alimentos que presenten en su composición nutricional, elevados índices de calorías, grasas, azúcares, sal u otros ingredientes que el reglamento determine, de acuerdo a su cantidad por unidad de peso o volumen, o por la habitualidad de su consumo, deberán ser rotulados como "alto en calorías", "alto en sal" o con otra denominación equivalente, según el caso». Esta disposición fue después modificada por el segundo informe, de 31 de marzo de 2009, e introducida en el artículo 5 definitivo de la Ley. Véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012).

26 Se preveía un sistema de semáforos verde, amarillo y rojo relacionado con la información relativa a las grasas, grasas saturadas, azúcares añadidos y sal. Al respecto, véase el artículo 7 del Proyecto de Ley sobre Composición Nutricional de los Alimentos y su Publicidad (Boletín N° 4921-11), de 21 de marzo de 2003 (en adelante, Boletín N° 4921-11).

27 Véase, en Chile, el Boletín N° 4921-11.

28 En este contexto, se omite analizar las interesantes diferencias que pueden producirse entre las varias tablas técnicas.

De esta manera, con la Ley chilena de Composición Nutricional de los Alimentos (en adelante, LCNA)[29], Chile regula en 2012 el sistema de rotulado, que se perfecciona y se complementa con el reglamento de 2015[30] con el que se establece la iconografía octogonal. Sin detenerse en todos los detalles técnicos, lo que se destaca es que todas las veces que el alimento conste de un esquema nutricional elevado en una de las cuatro categorías indicadas, estas deberán representarse, teniéndose por lo tanto hasta cuatro octógonos, que serán dispuestos horizontal o diversamente, dependiendo del empaquetado; o, por el contrario, no conteniendo ninguno, si procede. Además, en la parte inferior de cada octógono debe constar el nombre del ministro de Salud chileno.

Gráfico N° 2. Modelo de «etiquetado» en Chile

Fuente: Ministerio de Salud chileno: https://www.minsal.cl

Tanto el sistema chileno como el ecuatoriano son pioneros y tienen rasgos claramente diferenciados entre ellos, si bien coinciden en la misma *ratio legis* y se armonizan en algunos aspectos, como la señalización del «Alto en».

Es interesante destacar que ambos sí trasplantan un modelo perteneciente a otro contexto: el de señalética vial. Uno mediante un mecanismo propio de colores que hace referencia a un semáforo, usando los tres colores que lo caracterizan; y otro por su asociación con la señal de tráfico de «Pare».

## IV. LA ELECCIÓN PERUANA HACIA EL MODELO CHILENO

La reglamentación peruana sigue a la chilena. Efectivamente, después de un año de la emanación de la ley chilena, la ley peruana adoptó en 2013 (mediante la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, en adelante, LPAS) un mecanismo

29 En particular, véase el art. 5 del LCNA. La ley se perfecciona en algunos aspectos relativos a la publicidad, en concreto, para tutelar al menor, por la ley chilena sobre publicidad de los alimentos (en adelante, Ley N° 20869). Como se verá a lo largo del texto, la reforma de 2015 especifica que por menor de edad debe entenderse a los menores de 14 años y procede a eliminar determinadas imágenes en la publicidad. Sobre algunos aspectos relacionados a dicho derecho de imagen, *cfr*. Ferrante (2017).

30 Esto se logra mediante el Decreto N° 13/2015 del Ministerio de Salud, que modifica el Reglamento Sanitario de los Alimentos (en adelante, RgSA). En particular, se añade al Decreto N° 977/1996 los artículos 110 *bis* y 120 *bis*. En el RgSA (art. 110 *bis*) se fija el sistema iconográfico por octógonos, remitiéndose a las tablas técnicas fijas en la tabla N° 1 del artículo 120 *bis* del RgSA.

que también informa solamente sobre los valores que son «Alto en» y sigue la misma representación, utilizando un símbolo octogonal: si Chile adopta el modelo iconográfico octogonal en 2015, Perú —sin perjuicio de tener una Ley de Etiquetado de 2016[31]— fija los parámetros técnicos de contenidos en 2017[32], y un año después elige el modelo octogonal[33].

A diferencia del modelo chileno, se aumenta la capacidad informativa para el consumidor con una clara recomendación expresa mediante la frase «Evitar consumo excesivo» o «Evitar consumo». Esta última información debe constar en la parte inferior del octógono y en el interior de la forma geométrica del rectángulo, que será enmarcado con una línea negra y un fondo blanco.

Gráfico N° 3. Modelo de «advertencia publicitaria» en Perú[34]

Fuente: MAP (gráfico N° 1).

No se decide informar sobre las calorías, manteniéndose solo la información sobre azúcares, grasas saturadas y sodio. Sin embargo, aunque se merma en este sentido la elección del legislador chileno, se amplía el contenido informativo mediante la predisposición del deber de informar sobre las «grasas trans» con la introducción de otro octógono, que debe ser acompañado por la información «Contiene grasas trans. Evitar su consumo» (clave son los arts. 4 y 10 del LPAS). En definitiva, siguen existiendo cuatro octógonos, pero se sustituye el octógono que hace referencia a las calorías por el de las grasas trans.

El ordenamiento peruano toma una decisión clara de evolucionar respecto a la normativa chilena. Por ello, su reglamentación en referencia a la grasa transgénica se caracteriza por su advertencia más severa, la

31 Decreto Legislativo que aprueba la ley de etiquetado y verificación de los reglamentos técnicos de los productos industriales (en adelante, DL N° 1304).

32 Son los parámetros técnicos sobre los alimentos procesados referentes al contenido de azúcar, sodio, grasa saturada. Estos son establecidos por el Reglamento de la Ley N° 30021 (en adelante, RgLPAS). Se vuelven a reproducir en el punto N° 1 del Manual de Advertencias Publicitarias aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2018-SA (en adelante, MAP).

33 Esto se logra mediante el MAP. En relación con el contenido, formato, ubicación, tamaño y formas, véase en particular sus puntos 2 a 6, además de su anexo.

34 Si todos los valores son altos en grasas saturadas, azúcar y sodio, se indica una sola vez en conjunto la advertencia de «Evitar su consumo excesivo».

misma que reza «Evitar su consumo» de pleno y no «Evitar su consumo excesivo»[35].

Sin embargo, ambos países se caracterizan por omitir la obligatoriedad de la información iconográfica sobre transgenéticos, puesto que estos difieren de las grasas trans[36], si bien en Perú debiera implementarse una reglamentación respecto a estos últimos a tenor del artículo 37 del Código de Protección y Defensa del Consumidor[37]. Cabe indicar que dicha reglamentación ya fue solicitada en su día por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)[38].

Tras las consideraciones realizadas previamente, podría concluirse que se ha operado un trasplante casi automático respecto a Chile. Sin embargo, un análisis comparativo requiere ir más allá y ver hasta dónde ha llegado la influencia del ordenamiento extranjero, ya que podría ser que algunos aspectos sean radicalmente diferentes y, por ello, resulte necesario subrayar algunos matices.

Como consecuencia, y para entender el fenómeno y la evolución de un trasplante, es necesario, en primer lugar, estudiar y profundizar el proceso que ha conducido a la reglamentación recién analizada o a su rechazo (subsecciones V y VI) para luego, sin perjuicio de haber visto algunas macrodiferencias, efectuar un análisis comparativo más concreto entre la normativa peruana y chilena (subsección VII).

## V. EL FENÓMENO *DE LEGE FERENDA* COMO EJEMPLO DE CONCEPCIÓN DEL TRASPLANTE

Sin una adecuada reconstrucción del *iter* legislativo que ha conducido a la normativa peruana descrita anteriormente, podría llegarse a la afirmación apresurada de que el modelo chileno ha sido automáticamente incorporado, sin más, en Perú, especialmente al constatarse que esta incorporación se realizó un año después de la normativa chilena. Sin embargo, aquí la reconstrucción de este *iter* se hace necesaria no solo para desmentir esta afirmación, sino para presentar determinadas elecciones legislativas —sin perjuicio de que sean acertadas o no, o

35 Los aspectos informativos sobre los transgénicos no se pueden abordar con detenimiento aquí.

36 En ese sentido, debe destacarse que Chile, en cambio, no ha hecho referencia a ninguna de estas dos tipologías en las evoluciones de la implantación de su normativa.

37 Sobre el código véase, *v. gr.*, Medina (2019).

38 Importante es destacar a estos efectos la Resolución Indecopi N° 936-2010/SC2, del 6 de mayo de 2010, por la cual, en relación con los transgénicos contenidos en el aceite de soya importado de Brasil, afirma que «los proveedores están obligados a brindar dicha información al consumidor al margen de si esta información forma parte o no de la regulación técnica de alimentos». La resolución lo justifica en función de una interpretación extensiva de los deberes informativos contenidos en el artículo 5, letra b, y en la obligación de veracidad informativa del artículo 15, ambos del anterior Decreto N° 716, de 7 de noviembre de 1991, que promulga normas sobre protección al consumidor.

incluso influidas por aspectos políticos— en la sede de adopción de un trasplante.

La reconstrucción del recorrido que ha conducido a la actual legislación peruana puede aportarnos claros y útiles ejemplos para comprender mejor el concepto mismo de trasplante y ver cómo podría haber resultado un trasplante diferente, o cómo podría rechazarse un trasplante. Se observarán, por lo tanto, aquí algunas etapas del *iter* o discusión legislativa que han llevado a la normativa final, aspectos que son de utilidad para comprender los procesos de valoración, incorporación o rechazo de un trasplante; y para apreciar cómo este puede, incluso, desnaturalizarse totalmente, como se verá en las próximas páginas.

## V.1 ¿Rojo o negro?

Como premisa cabe decir que, si bien se ha optado por el modelo de octógonos negros, debe hacerse presente que el proyecto original del Manual de Advertencias Publicitarias (MAP) previó un cambio del color de fondo del octógono, identificando el color de advertencia con el color rojo, en el que aparece un mensaje escrito y unos bordes blancos y negros, los cuales se asocian con correspondencia idéntica a la señalética de «pare», según el código de la circulación por carretera[39].

Gráfico N° 4. Modelo «advertencia publicitaria» del proyecto de Manual de Advertencias

Fuente: proyecto de MAP (anexo 1, gráfico N° 5).

Aquí se observa una primera tendencia: el intento de incorporar, en fase de trasplante, aspectos innovadores, aunque sea desde el punto de vista puramente formal (color). Da la impresión de que se buscó necesariamente innovar respecto al modelo que se debe trasplantar con el objeto de que dicho trasplante no sea considerado como una simple copia del modelo extranjero.

## V.2. El cerbero jurídico

En su *Divina comedia*, en el tercer círculo del infierno, destinado a custodiar a los pecadores golosos, Dante hace alusión a Cerbero, conocido como

39 Proyecto de MAP (punto N° 5) de agosto de 2017.

un perro monstruoso de tres cabezas desde la mitología griega (Alighieri, 2011, canto VI, Infierno). La misma situación «cerberíana» puede servir como ejemplo de lo que se ha dado en la legislación en análisis.

A la hora de legislar, el ordenamiento peruano, esencialmente, se encontró con dos grandes tendencias endémicas: el modelo ecuatoriano y el chileno; es decir, el modelo por semáforos y el de octógonos. A estos se añadía la posibilidad de adoptar el sistema implantado en los Estados Unidos, basado solo en la información de los valores diarios de referencia.

La decisión sobre el sistema a adoptar no ha sido automática o unívoca, sino que se ha realizado después de un largo proceso y debate legislativo. Tras el rechazo del modelo octogonal de color rojo (*vid. supra* V.1), en un plazo de diez meses (enero a octubre de 2017) se observan siete proyectos de ley[40] que han querido modificar aspectos relativos al etiquetado de alimentos y presentan características heterogéneas e, incluso, antitéticas. No todos estos proyectos se refieren a la forma e iconografía del etiquetado, aunque todos esencialmente intentan modificar la LPAS o su reglamento salvo uno que, si bien se refiere a la modificación del etiquetado, lo hace en referencia a otro texto normativo[41]. En casi todos los proyectos, la remisión de los parámetros técnicos sería posteriormente fijada por el Ministerio de Salud. La variedad de estas iniciativas se relaciona también con los gremios y, por ello, subtienden no solo aspectos o justificaciones técnicas, sino también variables políticas y económicas.

Es ilustrativo observar que los proyectos de ley se mueven propugnando uno de los tres posibles modelos del territorio americano. De esta manera, si alguno toma partido expresamente por el modelo ecuatoriano de los semáforos[42] y otro defiende esencialmente el modelo chileno[43], hay otro proyecto[44] que quiere introducir la información alimenticia mediante una tabla nutricional estandarizada relativa a los valores diarios de referencia de cada nutriente esencial y, para ello, se basa en el modelo estadounidense. Por esta razón, cada proyecto toma partido por un modelo. Quiero destacar un proyecto[45] que, en aras del efectivo derecho del consumidor a la información, reflejado en el artículo 65 de la Constitución Política peruana, pretendía obligar a colocar advertencias en la publicidad del producto incluso cuando su contenido no superara los parámetros técnicos.

40 Se trata de estos proyectos: Proyecto de Ley N° 865/2016-CR, Proyecto de Ley N° 914/2016-CR, Proyecto de Ley N° 1519/2016-CR, Proyecto de Ley N° 1589/2016-CR, Proyecto de Ley N° 1700/2017-CR, Proyecto de Ley N° 1959/2017-CR y Proyecto de Ley N° 2036/2017-CR.

41 El Proyecto de Ley N° 1519/2016-CR quiere incorporar la «semaforización» del etiquetado mediante la inclusión del inciso J al artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1304.

42 Este es el Proyecto de Ley N° 1519/2016-CR.

43 Proyecto de Ley N° 2036/2017-CR.

44 Véase la modificación propuesta al artículo 10 de la LPAS: Proyecto de Ley N° 865/2016-CR.

45 Se sugiere, en ese sentido, la modificación del artículo 10 de la LPAS: artículo 2 del Proyecto de Ley N° 1589/2016-CR.

El fenómeno anteriormente descrito es muy útil para observar los posibles riesgos de un trasplante jurídico. Es curioso reparar en que —en este contexto— se empieza a crear una hibridación de los modelos originales, por ello hay quien[46] empieza a entremezclar peligrosamente algunos aspectos de los mismos. De esta forma, se llega a querer implantar los valores nutricionales recomendados junto a la indicación de «Alto en» (pero sin octógonos).

En el caso peruano concreto, a esta hibridación contribuye el rol que han tenido las comisiones del Congreso encargadas de analizar conjuntamente[47] los proyectos presentados. Estas son la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos (en adelante, CdefC), y la Comisión de Salud y Población (en adelante, CdS), que recibieron los proyectos en el mismo lapso temporal de su emisión[48] para reelaborar algunos dictámenes y definir el proyecto.

Lo que quiere destacarse es la posible aparición, a la hora del trasplante, de un modelo híbrido en el que puede correrse el riego de crear un cierto *non sense* jurídico, en el caso de que sea aprobado. Así, el afán excesivamente creativo e innovador, unido a una visión etnocéntrica, condujo a la CdefC a rechazar los tres modelos —el modelo chileno, el ecuatoriano y el de los valores nutricionales diarios— para adoptar parte de cada uno de los tres, creando un verdadero monstruo jurídico de tres cabezas: la chilena, la ecuatoriana y protoperuana.

Es por esta razón que, si bien los miembros de la CdefC no estaban todos de acuerdo, se propuso en un dictamen[49] un arlequín jurídico que resulta ser la mezcla de todas las piezas anteriormente citadas. Y, en este sentido, puede decirse que, efectivamente, una imagen vale más que mil palabras.

Gráfico N° 5. El supuesto modelo híbrido para adoptar

Fuente: dictamen CdefC de 17 noviembre de 2017 (p. 36).

46 Modificando el artículo 10 de la LPAS: artículo 3 del Proyecto de Ley N° 914/2016-CR.

47 Sin embargo, algunos proyectos están excluidos del análisis como, por ejemplo, el Proyecto de Ley N° 914/2016-CR.

48 Las comisiones recibieron los proyectos entre el 12 enero de 2017 y el 23 de octubre de 2017; es decir, casi inmediatamente después de presentados, siendo el primero del 11 de enero y el último de ellos del 20 de octubre.

49 Dictamen CdefC de 17 noviembre de 2017 (pp. 25 y ss.).

Se quiere adoptar un sistema que mezcla claramente el sistema nutricional, el ecuatoriano de colores y la forma octogonal chilena. Sin detenerse en los varios detalles técnicos, obsérvese que se asocian los colores rojo, amarillo y verde en función del valor diario de referencia, parametrado sobre 2000 kcal. Si el producto aporta el 25 % del valor de diario referencial, le corresponde el color rojo; entre el 10 % y el 25 %, amarillo; y si es igual o menor al 10 %, corresponde al color verde[50]. Lo que es más relevante es que aparecen los indicadores de las calorías —propios de los modelos chilenos y, esencialmente, abandonados por los proyectos de ley presentados— y se elimina la información sobre las grasas trans, sustituyéndolas por la información sobre las grasas saturadas. No obstante, cabe precisar que se aclara que aunque muchos de los proyectos abogaban por la importancia de mantener información sobre ambos tipos de grasa y, en particular, la información relativa a las grasas trans, algunos de estos incluso preveían su eliminación[51].

Este modelo da lugar a una seria oposición: a un dictamen contrario al de la Comisión de Salud y Población[52] se opone otro de minoría realizado por algunos de los miembros de la misma comisión de Consumo[53], que, posteriormente, vuelve a respaldar el sistema octogonal chileno.

También las observaciones del presidente de la República y de algunos gremios destacan la incoherencia y la confusión informativa que puede generar el sistema «polifacético» propuesto por el primer dictamen de la Comisión de Consumo, el cual, sin embargo, vuelve a remarcar su postura con un segundo dictamen —de insistencia[54]—, redactado en mayoría y que busca mantener el modelo inicialmente planteado, pujando a la modificación del artículo 10 y a la introducción de un artículo 10 A en la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable.

Gráfico N° 6. Se vuelve a plantear el modelo «cerberiano» en 2018

Fuente: dictamen CdefC de 17 noviembre de 2017 (p. 63) y dictamen CdefC de 21 mayo de 2018 (p. 34).

50 Imagen del dictamen CdefC de 17 noviembre de 2017 (p. 34); lo mismo en el dictamen CdefC de 21 de mayo de 2018 (punto 2.5).

51 El Proyecto de Ley N° 865 (2016) preveía la modificación a la disposición complementaria transitoria primera de la LPAS afirmando que, en relación con los «alimentos con contenidos de grasas trans proveniente del proceso de hidrogenación parcial, el reglamento establece un proceso gradual hasta su eliminación, conforme a los parámetros técnicos y plazos que establezca» (p. 5).

52 Dictamen CdS de 11 de enero de 2018.

53 Dictamen CdefC de 20 de febrero de 2018.

54 Dictamen CdefC de 21 de mayo de 2018 (pp. 33-34).

Un nuevo dictamen de la CdS se opone[55].

Finalmente, el proceso *de lege ferenda* ha llevado a la adopción del modelo chileno, con modificaciones parciales, mediante la aprobación del Manual de Advertencias Publicitarias. En ese sentido, desde el punto de vista legislativo, se omite todo el problema jurídico sobre una verdadera reforma de la LPAS y de su reglamento (que, sin embargo, tomaba en consideración los proyectos de leyes presentados) y se vuelve al proyecto del MAP, transformando los octógonos rojos en negros.

El proceso recién analizado evidencia una segunda tendencia: el afán de innovar necesariamente puede conducir a resultados jurídicos no apropiados. Además, demuestra que la idea de trasplantar no siempre es obra de un proceso automático, aunque se realice en un lapso relativamente breve. Y si bien el lapso fue breve, la decisión no ha sido apresurada; de lo contrario, se hubiera podido aprobar una normativa extremadamente confusa y que hubiera dado lugar a una defensa del «goloso» por parte de un verdadero «cerbero» jurídico, uno con una cabeza en cada modelo y que hubiera sido poco efectivo en este contexto.

## VI. EL FENÓMENO *DE LEGE FERENDA* COMO EJEMPLO DE RECHAZO DEL TRASPLANTE

Para poder comprender las técnicas legislativas decisionales y la influencia que un modelo extranjero puede tener en otro ordenamiento (aunque no sea necesariamente adoptado), se observa ahora un procedimiento *de lege ferenda* que, de momento, parece rechazar la tendencia al trasplante octogonal. Por esta razón, se realiza una ligera digresión respecto al ordenamiento peruano para analizar la tendencia de la evolución normativa relacionada con la información iconográfica del etiquetado en Colombia. Resultará útil para observar cómo puede ser beneficioso o cómo incide, o podría incidir, un fenómeno de etnocentrismo a la hora de realizarse o no un determinado trasplante.

Primeramente, debe destacarse que en el ordenamiento colombiano el rotulado y etiquetado, en términos generales, se asocia a una resolución del Ministerio de la Protección Social de 2005[56] y otra de 2011[57], donde se fijan los tipos de rotulado o etiquetado de alimentos envasados y también los VDR. Sin embargo, siguiendo la tendencia internacional, también el ordenamiento colombiano ha querido el etiquetado frontal.

En este contexto, es interesante destacar las palabras del presidente de Colombia a la hora de presentar, en febrero de 2020, una propuesta de resolución sin número en la que se plasmaba un reglamento técnico con

55 Dictamen CdS de 11 de enero de 2018.
56 Resolución N° 5109 de 29 de diciembre de 2005.
57 Resolución N° 333 de 10 de febrero de 2011.

las respectivas directrices (en adelante, PDR). Esto sirve para constatar que, tal vez, la legislación extranjera es útil para llegar a realizar una mejor normativa nacional o, incluso —al contrario de la experiencia peruana—, para excluirla. Así, se afirma que «después de haber visto múltiples experiencias en distintos lugares del mundo y, sobre todo, de todos, haber llegado a una solución colombiana; una solución donde ponemos nuestro ingenio, nuestra creatividad, nuestra capacidad» (Duque, 2020, min. 4:04).

Parecería huirse del trasplante (aunque la normativa rechazada sirve, en parte, como inspiración) para llegar a una solución diferente y tendencialmente nacionalista que quiere convertirse también en referente internacional[58], a la vez que en «un referente para el mercado y un referente para la sociedad y un referente para la comunidad científica» (Duque, 2020, min. 5:50).

Por ello, la PDR se aleja tanto del modelo ecuatoriano y parcialmente del chileno, estableciendo su propia iconografía jurídica.

Gráfico N° 7. Modelo planteado según la propuesta de PDR de febrero de 2020

Fuente: PDR (puntos 32.1 y 33.4, figuras N° 5 y 6, respectivamente).

Se prevé un símbolo que es «circular, de fondo color negro y borde blanco», y que, en parte, sigue el modelo chileno por la indicación del «Alto en». En relación con los elementos que se especifican, se adopta un híbrido entre el modelo chileno y el peruano puesto que se quieren indicar las «grasas saturadas» y la «sal/sodio», con el matiz de que se deberá señalar los valores no del «azúcar», sino de los «azúcares añadidos». También aquí aparece la indicación del Ministerio de la Salud y se añaden determinadas imágenes dentro de los círculos, como puede verse.

Además, en caso de un producto saludable, se prevé la posibilidad de colocar un «sello positivo» (símbolo circular de fondo color verde aguamarina y un visto bueno de color blanco en su interior) si el

58 El presidente afirmó: «y destaco, que estas etiquetas van a servir para que Colombia le transmita su experiencia al mundo, y que la experiencia que recoja el mundo también de nosotros sirva para construir grandes consensos en pro de la nutrición» (Duque, 2020, min. 5:14).

producto posee los contenidos correctos de grasas saturadas y azúcares añadidos, y no usa edulcorantes calóricos y no calóricos[59].

Este modelo representa claramente uno de los emblemas de visión etnocéntrica que a veces genera resultados no positivos[60] y puede relacionarse con aspectos no solo jurídicos, sino también culturales[61].

Afortunadamente, una autocrítica[62] oportuna para hacer frente a las manifestaciones de etnocentrismo se ha manifestado mediante la fase de consultaciones públicas[63] del texto, donde, en parte, se ha desaprobado tanto el modelo circular como el sello positivo[64] sobre la constatación de que en otros países los sellos circulares evidencian etiquetados positivos y no negativos, aspecto que podría conducir a equivocación[65]. Por ello, se sugirió cambiar el modelo iconográfico en favor del modelo octogonal chileno[66].

Por las razones citadas anteriormente, la PDR de febrero de 2020 parece haber sido momentáneamente abandonada. Contrariamente a esto, ha retomado vigor el Proyecto de Ley N° 167 de 2019, radicado en agosto de 2019 y que ha sido debatido en paralelo con regularidad a lo largo de 2020.

Es interesante observar cómo el primer texto de este proyecto quería incorporar el modelo octogonal chileno, identificando el rotulado «Alto en», a lo que se añadía la necesidad de colocar la información «Contiene edulcorantes» (en el caso de contenerlos)[67]. Sin embargo, el sistema octogonal ha sido abandonado tras el primer debate, remitiendo sus aspectos a una reglamentación posterior y a un estudio del Ministerio de Salud y Protección Social[68]. Así, en la nueva redacción del texto pueden observarse las influencias de la PDR; de esa manera, se incorporó la posibilidad de un «sello positivo»[69] (junio de 2020, art. 8, § 4), aspecto que no aparecía en el texto original del Proyecto N° 167.

59 Véase PDR (puntos 33.1-33.6).

60 En este sentido, se ha observado que el etnocentrismo no se ha destacado por su positivismo y ya se ha afirmado, con carácter más general, que sería uno de los problemas más relevantes en relación con la antropología jurídica (Fikentscher, 2004, p. 117).

61 La relación entre lo jurídico y cultural es destacada por Frankenberg (1985, p. 443).

62 Por ello, se ha destacado oportunamente que debe evolucionarse desde el etnocentrismo a la autocrítica (Frankenberg, 1985, p. 442).

63 Se podían presentar del 27 de julio al 27 de agosto de 2020. Véase aa. vv. (2020).

64 Sobre los comentarios al sello positivo, véase los de Ingredión Colombia S.A. (aa. vv., 2020, p. 35) y Aristizabal (p. 51).

65 Este es el comentario de la Universidad de Carolina del Norte (aa. vv., 2020, p. 21); en el mismo sentido, Mercedes Mora (pp. 116-117) y Acemi (p. 121).

66 Comentario proporcionado por la Organización Panamericana de la Salud (aa. vv., 2020, pp. 26-27). De la misma opinión fueron la asociación Red Paz (p. 31), Educar (p. 56) y Colat ent Perú (p. 119), entre otros.

67 Según lo dispuesto por el artículo 6 y, sobre todo, el artículo 7 del Proyecto de Ley N° 167 de 2019.

68 El texto, además, parece dar pie a ampliar el modelo iconográfico a más ingredientes puesto que la nueva disposición afirma en dicho artículo: «sin limitarse a los siguientes: sodio, azúcares libres, grasas saturadas y edulcorantes» (Proyecto de Ley N° 167, art. 8).

69 El artículo 8, párrafo 4, del texto del Proyecto de Ley N° 167 de junio de 2020 reza: «El Gobierno podrá incluir en la reglamentación las condiciones para la existencia de un sello positivo de carácter voluntario».

La eliminación del sistema octogonal fue propuesta en las ponencias del primer debate del proyecto, realizadas en noviembre de 2019 (Informe ponencias, noviembre de 2019), aunque en los debates de diciembre de 2019 hay quien seguía abogando en favor de mantenerlo (Informe ponencias, diciembre de 2019). La postura favorable a la eliminación, en cambio, será confirmada posteriormente, en el segundo debate (Informe ponencias, agosto de 2020).

Cuanto se ha expuesto manifiesta expresamente un fenómeno legislativo que va en contra de la implementación de un trasplante, aunque necesariamente, para realizar esta operación, debe estudiarse y elaborar sobre el modelo del derecho extranjero. Por ello, se puede sostener que el estudio del derecho extranjero puede ser vehicular a soluciones antitéticas.

La necesidad de legislar nuevos aspectos que responden a nuevas exigencias sociales, culturales o económicas, y la ausencia de una normativa anterior específica y adecuada, llevan a tomar en consideración la posibilidad de incorporar modelos de otros ordenamientos. Si bien el afán coincide en querer mejorar el tejido nacional interno, este hecho puede conducir a efectos opuestos, tendiendo hacía la implementación del modelo extranjero (como en el caso de Perú con respecto al modelo chileno) o queriéndolo rechazar (como, de momento, sucede en el ordenamiento colombiano).

## VII. EL TRASPLANTE Y SU CLONACIÓN IMPERFECTA: INCOMPATIBILIDADES PATOLÓGICAS

Un análisis comparativo apresurado podría afirmar que el ordenamiento peruano ha trasplantado el modelo octogonal chileno, con independencia de la macrodiferencia relativa a la intercambiabilidad entre la información octogonal de grasas saturadas y calorías (*vid. supra* IV). Sin embargo, es oportuno ir más allá y realizar un análisis más profundo en relación con el contenido normativo, que demostrará que el trasplante del modelo (chileno) no se ha realizado de manera idéntica.

La metáfora sobre el trasplante contextualizada en la óptica de la comparación jurídica debe tener en consideración un aspecto importante que se presenta en la esfera médica. Si bien en el ámbito médico se trasplanta necesariamente el mismo órgano (el corazón de una persona a otra), esto no ocurre en ámbito jurídico puesto que no se trasplanta la misma ley en su integridad (aunque aquello sí podría ocurrir para una norma en concreto), sino que se clona la de referencia. Esta clonación padece de diferencias que dan lugar a un trasplante imperfecto y, por lo tanto, diferente a la normativa anterior. Las imperfecciones dependen

de una multitud de factores y este fenómeno puede ser deliberado, no deliberado o incluir estos dos aspectos.

De primer orden serán las modificaciones que deliberadamente el legislador quiere implementar con respecto al modelo que se quiere trasplantar (como la regulación octogonal de las grasas trans y no de las calorías). Otro ejemplo se debe a la decisión deliberada de proporcionar el deber informativo mediante un tamaño diferente del octógono. Como consecuencia, se observa que la normativa peruana es menos rigurosa que la chilena, y ello se constata tanto al exigir un tamaño determinado de octógono[70] como al excluir el hacerlo aparecer en determinados empaquetados[71].

A esto se añaden cambios que, quizás, el legislador no ha tomado en consideración y que incluso operan inconscientemente, de modo automático, y pueden producirse por la interacción de la legislación incorporada con la legislación preexistente (siguiendo con el ejemplo del corazón, es como si este tuviera que adaptarse a las venas y arterias ya presentes en el nuevo cuerpo al que es trasplantado).

Sin pretensiones de exhaustividad, se proporcionan aquí algunos ejemplos concretos de la normativa analizada que evidencian que el trasplante puede sufrir de una serie de incompatibilidades patológicas, entre las cuales pueden evidenciarse incompatibilidades técnicas, incompatibilidades genéticas y otras de fondo.

### VII.1. Incompatibilidad técnica del trasplante. Hay azúcar y «azúcar»

Chile y Perú utilizan un mismo criterio para fijar los parámetros técnicos. Estos están determinados con respecto al parámetro concreto de 100 gr/ml y sirven para delimitar los límites superados los cuales debe colocarse la simbología de «Alto en». Este sistema tiene la ventaja de no tomar como referencia un patrón de consumo de una persona adulta, aspecto que, en cambio, el sistema de valores diarios de referencia hace al fijar los porcentajes de consumo en torno a las 2000 kcal; es decir, al consumo diario para una persona adulta. Este aspecto debe tenerse en especial consideración puesto que la normativa analizada tiene la finalidad prioritaria de evitar la obesidad en los menores (subsección VII.2).

70 Así, en Chile se prevé incluso más grande y más pequeño en términos absolutos (debiendo la figura del octógono estar inscrita en un ancho y alto determinado entre un máximo de 3,5 x 3,5 centímetros y un mínimo de 1,5 x 1,5 cm, dependiendo del tamaño de la confección, mientras que en Perú el tamaño más grande es de 3 x 3 cm y el más pequeño es de 2 x 2 cm). Si bien en Perú se evidencia prever un tamaño menor del octógono, compárese el cuadro 2 del punto N° 5 del manual peruano de advertencias con los artículos 120 *bis* y 121 del RgSA.

71 De esta manera, en Chile solo puede no colocarse la etiqueta para embalajes inferiores a 40 $cm^2$ respecto a los 50 $cm^2$ establecidos en el marco peruano (aunque en ambos casos deberá colocarse la etiqueta en un envase más grande que contenga los embalajes más pequeños).

En cambio, este sistema de fijación de parámetros técnicos crea otra tipología de problemas ya que, en términos absolutos, el hecho de que un producto tenga una determinada proporción de estas substancias no necesariamente es negativo, pues lo que es perjudicial es su consumo desmesurado. Piénsese, por ejemplo, en aspectos relacionados con el consumo de determinados productos de la dieta mediterránea (y la correspondiente propuesta italiana del etiquetado con la batería «nutriform»).

La superación de los límites de los parámetros técnicos justifica la colocación del sello «Alto en» y puede observarse cómo —dentro de una óptica de largo plazo, en 2022— los porcentajes relativos a los límites de nutrientes respecto a una determinada cantidad coincidirán en ambos ordenamientos.

Gráfico N° 8. Parámetros técnicos según el Ministerio de Salud chileno[72]

Fuente: Manual de Etiquetado Nutricional (Ministerio de Salud [Chile], 27 de junio de 2019).

Tabla N° 1. Parámetros técnicos según el Ministerio de Salud peruano como fueron inicialmente establecidos

| Parámetros técnicos en Perú | Plazo de entrada en vigor | |
|---|---|---|
| | A los 6 meses de aprobación del Manual de Advertencias Publicitarias (17 de junio de 2019) | A los 36 meses de aprobación del Manual de Advertencias Publicitarias (17 de marzo de 2022) |
| Sodio en alimentos sólidos | Mayor o igual a 800 mg/100 g | Mayor o igual a 400 mg/100 g |
| Sodio en bebidas | Mayor o igual a 100 mg/100 ml | Mayor o igual a 100 mg/100 ml |
| Azúcares totales en alimentos sólidos | Mayor o igual a 22,5 g/100 g | Mayor o igual a 10 g/100 g |

72 Esta tercera etapa es aplicada desde el 27 de junio de 2019. La primera etapa empezó en la misma fecha, pero del año 2016; y la segunda en 2018.

| | | |
|---|---|---|
| Azúcares totales en bebidas | Mayor o igual a 6 g/100 ml | Mayor o igual a 5 g/100 ml |
| Grasas saturadas en alimentos sólidos | Mayor o igual a 6 g/100 g | Mayor o igual a 4 g/100 g |
| Grasas saturadas en bebidas | Mayor o igual a 3 g/100 ml | Mayor o igual a 3 g/100 ml |
| Grasas trans | Normativa *ad hoc* existente anterior a la reforma para su progresiva eliminación: Decreto Supremo N° 033-2016-SA, de 26 de julio de 2016 | |

Fuente: elaboración propia.

Sin embargo, la entrada en vigor de la segunda fase se ha aplazado al 17 de septiembre de 2021, remodelándose también los valores de referencia al adoptar los valores de la tercera fase[73].

Aunque la normativa chilena habla de líquidos y la peruana de bebidas, esto no debiera presentar mayor inconveniente (con excepción de la nomenclatura y técnica legislativa), ya que se ha aclarado que «bebida» y «líquidos» deben considerarse sinónimos según la normativa peruana[74].

Sin detenerse en el análisis comparativo[75], se debe hacer una reflexión referente al final del plazo de implementación de ambas leyes; es decir, entre la tercera (y última) etapa chilena y la segunda (y última) peruana[76]. En este sentido, puede observarse que los valores de grasas saturadas, sodio y azúcares coinciden en ambos ordenamientos al final del plazo de implementación de la respectiva normativa, tanto para los alimentos como para los líquidos. Esto pudiera conducir a la conclusión de que, con respecto a este punto, el sistema se ha trasplantado perfectamente.

73 Adenda de 3 de noviembre de 2021: así, respecto a los valores iniciales previstos para la segunda fase, se han dejado inalterados solamente aquellos relativos al sodio en bebidas y grasas saturadas. Desde el 17 de septiembre de 2021, el valor para el sodio en alimentos sólidos debe ser mayor o igual a 400 mg/100 g (frente a los 800), el de los azúcares totales en alimentos sólidos mayor o igual a 10 g/100 g (a cambio de 22,5), el de azúcares totales en bebidas mayor o igual a 5 g/100 ml (a cambio de 6), y el de grasas saturadas en alimentos sólidos mayor o igual a 4 g/100 g (en lugar de 5). Por lo tanto, tendencialmente, si bien se ha postergado la entrada en vigor, se optó por adoptar los valores de la tercera fase. Sobre el tema, véase el comunicado sobre parámetros técnicos establecidos en el Reglamento de la Ley N° 30021 y en el Manual de Advertencias Publicitarias (MAP) de 15 de septiembre de 2021, ambos del Ministerio de Salud. La adecuación puede cumplirse para los productos importados a través del uso de adhesivos en sus etiquetas hasta el 17 de marzo de 2022. Sobre el particular, *vid*. nota N° 100.

74 Como aclara el mismo Ministerio peruano en la matriz de consultas recibidas relativas al MAP: «existen productos líquidos en el mercado que no califican como "bebidas", ejemplo: aliños para ensaladas, salsa china como ostión, tamarindo, entre otras; ¿cómo se valorarán dichos productos? Para la valoración de los parámetros técnicos, entiéndase por bebidas a los líquidos» (Ministerio de Salud [Perú], 2019, consulta N° 5).

75 Las grasas trans son reguladas para su progresiva eliminación total por el Decreto Supremo N° 033-2016-SA.

76 Aunque ambos países han adoptado posturas más rígidas con respecto a los valores, exigiendo una serie de etapas a las cuales corresponden unas disminuciones progresivas de cantidades, estos en la actualidad son diferentes.

Sin embargo, la realidad es otra. Aunque visualmente el octógono de «Alto en azúcares» chileno pudiera parecer idéntico al peruano «Alto en azúcar», y a pesar de que esta conclusión podría ser apoyada al poseer parámetros técnicos idénticos, sustancialmente no lo es. Esto se debe a que el concepto jurídico de azúcar que se tiene en consideración en las dos normativas es diferente. En ese sentido, hay azúcar y «azúcar». Efectivamente, lo que debe entenderse por azúcar a efectos de la normativa chilena es diferente a lo contemplado por la peruana.

Para el cómputo de la cantidad de azúcares, en el caso chileno se computan también los azúcares libres y, en el otro caso, no. La normativa peruana, para definir si un alimento es «Alto en», considera en el cómputo total también «los azúcares que están presentes naturalmente»[77], cuando dicho aspecto no se considera en la normativa chilena, debiéndose computar según esta solamente los azúcares añadidos[78]. En Chile se tiene en cuenta solo el azúcar procesado en su acepción amplia[79], tanto en relación con la obligación del rotulado[80] como para las limitaciones de publicidad. Como consecuencia, la prohibición absoluta de publicidad del alimento es excluida para aquellos alimentos a los que no se les haya «añadido»[81] o «adicionado»[82] azúcares, miel o jarabes. En definitiva, según la normativa chilena, los azúcares totales se consideran a efectos de la indicación en el etiquetado nutricional complementario[83], pero no para los valores del azúcar en sí.

Debe observarse que, efectivamente, la normativa peruana, al igual que la chilena, inicialmente excluía en el cómputo los azúcares no procesados[84].

77 Según la definición de azúcares del RgLPAS, modificada en 2018 respecto a su versión original por el MAP, actualmente la norma afirma que «3.4 Azúcares. - También considerados azúcares libres o azúcares totales. Son todos los monosacáridos o azúcares simples como glucosa, fructosa, galactosa, entre otros, y todos los disacáridos o azúcares compuestos como la sacarosa, maltosa, lactosa entre otros, incluidos los azúcares refinados de caña, remolacha y maíz que se añaden a los alimentos y bebidas por el fabricante, el cocinero o el consumidor, más los azúcares que están presentes naturalmente» (art. 3.4).

78 En este sentido, el RgSA afirma que debe etiquetarse cuando al alimento «se le haya añadido sodio, azúcares o grasas saturadas». De hecho, por el mismo artículo indica que «se exceptuarán de la obligación de rotulación, indicada en el inciso primero del presente artículo, los siguientes alimentos o productos alimenticios: A. Los alimentos o las mezclas de éstos, a los que no se les haya añadido azúcares, miel, jarabes, sodio o grasas saturadas» (art. 120 *bis*).

79 El RgSA señala: «Con el nombre de azúcar sólo podrá denominarse a la sacarosa natural cristalizada proveniente de la raíz de la remolacha azucarera (*Beta vulgaris var. saccharina o saccharifera*) o de los tallos de la caña de azúcar (*Saccharum officinarum*)» (art. 377).
También por azúcares se entienden los carbohidratos endulzantes, monosacáridos y disacáridos refinados, concentrados y/o cristalizados (*vid*. RgSA, art. 383 [en general, arts. 377 y ss.]).

80 En este sentido, la normativa de etiquetado se aplica al alimento al que se le haya añadido sodio, azúcares o grasas saturadas, aclarándose que «Se exceptuarán de la obligación de rotulación, indicada en el inciso primero del presente artículo, los siguientes alimentos o productos alimenticios: A. Los alimentos o las mezclas de éstos, a los que no se les haya añadido azúcares, miel, jarabes, sodio o grasas saturadas» (RgSA, art. 120 *bis*).

81 Véase, en ese sentido, RgSA (art. 110 *bis*).

82 Véase, en ese sentido, RgSA (art. 110 *ter*).

83 Esto se debe a RgSA (art. 115, letra a).

84 Esto se debe a que, efectivamente, el artículo 3.4 original del RgLPAS preveía solamente que los azúcares fueran los procesados.
En su versión original, el artículo 3.4 del RgLPAS establecía que azúcares son «Sacarosa, fructosa o glucosa obtenida del procesamiento industrial de la caña de azúcar, remolacha azucarera, maíz

Esta situación ha llevado a la paradoja de que actualmente sí se pueda publicitar un paquete de azúcar procesado puesto que se considera (aunque sea procesado) un ingrediente culinario al equipararlo, a estos efectos, a la miel, elemento, este último, que no está procesado y cuyo consumo tiene consecuencias totalmente diferentes sobre el organismo que las del primero[85].

Sin detenerse en la normativa colombiana, es oportuno observar que su Proyecto N° 167 toma en consideración los «azúcares libres» —y no simplemente los «azúcares»—, aunque la definición de estos, contenida en un primer momento en el texto inicial del proyecto[86], ha desaparecido temporalmente en las últimas versiones. En cambio, la PDR, a efectos del etiquetado, tomaba en consideración los «azúcares añadidos»[87]. Aquí también puede no existir una coincidencia perfecta.

Por ello, el trasplante interacciona con un formante autóctono que contribuye a diferenciar *de facto* la normativa, como en el caso del formante legislativo que produce en la normativa peruana la modificación normativa de la definición de azúcar, que varía entre la definición contenida en la LPAS original y la resultante por la modificación operada por la ley de aprobación del MAP. En ese sentido, la juridicidad de la normativa en su evolución nacional contribuye a un concepto distinto de azúcar, que se refleja en un diferente deber informativo, incluso cuando, en términos absolutos, el azúcar es igual en sus propiedades para el consumidor, sea este «chileno» o «peruano». Aunque hubo una voluntad —tomando la experiencia chilena— de llegar a una unificación de criterios con relación a los parámetros técnicos, esto no se produce *de facto*.

amarillo duro y sus mezclas, entre otros, en forma de producto sólido cristalizado o jarabe utilizado como ingrediente en los productos alimenticios».
Con la reforma por el Decreto N° 012-2018, la definición de azúcares (el art. 3.4) se sustituye, afirmando que por azúcar «También considerados azúcares libres o azúcares totales. Son todos los monosacáridos o azúcares simples como glucosa, fructosa, galactosa, entre otros, y todos los disacáridos o azúcares compuestos como la sacarosa, maltosa, lactosa entre otros, incluidos los azúcares refinados de caña, remolacha y maíz que se añaden a los alimentos y bebidas por el fabricante, el cocinero o el consumidor, más los azucares que están presentes naturalmente».

85 Efectivamente, el MAP, por un lado, introduce en el concepto de ingrediente culinario (nuevo art. 3.10 RgLPAS), incluyendo en estos el azúcar y la miel. Del mismo modo, su disposición complementaria permite su anuncio, ya que «Las advertencias publicitarias no resultan aplicables a los ingredientes culinarios». Véase también la disposición complementaria 8.2 del MAP (así como la modificada por el Decreto Supremo N° 015-2019-SA), por la cual «En el caso de los ingredientes culinarios no resultan aplicables las disposiciones del presente Manual».

86 El Proyecto de Ley N° 167 de 2019 consideraba «Azúcares: Carbohidratos tipo monosacáridos y disacáridos presentes naturalmente en los alimentos o adicionados a los mismos» y «Azúcares libres: Son los monosacáridos y los disacáridos añadidos a los alimentos por los fabricantes, los cocineros o los consumidores, así como los azúcares presentes de forma natural en la miel, los jarabes, los jugos de fruta y los concentrados de jugo de fruta» (art. 1).

87 Véase la PDR de febrero de 2020 (art. 32 y tabla N° 17). Esta diferenciaba en sus definiciones entre azúcares, azúcares totales y azúcares añadidos (art. 3), y preveía la posibilidad de incorporar la descripción «sin azúcares añadidos», «sin azúcares agregados» o «sin azúcares adicionados» (art. 22).

De esa manera, el trasplante encuentra límites o incompatibilidades que se deben a razones técnicas (en términos abstractos, esta disfasia podría generarse de manera deliberada o no) que se han dado en relación con algunos parámetros nutricionales y cuantitativos necesarios para la ley.

### VII.2. Incompatibilidad genética del trasplante. Hay menor y «menor»

Frente a un trasplante, el tejido normativo general preexistente en el derecho interno puede ser diferente de aquel desde el cual procede la normativa extranjera. Por esta razón, es siempre útil ponderar la interrelación entre el trasplante y el formante legislativo, dado que el último puede activarse —en uno u otro sentido— para eliminar o mantener la diferencia. Esta incompatibilidad, provocada por la interacción de la normativa al incorporar una anterior, puede definirse como genética en cuanto debida a un elemento preexistente. Además, dicha incompatibilidad no es necesariamente patológica, pero lo puede llegar a ser en determinados casos.

Piénsese en el concepto de menor de edad. Tanto en Chile como en Perú la mayoría de edad se alcanza a los 18 años[88] y, por ello, la normativa coincide; sin embargo, no puede afirmarse lo mismo desde una óptica especular, puesto que no existe coincidencia en la regulación de aspectos relativos al menor de edad. De esta manera, si en Perú se considera incapaces absolutos a los menores de 16 años (Código Civil peruano, art. 46); en Chile lo son los menores de 12 años, en el caso de las mujeres, y de 14 años, en el de los varones (Código Civil chileno, art. 26). Sin perjuicio de observar que esta normativa chilena es criticable bajo muchos aspectos, es útil para evidenciar que el tejido normativo preexistente puede interaccionar y entrar en juego a la hora de trasplantar. En el caso concreto que analizamos, este fenómeno aparece porque la normativa sobre el etiquetado fija determinadas prohibiciones publicitarias en función de la edad del menor.

La diferencia en el tejido normativo, en principio, no es patológica, sino que es una constatación de que «por defecto» podría realizarse un trasplante bajo presupuestos diferentes.

Frente a esta situación, en determinados casos, el legislador puede decidir eliminarla. Así, en este sentido, el legislador peruano —sin perjuicio de que los dos ordenamientos difieren respecto a la normativa sobre incapacidad restringida (relativa)— podría fijar la misma edad de referencia del menor que existe en Chile para la prohibición publicitaria. De esa manera, se procedería a una unificación de la normativa en

88 *Cfr*. Código Civil peruano, art. 42; y Código Civil chileno, art. 26. También, más ampliamente, Constitución Política del Perú (1993, art. 30) y Constitución Política de la República de Chile (1980, art. 13).

términos absolutos. Ahora bien, el hecho de que el legislador que incorpora la normativa utilice el mismo criterio que el legislador extranjero no garantiza la operación recién descrita, puesto que las soluciones pudieran ser varias debido, justamente, a la incompatibilidad genética existente. En relación con la normativa sobre etiquetado, es interesante observar que, a pesar de que ambos ordenamientos utilizan como influencia para legislar el mismo parámetro de referencia (el de la incapacidad restringida/relativa), llegan a una solución diferente ya que, si el límite de referencia para la prohibición en Chile se refiere a un menor de edad de 14 años (tanto varón como mujer), en Perú lo es para el de 16 años[89].

Dependiendo de la operación realizada, el legislador puede producir una armonización, una uniformidad o una verdadera unificación (Ferrante, 2016, pp. 611 y ss.). En el caso peruano, el legislador ha decidido mantener los mismos parámetros de su Código Civil. Ambos ordenamientos atienden a la misma *ratio legis* y a los mismos criterios, pero la aplicación concreta de las dos normativas genera diferencias sustanciales y concretas frente al mundo económico, limitando en algunos casos la publicidad de determinados productos en un país con respecto al otro.

La decisión de elaborar una normativa idéntica no se debe a varios factores y no se puede someter a crítica *a priori*, sino que se utiliza para constatar que la comparación jurídica no sirve necesariamente para unificar ordenamientos jurídicos. En este hecho inciden diversos factores, por ejemplo, políticos, económicos y sociales.

La incompatibilidad genética presupone la aplicación de un trasplante imperfecto que puede, eventualmente, modificarse mediante un formante. En ese sentido, la inactividad o actividad del legislador puede conducir a un resultado u otro, manteniendo la imperfección o eliminándola. Ahora bien, hay que señalar que no siempre hay conciencia por parte del legislador de estos tipos de incompatibilidad. Por ello, lo que sería problemático es que la elección de operar una armonización, una «uniformación» o una unificación no sea consciente por parte del legislador, sino un efecto de una operación legislativa descuidada que no ha tenido en consideración todos estos factores, ya que podría llevar a que la incompatibilidad genética interaccione negativamente con la decisión legislativa y se convierta en una patología severa.

Una ulterior observación: obsérvese que el legislador chileno, al fijar el límite de prohibición publicitaria en los 14 años, toma como referencia el límite varonil (Código Civil chileno, art. 26) frente a la disyuntiva de si optar por este, relativo al varón, o por el otro de 12 años, relativo

89 *Cfr*. LCNA (art. 6) y, por lo que respecta a Perú, véase RgLPAS (arts. 13 y 14) y MAP (art. 6.1.3).

a la mujer. Esta decisión podría objetarse bajo dos vertientes. Por un lado, se hubiera tenido que preferir como edad la de 12 años, en aras de la autonomía progresiva del menor; por otro, se hubiera tenido que considerar que se estaba predisponiendo una legislación a favor del menor. Por ese motivo, la elección adoptada por el legislador chileno va contra la *ratio* de la legislación, que es combatir la obesidad infantil, ya que restringe la prohibición publicitaria en lugar de ampliarla, puesto que la edad del menor es indirectamente proporcional al límite de la prohibición publicitaria: a mayor edad en la norma corresponde una menor prohibición publicitaria y esto conlleva una menor tutela para los menores.

### VII.3. Incompatibilidad de fondo del trasplante Rotulado, publicidad y advertencia

Una de las finalidades de las normativas analizadas, relacionada con la lucha contra la obesidad infantil, es proporcionar una debida información sobre la alimentación saludable, lo que se ha dado mediante la colocación de un etiquetado frontal que, en el caso de Perú y Chile, es octogonal. Si bien todavía se desconoce el modelo iconográfico en Colombia, este país concuerda en la necesidad de un etiquetado frontal. Si bien la finalidad es común, existen diferencias desde el punto de vista jurídico y hay variantes —en términos estrictamente jurídicos— en la recepción del deber informativo.

En la normativa chilena, la información de la iconografía se legisla claramente bajo dos vertientes, en relación con un expreso deber de rotulación y etiquetado[90], y también se manifiesta con una limitación de los aspectos publicitarios[91]. En Perú, en cambio, hay esencialmente una identificación del fenómeno con la publicidad, relacionándolo con el manual de «advertencias publicitarias»[92]. Finalmente, Colombia se refiere a una «advertencia sanitaria»[93] asociada al etiquetado. Aquí, por lo tanto, se habla de «etiquetado de advertencia sanitaria»[94] o de «etiquetado frontal de advertencia»[95]. Dado que este último ordenamiento todavía está en fase *de lege ferenda*[96], se harán algunas reflexiones sobre las otras dos regulaciones.

90 Véase, *v. gr.*, RgSA (arts. 110, 110 *bis*, 120 *bis* y 121).
91 Véase, *v. gr.*, RgSA (art. 110 *ter*).
92 El LPAS (art. 10) hace referencia a las «advertencias publicitarias», y todas sus actuaciones se realizan mediante este enfoque (*vid*. MAP). Una prueba constata que la misma vigencia de la LPAS y de sus parámetros técnicos quedaba supeditada a la aprobación y entrada en vigor del MAP, así como dispone la disposición complementaria final tercera de la LPAS.
93 Artículo 7 del texto del Proyecto de Ley N° 167 de 2019 y artículo 8 en su versión de junio de 2020.
94 Véase el nuevo artículo 5 (correspondiente al artículo 8) del Informe Subcomisión Proyecto de Ley N° 167 de 2019 (octubre de 2020).
95 Así es como lo definirá la PDR (art. 3).
96 *Vid*. nota N° 105.

El ordenamiento peruano se caracteriza por una normativa más *atécnica*, en la que existe una especie de confusión entre el deber/obligación de rotulado y la publicidad; y, consecuentemente, también en relación con la información que debe proporcionarse.

Como premisa, es importante destacar que el derecho a una oportuna y veraz información es un claro derecho básico del consumidor y usuario[97], el cual se evidencia aún más en el ámbito de la información alimenticia al haberse aprobado una ley de inocuidad de los alimentos, que es incluso cronológicamente anterior. En esta, no solamente hay un derecho a alimentos inocuos y, por ende, saludables; sino que existe el derecho a recibir la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de alimentos (Decreto Legislativo N° 1062, art. 4). Por ello, las bases para una ley apropiada sobre un etiquetado e información ya existían desde un panorama normativo anterior.

Sin embargo, la solución adoptada por el legislador peruano resulta ser caótica o, por lo menos, no consigue tener un concepto de publicidad coherente en sí, a veces ubicándola en el intrínseco concepto que la caracteriza y otras utilizándola más bien como sinónimo de información o, incluso, de rotulación del producto, cuando estos aspectos no coinciden necesariamente.

Es cierto que el Código de Protección y Defensa del Consumidor da importancia no solamente a la necesidad de proporcionar inocuidad y calidad de los alimentos (arts. 30-31), sino también al etiquetado (arts. 32-37). Sin embargo, en la normativa peruana conviven dos conceptos de publicidad, uno más técnico —es decir, que se manifiesta mediante soportes que no son los del rotulado (LPAS, arts. 8-10; RgLPA, arts. 14-15, letras b y c)—; y otro que se relaciona con una obligación específica de rotulado de los símbolos iconográficos y que es denominado «advertencia publicitaria» (LPAS, art. 10; RgLPAS, art. 15, letra a). De esta forma, cuando se superan los parámetros técnicos, se predispone una obligación de incluir determinados datos —sobre azúcares, sodio y grasas saturadas— «en la publicidad» (LPAS, art. 10), matizando que estas «advertencias publicitarias deberán ser consignadas […] en la cara frontal de la etiqueta» (RgLPAS, art. 15, letra a).

Incluso en el MAP estos dos conceptos coexisten y, si la «advertencia publicitaria» se asocia al rotulado al afirmarse que las etiquetas «estarán ubicadas en la zona superior derecha de la cara frontal de la etiqueta» (art. 4.1), en otros casos, se adopta un concepto de publicidad técnico

97 Por ejemplo, radicados en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (arts. 1, letras b, c y f; y 4 y ss.); *cfr*. con la ley chilena que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (arts. 1 y 3). También, por ejemplo, en el Estatuto del Consumidor colombiano (art. 1.3).

realizado «por soportes o medios de comunicación social, es decir, por medios visuales o radiofónicos» (punto 6.1.3)[98].

Tampoco ayudan las definiciones demasiado generalistas de «publicidad» y «publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes» contenidas en el LPAS (art. 1). Efectivamente, se destaca un *atecnicismo* que entremezcla y confunde deberes informativos, información precontractual y publicidad. Hay que considerar que no existe una norma clara que exprese la obligación de un rotulado adecuado desde el inicio de la cadena de fabricación del producto, norma que sería oportuna. Otra consecuencia de este caótico panorama es la repercusión que puede tener en el ámbito de la competencia perfecta y de las barreras burocráticas ilegales a nivel publicitario con respecto a la proporción de los tamaños de las figuras geométricas en la publicidad (Resolución Indecopi N° 0072-2020/CEB-INDECOPI). Afortunadamente, la Resolución Indecopi N° 0072-2020/CEB-INDECOPI, que preveía el etiquetado con octágonos como barreras burocráticas, ha sido revocada el pasado 31 de agosto de 2021 por la Resolución Indecopi N° 0556-2021/SEL-INDECOPI)[99].

Por este motivo, puede observarse que la técnica legislativa del trasplante debe también tener en consideración aspectos variados que se relacionan con la normativa nacional.

El hecho de no haber predispuesto una clara diferenciación entre los aspectos sobre rotulado y etiquetado, y los aspectos publicitarios en el ordenamiento peruano, contrariamente a lo ocurrido en el ámbito chileno, ha conducido a esta situación. Esto repercute también en otros aspectos prácticos, como la eventual responsabilidad derivada del sistema informativo relativo al sistema iconográfico. No debe olvidarse, por ejemplo, que la Ley de inocuidad de alimentos predispone «la reparación por daños y perjuicios, como consecuencia del consumo de los alimentos» (art. 4), y ese consumo está relacionado claramente por el legislador con dicha «advertencia publicitaria». Por ello, habría que aclarar desde cuándo y sobre quién graba dicha obligación, la cual contribuye a la identificación de los eventuales responsables. Se afirma esto porque —aunque se observa que «las advertencias deben rotularse de forma indeleble en el etiquetado y no podrán estar cubiertas de forma parcial o total por ningún otro elemento»— se ha dado la posibilidad, en determinados supuestos, de colocar etiquetas adhesivas por un periodo transitorio (MAP, disposición complementaria, punto 8)[100].

98 En relación con LPAS (art. 8).

99 Adenda de 3 de noviembre de 2021: ha sido revocado por la Sala Especializada de Barreras Burocráticas (SEL).

100 Modificado por el decreto supremo N° 015-2019-SA. Adenda de 3 de noviembre de 2021: este periodo transitorio fue ampliado antes hasta el 30 de junio de 2021 por el decreto supremo N° 021-2020-SA, y, posteriormente, ampliado una vez más hasta el 31 de marzo de 2022 para los productores extranjeros por decreto supremo N° 018-2021-SA.

En este sentido, se evidencia que la obligación informativa no ha sido necesariamente asociada a toda la cadena del producto. Claramente, la intención del legislador ha sido determinar una obligación de etiquetado desde su rotulado de fábrica y, por lo mismo, operante para el fabricante o importador; pero la normativa actual es caótica, contradictoria y confunde conceptos jurídicos relevantes.

Si bien la publicidad contribuye a la información, esta puede ser diferente respecto a determinados aspectos relativos a las obligaciones de rotulado o etiquetado, las cuales deben aparecer en el producto independientemente de su publicidad (entendida en su sentido intrínseco).

## VIII. LATINOAMÉRICA COMO BASE PARA UN SISTEMA DE REFERENCIA AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE

Tras todo lo dicho anteriormente, es evidente que, jurídicamente, un octógono peruano no es equivalente a un octógono chileno, aunque el modelo iconográfico sea prácticamente idéntico. A raíz de ello, puede constatarse que no se ha producido un trasplante perfecto en este caso, aunque sí que se ha querido utilizar el mismo modelo de referencia). De hecho, un producto etiquetado en Chile no podría comercializarse libremente en Perú, y viceversa, sin las correspondientes modificaciones.

Lo que es cierto también es que el modelo chileno, indudablemente, se ha querido trasplantar en Perú, con sus modificaciones deliberadas, no deliberadas o patológicas. Hay más: todo lo analizado sirve para entender no solo una nueva fenomenología de trasplante, sino un cambio de paradigma.

Un estudio del Ministerio de Salud chileno ha comprobado la efectividad del «modelo chileno» y, a los tres años de su implantación, se ha constatado una considerable disminución de la compra de alimentos pocos saludables. No solo las razones de prioridad temporal, sino también el prestigio y efectividad de una determinada regulación (y no el prestigio[101] referido a un determinado país), han servido como incentivo a la difusión del modelo no solo en América del Sur[102], sino

101 Sobre el prestigio, véase Sacco y Rossi (2019, p. 135 [más ampliamente, pp. 134-138]), y Watson (1978, pp. 313 y ss.). En general, sobre los tradicionales factores que pueden justificar el trasplante, *v. gr.*, véase Graziadei (2019, pp. 457 y ss.).

102 Así, en Uruguay se prevé el modelo octogonal en caso de exceso en grasa, grasas saturadas, sodio y azúcares; al respecto, véase el decreto relativo al etiquetado de alimentos (Decreto N° 272/018, anexo IV). También parece existir esta tendencia en Argentina, donde en octubre de 2020 se ha elaborado un proyecto consensuado a partir de varias iniciativas presentadas. Así, desde el 27 de julio de 2021 *a fortiori*, el modelo iconográfico parecería próximo a adoptarse también en Argentina. El pasado 22 de octubre de 2020 se consensuó, entre varias propuestas de una quincena de senadores, el Proyecto de Ley sobre Promoción de la Alimentación Saludable, con el cual quiere

también en América Central, aunque el trasplante ha llegado a tener variantes del modelo[103].

El cambio de paradigma es claro. Se constata que Latinoamérica empieza a tener una conciencia más madura, necesaria para ser un sistema de referencia autónomo e independiente de las influencias europeas, las cuales siempre han caracterizado las codificaciones latinoamericanas. El fenómeno del etiquetado es una muestra de que la realidad latinoamericana puede sostenerse por sí misma sin mirar a Europa o a Estados Unidos. Así que lo que en parte se auspiciaba[104] abstractamente llega a ser una realidad concreta.

Indudablemente, el trasplante del modelo chileno de etiquetado podrá aparecer de manera imperfecta e incluso presentar variantes, pero no solo se ha trasformado como un posible prototipo de regulación, sino que también es la prueba de que se ha decidido deliberadamente huir de los modelos de etiquetado europeos. Esto muestra la creación de un inicio de armonización de diálogo legislativo dentro de América Latina, que puede operar de manera independiente y autónoma con respecto a los cánones que tradicionalmente han caracterizado el trasplante. El camino todavía es largo, pero este es un pequeño primer paso que muestra —si bien limitadamente con relación a ciertos aspectos— una nueva etapa de la legislación latinoamericana y de su interpretación.

## IX. CONCLUSIONES

El estudio del modelo iconográfico de la etiqueta frontal de productos alimenticios y su proceso *de iure condendo* ha permitido destacar la importancia de la (posible) utilización de una normativa extranjera y apreciar cómo puede operar, en concreto, un trasplante jurídico. Se trata de un claro ejemplo práctico de un proceso de trasplante, pues se considera la posible incorporación, dentro del propio ordenamiento, de los patrones que caracterizan una normativa extranjera (esto se da en el caso de Perú con respecto a Chile).

---

implementarse un modelo octagonal (para un breve comentario, *vid*. Trivisonno [2021, pp. 85 y ss.]). Sobre el tema, véase en particular los artículos 4 y 5 del proyecto.
Adenda de 3 de noviembre de 2021: cuanto aquí se ha sostenido sobre el modelo iconográfico se confirma *a fortiori* dado que el proyecto se ha aprobado el 26 de octubre de 2021, llegando a ser la Ley de etiquetado frontal, pendiente de publicación en el boletín oficial de la República Argentina. El 26 de octubre de 2021 se aprobó con doscientos votos afirmativos, veintidós negativos y dieciséis abstenciones, incorporando el octágono de color negro con borde y letras de color blanco en mayúsculas (*vid*. Centenera, 2021).

103 Ya una parte de la doctrina latinoamericana —constatando que los países latinoamericanos han sido «sitios abiertos» a incorporar materiales jurídicos extranjeros— había auspiciado que América Latina debiera tomar como punto de referencia este mismo continente, más que otros contextos a los cuales suele hacer referencia. Véase, por ejemplo, López Medina (2015).

104 En México, dicho modelo engloba y entremezcla la normativa peruana y chilena. Incorpora los cinco octógonos (refiriéndose así a las calorías, azúcares, grasas saturadas, grasas trans y sodio) y se ha implementado en marzo de 2020 mediante la modificación al Etiquetado de alimentos NOM 051 sobre etiquetado de alimentos.

Se ha observado también que la legislación extranjera (la ley chilena sobre el etiquetado chileno) puede ser utilizada como inspiración para llegar a un modelo diferente (como en el caso de Colombia)[105]. De todos modos, resulta interesante observar que ambos casos se han basado exclusivamente en la incorporación de una normativa latinoamericana no influenciada por la realidad europea.

Este estudio ha permitido destacar que el trasplante se percibe en los ordenamientos extranjeros como una posible contribución a la mejora de la normativa interna. Por ello, se ha observado cómo el derecho extranjero sirve como *benchmark* y punto útil de baremación de la normativa nacional.

La revisión de la ley de etiquetado ha destacado algunos de los factores relevantes que se relacionan con un trasplante jurídico. Uno de ellos es la necesidad de un acucioso análisis previo a una simple internación de una normativa extranjera o a una solución «creativa» del derecho. En la realidad analizada, es oportuna una interdisciplinariedad de los técnicos que intervienen en el proceso legislativo (como, en este caso, ingenieros o nutricionistas). Sin embargo, en la actividad *de iure condendo* deben ponderarse debidamente las intervenciones de estos técnicos para garantizar una supervisión constante de los juristas, evitando llegar a soluciones críticas, desastrosas o «cerberianas» como las que se han visto.También es cierto que, en la realización e incorporación de nuevas normas, estas últimas deben coordinarse adecuadamente con las ya existentes; de lo contrario, la eficacia que se quería lograr con la introducción de las nuevas podría ponerse en peligro considerable. Ello lo evidencia una resolución de Indecopi[106] que, frente a la normativa existente, ha debido concluir que la empresa no estaba obligada a colocar el etiquetado frontal relativo a que un producto «Contiene grasa trans: evitar su consumo» (y, por lo tanto, no había violación del artículo 10 del LPAS), incluso si el producto lo contiene, a condición de que dicho importe sea inferior a 0,5 gramos por porción. Esto se debe a que si bien la normativa peruana ha adoptado un modelo chileno sobre el etiquetado, no modificó la disposición transitoria del Reglamento sobre Vigilancia y

105 Adenda de 3 de noviembre de 2021: adelantándose a las labores del Senado y al Proyecto de Ley N° 167 de 2019, el Ejecutivo colombiano, mediante la Resolución N° 810 de 16 de junio 2021 (Ministerio de Salud y Protección Social), ha aprobado un reglamento técnico de etiquetado con base en la PDR de febrero de 2020, que deroga —entre otras normas— la Resolución N° 333 de 10 de febrero de 2011, e introduce el etiquetado circular que se había predispuesto con el proyecto y el ya mencionado sello positivo (reproduciendo, esencialmente, sus arts. 32 y 33). El reglamento entrará en vigor en diciembre de 2022, salvo en el caso de envases retornables, que quedan subjetos a un periodo de *vacatio legis* mayor.

106 Adenda de 3 de noviembre de 2021: concretamente, no se le condena pecuniariamente por no haber colocado el etiquetado, no considerando a la empresa responsable de actos de competencia desleal (Resolución Indecopi N° 0134-2021/SDC-INDECOPI). La resolución tiene un voto en discordia de la vocal Roxana María Irma Barrantes Cáceres y ha sido impugnada por el Ministerio de Salud.

Control Sanitario de Alimentos y Bebidas[107] que prevé que, en ausencia de normativa nacional, la referencia sea al sistema norteamericano y los parámetros establecidos por la Food And Drug Administration de los Estados Unidos de Norteamérica (FDA), los cuales justamente legitiman esta posibilidad. Esto ocurre porque aunque el RgLPAS y el MAP refieren a los parámetros técnicos azúcar, sodio y grasas saturadas, no lo hacen en relación con las grasas trans. Como puede observarse, es necesaria no solamente una cautelosa incorporación o remisión de la normativa extranjera, sino también observar que esta incorporación no cree fisuras que puedan ocasionar algunas incongruencias. Así, si bien el rotulado sí indica —a tenor del artículo 36 del Código de Protección y Defensa del Consumidor— que el 0,7 % del total de grasas del producto (pan de molde sin borde) corresponde a grasas trans (de una confección de 690 gramos), esto demuestra lo afirmado en estas páginas sobre la *atecnicidad* de la normativa peruana, y los matices entre rotulado y etiquetado (y advertencia publicitaria).

Finalmente, debe constatarse que esta investigación ha permitido comprobar que el proceso de implementación de un trasplante puede producir determinados resultados, como la unificación, la armonización y/o la uniformación[108] de los sistemas normativos que entran en juego; e, incluso, que un trasplante puede generar una mezcla de todos ellos. Este es el caso de la interacción de la normativa chilena con la peruana.

Así, en la comparación del modelo chileno y peruano se ha llegado a una unificación al existir una misma *ratio legis* (el querer reducir la obesidad adulta e infantil). No obstante, las disfasias jurídicas no aseguran la perfecta unificación en otras vertientes, sino solo una armonización de las normativas (como establecer prohibiciones de determinados anuncios publicitarios según la edad del público) o su uniformación (mediante la elección de un etiquetado obligatorio, aunque el modelo iconográfico concreto cambie).

## REFERENCIAS

Aa. vv. (2018). Historia del Derecho y Derecho Comparado (número temático). *Themis*, *73*.

Aa. vv. (2020). *Comentarios relativos a la consulta pública sobre propuesta de resolución de 26 de febrero de 2020, Realizados entre 27 julio y 27 agosto de 2020*. https://www.redpapaz.org/wp-content/uploads/2020/09/Respuesta-MinSalud-Anexo-1.pdf

107 Adenda de 3 de noviembre de 2021: efectivamente, su cuarta disposición transitoria afirma que: «En tanto no se expida la norma pertinente, la fabricación de los alimentos y bebidas se rige por las normas del Codex Alimentarius aplicables al producto o productos objeto de fabricación y, en lo no previsto por éste, lo establecido por la Food And Drug Administration de los Estados Unidos de Norteamérica (FDA)». Al respecto, véase el Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas (Decreto Supremo N° 007-98-SA).

108 Sobre el punto, *v. gr.*, véase Ferrante (2016, pp. 611 y ss.).

Alighieri, D. (2011). *La divina commedia* (G. Vandelli & L. Polacco, eds. y trads.). Milán: Hoepli.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012). *Historia de la Ley N° 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad*. https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4468/

Centenera, M. (2021, 27 de octubre). Argentina cambia el etiquetado frontal de los alimentos procesados para combatir la obesidad. *El País*. https://elpais.com/sociedad/2021-10-27/argentina-cambia-el-etiquetado-frontal-de-los-alimentos-procesados-para-combatir-la-obesidad.html

Damián Medina, O. (coord.). (2019). *Tratado de protección y defensa del consumidor*. Lima: Instituto Pacífico.

Díaz, A, Veliz, P., Rivas-Mariño, G., Vance Mafla, C., Martínez Altamirano, L., & Vacas Jones, C. (2017). Etiquetado de alimentos en Ecuador: implementación, resultados y acciones pendientes. *Revista Panamericana de Salud Pública*, *41*, 1-8.

Duque, I. (2020). *Discurso del presidente de la República en ocasión del lanzamiento de las directrices para el etiquetado nutricional de 22 de febrero de 2020* [video]. https://youtu.be/A-BieEBTTgA

Egnell, M., Talati, Z., Hercberg, S., Pettigrew, S., & Julia, C. (2018). Objective understanding of front-of-package nutrition labels: an international comparative experimental study across 12 countries. *Nutrients*, *10*(10), § 1542.

Ezzati, M., Di Cesare, M., & Bentham, J. (2018). Determining the worldwide prevalence of obesity – Authors' reply. *The Lancet*, *391*(10132), 1773-1774.

Ferrante, A. (2016). Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, *43*(2), 601-618.

Ferrante, A. (2017). La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno. *Revista Boliviana de Derecho*, *23*, 134-167.

Ferrante, A. (2021). Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, *14*, 168-207, https://idibe.org/wp-content/uploads/2021/03/4._Alfredo_Ferrante_pp._168-207.pdf

Fikentscher, W. (2004). *Modes of Thought: A Study in the Anthropology of Law and Religion* (2da ed.). Tubinga: Mohr Siebeck.

Frankenberg, G. (1985). Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, *26*(2), 411-456.

Garoupa, N., & Ogus, A. (2006). A Strategic Interpretation of Legal Transplants? *Journal of Legal Studies*, *35*, 339-363.

Graziadei, M. (2019). Transplant and Receptions. En M. Reinmann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of comparative Law* (2da ed., pp. 457-461). Oxford: Oxford University Press.

Glanert, S. (2012). Method? En P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 61-81). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar.

Julia, C., Etile, F., & Hercberg, S. (2018). Front-of-pack Nutri-Score labelling in France: an evidence-based policy. *Lancet Public Health*, *4*, § e-164.

Kahn-Freud, O. (1974). Uses y misuses of comparative law. *Modern Law Review*, *37*(1), 1-27.

Legrand, P. (1997). The impossibility of "legal transplants". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, *2*, 111-124.

Leysser, L. (2019). *Derecho Privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lobstein, T., Landon, J., & Lincoln, P. (2007). *Misconceptions and misinformation: The problems with Guideline Daily Amounts (GDAs)*. National Heart Forum. https://studyres.com/doc/17781795/misconceptions-and-misinformation--the-problems-with-gdas

López Medina, D. (2015). El Nacimiento del Derecho Comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, *26*, 117-159.

Mattei, U. (1994). Efficiency in Legal transplant. An essay in comparative Law and Economics. *International Review of Law and Economics*, *14*(1), 3-19.

Miller, J. M. (2003). A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant. *American Journal of Comparative Law*, *51*(4), 839-886.

Morán J., (s.f.). *Modelos de etiquetado frontal a nivel global*. https://www.foodconsulting.es/wp-content/uploads/etiquetado-frontal-global.pdf

Ncd Risk Factor Collaboration (Ndc-RisC), & Ezzati, M. (2017). Worldwide trends in body-mass index, underweight, overweight, and obesity from 1975 to 2016: a pooled analysis of 2416 population-based measurement studies in 128·9 million children, adolescents, and adults. *The Lancet*, *390*(10113), 2627-2642.

Ramos Padilla, P., Carpio Arias, T., Delgado López, V., Villavicencio Barriga, V., Andrade, C., & Fernández-Sáezc, J. (2017). Actitudes y prácticas de la población en relación con el etiquetado de tipo "semáforo nutricional" en Ecuador. *Revista Española de Nutrición Humana y Dietética*, *21*(2), 121-129.

Reilly, J., El-Hamdouchi, A, Diouf, A., Monyeki, A., & Somda, S. (2018). Determining the worldwide prevalence of obesity. *The Lancet*, *391*(10132), 1773-1774.

Reinmann, M., & R. Zimmermann (eds.). (2019). *The Oxford Handbook of comparative Law* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.

Saavedra Velazco, R. (2010). Sobre formantes, trasplantes e irritaciones. Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica. *Ius et Veritas*, (40), 70-101.

Saavedra Velazco, R. (2011). El método y el rol de la Comparación Jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica, *Advocatus*, *25*, 193-244.

Saavedra Velazco, R. (2013). Una visión comparada de la definición del contrato. Notas sobre las diferencias entre los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental. *Jus et Veritas*, *46*, 186-203.

Saavedra Velazco, R. (2016). *Análisis económico y comparado del Derecho privado. Una introducción*. Lima: Fogueras.

Saavedra Velazco, R. (2019). Las (tres) aproximaciones al incumplimiento contractual. Esbozo desde una perspectiva comparada. *Anuario de Derecho Privado*, *1*, 7-32.

Sacco, R. (1991a). *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. París: Economica.

Sacco, R. (1991b). Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment 1 of 2). *American Journal of Comparative Law*, *39*(1), 1-34.

Sacco, R. (1991c). Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment 2 of 2). *American Journal of Comparative Law*, *39*(1), 343-401.

Sacco, R., & Rossi, P. (2019). *Introduzione al diritto comparato* (7ma ed.). Torino: Utet.

Saucier, J-P., Calderón, H., & Campos Bernal, J. (eds.). (2018). *Viajes y fronteras de la enseñanza del Derecho comparado*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú.

Trivisonno, J. (2021). El derecho a la alimentación saludable: información al consumidor y etiquetado frontal de alimentos. *Jurisprudencia Argentina (Dossier de Derecho del Consumo)*, *3*, 76-89.

Teubner, G. (1998). Legal Irritants: good faith in British Law or How unifying law ends up in new divergences. *The Modern Law Review*, *61*(1), 11-32.

Watson, A. (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Atenas: University of Georgia Press.

Watson, A. (1978). Comparative Law and Legal Change. *Cambridge Law Journal*, *37*(2), 313-336.

Watson, A. (1996). Aspects of reception of law, Aspects of reception of law. *American Journal of Comparative Law*, *44*(2), 335-351.

Watson, A. (2000) Legal Transplants and European Private Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, *4*(4).

World Health Organization (WHO). (2020). *World Health Statistics 2020: Monitoring Health for the Sustainable Development goals*. París. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332070/9789240005105-eng.pdf?ua=1

Código Civil chileno [Chile].

Código Civil peruano [Perú].

Código de Protección y Defensa del Consumidor [Perú].

Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 y sucesivas motivaciones ([Perú], 2 de septiembre de 2010). *Diario Oficial El Peruano*, 2 de septiembre de 2010.

Constitución Política de la República de Chile [Chile].

Constitución Política del Perú [Perú].

Comunicado sobre parámetros técnicos establecidos en el Reglamento de la Ley 30021 y en el Manual de Advertencias Publicitarias (MAP) (Ministerio de Salud [Perú], 15 de septiembre de 2021). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2182469/Comunicado.pdf.pdf

Consulta pública sobre el Proyecto de Real Decreto relativo a la utilización voluntaria del logotipo nutricional "Nutriscore" en los productos alimenticios (Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social [España], 10 de octubre de 2019). https://www.mscbs.gob.es/normativa/docs/2020.10.19.Consulta_Publica_Ley_de_medidas_para_la_equidad_universalidad_y_cohesion_del_SNS.pdf

Decreto Supremo N° 007-98-SA y sucesivas modificaciones, Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas (Presidencia de la República [Perú], 24 de septiembre de 1998). *Diario Oficial El Peruano*, 25 de septiembre de 2018.

Decreto Legislativo N° 1304 que aprueba la ley de etiquetado y verificación de los reglamentos técnicos de los productos industriales (Presidencia de la República [Perú], 29 de diciembre de 2016). *Diario Oficial El Peruano*, 30 de diciembre de 2016.

Decreto N° 13/2015 que modifica el Decreto Supremo N° 977/1996, Reglamento sanitario de los Alimentos (Ministerio de Salud [Chile], 16 de abril de 2015). *Diario Oficial de la República de Chile*, 26 de junio de 2015.

Decreto N° 716/1991 que promulga normas sobre protección al consumidor (Presidencia de la República [Perú], 7 de noviembre de 1991). http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1997/turismo/d716.htm

Decreto N° 272/2018 relativo al etiquetado de alimentos (Ministerio de Salud Pública [Uruguay], 29 de agosto de 2018). https://www.impo.com.uy/bases/decretos/272-2018/1

Decreto Supremo N° 015-2019-SA que modifica el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes, y el Manual de Advertencias Publicitarias (Presidencia de la República [Perú], de 14 de junio de 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 15 de junio de 2019.

Decreto Supremo N° 021-2020-SA que amplía el plazo dispuesto en el subnumeral 8.3 del numeral 8 del Decreto Supremo N° 012-2018-SA, Decreto Supremo que

aprueba el Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA (Presidencia de la República [Perú], 11 de junio de 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 12 de junio de 2020.

Decreto Supremo N° 018-2021-SA que amplía para los productos importados el plazo dispuesto en el subnumeral 8.3 del numeral 8 del Manual de Advertencias Publicitarias aprobado por Decreto Supremo N° 012-2018-SA, en el marco de lo establecido en la Ley Nº 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA (Presidencia de la República [Perú], 30 de junio de 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 30 de junio de 2021.

Dictamen de insistencia, recaído en los Proyectos de Ley N° 865/2016-CR, 1519/2016-CR, 1589/2016-CR, 1700/2016-CR, 1959/2017-CR y 2036/2017-CR, que mediante un texto sustitutorio propone la Ley que modifica la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, incorporando el semáforo nutricional (Comisión de Defensa del Consumo y organismos regulatorios de los servicios públicos [Perú], 21 mayo de 2018). http://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/DefensaConsumidor/dictamenes/

Dictamen de insistencia, recaído en los Proyectos de Ley N° 865/2016-CR, 1519/2016-CR, 1589/2016-CR, 1700/2016-CR, 1959/2017-CR y 2036/2017-CR, que mediante un texto sustitutorio propone la Ley que modifica la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, incorporando el semáforo nutricional (Comisión de Defensa del Consumo y organismos regulatorios de los servicios públicos [Perú], 21 de mayo de 2018). http://www.congreso.gob.pe/comisiones2018/DefensaConsumidor/dictamenes/

Dictamen de minoría recaído en los Proyectos de Ley N° 865/2016-CR, 1519/2016-CR, 1589/2016-CR, 1700/2016-CR, 1959/2017-CR y 2036/2017-CR, que mediante un texto sustitutorio propone la Ley que modifica la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, incorporando el semáforo nutricional, recibido 20 febrero de 2018 (Comisión de Defensa del Consumo y organismos regulatorios de los servicios públicos [Perú], 17 de diciembre de 2017). http://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/DefensaConsumidor/dictamenes/

Dictamen 12-2017-2018/CSP-CR recaído en las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa derivada de los Proyectos de Ley N° 865/2016-CR, 1519/2016-CR, 1589/2016-CR, 1700/2016-CR, 1959/2017-CR y 2036/2017-CR, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes (Comisión de Salud y Población [Perú], 11 de enero de 2018). http://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/DefensaConsumidor/dictamenes/

Dictamen, aprobado en mayoría recaído en los Proyectos de Ley N° 865/2016-CR, 1519/2016-CR, 1589/2016-CR, 1700/2016-CR, 1959/2017-CR y 2036/2017-CR, que mediante un texto sustitutorio propone la Ley que modifica la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas

y Adolescentes, incorporando el semáforo nutricional (Comisión de Defensa del Consumo y organismos regulatorios de los servicios públicos [Perú], 17 noviembre de 2017). http://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/DefensaConsumidor/dictamenes/

Estatuto del Consumidor, Ley N° 1480 de 2011 y sucesivas modificaciones (Congreso [Colombia], 12 de octubre de 2011). *Diario Oficial*, (48.220), 12 de octubre de 2011.

Etiquetado de alimentos: modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados - Información comercial y sanitaria NOM 051 publicada el 5 de abril de 2010 (Secretaría de Economía [México]). *Diario Oficial de la Federación*, 27 de marzo de 2020. http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision_de_Salud_y_Poblacion/files/5_proyecto_de_ley_865-2016-cr-ilovepdf-compressed.pdf

Hoja informativa: evaluación Ley de Alimentos N° 20.606 (Ministerio de Salud [Chile], julio de 2019). https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2019/08/EVALUACION-LEY-DE-ALIMENTOS_julio-2019_02.pdf

Informe de ponencias para primer debate del Proyecto de Ley N° 167 de 2019 (Cámara de Representantes [Colombia], noviembre de 2019). *Gaceta del Congreso*, (1193), 6 de diciembre de 2019.

Informe de ponencias para primer debate del Proyecto de Ley N° 167 de 2019 (Cámara de Representantes [Colombia], 3 de diciembre de 2019). *Gaceta del Congreso*, (1197), 6 de diciembre 2019.

Informe de ponencias para segundo debate del Proyecto de Ley N° 167 de 2019 (Cámara de Representantes [Colombia], agosto de 2020). *Gaceta del Congreso*, (856), 4 de septiembre de 2020.

Informe Subcomisión Proyecto de Ley N° 167 de 2019 (Cámara de Representantes [Colombia], 21 de octubre de 2020). https://www.camara.gov.co/entornos-alimentarios

Ley N° 20.606 de Composición Nutricional de los Alimentos (CNCh [Chile], 6 de junio de 2012). *Diario Oficial de la República de Chile*, 6 de julio de 2012.

Ley de Inocuidad de los Alimentos, Decreto Legislativo N° 1062 (Presidencia de la República [Perú], 27 de junio de 2008). *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008.

Ley N° 775 de Promoción de alimentación Saludable (Asamblea Legislativa Plurinacional [Bolivia], 8 de enero de 2016). *Gaceta Oficial*, (825NEC).

Ley N° 30021 de Promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes (Presidencia de la República [Perú], 10 de mayo de 2013). *Diario Oficial El Peruano*, 17 de mayo de 2013.

Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores y sucesivas modificaciones (CNCh [Chile], 7 de febrero de 1997). *Diario Oficial de la República de Chile*, 7 marzo de 1997.

Ley N° 20.869 sobre publicidad de los alimentos (CNCh [Chile], 6 de noviembre de 2015). *Diario Oficial de la República de Chile*, 13 de noviembre de 2015.

Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Decreto Supremo N° 012-2018-SA (Presidencia de la República [Perú], 14 de junio de 2018). *Diario Oficial El Peruano*, 16 de junio de 2018.

Manual de Etiquetado Nutricional (Ministerio de Salud [Chile], 27 de junio de 2019). https://www.minsal.cl/ley-de-alimentos-manual-etiquetado-nutricional/

Matriz de consultas recibidas al Manual de Advertencias Publicitarias (Ministerio de Salud [Perú], 2019). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/314419/matriz-de-consultas-recibidas-17mayo2019.pdf

Normativa técnica sanitaria unificada para alimentos procesados, ARCSA-DE-067-2015-GGG (Ministerio de Salud Pública [Ecuador], 21 de diciembre de 2015). *Registro Oficial*, (681-tercer suplemento), 1 de febrero de 2016.

Propuesta de resolución s/n por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de etiquetado nutricional y frontal que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano (Ministerio de la Protección Social [Colombia], 26 de febrero de 2020). https://www.pinzonpinzon.com/wp-content/uploads/Requisitos-de-etiquetado.pdf

Proyecto de Manual de Advertencias Publicitarias, Resolución del Ministerio de Salud N° 683/2017 (Ministerio de Salud [Perú], 17 de agosto de 2017). https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/188830-683-2017-minsa

Proyecto de Ley N° 2036/2017-CR que establece los parámetros técnicos sobre el contenido de azúcar, sodio y grasa saturada y dispone su plazo de observancia (Ministerio de Salud [Perú], 20 de octubre de 2017).

Proyecto de Ley N° 1589/2016-CR que modifica el reglamento de la Ley N° 30021 de promoción de la alimentación saludable y la indicada Ley, recibido el 23 de junio de 2017 (Ministerio de Salud [Perú], 22 de mayo de 2017).

Proyecto de Ley N° 1700/2017-CR que modifica el reglamento de la Ley N° 30021 de promoción de la alimentación saludable y la indicada Ley, recibido 4 de agosto de 2017 (Ministerio de Salud [Perú], 24 de julio de 2017).

Proyecto de Ley N° 914/2016-CR que obliga el etiquetado de información nutricional y promueve la participación del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, para una Alimentación Saludable, recibido el 31 de enero de 2017 (Ministerio de Salud [Perú], 23 diciembre de 2016).

Proyecto de Ley N° 167 por medio de la cual se adoptan medidas para fomentar entornos alimentarios saludables y prevenir enfermedades no transmisibles y se adoptan otras disposiciones (Congreso de la República [Colombia], 14 de agosto de 2019). *Gaceta del Congreso*, (760), 16 de agosto de 2019.

Proyecto de Ley N° 167 por medio de la cual se adoptan medidas para fomentar entornos alimentarios saludables y prevenir enfermedades no transmisibles y se adoptan otras disposiciones, texto aprobado después el primer debate (Congreso de la República [Colombia], 10 de junio de 2020). https://www.camara.gov.

co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2020-10/Texto%20Definitivo%20Proyecto%20No.%20167%20de%202019%20C%C3%A1mara.docx

Proyecto de Ley N° 1519/2016-CR que incorpora el inciso J en el art. 3 del decreto legislativo 1304. Semaforización en el etiquetado (Ministerio de Salud [Perú], 12 de junio de 2017).

Proyecto de Ley N° 865/2016-CR que modifica los artículos 3, 6, 9, 10 y la primera disposición complementaria transitoria de la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación para Niños, Niñas y Adolescentes (Ministerio de Salud [Perú], 11 de enero de 2017).

Proyecto de Ley N° 1959/2017 sobre etiquetado de productos alimenticios (Congreso de la República [Perú], 4 de octubre de 2017).

Proyecto de Ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad (Senado de la República [Chile], 2003). *Boletín*, (4921-11), 21 de marzo de 2003. https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4921-11

Proyecto de Ley sobre promoción de la alimentación saludable (Comisión de Salud y de Industria y Comercio, Congreso Nacional y Cámara de Senadores [Argentina]). Dictamen en distintos proyectos de ley de varios/as señores/as, senadores/as (S.-510, 637, 1407, 1500, 1920 y 2057/19; 284, 327, 337, 1334, 1722, 1727, 2096, 2158 y 2530/20). Sesión ordinaria de 22 de octubre de 2020, orden del día N° 375.

Recommendation for a Common Nutrition Labelling Scheme (Confederation of Food and Drink Industries of the EU [CIAA], 2006). http://www.federalimentare.it/Documenti/CIAANutritionLabellingGuidelines.pdf

Reglamento de etiquetado de alimentos procesados para consumo humano, Acuerdo Ministerial N° 5103 y sucesivas modificaciones (Ministerio de Salud Pública [Ecuador], 25 de agosto de 2014). *Registro Oficial*, (suplemento 318), 25 de agosto de 2014).

Reglamento de la Ley N° 30021, Decreto Supremo N° 017-2017-SA ([Perú], 15 de junio de 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 17 de junio del 2017.

Reglamento que establece el proceso de reducción gradual hasta la eliminación de las grasas trans, Decreto Supremo N° 033-2016-SA (Presidencia de la República [Perú], 26 de julio de 2016). *Diario Oficial El Peruano*, 27 julio de 2016.

Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N° 977 (Ministerio de Salud [Chile], 6 agosto de 1996). *Diario Oficial de la República de Chile*, 13 de mayo de 1997 y sucesivas modificaciones.

Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano del Ecuador, Acuerdo Ministerial N° 00004522 (Ministerio de Salud Pública [Ecuador], 15 de noviembre de 2013). *Registro Oficial*, (134-segundo suplemento), 29 de noviembre de 2013.

Reglamento técnico ecuatoriano RTE INEN 022 (2R) "Rotulado de productos alimenticios procesados, envasados y empaquetados", Resolución N° 14 511

(Ministerio de Industria y Productividad - Subsecretaria de la Calidad [Ecuador], 14 de diciembre de 2014). *Registro Oficial*, (402-primer suplemento), 17 de diciembre de 2014.

Reglamento (UE) N° 1169/2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor (25 de octubre de 2011). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (L 304/18), 22 de noviembre de 2011.

Resolución Indecopi N° 0134-2021/SDC-INDECOPI (Indecopi [Perú], 5 de octubre de 2021). https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam?fbclid=IwAR25Ct_4qpX9s4mQoCZqnOPh0WMIAh3wGIfIHT-zEdnkZLGmWvgEkUX2pUs

Resolución Indecopi N° 936-2010/SC2 (Indecopi [Perú], 6 de mayo de 2010).

Resolución Indecopi N° 0072-2020/CEB-INDECOPI (Indecopi [Perú], 25 de febrero de 2020). https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Resolucion-0072-2020-CEB-LP.pdf

Resolución Indecopi N° 0556-2021/SEL-INDECOPI (Indecopi [Perú], 25 de febrero de 2020). http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/99854315-be2b-4bcc-b81d-408ec9c2a03c

Resolución N° 5109 por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano (Ministerio de la Protección Social [Colombia], 29 de diciembre de 2005). *Diario Oficial*, (46.150), 13 de enero de 2006.

Resolución N° 333 por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano (Ministerio de la Protección Social [Colombia], 10 de febrero de 2011). *Diario Oficial*, (47.984), 15 de febrero de 2011.

Resolución N° 810 por la cual se establecen los requisitos de etiquetado nutricional y frontal que deben cumplir los alimentos envasados o empacados para consumo humano (Ministerio de Salud y la Protección Social [Colombia], 16 de junio de 2021). *Diario Oficial*, (51.707), 16 de junio de 2011.

Recibido: 22/11/2020
Aprobado: 12/05/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.006
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 183-229
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Instrumentos administrativos para el fomento de la innovación tecnológica en el sector financiero peruano

## Administrative Instruments for the Promotion of Technological Innovation in the Peruvian Financial Sector

LUCÍA SUÁREZ BARCIA*
Universidad Camilo José Cela (España)

**Resumen:** El presente documento trata de analizar los nuevos enfoques de supervisión regulatoria (facilitadores de innovación) que se están desarrollando a nivel mundial como consecuencia del fenómeno *fintech*, evaluando si pueden ser beneficiosos para Perú, especialmente en términos de inclusión financiera. Para ello, se ha procedido a la revisión de iniciativas de fomento de innovación *fintech* a nivel mundial, estudiando sus características. Este análisis tiene un carácter teleológico de revisión de políticas administrativas de supervisión, agrupándolas en tres grandes categorías: centros de innovación, *sandbox* y otros, como aceleradores de innovación, estudiando en mayor detalle los *sandbox* debido a su relevancia y potencial impacto. En concreto, se realiza una aproximación al concepto de *sandbox*, incluyendo los objetivos por los que se diseñan, sus principales beneficios y riesgos. A continuación, se especifican las fases que estos proyectos suelen atravesar y sus tiempos. También se describen dos casos particulares de *sandbox*: el mexicano, que requiere de licencia de «modelo novedoso»; y el israelí, centrado en los datos. Posteriormente, se evalúan los potenciales beneficios y retos de la aplicación de este tipo de políticas públicas en Perú. Finalmente, se propone un modelo para el país, alineado con la estrategia de inclusión financiera, que permita la participación abierta de todo tipo de entidades, incluidas las denominadas *fintech*, para un mayor beneficio de la sociedad y los mercados.

**Palabras clave:** Centros de innovación, digitalización, disrupción financiera, facilitadores de innovación, *fintech*, inclusión financiera, innovación financiera, mercados financieros, política regulatoria, *sandbox* regulatorio

***Abstract:*** This document strives to analyze the new approaches to regulatory supervision (innovation facilitators) that are being developed worldwide because of the fintech phenomenon, evaluating whether they would be beneficial for Perú, especially in relation to financial inclusion. For this reason, we have proceeded to a review of initiatives to promote fintech innovation worldwide, studying their characteristics. This analysis has a teleological nature of reviewing administrative supervision policies, grouping them into three large taxonomies: innovation centers, sandbox and others, such as innovation accelerators, studying in greater detail the sandboxes due to their relevance and potential impact. Specifically, the article explains the concept

* Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Camilo José Cela, Madrid (España). Oficial de Cumplimiento Normativo. Licenciada en Derecho y Dirección y Administración de Empresas, y máster en Dirección y Administración de Empresas.
Código ORCID: 0000-0003-3204-2515. Correo electrónico: lucia.suarezb@alumno.ucjc.edu

of sandbox, including the objectives for which they are designed, their main benefits and risks. Afterwards, the paper specifies the phases that these projects usually go through and their timelines. Two particular cases of sandbox are also described, the Mexican, which requires a «new model» license; and the Israeli, focused on data. Subsequently, the potential benefits and challenges of applying this type of public policy in Peru are evaluated. Finally, a model is proposed for the country, aligned with the financial inclusion strategy, which allows the open participation of all types of entities, including those called fintech, for the greater benefit of society and the markets.

***Key words:*** Innovation hubs, innovation facilitators, digitalization, financial disruption, fintech, financial inclusion, financial innovation, financial markets, regulatory policy, regulatory sandbox

CONTENIDO: I. ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO.- II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA APLICADA.- III. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA INNOVACIÓN FINANCIERA: FACILITADORES DE INNOVACIÓN *FINTECH*.- III.1. DEFINICIÓN Y ORIGEN DE FACILITADORES DE INNOVACIÓN *FINTECH*.- III.2. FACILITADORES DE INNOVACIÓN COMO RESPUESTA A NUEVAS REALIDADES.- IV. TAXONOMÍA DE LOS FACILITADORES DE INNOVACIÓN.- IV.1. CENTROS DE INNOVACIÓN.- IV.2. *SANDBOXES* REGULATORIOS.- IV.2.1. CUESTIONES GENERALES.- IV.2.2. OBJETIVOS, BENEFICIOS Y RIESGOS.- IV.2.3. FASES DE LOS PROYECTOS EN *SANDBOX*.- IV.2.4. TIEMPOS DE LOS PROYECTOS EN *SANDBOX*.- IV.2.5. CASOS PARTICULARES: *SANDBOX* MEXICANO Y *SANDBOX* DE DATOS ISRAELÍ.- IV.3. OTRO TIPO DE INICIATIVAS PÚBLICAS DE INNOVACIÓN FINANCIERA.- V. BENEFICIOS Y RETOS DE APLICACIÓN DE ESTE TIPO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN PERÚ.- V.1. INCLUSIÓN FINANCIERA EN PERÚ.- V.2. RETOS PARA EL PERÚ.- VI. CONCLUSIÓN: MODELO PROPUESTO PARA PERÚ.

## I. ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO

No cabe duda de que el fenómeno *fintech* está suponiendo una disrupción en los mercados financieros y en los modelos de supervisión por parte de las autoridades en los últimos años. Su máximo potencial se encuentra aún por desarrollar, pero el mercado *fintech* ya está adquiriendo una relevancia suficiente como para que las autoridades comiencen a plantearse si sus esquemas de supervisión actuales serán suficientes (Yadav & Brummer, 2019).

A la pregunta de cuál es su origen, Kulik (2018, p. 140) responde que se debe a la innovación tecnológica, el cambio generacional de los consumidores, la globalización y las crisis financieras. Yadav y Brummer (2019), por su parte, consideran el uso de datos, la automatización y la desintermediación financiera como elementos asociados con esta transformación. La entrada de nuevos participantes en la escena, a menudo no regulados o semirregulados, con orígenes distintos (que van

de pequeños emprendedores o *start-ups* a grandes empresas tecnológicas diversificando sus negocios hacia productos y servicios financieros[1]), también ha sido un ingrediente más en el cambio de las reglas del juego.

El término *fintech* en sí puede llegar a abarcar una amplia realidad, cuyos límites están aún por delinear. El Parlamento Europeo (2020), tomando el criterio del Financial Stability Board, adopta una definición amplia del concepto, considerándolo como

> El uso de la innovación habilitada por la tecnología en los servicios financieros que podría resultar en nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos y podría tener un efecto material asociado sobre las finanzas, mercados e instituciones y cómo se proporcionan los servicios (p. 14).

La presencia de empresas *fintech* en Perú ha ido ganando peso, reportándose a fines de 2020 un total de 148 *fintech*s en el país con un crecimiento promedio anual del 21 %, según datos de EY Law Perú (Vodanovic, 2020). Asimismo, Perú cuenta en la actualidad con una Asociación Fintech Perú (s.f.), cuyos principios se basan en la innovación e inclusión financiera.

En el caso peruano, el marco regulatorio ha comenzado a virar en torno a una apertura hacia las *fintech* a lo largo de los últimos años, enfocándose principalmente en la emisión de dinero electrónico y, más recientemente, en plataformas de financiamiento participativo. Ejemplo de ello es la proliferación normativa experimentada en los últimos años, resumida a continuación:

- Ley N° 29985, Ley del Dinero Electrónico, y la Resolución SBS N° 6284-2013, por las que se implementa la figura de la empresa emisora de dinero electrónico (EEDE).
- Resolución SBS N° 1262-2020, que amplía los límites aplicables a las operaciones con cuentas de dinero electrónico simplificadas, el límite de saldos consolidados de un mismo titular y las conversiones acumuladas de un mismo titular.
- Resolución SBS N° 1354-2020, que permite una flexibilización de los métodos de garantía de los fondos de dinero electrónico, asimilándolo a los criterios europeos.
- Resolución SBS N° 211-2021, que reduce tiempos y mejora los procesos de solicitud de licencias de entidades emisoras de dinero electrónico.

1 También conocida como *bigtech*.

- Decreto de Urgencia N° 013-2020, promulgado para promover el financiamiento de mipymes, emprendimientos y *start-ups*.
- Decreto de Urgencia N° 056-2020, que permite aligerar los requisitos de apertura de cuentas de dinero electrónico.
- Resolución SMV N° 012-2020-SMV/01, para la difusión del «Proyecto de Reglamento de la actividad de financiamiento participativo financiero y sus sociedades administradoras».
- Ley N° 31120, Ley que regula la Cuenta Documento Nacional de Identidad (Cuenta-DNI) de 7 de febrero de 2021, que autoriza la apertura de cuentas DNI (digitales) en el Banco de la Nación para favorecer la inclusión financiera.

Pese al reciente progreso regulatorio, ha de plantearse cómo mitigar los riesgos de la inexistencia de regulaciones de realidades *fintech* que están ganando peso. A modo de ejemplo, hoy en día no se cuenta con una regulación relativa a las criptomonedas o el uso de *blockchain*, agregadores, comparadores o inteligencia artificial.

El siguiente paso por plantearse en Perú sería determinar cómo supervisar este contexto en constante evolución mediante el uso de nuevas herramientas de control administrativo que permitan una mayor flexibilidad. Ello supondría un nuevo enfoque de control que permitiría impulsar la innovación de forma segura por medio de los facilitadores de innovación. Es conveniente, por tanto, realizar un análisis de soluciones novedosas aplicadas en otras jurisdicciones que podrían ser asimiladas por las autoridades locales.

## II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA APLICADA

El presente artículo tiene como objetivo el estudio comparado de las distintas medidas de fomento a la innovación implantadas por las autoridades supervisoras en distintos países durante los últimos años como forma de reacción ante el fenómeno *fintech*, reflexionando sobre si dichas acciones (en concreto, los *sandbox* regulatorios) podrían representar el siguiente paso para Perú.

Se parte de una hipótesis que propone que la implantación de nuevos modelos de políticas públicas de fomento financiero-tecnológico sería factible y beneficiosa para el país. Asimismo, se considera que estas soluciones se alinean concretamente en estrategias de inclusión financiera.

Para ello, se han analizado las iniciativas de políticas públicas de innovación financiera (facilitadores de innovación) hasta diciembre de 2020 a nivel mundial, ya sea que estén operativas o en proceso de

implantación, a través de la documentación disponible en sus páginas web, examinando un total de 61 jurisdicciones que reúnen un total de 68 iniciativas. De estas, 56 se encuentran operativas y 12 ya han sido anunciadas o están en desarrollo.

Los elementos de análisis han sido región, estado a diciembre de 2020, clasificación, año de establecimiento, tipo de facilitador, finalidad ligada a la inclusión financiera, requerimientos, idiomas, y pertenencia a la Global Financial Innovation Network.

Tras su estudio, se consideraron tres grandes tipos de categorías (Parlamento Europeo, 2020, p. 17) que los supervisores están aplicando en la actualidad y muestran una forma nueva de interacción de los sectores público y privado en función de su alcance (centros de innovación, *sandboxes* regulatorios y otro tipo de iniciativas, como los aceleradores de innovación). Ha de indicarse que estos tres tipos de supervisión no son excluyentes entre sí, pudiendo aplicarse simultáneamente.

Luego, se explica en qué consisten cada una de dichas categorías, pasando a desarrollar en detalle la figura del *sandbox* regulatorio debido a su mayor relevancia y potencial impacto para el Perú. También se estudian dos casos específicos de *sandbox* como ejemplos de enfoques alternativos. El primero de ellos refiere al despliegue de un marco normativo proactivo *ex ante* (Kulik, 2018, p. 141) en torno a licencias *fintech* y autorizaciones de «modelos novedosos» (caso mexicano). El segundo caso es relativo a un *sandbox* de datos para la mejora de las infraestructuras financieras públicas (*sandbox* israelí).

Se parte de un enfoque teleológico de políticas públicas, considerando que las distintas clases de control e impulso a la innovación por parte de la administración pueden tener diferentes niveles de impacto en el país, siendo el *sandbox* regulatorio la solución que podría suponer un mayor potencial de cambio.

A este respecto, cabe indicar que la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (SBS) ha expresado su intención de desarrollar normativa al respecto[2]; sin embargo, la información inicial parece mostrar que la SBS no plantea moderar las restricciones regulatorias para estas entidades que entren en entornos de pruebas cerradas o *close loop*, lo que podría provocar la pérdida de interés por el país de parte de los innovadores en pro de regímenes de *sandbox* más flexibles y con menores barreras.

2 Don Alejandro Medina, superintendente adjunto de Riesgos de la SBS, hizo pública esta información en el Lima Fintech Forum 2020.

## III. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA INNOVACIÓN FINANCIERA: FACILITADORES DE INNOVACIÓN *FINTECH*

### III.1. Definición y origen de facilitadores de innovación *fintech*

Se denomina facilitadores de innovación *fintech* al conjunto de nuevos foros desarrollados por las administraciones públicas en los últimos años con la finalidad de proveer un nuevo enfoque de supervisión proactiva que permita gestionar fenómenos de innovación tecnológico-financiera (Parlamento Europeo, 2020). Los facilitadores de innovación son considerados como indicios de apertura a la innovación, conceptualizándose como un elemento de atracción de *fintech* e inversión en el país. Comenzaron a cobrar importancia en el año 2015 con el establecimiento del primer entorno de pruebas en Reino Unido (FCA, s.f.), siguiendo el caso de Singapur un año después.

Cabe señalar que estos nuevos modelos de supervisión implican un cambio profundo en la forma de operar de los reguladores, que históricamente habían adoptado posiciones de enfoque *ex ante* (prohibición de modelos no contemplados por la ley) o *ex post* (revisando caso por caso cómo encajar modelos novedosos que surgían dentro del marco regulatorio existente) hacia un ambiente de apertura y proactividad (Kulik, 2018, p. 141). Asimismo, este cambio ha provocado que cada vez más países estén tomando un enfoque supervisor dinámico que Kulik califica de «intermedio» entre los habituales enfoques restrictivo, proactivo y vigilante. De este modo, los organismos supervisores cuentan con un rango de herramientas que pueden implementar con el fin de facilitar los adelantos tecnológico-financieros en sus jurisdicciones, manteniendo un equilibrio entre innovación financiera, integridad de los mercados y simplicidad (Yadav & Brummer, 2019, p. 248).

Los facilitadores de innovación en general traen consigo un cambio en la naturaleza de la relación entre los supervisores y el sector privado en pro de un mayor entendimiento mutuo (necesidades, obligaciones y expectativas) (Jenik & Lauer, 2017, p. 7). Desde el punto de vista de los organismos públicos, estos mecanismos son un medio de integración de los distintos participantes en esta nueva esfera financiera, incluyendo sus ideas y proyectos, lo que permite a los supervisores analizar las ventajas y riesgos. En varios países, entre ellos España (Ley N° 7/2020), se considera que este seguimiento en un entorno de pruebas puede llegar a dar un conocimiento tan detallado del modelo innovador al supervisor que permite estudiar la reducción de los trámites y plazos para la posterior obtención de la licencia que se requiera, de cara al ejercicio de la actividad en abierto.

### III.2. Facilitadores de innovación como respuesta a nuevas realidades

Los reguladores y supervisores del sector financiero correspondientes a los verticales bancario, valores, y autoridad de seguros y pensiones, han visto cómo la estructura de participantes en el mercado ha variado de la banca tradicional a la interacción cada vez mayor con nuevas contrapartes que aportan elementos innovadores que, en ocasiones, son difíciles de entender o asesorar respecto al nivel de oportunidades y riesgos que plantean. Estos nuevos participantes surgen como consecuencia de fragmentaciones en la cadena de valor (Yadav & Brummer, 2019, p. 242) y de la apertura de datos financieros (banca abierta). En general, pueden agruparse en tres tipos:

- *Bigtechs* (De la Mano & Padilla, 2018): es el caso de grandes empresas tecnológicas; por ejemplo, Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft, Samsung, Baidu, Tencent o Alibaba.
- *Techfins* (Zetzsche *et al.*, 2017): en general, son entidades ya establecidas y con origen en ambientes tecnológicos (las *bigtechs* suelen ser *techfins*).
- *Fintech start-up* (Hornuf *et al.*, 2018): entidades constituidas con la finalidad de aplicación de innovaciones tecnológicas al ambiente financiero[3]. Suelen ser de pequeño tamaño (*start-up*). Si son de reciente creación, se denominan *early start-up*; y si su volumen es mayor, se denominan *scale-up*.

El acceso a servicios financieros a través de canales digitales es un área por explotar que implica el uso de modelos tecnológicos novedosos que pueden tener asociados conceptos desconocidos para los reguladores o riesgos no previstos. Desde el lado del supervisor financiero, estos modelos de reciente creación implican retos desde varios puntos de vista, por ejemplo:

- La necesidad de mejora de conocimientos de nuevas tecnologías y sus consecuencias (Kulik, 2018, p. 142).
- Precisa de análisis de las oportunidades y los riesgos que conllevan.
- Requiere una evaluación de la necesidad de realizar cambios regulatorios en el ordenamiento jurídico local, lo que abarca desde adaptaciones y la eliminación de barreras que entrañen el incumplimiento del principio de neutralidad tecnológica hasta

3 Huergo Lora (2018) define a las *fintech* como «[…] empresas del sector financiero basadas en el uso avanzado del *big data* y la inteligencia artificial y que intentan hacerse un hueco a costa de los operadores tradicionales» (p. 1).

el desarrollo de propuestas legislativas *ad hoc* para estos nuevos servicios[4].

- Demanda una valoración de la necesidad de reinterpretar la doctrina aplicada a los marcos regulatorios existentes[5].

Si bien existen en la actualidad canales de comunicación entre el sector privado y el sector público, estos carecen de los elementos necesarios para promover una comunicación fluida y abierta que permita un mejor entendimiento entre las partes de las necesidades y expectativas de cada una. Por este motivo, las nociones de facilitadores de innovación (*innovation facilitators*), que incluyen centros de innovación (*innovation hubs*) y *sandboxes* regulatorios (*regulatory sandboxes*), se han popularizado entre los altos estamentos del mundo financiero (FSB, 2017; 2019; IMF, 2019; BID, 2018; Roeig, 2019; ESMA, 2018; Banco Mundial, 2020). Consecuencia de ello son los 57 *sandboxes* operativos y los 11 anunciados o en desarrollo a diciembre de 2020 para las 61 jurisdicciones observadas en este estudio (ver detalle en el anexo 1).

Gráfico N° 1. Mapa de territorios con *sandbox* a diciembre de 2020

Fuente: elaboración propia con base en información del anexo 1.

4 Un ejemplo de nuevas regulaciones en el Perú es el Decreto de Urgencia N° 013-2020 de 23 de enero de 2020, Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de la Mipyme, emprendimientos y *start-ups* que entra a regular las plataformas de financiamiento colectivo (*crowdfunding* o *crowdlending*), que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores.

5 Las autoridades holandesas desarrollan esta idea en el reporte *Report Continuing dialogue Innovation Hub and Regulatory Sandbox: lessons learned after three years* (DNB & AMF, 2019), incluyendo casos tales como el encaje del *robo-advice* en la regulación local, inicialmente pensada para asesoramiento desarrollado por humanos.

## IV. TAXONOMÍA DE LOS FACILITADORES DE INNOVACIÓN

Los facilitadores de innovación pueden ser clasificados en tres grandes categorías: los centros de innovación, los *sandboxes* regulatorios y otro tipo de iniciativas de menor calado, tales como aceleradores, formaciones o participación en conferencias.

A continuación, se pasará a desarrollar cada concepto, analizando a mayor profundidad el modelo *sandbox* debido a su mayor potencial de impacto y crecimiento en los últimos años.

### IV.1. Centros de innovación

Los centros de innovación, nodos de innovación o *innovation hubs* son espacios o canales de comunicación abierta entre reguladores y entidades privadas (BCBS, 2018, p. 5). Son utilizados para solucionar dudas, generalmente con relación a la necesidad de licencias, los procesos u otras cuestiones regulatorias. La mayoría de los regímenes de supervisión europeos establecen que la respuesta o resolución de estas dudas tiene un carácter no vinculante, pero existen países como Polonia en los que las respuestas a las consultas mantienen carácter vinculante (ESMA, 2018, pp. 7-16).

Los *innovation hubs* están abiertos a todas las partes, tanto a entidades reguladas como no reguladas, incluyendo entidades tecnológicas que podrían ser potenciales proveedoras de entidades financieras establecidas (*incumbents*), de *fintechs* o de los propios reguladores (por ejemplo, entidades que ofrezcan soluciones de mejora y automatización de reportes o procesos relacionados con la supervisión)[6]. Los canales de comunicación aplicados suelen ser variados, desde formularios en línea (FMA, s.f.) hasta correos electrónicos o consultas telefónicas, siendo una mejor práctica el punto de contacto único. Además, dependiendo de la jurisdicción, puede contarse con un punto de contacto transversal o separado por cada vertical (banco central del país, autoridad encargada de supervisión de mercados financieros, y autoridad encargada de seguros y pensiones). Así, el propio Bank of International Settlements (BIS, s.f.) cuenta con un nodo de innovación para la colaboración global de los bancos centrales.

En el caso de España, en la actualidad la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV, s.f.) ya cuenta con un portal de innovación financiera, mientras que el Banco de España ya habilitó una sección en su página web en enero de 2021. Se espera que la Dirección General de Fondos de Pensiones (DGSFP) desarrolle una solución similar en los próximos meses. La nueva sección en la web del Banco de España permite realizar consultas relacionadas con cómo acceder al *sandbox*

6 También conocida como *suptech*.

regulatorio mediante un enlace que permite a los usuarios entrar a conocer los detalles publicados por la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, a la vez que permite atender dudas normativas y de innovación tecnológica.

Portugal dispone de un portal integrado denominado Portugal Finlab (s.f.) que cubre simultáneamente cuestiones relacionadas con las tres autoridades del sector financiero —el Banco de Portugal (BdP), la Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), y la Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)—, lo que permite una mejora de la eficacia de las comunicaciones, ya que sortea la problemática de redireccionar a los participantes en caso las preguntas planteadas correspondan a otra autoridad supervisora.

Argentina cuenta con la Mesa de Innovación Financiera Fintech del Banco Central de la República Argentina (BCRA, s.f.) como foro de comunicación entre los distintos jugadores de la industria. El Banco Central de la República Argentina también promueve con carácter anual el Programa de Innovación Financiera (PIF), en el que los participantes compiten para generar proyectos novedosos de permitan resolver problemáticas existentes en formato de competición.

En el caso del vertical de seguros (*insurtech*), en 2019 la Superintendencia de Seguros de la Nación Argentina implementó la Mesa de Innovación en Seguros e Insurtech Arg 2019 con la finalidad de «aprovechar los avances tecnológicos para modernizar el sector asegurador en pro de brindar un mejor servicio a los asegurados o mejorar sus propios procesos» (Argentin.gob.ar, s.f.).

Cabe decir que la mayoría de las jurisdicciones evaluadas (55 de 61)[7] cuenta en la actualidad con algún tipo de información en formato digital o portal web, e incluso con la posibilidad de presentar la documentación o las dudas en idioma inglés (consultas o temas relacionados con *sandboxes* regulatorios), eliminando posibles barreras idiomáticas para las partes interesadas de origen extranjero. En esta misma línea, la ley española permite la presentación de solicitudes en lengua inglesa; sin embargo, parece que las contestaciones por parte de la autoridad serán en castellano (Ley N° 7/2020, art. 6.4).

Por otro lado, una versión evolucionada de estos *hub* de innovación, que sin duda presenta un mayor atractivo al sector emprendedor financiero, son los centros de asesoramiento. En Letonia, por ejemplo, la Finanšu un kapitāla tirgus komisija (FCMC, s.f.) ofrece asesoramiento experto gratuito por correo electrónico y varias líneas telefónicas. Este servicio incluye la evaluación de requisitos de regulación financiera que se

7 Ver anexo 1, relativo a la lista de facilitadores analizados a diciembre de 2020.

puedan aplicar a la nueva idea de negocio, la explicación de las reglas aplicables y los criterios interpretativos del supervisor, resaltando los posibles desafíos a los que los emprendedores pueden enfrentarse a lo largo del proceso y asesorando sobre las interpretaciones y el enfoque de la FCMC respecto a la implementación de esas ideas innovadoras en el mercado financiero. En concreto, esta autoridad separa estos centros de asesoramiento de lo que denominan el «apoyo a licencia *fintech*», que es una sección separada y más desarrollada.

Lituania es otro ejemplo de mercado que en la actualidad atrae la atención del sector *fintech* por varios motivos. Entre las iniciativas tomadas se encuentra el denominado Programa de Ventanilla Única para Recién Llegados (Lietuvos Bankas, 2020a), enfocado en la atracción de inversión, talento e ideas del exterior. Este programa pone a disposición no solo puntos de contacto, sino también cuadros de información sobre los tipos de licencias, requerimientos, costes y limitaciones de actividades, entre otros. En suma, el Lietuvos Bankas ha desarrollado una sección denominada «Cómo prepararse adecuadamente para la licencia» (2020b) con amplio nivel de detalle para las partes interesadas.

Francia, por su parte, es un país enfocado únicamente en los centros de innovación, careciendo de *sandboxes* regulatorios. Sin embargo, cuenta con una unidad, la ACPR-FinTech Innovation Unit (ACPR, s.f.), que analiza las innovaciones desde un punto de vista transversal, extendiéndose a la protección de datos, la ciberseguridad o prevención de blanqueo de capitales, y la prevención de financiación del terrorismo (ESMA *et al*., 2018, pp. 12-13).

Los *innovation hubs* pueden ser vistos como la antesala hacia los *sandboxes* regulatorios, pues son un paso previo a los mismos y no dejan de ser un indicio de apertura a la innovación en las jurisdicciones en las que se implementan de cara al resto del mundo. Pueden funcionar también como foco de identificación de nuevas tendencias o de disposiciones regulatorias que podrían suponer barreras para el sector privado. En ese sentido, se considera que este tipo de solución podría ser factible como un primer paso de apertura en Perú, ya que permitiría aclarar dudas regulatorias y facilitar un acercamiento a lo que está sucediendo en el sector privado.

## IV.2. *Sandboxes* regulatorios

### IV.2.1. Cuestiones generales

Los *sandboxes* regulatorios han alcanzado mayor peso a lo largo de los últimos años debido a la proliferación de iniciativas de este tipo a nivel mundial. Por dicho motivo, a continuación, se desarrollará este concepto en mayor detalle.

Se puede definir a los *sandboxes* regulatorios como espacios controlados de pruebas prácticas relacionadas con proyectos de innovación financiera que se encuentran en un estado de, por lo menos, producto mínimo viable (MVP, por sus siglas en inglés), y dentro de un marco legal y de supervisión previamente acordado con las autoridades que, dependiendo de la jurisdicción, permitirán exenciones o aplicaciones menos gravosas de determinados requisitos regulatorios (Kulik, 2018, p. 143). Estas pruebas no solo se encuentran limitadas en cuanto a materia (innovaciones financieras en productos o tecnología que se consideren materiales e impliquen mejoras para el público o los mercados), sino también en términos de tiempos, público e, incluso, volúmenes de transaccionalidad, dependiendo de los criterios locales.

Por lo general, los *sandboxes* regulatorios permiten experimentar y evaluar la viabilidad de las innovaciones, evitando someterse a la disciplina financiera (Zunzunegui, 2020, p. 2). Estas prácticas corresponden a jurisdicciones en las que el nivel de experimentación permitido a las entidades es elevado y el de involucración o proactividad por parte de los reguladores es alto (World Bank Group, 2018). Al respecto, ver el gráfico 2.

Gráfico N° 2. Modelos de supervisión de bancos centrales

Fuente: elaborado con base en World Bank Group (2018).

El término *sandbox* ya se venía empleando en áreas relacionadas con desarrollos de *software* y de pruebas clínicas (Jenik & Lauer, 2017). El principio de funcionamiento derivado es similar al de los ensayos clínicos, tal y como se indica en el preámbulo de la ley española (Ley N° 7/2020); por lo tanto, los usuarios que participen voluntariamente en los pilotos habrán de ser informados previamente por las entidades

promotoras participantes y deberán dar su consentimiento explícito e informado (Kulik, 2018, p. 142). Por lo general, las autoridades imponen marcos de mitigación de riesgos y regímenes de garantías (por ejemplo, seguros o avales) para estos fines.

También cabe precisar que la participación en estos entornos no supone en ningún caso la obtención de la licencia en vistas de que fuera necesaria, pero en jurisdicciones como la española sí se contempla la posibilidad de una reducción de los tiempos necesarios para la obtención de esta (Ley N° 7/2020, art. 18.2). En el caso colombiano, se otorga la posibilidad de un modelo de licencia de operación temporal de la que el público debe ser informado (Decreto N° 1234). Por otro lado, Hong Kong, dentro de la coyuntura de soluciones innovadoras del sector seguros, ha desarrollado un proceso de licencia por vía rápida (*fast track*) por el que la Hong Kong Insurance Authority (HKIA) permite a las entidades la obtención de una licencia de seguros digital que se consigue en plazos más cortos (Everhart, 2020, pp. 67-69).

#### IV.2.2. Objetivos, beneficios y riesgos

Los *sandboxes* se desarrollan con base en varios objetivos, entre ellos:

- Aumento de la competitividad (Brunei).
- Desarrollo de la innovación en el país (Bahrain, Brasil, Brunei, España, Malasia y Reino Unido).
- Mejora de la eficacia de la gestión de riesgos (Brunei).
- Beneficio para los consumidores (Arabia Saudí), entidades, mercados y supervisores (*suptech*).
- Reducción de la inseguridad regulatoria por existencia de zonas grises (Japón).
- Inclusión financiera (Brasil, Colombia, México y Reino Unido, entre otros).

Ha de indicarse que los objetivos más comunes son el fomento de la innovación y la inclusión financieras.

Por otro lado, no cabe duda de que la implementación de *sandboxes* regulatorios (y de centros de innovación, en menor medida) conlleva beneficios para sus participantes, a saber:

- Supervisor
  - Armonización y transparencia (Rofieg, 2019, pp. 60-72).
  - Oportunidad de aprendizaje y mejora de la visión sobre tendencias (Rofieg, 2019, pp. 60-72; ESMA, 2018, p. 44).

- Detección de barreras regulatorias, necesidades de cambio o, incluso, de creación de nuevos desarrollos normativos (ESMA, 2018, p. 33).
- Evaluación de nuevos riesgos, modelos de negocio y del potencial atractivo de los mismos (ESMA, 2018, pp. 19, 26 y 33).
- Incremento de la interacción con el sector privado, mejora de la confianza entre las partes, apertura al diálogo (ESMA, 2018, p. 25).
- Reducción de riesgos de incumplimiento una vez las entidades operen en mercado abierto.

• Entidades promotoras

- Trato equitativo y proporcional al tamaño (Rofieg, 2019, pp. 60-72).
- Mejora del conocimiento de los requerimientos y las implicaciones de sus modelos de negocio, así como de las expectativas regulatorias respecto al mismo (ESMA, 2018, p. 19).
- Oportunidad de generación de un espacio de conexión entre entidades financieras y modelos *fintech* que puedan ser de interés (URF, 2020, p. 4)[8].
- Reducción de tiempos, posibilidad de realizar pruebas de concepto y testear el atractivo que las innovaciones pueden tener en el mercado del país (viabilidad comercial y tecnológica) (URF, 2020, p. 4; Kulik, 2018, p. 142).
- Atracción de inversores de capital riesgo de cara a rondas de financiación de las entidades promotoras (novedad, publicidad relacionada con innovación, soporte del supervisor) (Cornelli, 2020, p. 9).
- Posibilidad de obtención de datos en tiempo real en un entorno de preproducción, dando la posibilidad de realizar ajustes antes de la entrada a mercado abierto (Everhart, 2020 p. 68).

8 La Unidad de Regulación Financiera de Colombia (URF), citando a la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), señala: «De acuerdo con un estudio de ANIF, el 90% de las entidades bancarias en Colombia han emprendido alianzas con FinTechs, 70% ha tercerizado servicios a estos emprendimientos y 60% ha implementado laboratorios digitales para impulsar la innovación de manera orgánica (ANIF, 2018)» (URF, 2020, p. 7).

- Reducción de costes y carga regulatoria en un estado incipiente del proyecto en el que la idea aún no ha sido validada (Everhart, 2020, pp. 72-73).

- Mercado, consumidores
  - Reducción de costes, mejora de precios (ESMA, 2018, p. 23; Chávez, 2020).
  - Aumento de la calidad del servicio hacia un modelo más flexible y ágil, adaptado a las necesidades reales de los usuarios (Ley N° 7/2020).
  - Mitigación de riesgo (ESMA, 2018, p. 26) (los testeos se llevan a cabo en entornos controlados y existen esquemas de garantía).
  - Mejora de la competencia[9] (ESMA, 2018, p. 19).
  - Aumento de la transparencia, ya que las autoridades tienen que publicar los resultados o las lecciones aprendidas respetando el principio de confidencialidad (ESMA, 2018, p. 30).
  - Reducción de asimetrías de la información (Kulik, 2018, p. 142; Ley N° 7/2020).
  - Aumento de la inclusión financiera (Jenik & Lauer, 2017) suponiendo una herramienta para sortear retos demográficos (Ley N° 7/2020).

Pese a que existen numerosos beneficios potenciales para todos los participantes, los *sandboxes* regulatorios también implican nuevos riesgos (ESMA, 2018, p. 33) como:

- Los supervisores han de plantearse cómo evitar el riesgo de arbitraje regulatorio internacional. El hecho de que un país adquiera un enfoque conservador puede poner en compromiso el interés de la inversión extranjera por hacer negocios o testeos en el mismo.
- La discrecionalidad de criterios de los participantes en el *sandbox* frente al resto de integrantes del mercado abierto (riesgo de potenciales desequilibrios de mercado)[10]10 (Parlamento Europeo,

9 A este respecto, Zunzunegui (2020) expone que, en el caso de España, «el mandato de las autoridades financieras no incluye el fomento de la competencia en el mercado. Ni el Banco de España, ni la CNMV, ni la DGSFP incluyen en su objeto el fomento del mercado».

10 El Parlamento Europeo (2020) pone de relieve la problemática de la falta de definición o subjetividad de los criterios de elegibilidad (qué se considera una innovación). Asimismo, también indica que las entidades dentro de estos modelos piloto gozan de ventajas prácticas en términos de guía, asesoramiento y soporte regulatorio, por lo que ha de plantearse cómo extender estos criterios al resto de empresas del sector con modelos similares. Este riesgo también ha sido puesto en relieve por Jenik y Lauer (2017): «Potential competition issues that stem from advantages Sandbox entities

2020, pp. 33 y 38). Por lo general, la publicación de informes, resultados, estadísticas o lecciones aprendidas es un medio para asegurar que los parámetros aplicados sean transparentes y públicos para todas las partes, convirtiéndose así en estándares de interpretación. Cabe argumentar al respecto que estos documentos con criterios podrían implicar *de facto* una normativa o interpretación, pese a no estar contemplada en ninguna ley, decreto, reglamento u opinión vinculante como tal.

- Existen jurisdicciones en las que el supervisor puede estar sujeto a regímenes de responsabilidad por decisiones, autorizaciones o por las excepciones legales que pueda haber otorgado a participantes del *sandbox* (Jenik & Lauer, 2017, pp. 4-5). A este respecto, el artículo 260.1 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General peruano, establece que «[…] las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas», a no ser que esta haya actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la integridad de las personas «o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias». A tales efectos, requerimientos como el consentimiento explícito informado de los consumidores participantes en las pruebas, o aquellos en torno a la contratación de seguros por parte de las entidades aceptadas en el *sandbox*, funcionarían como medidas mitigantes.

  En esa línea, tal y como indica Huergo Lora (2018), el análisis de los candidatos y las medidas a aplicar durante el periodo de prueba han de contar con las mismas garantías de carácter contencioso-administrativo que cualquier otra decisión de tal carácter.

- La necesidad de coordinación entre varias autoridades, incluso entre organismos internacionales (Yadav & Brummer, 2019, p. 301), lo que puede entorpecer los tiempos de respuesta, conllevando una mayor complejidad antes de dar contestación a los participantes.

- La necesidad del supervisor de seguir el ritmo de la industria para entender y asesorar el riesgo que los nuevos modelos implican. Esto resulta cada vez más complejo dada la naturaleza cambiante de la temática y los numerosos frentes de innovación abierta en constante cambio. Los *sandboxes* regulatorios son intensivos en recursos y difícilmente escalables por el momento.

may have both in regulator advice and in being first to the market. The latter may be especially unfair if the selection criteria are defined vaguely or there is a lack of transparency leading to selection bias or the appearance of selection bias» (p. 7).

Unido a este riesgo, Jenik y Lauer (2017, p. 4) advierten el peligro de una mala selección de empresas de *sandbox* debido a la capacidad limitada del regulador para evaluar la tecnología subyacente a la innovación.

### IV.2.3. Fases de los proyectos en *sandbox*

Las fases de los *sandboxes* pueden dividirse a grandes rasgos en cuatro, tal y como muestra el gráfico 3.

Gráfico N° 3. Diagrama de fases generales de *sandboxes* regulatorios

Fuente: elaboración propia.

- En el *proceso de solicitud*, la entidad interesada (promotora) deberá evaluar previamente por sí misma si cumple con los prerrequisitos establecidos por la autoridad. Estas condiciones suelen estar enfocadas principalmente a la existencia real de una innovación, de beneficios directos o indirectos para el mercado (consumidores), y a la existencia de un producto mínimo viable preparado para el testeo (Kulik, 2018, p. 143). Este paso funciona como filtro para ideas innovadoras que no están lo suficientemente desarrolladas o que no hayan alcanzado el nivel de sofisticación requerido. En esos casos, se tendría que esperar a la siguiente cohorte o hacer seguimiento a través de los centros de innovación.

  Hay que señalar que varios de estos requisitos no tienen una definición o marco claro, ya que establecer qué se entiende por un elemento innovador y cuál es el umbral a partir del cual cada autoridad aceptará una variación de un servicio ya existente como innovadora y, por tanto, candidata al *sandbox*, no son conceptos delimitados y estandarizados a nivel global. Por consiguiente, existe la posibilidad de cierto nivel de discrecionalidad por parte de los supervisores en este aspecto.

  La documentación relacionada con esta fase suele ser la solicitud de autorización, cuyo nivel de detalle y formato varía por países. Por lo general, incluye la solicitud de información respecto al proyecto en sí, la tecnología aplicada o la innovación que presenta, sus beneficios, el plan de negocios y las garantías que se contratará para cubrir posibles contingencias derivadas de la implementación del piloto. A este respecto, cabe plantear si a causa de estas nuevas situaciones se diseñarán productos de seguros *ad hoc* que cumplan con las expectativas.

  En este estadio previo también se espera que existan contactos e interrelaciones iniciales entre el punto de contacto de supervisión y los potenciales candidatos. Asimismo, un componente habitual es el requerimiento de mostrar la necesidad real de acceso al entorno de pruebas debido a vacíos regulatorios, zonas grises, riesgos del modelo o retos que la innovación pueda presentar (MFSA, s.f.).

- La *etapa de autorización* (Huergo Lora, 2018) consiste en la evaluación de las candidaturas por parte del supervisor, resultando en el descarte de aquellos casos que no cumplan con los criterios preestablecidos y la notificación de la aceptación, junto con las condiciones (limitaciones, aceptación de régimen de excepciones regulatorias, tiempos, etc.) para los finalistas.

La Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CVM) de Brasil tiene publicados los criterios de asignación de puntuaciones por conceptos (*Critérios de seleção e priorização para o primeiro processo de admissão de participantes ao Sandbox regulatório da* CVM) que asignan un rango total de entre –3 y +33 puntos (existe un criterio relacionado con los riesgos en el que cabe la puntuación negativa por parte del supervisor). De este modo, los candidatos pueden estimar y conocer los pesos asignados por cada uno de los elementos que valora CVM.

En este momento, la autoridad tendrá capacidad de decidir el nivel de variedad de los proyectos que serán autorizados desde diversos prismas:

- Tamaño de los participantes: proporción o reparto entre *start-ups*, *bigtech*s, entidades puramente tecnológicas y entidades financieras establecidas.
- Temáticas de los proyectos: concentración de participantes en torno a un tema (un ejemplo es el caso colombiano, que presentaba nueve proyectos a enero de 2021, todos ellos relacionados con criptoactivos) (Superintendencia Financiera de Colombia, s.f.) o tratamiento de diversas materias en paralelo (por ejemplo, relacionadas con pagos, créditos, monedas virtuales y otros).
- Origen de los proyectos: proyectos de origen únicamente local o apertura a participantes extranjeros.

En esta fase generalmente deberán de contratarse las garantías, así como desarrollar las comunicaciones y autorizaciones de clientes y consumidores que apliquen. En caso de tratarse de empresas tecnológicas que colaboren con entidades financieras, también deberán firmarse y presentarse los contratos de comisión, agencia o colaboración.

- Durante la *fase de testeo* los promotores cuentan con personal de supervisión asignado a los pilotos que realizará seguimiento de estos. En esta etapa, el supervisor tendrá la capacidad de suspender dichos pilotos en caso de que se detecten riesgos o incumplimientos graves.

  También cabe en ciertas jurisdicciones, como la colombiana, la posibilidad de solicitar una extensión del periodo de testeo.

- Finalmente, una vez haya finalizado el periodo de pruebas, comenzará la *fase de salida* ordenada del entorno del *sandbox*. En esta etapa, los promotores prepararán memorias o un examen de resultados; y el supervisor emitirá sus conclusiones respecto

a la viabilidad, los beneficios y la posible necesidad de licencias o modificaciones regulatorias.

Con posterioridad, las autoridades suelen emitir informes o reportes generales anuales con datos estadísticos, resúmenes de los proyectos bajo observación y lecciones aprendidas durante el periodo. Esta información otorga transparencia al resto de entidades no participantes y a los mercados en general.

Asimismo, se valorará si la actividad requiere licencia o no. En caso de ser necesaria, se iniciarán los trámites para su obtención.

Dependiendo del país, existe un enfoque de ventanilla única (España) o de varios *sandboxes* por especialización, e incluso por niveles de complejidad. En concreto, Singapur cuenta con un *sandbox standard* y un *sandbox express* implementado en 2019 y revisado en 2020, tras detectar que el proceso lanzado en 2016 podía entorpecer determinados testeos de menor riesgo. Este *sandbox express* recibe autorización para operar en el entorno de pruebas veintiún días después de la recepción de la solicitud por parte de la entidad interesada y aplica a actividades de empresas que realicen negocios como corredores de seguros, o que estén establecidas u operando en mercados organizados (MAS, s.f.b).

#### IV.2.4. Tiempos de los proyectos en *sandbox*

Un punto que decidir por parte de la SBS con relación a los tiempos sería la organización temporal, que varía por jurisdicciones con testeos en rangos que van entre los seis meses, por ejemplo, en el caso de Dinamarca (FSA, s.f.) y Arabia Saudí (SAMA, s.f.); y los veinticuatro meses, como en Australia (ASIC, s.f.a) y Colombia. Otra opción contempla la posibilidad de valorar directamente con el solicitante, como en Brunei (AMBD, 2020).

Otro elemento temporal en el que los reguladores difieren son las fases de admisión al propio *sandbox*: en jurisdicciones como Lituania, Holanda y Polonia los interesados pueden cursar sus solicitudes en cualquier momento; mientras que países como Dinamarca, Reino Unido, Brasil y España se tienen contempladas cohortes o ventanas de tiempo. Este último enfoque puede verse como menos flexible debido a que, una vez cerrados los plazos, las innovaciones no podrán ser testeadas hasta pasados unos meses (por lo general, seis), con lo cual las *fintech* podrían perder el *momentum* de su idea innovadora (ESMA, 2018, p. 22).

#### IV.2.5. Casos particulares: *sandbox* mexicano y *sandbox* de datos israelí

Es conveniente detenerse a estudiar dos tipos particulares de *sandbox* debido a que plantean entornos de prueba desde una perspectiva diferente a la generalidad de los casos analizados (ver anexo 1).

A este respecto, México ha optado por un régimen de licencias diseñadas específicamente para tal fin, desarrollando regulación en torno a las mismas e incluyendo regímenes de autorizaciones temporales de modelos novedosos. Se trata de un ejemplo de enfoque *rules based* (Yadav & Brummer, 2019, p. 288). El caso israelí, por el contrario, se enfoca exclusivamente en innovaciones centradas en las infraestructuras operativas del mercado, cediendo datos en poder de la Administración Pública para estos entornos de prueba.

En México, la estrategia adoptada fue la de regular pormenorizadamente los modelos *fintech ex ante* (instituciones de tecnología financiera o ITF) (Disposiciones de carácter general aplicables a las Instituciones de Tecnología Financiera; Disposiciones de carácter general a que se refiere el Artículo 58 de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera) a través de la comúnmente denominada Ley Fintech (Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera), diseñando un sistema de autorización de licencias para este tipo de entidades con sus correspondientes guías (CNBV, 2019). Su foco se centra principalmente en los siguientes frentes:

- Pagos: existe un marco legal de licencias y funcionamiento para las denominadas instituciones de fondo de pagos electrónicos (IFPE) (Circular N° 12/2018) y sociedades financieras populares (Sofipo) (CNBV, 2015), entre otros.
- Créditos y préstamos *peer-to-peer* (P2P) o de igual a igual: sociedades financieras de objeto múltiple (Sofom), y marco regulatorio para *crowdfunding* y *crowdlending* (CNBV, 2019).
- Operaciones con activos virtuales (Circular N° 4/2019).
- Establecimiento de un régimen de autorización temporal de los denominados «Modelos novedosos» (Circular N° 5/2019), limitando el número de público que pueden contratar durante el periodo de tiempo que dure la licencia temporal. La ley para regular las instituciones de tecnología financiera (Nueva Ley DOF N° 09-03-2018) contempla la autorización de modelos novedosos para nuevas entidades y para aquellas que ya cuenten con algún tipo de autorización y se encuentren bajo supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de México (CNBV).

El grado de detalle alcanzado en la legislación mexicana ha otorgado una mejora en los niveles de seguridad jurídica con la que operan estas instituciones, atrayendo el interés de los inversores. Complementariamente a la mencionada ley, se publicaron numerosas disposiciones de carácter general, tales como las Disposiciones de carácter general relativas a las sociedades autorizadas para operar modelos novedosos a que hace referencia la Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera

de 9 de marzo de 2018. Asimismo, vieron la luz guías, por ejemplo, la *Guía para solicitud de autorización para la organización y operación de Instituciones de Fondos de Pago Electrónico* de 2018, actualizada el año siguiente (CNBV, 2019b).

A este respecto, la CNBV ha puesto a disposición del público en su página web opciones de consulta de listados de entidades reguladas (CNBV, s.f.a) y modelos novedosos (s.f.b).

Existen también *sandboxes* de datos, como se da en el caso de Israel, por los cuales se crean redes de colaboración entre los reguladores (la Autoridad de Valores de Israel y la Bolsa de Valores de Tel Aviv), entidades financieras reguladas y empresas *fintech* catalogadas como de alto potencial de crecimiento. Así, en junio de 2020 la Autoridad de Valores de Israel seleccionó un total de cinco proyectos *fintech* para participar de este programa piloto, en el que estas empresas podrían tener acceso a las bases de datos de las autoridades durante un periodo de seis meses. Esta iniciativa surge de la colaboración de la Autoridad de Valores, el Tel Aviv Stock Exchange (TASE) y la Autoridad de Innovación, con el soporte del Ministerio de Finanzas de Israel (ISA, 2021). La propuesta ha tenido gran acogida, anunciándose una segunda cohorte para finales de 2020.

Por último, es de interés indicar que la autoridad de protección de datos inglesa, la Information Commissioner's Office (ICO), también ha optado por un *sandbox* de datos (ICO, 2021).

### IV.3. Otro tipo de iniciativas públicas de innovación financiera

Entre los ejemplos de otro tipo de ideas implementadas por las autoridades se pueden mencionar las aceleradoras aplicadas en Singapur y Reino Unido. La finalidad de estas aceleradoras es crear redes de colaboración entre empresas *fintech*, así como posibles financiaciones de proyectos ya iniciados.

Singapur es conocido por ser un país que ha adoptado una posición de apoyo a las innovaciones financieras. Ravi Menon, gerente general del Monetary Authority Singapore (MAS), expresó en su intervención en el Singapore FinTech Festival de 2018 que:

> El viaje FinTech de Singapur se trata de innovación, inclusión e inspiración. Todo lo que hacemos en FinTech debe tener siempre un propósito más amplio: mejorar la vida de las personas, construir una economía más dinámica, promover una sociedad más inclusiva (MAS, s.f.a).

Ejemplo de ello han sido las medidas financieras de apoyo *fintech* generadas durante la crisis de la COVID-19 bajo el slogan *We are*

*together* («Estamos juntos»). Esta autoridad habilita subvenciones a emprendimientos financieros para pruebas de conceptos, contrataciones de recursos e, incluso, desarrollos de negocios. El MAS también pone a disposición pública laboratorios de innovación o aceleradoras por sectores, distinguiendo entre banca, seguros y mercados financieros. En estos verticales, esta institución procura al público listados de laboratorios y centros de innovación.

El South African Reserve Bank (SARB) ha promovido el Global FinTech Hackcelerator con el fin de buscar soluciones a retos que se presentan en las operativas financieras de Sudáfrica. También ha desarrollado una iniciativa, denominada Proyecto Khokha, enfocada en la evaluación del efecto de innovaciones relativas a pagos a nivel de impacto material en los sistemas de compensación y liquidación (SARB, s.f.).

En el Perú, el Decreto de Urgencia N° 013-2020 de 23 de enero de 2020, que promueve el financiamiento de la mipyme[11], los emprendimientos y las *start-ups*, implementó el Fondo de Capital para Emprendimiento Innovador (FCEI).

Por su parte, el Banco de Inglaterra (2021) anunció el 17 de junio de 2016 la implementación de su programa de aceleradora para la industria *fintech*.

De forma similar a las aceleradoras, también existen programas de incubadoras *fintech* (Saal, 2019, p. 19) diseñadas para empresas que aún están en estado embrionario (*early start-up*) o de concepción que buscan asesoramiento para su constitución, desarrollo del plan de negocios, captación de recursos humanos, búsqueda de capital semilla o contactos para arrancar sus ideas.

La aparición de autoridades y supervisores en conferencias, seminarios y foros de la industria también se ha vuelto un método habitual de comunicación e intercambio de ideas. En este sentido, la SBS ha participado activamente en foros de la industria peruana como el Lima Fintech Forum. Tanto la SBS como el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) han tomado papeles de apoyo frente a estas nuevas tecnologías y modelos financieros (SBS, 2018). Por tanto, cabe concluir que ya existen iniciativas públicas en el país alineadas con este tipo de interacciones público-privadas.

11 Mipyme: micro, mediana y pequeña empresa.

## V. BENEFICIOS Y RETOS DE LA APLICACIÓN DE ESTE TIPO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN PERÚ

### V.1. Inclusión financiera en Perú

Yadav y Brummer (2019) definen la inclusión financiera, siguiendo los criterios del Banco Mundial, como «el acceso que las personas humanas y jurídicas poseen a productos financieros útiles y asequibles, que satisfagan sus necesidades y que sean prestados de manera responsable y sostenible» (pp. 148-149). A su vez, defienden que las *fintech* sean consideradas como un aliado estratégico a tales fines.

La inclusión financiera en Perú es un asunto prioritario, tal y como se refleja en la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera (ENIF) de la Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera (2015) y en su Política Nacional de Inclusión Financiera (PNIF) de 2019 (SBS, s.f.a). Tanto las instituciones encargadas de diseñar políticas económicas como los organismos supervisores llevan años trabajando en herramientas que permitan al país avanzar en este sentido. Dichos estudios ponen en relieve las siguientes problemáticas, entre otras:

- La mayoría de la población no se encuentra incluida financieramente.
- La necesidad de desarrollo de nuevas soluciones en torno a microseguros.
- La necesidad de impulsar soluciones innovadoras respecto a canales y servicios que faciliten el acceso al sistema financiero.
- La necesidad de potenciar avances en los sistemas de pago y promoción del uso de medios de pago digitales.

La ENIF, además, ha diseñado líneas de acción y objetivos para el país que han visto sus efectos en el ámbito de supervisión a través de las acciones de la SBS para potenciar la inclusión financiera (SBS, s.f.b).

El impulso del fenómeno *fintech* iría alineado con estas iniciativas, ya que supone una oportunidad en estos términos para el Perú. Se ha de tener en cuenta que, según la encuesta de Ipsos (2019) sobre la bancarización peruana, eran 7,8 millones de peruanos entre los 18 y 70 años los que estaban bancarizados (esto supone tan solo un 51 % del Perú urbano y un 39,91 % del Perú total para ese año)[12]. No obstante, de acuerdo con las estadísticas de Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Ospitel) a diciembre de 2020, el 86,3 % de peruanos cuenta con cobertura de internet móvil 3G o 4G (Quiso Córdova, 2020, pp. 14-23). Los *smartphones* o teléfonos inteligentes siguen siendo el

12 Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la población total del Perú en 2019 era de 32 495 510 habitantes, de los cuales 19 956 000 se encontraban entre los 20 y 70 años de edad. (INEI, s.f.).

dispositivo de mayor crecimiento anual entre la población por encima de los 12 años, alcanzando un 78 % del total en 2019.

Esta actitud abierta a nuevos modelos por lo general conlleva una democratización de las finanzas y, por tanto, la oportunidad para países como el Perú de alcanzar mayores niveles de inclusión financiera desde varios ángulos, entre ellos productos más asequibles debido a automatizaciones, acceso a un mayor número de ciudadanos sin necesidad de desplazamientos y bancarización de sectores no atendidos (Jenik & Lauer, 2017, p. 5).

Además, la inclusión es una temática habitual que marca la decisión de desarrollo de los *sandbox*. En la actualidad, veintitrés *sandbox* del total de casos analizados contaban con referencias a temáticas de inclusión financiera, de los cuales veintiuno pertenecen a países emergentes de acuerdo con los criterios del Banco Mundial (s.f.).

### V.2. Retos para el Perú

En lo que respecta a centros de innovación, se les considera una solución generalizada y de fácil desarrollo, por lo que su implantación no entrañaría importantes retos de tipo estructural, excepto en términos de dedicación de recursos con conocimientos técnicos suficientes para poder guiar y dar respuesta a las dudas y cuestiones que vayan surgiendo por parte de las entidades.

El *sandbox* regulatorio, sin embargo, sí puede llegar a plantear numerosos retos a las autoridades:

- Autoridad: existe la posibilidad de tener una autoridad o comisión cabecera como punto de contacto único que internamente distribuya al supervisor correspondiente en la materia. También cabe un enfoque integrado o transversal, que podría dar beneficios tales como la estandarización de criterios y *hubs* de excelencia de conocimientos por parte de los supervisores.

  En el caso español, esta comisión podrá tener reuniones abiertas a expertos y asociaciones de la industria para fomentar el intercambio de ideas (Ley N° 7/2020, art. 23.5). Asimismo, la ley española indica expresamente que se ha de buscar igualdad de representación en dicha comisión en lo respectivo a género, aspirando a conseguir un balance entre hombres y mujeres (art. 25).

  Perú parece optar por un modelo descentralizado de *sandbox* en el que tanto la SBS como la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) contarán con entornos controlados de prueba dentro del rango de su autoridad. Queda por determinar cómo

se operará en el caso de empresas con servicios, innovaciones mixtas o transversales a varios verticales financieros.

Este modelo sería similar al caso de Hong Kong, que cuenta con tres *sandboxes* distintos: los de la Hong Kong Monetary Authority (HKMA, 2021), la Hong Kong Securities and Futures Commission (HKSFC) Sandbox y la Hong Kong Insurance Authority (HKIA).

El HKMA ha sido limitado a entidades financieras autorizadas en su Fintech Supervisory Sandbox (FSS), pero posteriormente ha lanzado la iniciativa Fintech Supervisory Chatroom (FSS 2.0), destinada a mantener discusiones abiertas entre regulador e industria, a través de la cual las empresas de tecnología también pueden plantear proyectos sin tener que aplicar a través de instituciones financieras.

Por otro lado, pese a contar con *sandbox* por verticales, se ha creado un único punto de contacto para este tipo de iniciativas con el fin de cubrir proyectos *fintech* transversales a las tres autoridades para, de este modo, mejorar la eficacia y eficiencia de los procesos y eliminar barreras burocráticas a este tipo de proyectos. Además, Hong Kong ha determinado ampliar el ámbito a iniciativas *regtech* relacionadas al cumplimiento normativo o la ciberseguridad.

La mayoría de las autoridades mundiales han considerado que bajo los marcos competenciales actuales pueden desarrollar *sandboxes* regulatorios. En el caso de Hungría, por ejemplo, el ámbito deseado era mayor que el mandato del banco central nacional (ESMA, 2018, p. 17). Por otro lado, en el caso americano, su compleja estructura federal y de ámbito jurisdiccional ha entorpecido el crecimiento de *sandboxes* regulatorios en el país, aunque los estados de Arizona, Wyoming y Utah cuentan con estas iniciativas en la actualidad (Frazier & Walter, 2020, p. 3).

- Perspectiva respecto al ámbito del *sandbox* regulatorio:
  - Temática: ha de decidirse si el *sandbox* regulatorio peruano tendrá por diseño una temática y rangos operativos delimitados similares al caso australiano, en el que se establecieron números *clausus* respecto a los productos y servicios financieros elegibles, e incluso se delimitó inicialmente el número de clientes (este punto se ha modificado con la reforma de 2020).

    La Australian Securities and Investments Commission (ASIC, s.f.a) no permite en la actualidad a los participantes tener una exposición total al cliente de no más de

USD 5 millones y limita la exposición individual del cliente minorista a USD 10 000 para ciertos productos.

Un plano normativo extenso como el español permite un marco más comprensivo de innovación, creando un entorno regulatorio que se puede adaptar a las futuras necesidades al aplicar un enfoque basado en riesgos; por tanto, se espera que no requiera de excesivas modificaciones en el futuro. De este modo, se deja el criterio de evaluación de casos a los supervisores de forma, tal como sucede en Colombia.

Respecto a los proyectos piloto que conlleven novedades o planteen retos relacionados con materias no directamente conexas con el ámbito de supervisión, como puedan ser los de protección de datos[13], defensa de la competencia o protección a consumidores, las autoridades peruanas deberán establecer bases de coordinación (Yadav & Brummer, 2019, pp. 301-304), pudiendo optar por la evaluación de marcos de colaboración existentes, el establecimiento de acuerdos de entendimiento (*memorandum of understanding*) o los convenios de cooperación *fintech* (ESMA, 2018, pp. 12-13 y 31).

Si se buscan ejemplos en los que se estima que estos enfoques integrales de colaboración van a ser necesarios, se puede considerar a las entidades que desarrollan super aplicaciones (*superapps*) similares a las de WeChat en China (aplicación que combina red social, servicios financieros de todo tipo y servicios no financieros). Otro caso de aplicación de enfoques supervisores mixtos o coordinados sería la evaluación de impacto en la competencia de posibles desarrollos o modelos novedosos que puedan provenir de *bigtech*s.

Por otra parte, un prisma extremo de *sandbox* regulatorio es el ejemplo japonés. En 2018, la oficina del primer ministro estableció para este *sandbox* un mecanismo de reforma y promoción de la innovación tecnológica y de modelos de negocio desde un aspecto transversal, abarcando no solo el sector financiero, sino también los de sanidad y movilidad (Prime Minister's Office of Japan, 2020).

- Participantes: habrá de establecerse si la participación se abre a todo tipo de entidades, incluyendo aquellas ideas o empresas que aún no cuentan con licencia, como sucede en Colombia; o si la participación se limita a determinados perfiles, como es el caso

13 A este respecto, la autoridad noruega de protección de datos, Datatilsynet (2020), anunció en 2020 que ha recibido fondos gubernamentales para invertir en un *sandbox* regulatorio destinado a desarrollar soluciones de inteligencia artificial.

del *sandbox express* de Singapur. Por lo general, los participantes (ESMA, 2018, p. 21) podrán ser entidades financieras establecidas (*incumbents*), emprendedores relacionados con el mundo financiero (*start-ups*, *fintechs*, *bigtechs*), o proveedores de tecnología para los dos anteriores e, incluso, para el propio supervisor.

En caso de que la SBS o la SMV optasen por entornos a los que solo pueden acceder empresas con licencia, la innovación se restringiría a los denominados *incumbents*, que por lo general no son foco de innovación y, de hecho, buscan en la actualidad fórmulas de colaboración o asociación con entidades *fintech* para cubrir estos puntos de mejora.

- Rangos de selección de pilotos o experimentos a llevar a cabo: a este respecto, Barragán Scanvino (2020) considera que los proyectos candidatos a *sandbox* deberían enfocarse principalmente en los verticales de *open banking*, remesas internacionales y criptomonedas. Esta aproximación dejaría fuera temáticas relacionadas con pagos, *ratings* de crédito, *regtech*, *trade finance*, seguros o pensiones, e incluso finanzas sostenibles que han tenido cabida en otros *sandboxes* como el inglés (FCA, s.f.).
- Enfoque respecto a la aplicación de la regulación en el país: existen jurisdicciones que permiten entrar en un *sandbox* sin la aplicación de la regulación que correspondería en un entorno abierto. En el caso colombiano, las empresas candidatas podrán indicar en la solicitud de constitución para operación temporal

> los requisitos prudenciales, incluido el capital mínimo, operativos y de administración de riesgo que necesiten ser flexibilizados, la propuesta de las condiciones, requisitos y requerimientos prudenciales diferenciados aplicables a las pruebas, junto con un análisis justificativo de la necesidad y proporcionalidad de dicha flexibilización de acuerdo con el modelo de negocio (Decreto N° 1234, art. 2.35.7.2.2.).

El Decreto de Urgencia N° 013-2020 de 23 de enero de 2020 permite a la SMV peruana otorgar excepciones a la regulación aplicable, siempre y cuando se trate de funciones dentro de su área de supervisión relacionadas con actividades que apliquen modelos innovadores.

Existen enfoques más restrictivos, como puede ser el ejemplo de la Bermuda Monetary Authority, que indica en su *sandbox* del sector asegurador una lista tasada de excepciones a las que se pueden acoger sus participantes mientras llevan a cabo las pruebas de concepto, entre las que se encuentran eximentes de

requerimientos de reportes, requerimientos de adecuación de altos ejecutivos, obligaciones de conservación de documentación o de información, y documentación de estructura accionarial.

Otro ejemplo de enfoque restrictivo es el del Central Bank of Bahrain (CBB), que exige el tener la licencia correspondiente como requisito de acceso al centro de pruebas, por lo que limita la participación.

Las excepciones otorgadas por los supervisores pueden ir enfocadas a la reducción de cargas relacionadas con exigencias de desembolsos de capital o colchones de liquidez, requerimientos de reportes regulatorios, notificaciones de cambios materiales de accionariados, obligación de adecuación e idoneidad técnica de miembros del consejo de administración y funciones clave, exigencia de ciertas figuras (auditor) o formalidades relacionadas con el mantenimiento de registros.

- Recursos: los *sandboxes* son intensivos en recursos desde varios aspectos ya que, por un lado, exigen personal (Zunzunegui, 2020, p. 15) dedicado al análisis de candidaturas, prefiltros y decisiones, seguimiento, transición al cierre de pruebas y evaluación final; y, por otro lado, el personal dedicado a estas tareas deberá tener conocimientos técnicos adecuados que exigirán constante actualización debido a lo innovador de los aspectos tratados. Por este motivo, los *sandboxes* no permiten un alto número de participantes en paralelo. Ha de tenerse en cuenta que, en sociedades de base eminentemente tecnológica como la sociedad india[14], este elemento no supone un problema grave, pero para Perú puede implicar un reto[15].

Tal y como indica la ley española en su preámbulo,

> la Ley recoge la necesidad de que el cambio cultural que la transformación digital requiere en el seno de todos los actores institucionales se acompañe de aquellas reorganizaciones internas que resulten necesarias para alcanzar una más eficiente relación entre medios y fines (Ley N° 7/2020).

Hay que considerar que se corre el riesgo de que el personal asignado a los proyectos de *sandbox* no trabaje a tiempo completo, sino que dicha labor se asigne como una tarea añadida a su trabajo existente, lo que podría deteriorar la calidad del trabajo y

14 India contaba con 3 852 000 estudiantes (38,52 *lakh*) matriculados en Ingeniería y Tecnología en el curso del periodo 2018-2019, según el Ministry of Human Resource Development & Department of Higher Education New Delhi (2019, p. 7).

15 En 2016, Perú contaba con un total de 400 072 estudiantes matriculados en estudios de educación superior tecnológica (Sineace, 2017, p. 37).

las respuestas dentro del *sandbox* (Jenik & Lauer, 2017, p. 5). Dicho esto, una solución intermedia podría ser válida, contando con un equipo con dedicación a tiempo completo y cierto personal asignado por especialización a tiempo parcial o de apoyo (Reino Unido).

- Interacción entre reguladores: debido a la naturaleza global de estas iniciativas, las autoridades peruanas tendrán que plantearse encajes de acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación entre países similares al que la SBS alcanzó el 30 de junio de 2018 con el Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores (IIMV, s.f.) y por el que Argentina, Colombia, Honduras, Paraguay, Portugal, República Dominicana y España acordaron un marco para la promoción de proyectos *fintech* al que posteriormente se han ido añadiendo otros países.

  Otro modelo de promoción del apoyo de la innovación a nivel global es la Global Financial Innovation Network (GFIN), de la cual México, Brasil y Colombia ya son miembros en la actualidad (GFIN, s.f.).

## VI. CONCLUSIÓN: MODELO PROPUESTO PARA PERÚ

El desarrollo de políticas públicas orientadas a la implementación de facilitadores de innovación en Perú no solo es factible, sino que iría alineado con las estrategias del país en materia de innovación e inclusión financiera. Hoy en día, numerosos reguladores reconocen estas herramientas como soporte para este tipo de objetivos; y en la actualidad ya existen interacciones de menor impacto en el país, tales como la participación en eventos de la industria.

Un enfoque escalonado podría ser una opción viable de desarrollo para estos modelos de facilitadores de innovación en el país. De este modo, la implantación de centros de innovación a corto plazo permitiría captar inquietudes y preguntas relativas a nuevos modelos de negocio para que los organismos públicos puedan detectar las áreas de mayor incertidumbre regulatoria.

Posteriormente, como estrategia a medio plazo, se podría comenzar con *sandboxes* priorizados por temáticas cerradas durante periodos de tiempo determinados, organizados en un formato de supervisión coordinada (BCRP, SBS, SMV). Un sistema de acceso a través de valoración o puntos añadiría transparencia al proceso, asegurando un adecuado *level playing field*.

Las temáticas de innovación financiera inicialmente escogidas para el *sandbox* podrían soportar las líneas de acción planteadas por la ENIF y PNIF, esto es: pagos y remesas, ahorro digital, microcréditos y seguros

(Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera de Perú, 2015). Es más, en el caso concreto de los microcréditos y seguros, podría incluso plantearse la aplicación un modelo similar al *sandbox express* de Singapur.

Respecto a los potenciales participantes, se considera que el acceso al *sandbox* no debería limitarse a participantes ya regulados o bajo supervisión, sino abrirse a todo tipo de entidades para poder capturar las fragmentaciones que la cadena de valor está sufriendo en los mercados financieros.

Perú tiene la oportunidad de desarrollar un terreno en el que el sector privado y público puedan interactuar y llegar a un mejor entendimiento de las nuevas tecnologías aplicadas al sector financiero, sus ventajas y riesgos. Bajo esa lógica, una política regulatoria limitada o estricta podría entrañar barreras de acceso a modelos novedosos posiblemente beneficiosos para el país en términos de niveles de inclusión financiera. Varios modelos con enfoque limitado implementados ya desde 2016 han sufrido modificaciones en pro de la eliminación de barreras documentales, la reducción de plazos de acceso o límites relacionados con el ámbito de aplicación. Si se fijase una pauta por la que solo las instituciones reguladas pudieran acceder al *sandbox* de Perú, las innovaciones provenientes de entornos tecnológicos, de emprendimiento o no regulados quedarían fuera de ámbito y, por tanto, los supervisores peruanos no tendrían oportunidad de analizar este tipo de adelantos.

El futuro desarrollo normativo del país será un indicador que fijará el nivel de atractivo del Perú desde el punto de vista de captación de capital, innovaciones tecnológico-financieras y talento; y, por lo mismo, mejora de la competitividad, reducción de costes, mejora de la eficiencia del sector y aumentos del nivel de bancarización de la población.

## ANEXO 1. LISTA DE FACILITADORES ANALIZADOS A DICIEMBRE DE 2020

| Región | Territorio | Estado a diciembre de 2020 | Año | Regulador | Referencia a la inclusión financiera | Información en inglés | Territorio miembro de la GFIN |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| MENA | Arabia Saudí | Operativo | 2019 | Saudi Arabian Monetary Authority (SAMA) | | Sí | No |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| APAC | Australia | Operativo | 2017, actualizado en 2020 | Australian Securities and Investments Commission | | Sí | Sí |
| EMEA | Austria | Operativo | 2020 | Financial Market Authority (FMA) | | Sí | No |
| MENA | Bahrain | Operativo | 2017, actualizado en 2017 y 2018 | Central Bank of Bahrain (CBB) | Sí | Sí | Sí |
| Latam | Bermuda | Operativo | 2018 | Bermuda Monetary Authority (BMA) | | Sí | Sí |
| Latam | Brasil | Operativo | 2020 | Securities and Exchange Commission of Brazil (CVM) | Sí | No | Sí |
| APAC | Brunei | Operativo | 2017, revisado en diciembre de 2020 | Autoriti Monetari Brunei Darussalam (AMDB) | | Sí | No |
| EMEA | Bulgaria | Anunciado | Pediente | Ministry of Finance | | Parcial (anuncio) | No |
| Norteamérica | Canadá | Operativo | 2017 | Canadian Securities Administrator (CSA) | | Sí | Sí |
| APAC | China | Operativo | 2019 | People's Bank of China | | No | No |
| Latam | Colombia | Operativo | 2017 | Superintendencia Financiera de Colombia | Sí | Sí | Sí |
| EMEA | Dinamarca | Operativo | 2019 | Financial Supervisory Authority | | Sí | No |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| MENA | Emiratos Árabes Unidos | Operativo | 2019 | Abu Dhabi Global Market (ADGM) | Sí | Sí | Sí |
| MENA | Emiratos Árabes Unidos | Operativo | 2020 | Dubai Financial Services Authority (DFSA) | Sí | Sí | Sí |
| EMEA | España | Operativo | 2021 | - Autoridad competente: Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional<br>- Autoridades por especialización: Banco de España, la CNMV, y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGS) | | Anuncio parcial (respuestas de la autoridad en español) | No |
| Norteamérica | Estados Unidos (Arizona) | Operativo | 2018 | Office of the Attorney General (Arizona State) | | Sí | Sí |
| Norteamérica | Estados Unidos (Utah) | Operativo | 2019 | Utah Department of Commerce | | Sí | Sí |
| Norteamérica | Estados Unidos (Wyoming) | Operativo | 2020 | Joint Minerals, Business and Economic Development Interim Committee | | Sí | Sí |
| EMEA | Estonia | Anunciado | Pendiente | Ministry of Finance | | No | No |
| APAC | Fiyi | Operativo | 2019 | Reserve Bank of Fiji | Sí | Sí | No |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| APAC | Filipinas | Operativo | 2020 | Insurance Commis-sion of the Department of Finance | | Parcial | Sí |
| MENA | Georgia | Anunciado | 2020 | National Bank of Georgia (NBG) | | Sí | Sí |
| EMEA | Grecia | Anunciado | Pendien-te | Bank of Greece | | No (solo anun-cio) | No |
| EMEA | Holanda | Operativo | 2017 | Dutch Cen-tral Bank (DNB) y Netherlands Authority for the Financial Markets (AFM) | | Sí | No |
| APAC | Hong Kong | Operativo | 2016 | Hong Kong Monetary Association (HKMA) | | Sí | Sí |
| APAC | Hong Kong | Operativo | 2017 | Securities and Futures Commission (SFC) | | Sí | Sí |
| EMEA | Hungría | Operativo | 2018 | Magyar Nemzeti Bank (Cen-tral Bank of Hungary) | | Sí | Sí |
| APAC | India | Operativo | 2018 | Reserve Bank of India (RBI) | Sí | Sí | No |
| APAC | Indone-sia | Operativo | 2016 | Bank of Indonesia | Sí | No | No |
| MENA | Israel | Operativo | 2020 | Israel Innovation Authority e Israel Securities Authority | | Sí | Sí |
| EMEA | Italia | En desa-rrollo | Pendien-te | Ministerio de Economía y Finanzas | | No | No |
| APAC | Jamaica | Operativo | 2020 | Bank of Jamaica | Sí | Sí | No |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| APAC | Japón | Operativo | 2018 | Financial Services Agency (FSA) | Sí | Sí | No |
| EMEA | Jersey | Operativo | 2016 | Jersey Financial Services Commission (JFSC) | | Sí | Sí |
| MENA | Jordania | Operativo | 2018 | Central Bank of Jordan (CBJ) | Sí | Parcial | No |
| EMEA | Kazajistán | Operativo | 2019 | Astana Financial Services Authority (AFSA) | | Sí | No |
| MENA | Kenia | Operativo | 2016 | Capital Markets Authority (CMA) | | Sí | Sí |
| MENA | Kuwait | Operativo | 2018 | Central Bank of Kuwait | | Sí | No |
| APAC | Corea del Sur | Operativo | 2019 | Financial Services Commission (FSC) | | Sí | No |
| EMEA | Letonia | Operativo | 2020 | Financial and Capital Market Commission (FCMC) | | Sí | No |
| EMEA | Lituania | Operativo | 2018 | Lietuvos Bankas | | Sí | Sí |
| APAC | Malasia | Operativo | 2016 | Financial Technology Enabler Group (FTEG) y Bank Negara Malaysia (BNM) | Sí | Sí | No |
| EMEA | Malta | Operativo | 2020 | Malta Financial Services Authority (MFSA) | | Sí | Sí |
| APAC | Mauricio | Operativo | 2016 | Bank of Mauritius | | Sí | Sí |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Latam | México | Operativo | 2018 | Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) | Sí | No | Sí |
| MENA | Mozambique | Operativo | 2017 | Central Bank of Mozambique | Sí | Sí | No |
| MENA | Nigeria | Operativo | 2020 | Securities and Exchange Commission (SEC) | | Sí | Sí |
| EMEA | Noruega | Operativo | 2019 | Finanstilsynet | | No | No |
| MENA | Pakistán | Operativo | 2019 | Securities and Exchange Commission of Pakistan | Sí | Sí | No |
| Latam | Perú | Anunciado | Pendiente | Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), y Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) | | No | No |
| EMEA | Polonia | Operativo | 2019 | Financial Supervisión Authority (KNF) | | Sí | No |
| EMEA | Portugal | Anunciado | Pendiente | Pendiente | | No | No |
| EMEA | Reino Unido | Operativo | 2015 | Financial Conduct Authority (FCA) | Sí | Sí | No |
| EMEA | Rusia | Operativo | 2018 | Bank of Russia | | Parcial | No |
| MENA | Ruanda | En desarrollo | Pendiente | Rwanda Utilities Regulatory Authority (RURA) | Sí | Sí | No |
| MENA | Ruanda | Operativo | 2018 | National Bank of Rwanda (BNR) | Sí | Sí | No |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| APAC | Seychelles | Operativo | 2018 | Seychelles Financial Services Authority | | Sí | Sí |
| MENA | Sierra Leona | Operativo | 2018 | Bank of Sierra Leone | Sí | Sí | No |
| APAC | Singapur | Operativo | 2016, actualizado en 2019 y 2020 | Monetary Authority of Singapore (MAS) | | Sí | No |
| APAC | Sri Lanka | Operativo | 2020 | Central Bank of Sri Lanka | Sí | Sí | No |
| MENA | Sudáfrica | Operativo | 2020 | Intergovernmental Fintech Working Group | | Sí | Sí |
| EMEA | Suiza | Operativo | 2018 | Swiss Financial Market Supervisory Authority (Finma) | | Sí | No |
| APAC | Taiwán | Operativo | 2019 | Financial Supervisory Commission (FSC) | | Sí | Sí |
| APAC | Tailandia | Operativo | 2020 | Bank of Thailand | Sí | Sí | No |
| APAC | Tailandia | Anunciado | 2020 | Securities and Exchange Commission | Sí | Parcial | No |
| APAC | Tailandia | Operativo | 2016, 2017, 2019 | Office of Insurance Commission, Bank of Thailand, Security Exchange Commission of Thailand | Sí | No | No |
| MENA | Tanzania | Anunciado | Pendiente | Capital Markets and Securities Authority | | Sí | No |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| MENA | Uganda | Anunciado | Pendien-te | Capital Markets Authority | | Sí | No |

Fuente: elaboración propia con base en Columbia Business School (s.f.), Parlamento Europeo (2020) y Banco Mundial (s.f.).

## ANEXO 2. ACRÓNIMOS

| Acrónimos | Nombre | Traducción |
|---|---|---|
| ASIC | Australian Securities and Investments Commission | Comisión Australiana de Valores e Inversiones |
| AMF | Autoriteit Financiële Markten | Autoridad Financiera de los Mercados |
| ASF | Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões | Autoridad de Supervisión de Seguros y Fondos de Pensiones |
| AMB | Autoriti Monetari Brunei | Autoridad Monetaria de Brunei |
| BCBS | Basel Committee on Banking Supervision | Comité de Supervisión Bancaria de Basilea |
| BCRA | Banco Central de la República Argentina | |
| BCRP | Banco Central de la República de Perú | |
| BdP | Banco de Portugal | |
| BID | Banco Interamericano de Desarrollo | |
| BMA | Bermuda Monetary Authority | Autoridad Monetaria de Bermuda |
| CBB | Central Bank of Bahrain | Banco Central de Bahrain |
| CNBV | Comisión Nacional Bancaria y de Valores | |
| CNMV | Comisión Nacional del Mercado de Valores | |
| CMVM | Comissão do Mercado de Valores Mobiliários | Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios |
| DNB | De Nederlandsche Bank | Banco Holandés |
| EBA | European Banking Authority | Autoridad Bancaria Europea |
| ESMA | European Securities and Market Authority | Autoridad Europea de Mercados y Valores |
| FCMC | Finanšu un kapitāla tirgus komisija | Comisión del Mercado Financiero y de Capitales |
| FSS | FinTech Supervisory Sandbox | Sandbox Supervisor FinTech |
| GFIN | Global Financial Innovation Network | Red Global de Innovación Financiera |
| HKMA | Hong Kong Monetary Authority | Autoridad Monetaria de Hong Kong |

| | | |
|---|---|---|
| HKIA | Hong Kong Insurance Authority | Autoridad de Seguros de Hong Kong |
| HKSFC | Hong Kong Securities and Futures Commission | Comisión de Valores y Futuros de Hong Kong |
| IFPE | Instituciones de Fondo de Pagos Electrónicos | |
| IMF | International Monetary Fund | Fondo Monetario Internacional |
| MAS | Monetary Authority of Singapore | Autoridad Monetaria de Singapur |
| Mipyme | Micro, pequeña y mediana empresa | |
| PIF | Programa de innovación financiera | |
| P2P | Peer-to-peer | De igual a igual/de par a par |
| Rofieg | Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation | Grupo de Expertos en Obstáculos Regulatorios a la Innovación Financiera |
| SBS | Superintendencia de Banca y Seguros en el Perú | |
| SMV | Superintendencia del Mercado de Valores en el Perú | |
| Sofipo | Sociedades financieras populares | |
| Sofom | Sociedades financieras de objeto múltiple | |
| TASE | Tel Aviv Stock Exchange | Bolsa de Valores de Tel Aviv |
| URF | Unidad de Regulación Financiera de Colombia | |

Fuente: elaboración propia.

## REFERENCIAS

Argentina.gob.ar. (s.f.). *Mesa de innovación en seguros.* Argentina. https://www.argentina.gob.ar/superintendencia-de-seguros/mesa-de-innovacion-en-seguros-ssn-2019 (consultado en mayo de 2021).

Asociación Fintech Perú. (s.f.). *Propuesta de valor*. https://www.fintechperu.com/#propuesta-de-valor (consultado en mayo de 2021).

Australian Securities and Investment Commission (ASIC). (s.f.a). *Enhanced regulatory Sandbox*. https://asic.gov.au/for-business/innovation-hub/enhanced-regulatory-Sandbox/ (consultado en enero de 2021).

Australian Securities and Investment Commission (ASIC). (s.f.b). *Innovation hub.* Australia. https://asic.gov.au/for-business/innovation-hub/ (consultado en enero de 2021).

Autoriti Monetari Brunei Darussalam (AMBD). (2020). *Amendment guidelines no. ftu/g-1/2017/1- amendment no. 1 effective date 9 December 2020 FinTech Regulatory Sandbox Guidelines*. https://www.bdcb.gov.bn/SiteAssets/fintech-office/Sandbox-Regulatory-Guideline-2.0.pdf

Banco Central de la República de Argentina. (s.f.). *Innovación Financiera*. http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Innovacion_financiera.asp (consultado en enero de 2021).

Banco de España. (s.f.). *Sandbox*. https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Instituciones_fi/Sandbox/Sandbox.html (consultado en enero de 2021).

Banco de Inglaterra. (2021). *Fintech*. https://www.bankofengland.co.uk/research/FinTech (consultado en enero de 2021).

Banco Mundial. (s.f.). *Key Data from Regulatory Sandboxes across the Globe*. https://www.worldbank.org/en/topic/FinTech/brief/key-data-from-regulatory-Sandboxes-across-the-globe (consultado en mayo de 2021).

Banco Mundial. (2020). *Global Experiences from Regulatory Sandboxes*. Fintech Notes N° 8. https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34789?locale-attribute=es

Bank for International Settlement (BIS). (s.f.). *About the BIS Innovation Hub*. https://www.bis.org/topic/Fintech/hub.htm (consultado en enero de 2021).

Banque de France. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). (s.f.). *Le pôle FinTech et Innovation* [base de datos]. https://acpr.banque-france.fr/autoriser/*FinTech*-et-innovation/le-pole-FinTech-et-innovation (consultado en enero de 2021).

Barragán Scanvino, L. (2020). Cómo implementar un Sandbox Regulatorio en Perú. *Alerta Económica*. https://alertaeconomica.com/sugerencias-como-implementar-un-Sandbox-regulatorio-en-peru/

Basel Committee on Banking Supervision (BCBS). (2018). *Sound practices: Implications of FinTech developments for banks and bank supervisors*. Basilea: BCBS. https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf

Bermuda Monetary Authority (BMA). (2018). *Guidance Note. Insurance Regulatory Sandbox and Innovation Hub*. Bermuda. https://cdn.bma.bm/documents/2019-03-28-05-10-19-BMA-Insurance-Regulatory-Sandbox-Innovation-Hub-Guidance-Note.pdf

Chávez, E. (2020). Marco normativo y regulatorio de las *fintech* en Argentina. Aproximación a una propuesta regulatoria. *La Ley*, *LXXXIV*(144), 17-19. https://lawclassacademy.com/Law%20Class%20Academy/DERECHO%20BANCARIO/El%20E-Cheq.pdf?_t=1597879125

Columbia Business School. (s.f.). *Regulatory Sandboxes*. https://dfsobservatory.com/content/regulatory-Sandboxes

Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CVM) de Brasil (2020). *Critérios de seleção e priorização para o primeiro processo de admissão de participantes ao Sandbox regulatório da* CVM. Brasil. https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/normas/sandbox-regulatorio/sandbox_regulatorio_criterios_de_selecao_priorizacao.pdf

Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera de Perú. (2015). *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera*. Perú. https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-descarga/ENIF.pdf

Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). (s.f.a). *Búsqueda de entidades* [base de datos]. México. https://www.cnbv.gob.mx/Paginas/BusquedaEntidades.aspx (consultado en enero de 2021).

Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). (s.f.b). *Búsqueda* [base de datos]. México. https://www.cnbv.gob.mx/FinTech/Paginas/default.aspx (consultado en enero de 2021).

Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). (2015). *Guía para la solicitud de autorización para la organización y operación de sociedades financieras populares. Versión 2.0*. México https://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/SECTOR-POPULAR/Documents/Guia_solicitud_autorizacion_Sofipo.pdf

Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). (2019a). *Guía para la solicitud de autorización para la organización y operación de instituciones de financiamiento colectivo. Versión 2.0*. México. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/498645/Guia_Autorizacion_IFC_16-julio-2019__VF.1.pdf

Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). (2019b). *Guía para la solicitud de autorización para la organización y operación de Instituciones de Fondos de Pago Electrónico. Versión 2.0*. México. https://www.gob.mx/cnbv/acciones-y-programas/proceso-de-autorizacion-y-guias-de-las-instituciones-de-tecnologia-financiera-itfs

Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). (s.f.). *Innovación financiera*. España. https://www.cnmv.es/Portal/FinTech/Innovacion.aspx?lang=es (consultado en enero de 2021).

Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). (2018). *Ibero-american Securities Market Supervisors, including CNMV, enter into an agreement to promote FinTech projects* [comunicado de prensa]. España. https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7Bbc24b8d2-ce8e-45a6-9af5-136eef95c47c%7D

Consultative Group to Assist the Poor (CGAP). (s.f.). *Interactive Map of Regulatory Sandoboxes* [mapa interactivo]. https://www.cgap.org/regulatory-Sandbox/interactive-map

Cornelli, G., Doerr, S., Gambacorta, L., & Merrouche, O. (2020). *Inside the regulatory Sandbox: effects on fintech funding*. BIS Working Papers N° 901. Bank of International Settlements (BIS). https://www.bis.org/publ/work901.htm

Datatilsynet. (2020). *Regulatorisk sandkasse for utvikling av ansvarlig kunstig intelligens*. Noruega. https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2020/regulatorisk-sandkasse-for-utvikling-av-ansvarlig-kunstig-intelligens/ (consultado en diciembre de 2020).

De la Mano, M., & Padilla, J. (2018). *Big Tech Banking*. https://ssrn.com/abstract=3294723

De Nederlandsche Bank (DNB) & Autoriteit Financiële Markten (AMF). (2019). *Report Continuing dialogue Innovation Hub and Regulatory Sandbox: lessons learned after three years*. Holanda.

European Securities and Market Authority, European Banking Authority & European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2018). *FinTech: Regulatory Sandboxes and innovations hubs*. Report JC 2018 74. Unión Europea. https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc_2018_74_joint_report_on_regulatory_Sandboxes_and_innovation_hubs.pdf

Everhart, J. R. (2020). Sandbox: An Overview of Regulatory Sandbox Regimes. *Southern Journal of Business and Ethics*, *12*, 64-73.

Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation (Rofieg). (2019). *Thirty Recommendations on Regulation, Innovation and Finance. Financial Report to the European Commission*. Unión Europea.

Financial Conduct Authority. (FCA). (s.f.). *Applying to the regulatory sandbox* (cohortes 1-6). Reino Unido. https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-Sandbox-prepare-application

Financial Supervisory Authority (FSA). (s.f.). *FT lab*. Dinamarca. https://www.dfsa.dk/Supervision/FinTech/FT-lab (consultado en enero de 2021).

Financial Stability Board. (2017). *Financial Stability Implications from FinTech. Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' https://www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf*

Financial Stability Board. (2019). *FinTech and market structure in financial services: market developments and potential financial stability implications*. https://www.fsb.org/2019/02/fintech-and-market-structure-in-financial-services-market-developments-and-potential-financial-stability-implications/

Finanšu un kapitāla tirgus komisija (s.f.). *Expert advice*. Letonia. https://www.fktk.lv/en/licensing/innovation-and-FinTech/expert-advice/ (consultado en diciembre de 2020).

Financial Market Authority of Austria (FMA). (s.f.). *FinTech Navigator*. https://www.fma.gv.at/kontaktstelle-FinTech-Sandbox/FinTechnavigator/ (consultado en enero de 2021).

Frazier, G., & Walter, N. (2020). Regulatory Sandboxes: How Federal Agencies Can Take Part in Cooperative Federalism and Catalyze Innovation and Economic Growth through Exercise of Their Exemptive Authority. *Dartmouth Law Journal*, *XVIII*(2). https://dartmouthlawjournal.org/article/19431-regulatory-sandboxes-how-federal-agencies-can-take-part-in-cooperative-federalism-and-catalyze-innovation-and-economic-growth-through-exercise-of-the

Global Financial Innovation Network (GFIN). (s.f.). *Our Members*. https://www.thegfin.com/members (consultado en diciembre de 2020).

Herrera, D., & Vadillo, S. (2018). *Sandbox regulatorio en América Latina el Caribe para el ecosistema FinTech y el sistema financiero*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Hong Kong Monetary Authority (HKMA). (2021). *FinTech Supervisory Sandbox (FSS)*. Hong Kong. https://www.hkma.gov.hk/eng/key-functions/international-financial-centre/fintech/fintech-supervisory-sandbox-fss/ (consultado en enero de 2021).

Hornuf, L., Klus, M. F., Lohwasser, T. S., & Schwienbacher, A. (2018). *How do banks interact with FinTechs? Forms of alliances and their impact on bank value*. Cesifo Working Paper Series N° 7170. https://iwfsas.org/iwfsas2018/wp-content/uploads/2018/08/39-Hornuf-Klus-Lohwasser-Schwienbacher-2018-How-do-Banks-Interact-with-Fintechs_IWFSAS2018.pdf

Huergo Lora, A. (2018). Un "espacio controlado de pruebas" (regulatory sandbox) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras: el "Anteproyecto de Ley de Medidas para la Transformación digital del sistema financiero". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (76), 48-59.

Information Commissioner's Office (ICO). (2021). *The Guide to the Sandbox*. Reino Unido. https://ico.org.uk/for-organisations/the-guide-to-the-*Sandbox*/

Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores (IIMV). (s.f.). *Interacción entre reguladores*. https://www.iimv.org/ (consultado en diciembre de 2020).

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (s.f.). https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/poblacion-y-vivienda/

International Monetary Fund (IMF). (2019). *Fintech: The Experience so Far*. IMF Policy Paper. https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2019/06/27/Fintech-The-Experience-So-Far-47056

Invertia. (2021, 18 de enero). *El reconocimiento facial español llega a Corea: su Gobierno aprueba a FacePhi*. https://www.elespanol.com/invertia/disruptores-innovadores/disruptores/scale-ups/20210118/reconocimiento-facial-espanol-corea-gobierno-aprueba-facephi/552195219_0.html (consultado el 4 de febrero de 2021).

Ipsos. (2019). *Bancarización del peruano*. Lima: Ipsos. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2019-11/bancarizacion_del_peruano.pdf

Israel Securities Authority (ISA). (2021). *Israel Innovation Authority and Israel Securities Authority select five FinTech companies for Data Sandbox pilot program*. Israel. https://www.isa.gov.il/sites/ISAEng/1489/1511/Pages/Eitonot09062020.aspx (consultado en enero de 2021).

Jenik, I., & Lauer, K. (2017). *Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion* [documento de trabajo]. Washington, D. C.: Consultative Group to Assist the Poor (CGAP). https://www.cgap.org/sites/default/files/Working-Paper-Regulatory-Sandboxes-Oct-2017.pdf

Kulik, A. E. (2018). Regulación de la industria Fintech. Marco aplicable en la República Argentina. *#LegalTech: el derecho ante la tecnología* (pp. 139-151). En Buenos Aires: La Ley. https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/supl._legaltech_preplanta.pdf

Lietuvos Bankas. (2020a). *Newcommer programme*. Lituania. https://www.lb.lt/en/newcomer-programme (consultado en diciembre de 2020).

Lietuvos Bankas. (2020b). *How to properly get ready for licensing*. Lituania. https://www.lb.lt/en/how-to-properly-get-ready-for-licensing (consultado en diciembre de 2020).

Malta Financial Services Authority (MFSA). (s.f.). *FinTech Regulatory Sandbox*. Malta. https://www.mfsa.mt/FinTech/regulatory-Sandbox/ (consultado en enero de 2021).

Martínez, E., Torres J. D., & Prieto, A. M. (2020). *Espacio controlado de prueba para actividades de innovación financiera - Sandbox Regulatorio* [documento técnico]. Unidad de Regulación Financiera (URF). Colombia. http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-144477%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Ministry of Human Resource Development, & Department of Higher Education New Delhi. (2019). *All India Survey on Higher Education*. India. https://www.education.gov.in/sites/upload_files/mhrd/files/statistics-new/AISHE%20Final%20Report%202018-19.pdf

Monetary Authority Singapore (MAS). (s.f.a). *Fintech and innovation*. Singapur. https://www.mas.gov.sg/development/fintech (consultado en enero de 2021).

Monetary Authority Singapore (MAS). (s.f.b). *Sandbox Express*. Singapur. https://www.mas.gov.sg/development/FinTech/Sandbox-express (consultado en enero de 2021).

Monetary Authority of Singapore (MAS). (2020). *Sandbox Express Guidelines*. Singapur.

Quiso Córdova L. (2020). *Retos para cerrar la brecha digital en el Perú*. Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia de Ospitel. Perú. https://www.osiptel.gob.pe/media/uaxgb32q/ppt-retos-cerrar-brechadigital.pdf

Parlamento Europeo. (2020). *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech. Impact on innovation, financial stability, and supervisory convergence*. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652752/IPOL_STU(2020)652752_EN.pdf

Portugal Finlab (s.f.). *Overview*. https://www.portugalfinlab.org/ (consultado en enero de 2021).

Prime Minister's Office of Japan. (2020). *Regulatory Sandbox*. Japón. http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/regulatorySandbox.html (consultado en diciembre de 2020).

Saal, M. (2019). *Fostering Financial Innovation Sandboxes, Innovation Offices, Incubators and Accelerators* [presentación]. World Bank Group. https://www.bceao.int/sites/default/files/inline-files/Session%207_%20Sandboxes%20Innovation%20Offices%20and%20Accelerators.pdf

Saudi Central Bank (SAMA). (s.f.). *Regulatory Sandbox Framework* [base de datos]. Arabia Saudí. https://www.sama.gov.sa/en-US/Regulatory%20Sandbox/Pages/Regulatory-Sandbox-Framework.aspx (consultado en enero de 2021).

South African Reserve Bank. (s.f.). *FinTech*. Sudáfrica. https://www.resbank.co.za/en/home/quick-links/fintech (consultado en enero de 2021).

Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). (s.f.a). *Política nacional*. https://www.sbs.gob.pe/inclusion-financiera/Politica-Nacional

Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). (s.f.b). *Portal de Inclusión Financiera*. https://www.sbs.gob.pe/inclusion-financiera/La-SBS-y-la-Inclusion-Financiera/Acciones-de-la-SBS

Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). (2018). Los beneficios y necesidades de las *FinTech*: consideraciones para su regulación en el sistema financiero peruano. *SBS Informa. Boletín semanal*, (35). https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/BOLETIN-SEMANAL/2018/B_S_35-2018.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. (s.f.). *LaArenera. Proyectos aprobados para operar en laArenera*. Colombia. https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/innovasfc/laarenera-10099575#piloto (consultado el 4 de febrero de 2021).

Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (Sineace). (2017). *Educación Tecnológica y Producción: experiencias de articulación de los institutos de educación superior tecnológica con el sector productivo*. Serie: estudios y experiencias. Lima. http://repositorio.sineace.gob.pe/repositorio/handle/20.500.12982/4085

Vodanovic, L. (2020). *Guía FinTech Perú 2020/2021. Panorama legal y regulatorio para la inclusión financiera.* Perú: EY.

World Bank Group. (2018). *Developing and Operationalizing National Financial Inclusion Strategies for the Digital Economy. Regulating FinTech*. Washington, D. C.

Yadav, Y., & Brummer, C. (2019). FinTech and the Innovation Trilemma. The Georgetown Law Journal, *107*, 235-307. https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/1084.

Zetzsche, D. A., Buckley, R. P., Arner, D. W., & Barberis, J. N. (2017). *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance.* European Banking Institute Working Paper Series. University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper N° 2017/007.

Zunzunegui, F. (2020). Aproximación al espacio controlado de pruebas (Regulatory Sandbox). Comentario a la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero. Working Paper 6/2020. *Revista General de Derecho del Mercado Financiero*. http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2020/11/Zunzunegui-Aproximaci%C3%B3n-al-espacio-controlado-de-pruebas-Regulatory-*Sandbox*_WP-6-2020.pdf

Circular N° 12/2018 dirigida a las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico, relativa a las disposiciones de carácter general aplicables a las operaciones de las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de septiembre de 2018. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5537421&fecha=10/09/2018

Circular N° 4/2019, Operaciones con activos virtuales de las instituciones de crédito e Instituciones de Tecnología Financiera (Banco de México). *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2019. https://www.banxico.org.mx/marco-normativo/normativa-emitida-por-el-banco-de-mexico/circular-4-2019/circular-4-2019.html

Circular N° 5/2019, Modelos novedosos (Banco de México). *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2019. https://www.banxico.org.mx/marco-normativo/normativa-emitida-por-el-banco-de-mexico/circular-5-2019/circular-5-2019.html

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto único ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Perú. https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0005/13-texto-unico-ordenado-de-la-ley-27444-ley-de-procedimiento-administrativo-general-1.pdf

Decreto de Urgencia N° 013-2020, Decreto de urgencia que promueve el financiamiento de la MIPYME, emprendimientos y startups ([Perú], 23 de enero de 2020). https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-promueve-el-financiamiento-de-la-mip-decreto-de-urgencia-n-013-2020-1848441-1/

Decreto de Urgencia N° 056-2020 ([Perú], 16 de junio de 2020). https://www.gob.pe/institucion/smv/normas-legales/1069633-056-2020

Decreto N° 1234, por medio del cual se adiciona el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con el espacio controlado de prueba para actividades de innovación financiera (Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia [Colombia], 14 de septiembre de 2020). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142005

Disposiciones de carácter general a que se refiere el Artículo 58 de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera [México]. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de septiembre de 2018. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5537449&fecha=10/09/2018

Disposiciones de carácter general aplicables a las Instituciones de Tecnología Financiera [México]. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de septiembre de 2018. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5537450&fecha=10/09/2018

Ley N° 29985, Ley del Dinero Electrónico [Perú]. https://www.bcrp.gob.pe/transparencia/datos-generales/marco-legal/ley-del-dinero-electronico.html

Ley N° 31120, Ley que regula la Cuenta Documento Nacional de Identidad (Cuenta-DNI) [Perú], 7 de febrero de 2021. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1661664/Ley%2031120.pdf.pdf

Ley N° 7/2020, para la transformación digital del sistema financiero (BOE-A-2020-14205) [España], 13 de noviembre de 2020. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-14205

Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera [México]. *Diario Oficial de la Federación*, 9 de marzo de 2018. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5515623&fecha=09/03/2018

Resolución SBS N° 6284-2013 ([Perú], 18 de octubre de 2013). https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/Auto_Nuevas_Empresas/ESC_Conexos/7.%20Reg.%20de%20las%20Empresas%20Emisoras%20de%20Dinero%20Electr%C3%B3nico_Res.%20SBS%20N%C2%B0%206284-2013.pdf

Resolución SBS N° 1262-2020 [Perú], 20 de marzo de 2020. https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/1909/v1.0/Adjuntos/1262-2020.R.pdf

Resolución SBS N° 1354-2020 [Perú], 8 de mayo de 2020. https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/1932/v1.0/Adjuntos/1354-2020.R.pdf

Resolución SBS N° 211-2021 [Perú], 21 de enero de 2021. https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/2033/v1.0/Adjuntos/211-2021.R.pdf

Resolución SMV N° 012-2020-SMV/01, de difusión del Proyecto de Reglamento de la actividad de financiamiento participativo financiero y sus sociedades administradoras ([Perú], 26 de noviembre de 2020). https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/RSMV_012-2020_Difusion_Proy_Regl_FPF.pdf

Recibido: 10/02/2021
Aprobado: 05/07/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.007
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 231-271
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Las acciones representativas de cesación y reparación: misión y visión del modelo comunitario europeo

## Injunctions and Collective Redress: European Mission and Vision

ÁLVARO PÉREZ RAGONE*
Universidad Católica del Norte (Chile) / Universidad de San Pablo-Tucumán (Argentina)

**Resumen:** Este es un estudio descriptivo-evolutivo, dogmático y comparado sobre los procesos colectivos de la Unión Europea. El 25 de noviembre de 2020, la Unión adoptó uno de sus instrumentos legales más esperados: la primera legislación, que supuestamente creará un mecanismo de acción colectiva de alcance europeo para el alivio monetario. De acuerdo con la Directiva 2020/1828 sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, los Estados miembros deben adoptar la incorporación de las medidas antes del 25 de diciembre de 2021, y darles efecto y aplicarlas a las acciones de representación que se interpongan a partir del 25 de junio de 2023.

El movimiento europeo por el litigio colectivo comenzó hace aproximadamente tres décadas. Obtuvo el reconocimiento oficial europeo en el derecho de la competencia en 2005, gracias al Libro Verde de la Comisión Europea sobre acciones por daños y perjuicios por incumplimiento de las normas antimonopolio de la Unión Europea, seguido por el Libro Blanco en 2008. Desde el año 2013 hasta la emisión de la reciente directiva de 2020, la particularidad de la tutela resarcitoria y de cesación colectiva comunitaria ha demostrado ser holística, a diferencia del modelo de la *class action* de Estados Unidos.

Este trabajo analiza los tres pilares de la visión europea sobre los procesos de reparación colectiva, a saber: a) los mecanismos extrajudiciales de *alternative dispute resolution*, b) los mecanismos regulatorios y de políticas públicas y c) los procesos o litigios colectivos. El juego de estos tres pilares hace que la mirada de la Unión Europea sobre la materia resulte singular al proponer un sistema de incentivos, prudencia y salvaguardas.

**Palabras clave:** Reparación colectiva, procesos colectivos, medidas regulatorias, ADR

***Abstract:*** This is a descriptive-evolutive, dogmatic and comparative study on the collective processes of the European Union (EU). On November 25th, 2020, the Union adopted one of its most awaited legal instruments: the first legislation, that is supposed to create a European collective action mechanism

* Profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad de San Pablo, Tucumán (Argentina); e investigador externo de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta (Chile). LL.M. y doctor en Derecho por la Universidad de Colonia (Alemania).
Código ORCID: 0000-0002-6069-4564. Correo electrónico: alvaro.perez01@ucn.cl

for monetary relief. According to Directive 2020/1828 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, member States have to adopt the transposing measures by December 25th, 2021, and give effect to them on and apply them to representative actions that are brought on or after June 25th, 2023.

The European movement for collective litigation started approximately three decades ago. It earned official European recognition in competition law in 2005, owing to the European Commission's Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, followed by the White Paper of the same title in 2008. From 2013 to the emission of the recent 2020 directive, the particularity of community collective redress and inhibitory guardianship has proven to be holistic, unlike the US class action model.

This paper analyzes the three pillars of the European vision on collective redress seeking, namely: a) the extrajudicial alternative dispute resolution mechanisms, b) the regulatory and public policy mechanisms, and c) the collective processes or litigation. The interplay of these three pillars makes the European Union's view on the matter singular as it proposes a system of incentives, prudence and safeguards.

***Key words:*** Collective redress, collective proceedings, regulatory measures, ADR

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE REVISTA HISTÓRICA.- II.1. PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA.- II.2. POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO.- III. LAS DIVERSAS AGENDAS.- III.1. LA AGENDA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA UE.- III.2. LA AGENDA DE DAÑOS EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA UE.- III.3. LAS BASES COMUNES DE LAS AGENDAS.- IV. LA AGENDA DEL PROCESO CIVIL EUROPEO.- V. PARÁMETROS Y SALVAGUARDAS.- V.1. PUNTOS ESENCIALES.- V.2. LA POROSIDAD DE LAS SALVAGUARDAS.- V.3. LA DIVERSIDAD EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y LOS COSTOS.- VI. EL USO DEL PROCESO DIGITAL PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES.- VII. LA DIRECTIVA 2020/1828: ¿UN NUEVO AMANECER?.- VII.1. ACCIÓN REPRESENTATIVA E INTERÉS COLECTIVO.- VII.2. EL PROCESO COLECTIVO.- VII.3. CRÍTICAS FINALES. *QUO VADIS*?.- VIII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El 11 de junio de 2013, la Comisión Europea emitió su tan esperada política colectiva de reparación y acciones de cese colectivas. Bajo la forma de una recomendación de la Comisión invitó a que cada Estado miembro introdujera un mecanismo genérico de acción colectiva dentro de los cuatro años siguientes. En este contexto, e incluso antes de la publicación, se encontró con una reacción mixta que es típica de este problema. La medida era bienvenida por los grupos de consumidores y la mayoría de los expertos, pero no muy bien vista por los negocios,

empresas y muchos Gobiernos de los Estados miembros (Hodges, 2014, pp. 67-89; Whitford, 1981, p. 1026).

A primera vista, la publicación de una política de la Comisión parecía un significativo avance en la obtención de reparación colectiva por parte de los consumidores. La pregunta es si la directiva logró ampliar los objetivos clave, como el acceso a la justicia, la justa y equitativa aplicación de la ley, el mayor pago de reparación y efectos de comportamiento más amplios (*private* y *public enforcement*); y también examinar si las salvaguardias propuestas lograron prevenir el peligro de abuso de los mecanismos (Pastor, 2018, pp. 93-120; Jiménez Cardona, 2021b, p. 99).

A pesar de estos defendibles objetivos, hay autores escépticos con el paralelo e imparable avance tecnológico que tornarían anticuadas las propuestas de regulación iniciales y posteriores (Javaux & Biard, 2019, pp. 1-10; Stadler, 2017, pp. 129-152; Hársagi & Van Rhee, 2014, pp. 19-30; Hensler, 2009, pp. 7-29; Marcus, 2018, pp. 183-201). Llegaremos luego a la propuesta de directiva de 2018, a lo concretado por el Proyecto ELI/Unidroit de 2020 y, finalmente, a lo regulado en la Directiva 2020/1828 del 25 de noviembre de 2020, que puede verse como la concreción de las miradas y observaciones críticas a los intentos previos realizados hasta entonces.

Este es un estudio esencialmente de examen evolutivo, histórico, descriptivo y analítico, en algunas partes, que trata de dar respuestas al problema de la reparación colectiva en casos complejos, y especialmente centrado en los consumidores, pero sin desconocer el área de la libre competencia de la Unión Europea (en adelante, UE). La metodología empleada es dogmática, comparativa y comunitaria. Además, no se centra en la legislación ni en la casuística de los Estados miembros de la UE, aunque a veces se haga referencia a ellos.

La Comisión fue consolidando un paquete regulatorio con relación a la reparación y tutela inhibitoria colectiva a lo largo de los años (Benedí Lahuerta, 2018, pp. 783-818; Statement of the European Law Institute European, 2014, pp. 1-20). Primero con una comunicación inicial del Parlamento Europeo (European Parliament Resolution of 2 February 2012 «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress», 2011/2089(INI)) El segundo hito relevante es una comunicación de la Comisión que expone brevemente la historia de los debates colectivos, a la par que corrige y explica el pensamiento de dicha Comisión en torno a la política de protección colectiva (Communication from the Commission «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11 de junio de 2013). A las propuestas de la Comisión se sumará luego una con igual finalidad y contenido, pero más detallada (Recomendación on common principles for collective redress mechanisms in the Member States for injunctions against and

claims on damages caused by violations of EU rights, COM(2013) 3539/3, 11 de junio de 2013). A ello se deben agregar las referencias específicas en la propuesta conjunta del Consejo y el Parlamento Europeo de una directiva sobre daños en materia de libre competencia (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404, 11 de junio de 2013).

El hecho de que las propuestas hayan adoptado esta forma se debe enteramente a cuestiones políticas, más que científicas. Ha habido una presión para la introducción de acciones colectivas durante los últimos años en relación con las necesidades percibidas para mejorar la protección del consumidor, las acciones de cese y, de ser el caso, la reparación de daños por competencia irregular (Voet, 2014, pp. 97-128; Stadler, 2014, pp. 80-89). Los diferentes intereses de estas áreas y cómo estos se han entrelazado deben ser descifrados, de modo que se pueda apreciar la naturaleza de las propuestas de 2013 y el resultado político general del compromiso (Habbe & Gieseler, 2018, pp. 227-230; Gaboardi, 2019, pp. 1-31; Hodges, 2009, p. 41; Cafaggi & Micklitz, 2009; Hensler, 2009, pp. 6-29). Así, el inicio del final es la Directiva 2020/1828 sobre acciones representativas de noviembre de 2020, que veremos recepta parcialmente lo desarrollado estos años en el derecho de tutela colectiva comunitaria europea.

Este artículo se compone de las siguientes partes: luego de esta introducción (I), se realiza una breve revisión histórica del desarrollo reciente en la UE del problema (II), y se continúa con la descripción y el análisis de las diversas agendas (III). Luego, sigue la referencia al proyecto ELI/Unidroit respecto al tema (IV), los parámetros y salvaguardas son tratados en la siguiente sección (V) y se desarrolla el sistema de *Online Dispute Resolution* (ODR) (VI), para continuar con el análisis de la directiva de 2020 (VII). Finalmente, el estudio cierra con las conclusiones (VIII).

## II. BREVE REVISTA HISTÓRICA

La reparación (tutela) colectiva es un concepto amplio que abarca cualquier mecanismo que pueda lograr el cese o la prevención de prácticas comerciales ilegales que afecten a una multitud de demandantes o la compensación por el daño causado por tales prácticas. Hay dos formas principales de tutela colectiva: a) a través de medidas de cese, los demandantes buscan detener la continuación de la conducta ilegal; y b) a modo de compensación compensatoria, solicitan la reparación de los daños causados. Los procedimientos pueden adoptar una variedad de formas, incluidos los mecanismos extrajudiciales para la

resolución de disputas o la asignación de competencia complementaria a entidades públicas u otras entidades representativas para la ejecución y el monitoreo de los reclamos colectivos (Stadler, 2014, pp. 80-89).

Ya en 2013, la Comisión Europea presentó una recomendación sobre principios comunes para los mecanismos de proceso colectivo cautelar y compensatorio en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos otorgados en virtud del derecho de la UE (Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes a los mecanismos de recursos colectivos por vía judicial y compensatoria en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, 2013). La recomendación sigue el documento de consulta de 2011 y establece que «reparación colectiva» significa: a) un mecanismo legal que garantiza la posibilidad de reclamar el cese de un comportamiento ilegal colectivamente por dos o más personas físicas o jurídicas, o por una entidad con derecho a presentar una acción representativa (recurso colectivo cautelar); y b) un mecanismo legal que garantice la posibilidad de reclamar una indemnización colectiva por parte de dos o más personas físicas o jurídicas que aleguen haber sufrido daños en una situación de perjuicio masivo (individualmente), o por medio de una entidad con derecho a presentar una acción representativa (reparación colectiva compensatoria) (Silvestri, 2013, pp. 46-56; Fries, 2016, pp. 11-25).

A su vez, esta recomendación identificó los principios comunes, que deberían aplicarse en todos los casos de reparación colectiva, y también aquellos específicos, ya sea por mandato judicial o compensación colectiva. Además, señaló que los Estados miembros debían aplicar los principios establecidos en la recomendación en los sistemas nacionales de procesos colectivos dentro de los veinticuatro meses posteriores a su publicación.

Desde entonces, múltiples esfuerzos y documentos a nivel comunitario han generado una discusión en torno al tema, revisando también el qué, el cómo y el para qué. Así,

> En el marco de los esfuerzos encaminados para mejorar el cumplimiento de las normas específicas a la protección de los consumidores, la Comisión Europea ha propuesto una Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en el 2018. La propuesta, presentada como parte del «Nuevo marco para los consumidores», tiene por objeto permitir a los consumidores de toda la Unión las acciones de representación para exigir una indemnización de las empresas que vulneran sus derechos (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses

colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, 2018).

Ello recién se concretaría sistémicamente con la directiva de noviembre de 2020 (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE).

Cuando se vulneran los derechos de un gran número de consumidores, resulta más eficiente y eficaz que estos aúnen fuerzas para iniciar una acción de representación ante un tribunal u órgano administrativo; sin embargo, las normas específicas a estas acciones no están armonizadas en toda la UE (Benedí Lahuerta, 2018, pp. 783-818). La Directiva sobre acciones de cesación 2009/22/CE obliga a los Estados miembros a contar con procedimientos para las acciones de representación que tengan por objeto interrumpir o prohibir prácticas perjudiciales, pero no exigir indemnizaciones para los consumidores. No obstante, en 2013 la Comisión publicó una recomendación, indicando que las acciones de representación deben poder ser también resarcitorias de daños.

### II.1. Propuesta de la Comisión Europea

El 11 de abril de 2018, la Comisión adoptó una propuesta para armonizar las disposiciones en este ámbito con el fin de transformar la igualdad de protección para los consumidores en toda la UE. Según esta propuesta, las acciones de representación podrían iniciarse en el supuesto de vulneraciones de un cuerpo jurídico más amplio que el por entonces existente. Incluye, entre otras, la legislación horizontal relativa a los consumidores y leyes sectoriales específicas de los sectores financiero, energía, telecomunicaciones, salud y medio ambiente.

Los Estados miembros tendrían que contar con procedimientos no solo para las órdenes de cesación, con el fin de interrumpir o prohibir una práctica; sino también con medidas de indemnización, arreglo, sustitución, reducción del precio, resolución del contrato y reembolso. Además, se delimitó que las acciones colectivas podían ser interpuesta solo por entidades habilitadas autorizadas para ese fin y no por bufetes de abogados por sí solos, como en los Estados Unidos de América (Voet, 2018, pp. 205-230).

### II. 2. Posición del Parlamento Europeo

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento (en adelante, JURI) aprobó su informe el 6 de diciembre de 2018. La Comisión proponía que se exigiera a cada Estado miembro que designase, como mínimo, una entidad habilitada para interponer las acciones colectivas por representación. Dichas entidades habilitadas representantes tenían el

deber de dar a conocer públicamente cómo se financian, organizan y gestionan.

En el informe se propone, específicamente, la prohibición explícita de las indemnizaciones punitivas y de los honorarios para los abogados que solo cobran si ganan el caso (honorarios a porcentaje). Asimismo, en un plazo de tres años, la Comisión controlaría la evaluación de la necesidad de establecer un defensor del pueblo europeo para las acciones de reparación colectiva.

A ello se sumaron la respuesta y las recomendaciones del Parlamento Europeo en relación con la propuesta de directiva con múltiples observaciones (Reporte sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, 2018) hasta la última posición adoptada por este órgano en marzo de 2019 (Posición del Parlamento Europeo adoptada en la primera lectura del 26 de marzo de 2019 con miras a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE). Luego, el Consejo Europeo adoptó un proyecto de borrador conciliador en noviembre de 2019 (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, Aproximaciones Generales) y la discusión continuó sobre los ejes de los últimos documentos mencionados. Finalmente, en junio de 2020 se dictó la Directiva 2020/1828/CE, adoptada en noviembre del mismo año, que será tratada luego en detalle.

Los elementos clave de revisión incluyen los detalles para el requisito de representatividad adecuada y comprenden: a) la condiciones y recaudos de las entidades sin fines de lucro calificadas y designadas por los Estados miembros (las llamadas «entidades calificadas») para iniciar acciones representativas en nombre de los consumidores; b) la capacidad de las entidades calificadas para instar a la prohibición de una infracción y procurar la reparación como compensación, reparación, reemplazo, reducción del precio, rescisión del contrato o reembolso del precio pagado; y c) una mayor colaboración y coherencia de los resultados entre los Estados miembros con respecto a la protección del consumidor (Wagner, 2011, pp. 55-82; Voet, 2018, pp. 205-230).

El texto revisado permite a los Estados miembros un alto grado de control sobre cómo implementar un mecanismo de acciones representativas. Cada Gobierno nacional tiene el poder de establecer reglas sobre admisibilidad, littispendencia, prueba o medios de

apelación aplicables a acciones representativas, y también pueden fijar sus propios condicionamientos para determinar cuándo se trata de una entidad calificada. Cada Estado miembro puede establecer reglas para limitar el derecho de una entidad calificada a llevar a cabo una acción representativa transfronteriza en el área de actividad de la misma (Schröreder, 2016, pp. 59-62; Isacharoff & Miller, 2009, pp. 179-191).

Aún no puede preverse si estos desarrollos se traducirán en volúmenes de actividad de acción de clase y recuperación como en los EE. AA; sin embargo, el panorama de los litigios civiles, sin duda, cambiará en el futuro. La gestión efectiva de este riesgo de litigio requerirá un enfoque estratégico coordinado en todas las jurisdicciones que tenga en cuenta la posibilidad de que se realicen reclamos mientras las investigaciones y las propuestas regulatorias continúen en curso (Caponi, 2019, pp. 1-7; Stadler, 2018c, pp. 793-802).

## III. LAS DIVERSAS AGENDAS

### III.1. La agenda de protección del consumidor de la UE

La presión por las acciones colectivas de los consumidores se remonta al menos a la década de 1980. El crecimiento de las legislaciones sustantivas sobre protección del consumidor, para publicidad engañosa y términos contractuales injustos se consolidó en directivas sobre negocios injustos a las prácticas comerciales del consumidor y sus derechos como tal. Así, se ampliaron las expectativas que se aplicarían al corpus de derechos sustantivos que se enunciaba y se incluyeron muchos derechos susceptibles ser ejecutados por acciones privadas individuales bajo legislación nacional y procedimientos civiles tradicionales (Biard, 2018b, pp. 21-30). Además, se crearon mecanismos para el proceso transfronterizo, medidas cautelares por incumplimiento de las directivas específicas de protección del consumidor y una red de servicios públicos. Las autoridades de aplicación, por su parte, hicieron su trabajo con base en las regulaciones de protección de los consumidores (Bailey, 2010, pp. 2-3).

La directiva sobre medidas cautelares incluía la opción de la ejecución colectiva «privada» por parte de organismos particulares del sector, como las organizaciones de consumidores, ya que este era el modelo que existía en algunos países para la aplicación de algunas medidas de protección del consumidor, especialmente en Alemania y Austria. Durante algunos años, la Comisión alentó el cumplimiento privado (*private enforcement*), instando a los Estados miembros a mejorar su acceso a la justicia y aumentar su gasto en asistencia jurídica; sin embargo, en la década del año 2000, los fondos disponibles para fondos estatales en asistencia legal

se habían evaporado (Benedí Lahuerta, 2018, pp. 783-818; Stadler, 2018a, pp. 623-655).

La discusión sobre la habilitación de acciones colectivas por daños creció durante la primera década del siglo XXI. En 2008, solo trece de los entonces veintisiete Estados miembros tenían mecanismos judiciales de reparación colectiva, pero estos eran diferentes y tuvieron resultados diversos. Los estudios y consultas de la Comisión mostraron que la gran mayoría de los mecanismos de reparación colectiva existentes tienden a tener algunos elementos que funcionan y otros que no. Y si bien casi todos los mecanismos de reparación colectiva existentes tienen algún valor agregado en comparación con la reparación judicial individual y las *alternative dispute resolution* (en adelante, ADR, por sus siglas en inglés), su eficiencia y efectividad podrían mejorar (Blennerhassett, 2016, pp. 23 y 110-111).

Posteriormente, el Libro Verde produjo un importante aporte. A la luz de la consulta, dos iniciativas aparecen como relevantes: a) las ADR colectivas, combinadas con un esquema colectivo judicial de reparación como un «eje», y b) un fortalecimiento de las autoridades de protección al consumidor. Entre los instrumentos no legislativos se puede mencionar el esquema interno de los Estados para la tramitación de reclamos (Hodges, 2008, pp. 93-110), aunque el modelo de ADR colectivo parece estar mejor ubicado (Green Paper on Consumer Collective Redress, 2008; Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, 2007). Esa política de «tres pilares» (fortalecimiento de soluciones amistosas, asistencia pública regulatoria para la solución y proceso judicial de reparación colectiva) para la protección del consumidor ha diluido el ímpetu por el litigio. La política de ADR del consumidor resultó en la adopción en 2013 de una directiva que requería que los Estados miembros proporcionaran en dos años una cobertura completa de las instalaciones de ADR para consumidores. Además, era necesario que cada comerciante se adhiriera a un esquema de ADR, así como un reglamento capaz de establecer en la UE una plataforma de resolución de disputas en línea u ODR para facilitar la transmisión y solución de disputas fronterizas (y nacionales) de ADR. Por ello, el cuerpo normativo más importante de resolución alternativa de litigios y de litigios en línea de consumo es la Directiva 2013/11/UE.

La única armonización posible parecía la cooperación discrecional de la red de autoridades públicas hacia un imaginativo sistema integrado de ADR del consumidor, pero hay que aclarar que los mecanismos de aplicación privada no están armonizados (Hodges, 2008, pp. 239-246).

Cabe señalar que la misión de garantizar la competitividad global y crear un mercado abierto y funcional puede llevarse a cabo mediante la armonización de las reparaciones colectivas, al modo europeo. En esa

línea, el 11 de abril de 2018 la Comisión dio a conocer la Comunicación COM(2018) 183 final, que contiene dos propuestas de directiva: la COM(2018) final y COM(2018) 185 final (Voet, 2018, pp. 205-230). A ellas se sumó la directiva —que corrige aspectos de lo anterior— de noviembre de 2020.

### III.2. La agenda de daños en el derecho de la libre competencia de la UE

Por el contrario, el enfoque de la UE para la aplicación del derecho a la libre competencia se centra totalmente en la aplicación pública. En este, las autoridades públicas son primordiales y hasta hace poco se pensaba que operaban casi con exclusión de la aplicación privada. Durante el proceso de descentralización de la aplicación de la ley, las iniciativas de modernización y digitalización de la justicia en los Estados miembros se fueron concretando más en el marco de la pandemia, sin mencionar la aplicación privada de las regulaciones (Jiménez Cardona, 2021a, pp. 17-43; Jiménez Cardona, 2021b, pp. 100-110).

El impulso hacia una acción colectiva se remonta a la decisión del Tribunal de Justicia en 2001, cuando dictaminó que las partes privadas tienen derecho a una indemnización en virtud de la legislación de la UE relacionada con las infracciones de la ley de su competencia. Ello fue seguido por la creencia de que los daños solo se pagaban raramente; sin embargo, la evidencia posterior identificó muchas más reclamaciones y un aumento de estas desde la reforma de descentralización de 2004 (Torre Sustaeta, 2021, pp. 1-5; Hodges, 2008, p. 144).

La evidencia anecdótica también indicó que las empresas lograron una reparación invisible por los cartelistas, por ejemplo, en posteriores negociaciones de renovación de contrato. En 2005, un Libro Verde sobre daños por incumplimiento de la ley de competencia de la UE exploró una serie de reformas que facilitarían la presentación de reclamos por daños. El Libro Blanco de 2008 sobre los daños por incumplimiento de la ley de competencia de la UE, por su parte, incluyó dos mecanismos propuestos para reclamos por daños y perjuicios por reclamos de competencia: un reclamo colectivo por daños privados presentado por dos o más personas («una acción grupal») y una «acción representativa» presentada por una entidad calificada en nombre de las partes lesionadas (Delatre, 2011, p. 52; *Tavoulareas vs. Tsavliris*, 2006).

Durante ese periodo, se expresaron amplias críticas fundadas en que las *class actions* norteamericanas producirían conflictos de intereses inherentes, en los cuales el tamaño de los intereses financieros, especialmente de los intermediarios, era excesivo (Miller, 1979, p. 668; Kortmann & Swaak, 2009, pp. 340-351). La Comisión recibió así información sobre los males declarados del sistema estadounidense.

En 2008, la Comisión había concluido que la clase de estilo de las acciones estadounidenses sería inaceptable en la UE. Desde entonces, la Comisión ha declarado numerosas veces que el sistema estadounidense no será introducido en la UE, lo que implicó que una forma europea distintiva de acción privada colectiva sería diseñada (Stadler , 2018c, pp. 793-802; Hodges, 2008, pp. 47-149).

### III.3. Las bases comunes de las agendas

Estas opciones deberían evitar elementos que fomentan una cultura de litigio, como se dice que existe en algunos países no europeos, entre ellos los daños punitivos, los honorarios de contingencia y otros. De hecho, hubo un cambio sutil en la terminología y la retórica alrededor de 2008, cuando se eliminó el término «acción de clase», que se había utilizado universalmente hasta ese momento, en favor de los de «acción colectiva» y «reparación colectiva» (Hodges, 2008, p. 149; Voet, 2018, pp. 205-230; Hensler, 2009, pp. 7-29). El término «reparación colectiva» se usó luego deliberadamente en lugar del de «acción colectiva» para ofuscar el punto de que solo se estaba haciendo referencia a un mecanismo en particular. Algunos análisis académicos también señalaron que el medio más rápido y económico de reparación colectiva eran la voluntaria, las ADR (especialmente, el defensor del pueblo) y la tecnología reguladora (Hodges, 2008, pp. 117-129).

Si eso fue así, la cuestión era cómo los operadores económicos podían ser alentados o, en última instancia, obligados a hacer una reparación voluntaria o supervisada. En el contexto del consumidor, eso podría lograrse mediante una combinación de ADR y mecanismos reguladores mejorados (Hodges, 2008, pp. 100-102). Un factor planteado fue que la Comisión estaba demostrando un enfoque inconsistente en las acciones colectivas entre los sectores de competencia y consumo. En los primeros días de la nueva Comisión, las recientes soluciones fueron discutidas por académicos y fuentes comerciales, especialmente en el desarrollo de una política racional de aplicación de la competencia que integraría las consecuencias privadas y públicas (Voet, 2018, pp. 205-230; Hodges, 2008, p. 15).

En primer lugar, la necesidad de mantener la proporcionalidad general de sanciones, acciones y, por lo tanto, la disuasión insuficiente o excesiva, requería que las autoridades públicas tomaran cuenta de sí y de la medida en que los daños fueron pagados. En segundo lugar, sin ese conocimiento, no se estaría rectificando un mercado desequilibrado. En tercer lugar, las autoridades públicas de otros sectores debían poder utilizar los poderes para realizar el pago debido de daños como parte de su función de aplicación y eso, de hecho, ahorró recursos. También se argumentó que todo el concepto de confiar en daños antimonopolio

privados para disuadir era defectuoso porque la posibilidad de daños no disuadía lo suficiente (Stadler, 2015, pp. 61-84; Hodges, 2008, pp. 10-25).

En 2010 el Parlamento Europeo anunció que emprendería su propia revisión del recurso colectivo y esto efectivamente bloqueó a la Comisión durante dos años. El informe del Parlamento en 2012 señaló los esfuerzos realizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos para limitar los litigios frívolos y el abuso del sistema de acción de clase estadounidense (Hodges, 2008, pp. 15-20). La Comisión debía demostrar la evaluación de impacto acorde al principio de subsidiariedad y su necesidad a nivel de la UE para una mejor regulación integral que facilitara la compensación y, al mismo tiempo, no afectara negativamente el buen desempeño del mercado (Voet, 2018, pp. 205-230; Hodges, 2008, pp. 111-114).

El Parlamento Europeo, por su lado, solicitó a la Comisión que cualquier propuesta en el campo de la reparación colectiva tuviera horizontalidad, incluyendo principios comunes que proporcionaran acceso uniforme a la justicia para la reparación colectiva dentro de la UE y, específicamente, pero no exclusivamente, para la infracción de los derechos del consumidor (Voet, 2018, pp. 205-215).

El Parlamento también pidió salvaguardas para evitar abusos: a) usando primero solo el principio de admisibilidad, consistente en una verificación preliminar por un juez para confirmar que los criterios de calificación eran cumplidos y que la acción era adecuada para proceder; b) designando organizaciones calificadas para llevar a cabo acciones representativas que permitieran buscar la alternativa de reparación compensatoria individual, proporcionando una compensación total por daños reales y sin daños punitivos (representatividad adecuada); y c) con el acceso a la prueba («el *discovery* americano» no debía incluirse en el marco), manteniendo el principio del «perdedor paga» y sin incluir el financiamiento de terceros, que era desconocido en la mayoría de los Estados (Biard, 2018a, pp. 21-26; Stadler , 2018c, pp. 793-802).

Los resultados iniciales estuvieron disponibles en 2012 con un estudio sustancial sobre la aplicación privada del derecho de la libre competencia en toda la UE desde 1999 (European Parliament resolution of 2 February 2012 on «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress» 2011/2089(INI)), el cual revela datos y hallazgos muy relevantes sobre los tipos de problemas que surgen y se litigan. Los resultados demuestran que: a) se han presentado muchos más casos de aplicación privada de los que se pensaba; b) la aplicación privada de la ley de competencia es utilizada principalmente por empresas comerciales en disputas contractuales; c) la velocidad de respuesta a las infracciones de competencia es de suma importancia, por lo que los remedios de acción son mucho más importantes que las acciones por

daños demorados; y d) casi no ha habido reclamos de consumo masivo de pequeño valor basados en el derecho de la competencia en los Estados miembros. Las razones de lo recién mencionado son variadas, incluida la complejidad inherente de la materia y de establecer cuestiones como el dominio o la existencia de un cartel, problemas para probar la cuantía del daño, pérdidas individuales inherentemente pequeñas, alto costo —tanto de litigios como de distribución de fondos— y costos extremadamente desproporcionados y poco atractivos a nivel costo-beneficio para los financiadores de litigios (Voet, 2018, pp. 205-230; Strong, 2013, pp. 233-256; Hensler, 2009, pp. 7-29).

Las deliberaciones de la Comisión concluyeron con la adopción en la materia en junio de 2013 (Communication from the Commission European Union «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11 de junio de 2013). La conformación del paquete es notable. La política de clemencia resultó esencial para el descubrimiento de los carteles, pues los potenciales solicitantes serían disuadidos por el riesgo a estar expuestos a reclamos por daños de todas las víctimas (que podían presentarse en forma conjunta y solidaria —y así fue— por sumas muy grandes) (Voet, 2018, pp. 205-230). La prioridad era salvaguardar su sistema de clemencia y, por lo tanto, respaldar su credibilidad operativa en la «detección» temprana y el tratamiento de los cárteles (Strong, 2013, pp. 233-256). Se incluyeron claramente los siguientes tópicos: a) que los tribunales no pudieran tomar decisiones contrarias a las autoridades administrativas de la superintendencia sobre decisiones de infracción, b) plazos de prescripción, c) responsabilidad solidaria, d) defensa de traspaso, e) regulación sobre compradores indirectos, y f) una presunción refutable de que las infracciones causan daño (Biard, 2018, pp. 21-26; Stadler, 2015, pp. 61-84).

## IV. LA AGENDA DEL PROCESO CIVIL EUROPEO

La acción colectiva es una institución del proceso civil. La creación de un sistema unificado de resolución de disputas civiles presenta desafíos técnicos y políticos considerables y llevará mucho tiempo. Tampoco es políticamente prudente anunciar el objetivo de la creación de un proceso civil europeo; en cambio, «la política de la Unión es desarrollar un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia que sirve a los ciudadanos y las empresas» (Caponi, 2019, pp. 1-7).

Las propuestas sobre reparación colectiva forman parte de los objetivos de armonización del proceso civil. La enunciación de una política coherente sobre reparación colectiva, cuando las disposiciones detalladas que existen en los Estados miembros son tan confusamente diversas en sus detalles, desempeña una función útil de liderazgo en la clarificación

de la política común. Su armonización también sirve claramente a la Comisión y a la UE (Revista Española de Derecho Internacional, 2015, pp. 279 y ss.).

En relación con los procedimientos colectivos en materia de protección del consumidor, los mandatos ya son atendidos, y las disputas contractuales entre un consumidor y un comerciante por compraventa de bienes o por la prestación de servicios pueden presentarse ante una entidad que aplique las ADR (Stürner, 2014, pp. 322-328; Gascon Inchausti, 2021, pp. 294-295). Entonces, los impulsores subyacentes para la compensación colectiva están en la agenda (que podría resolverse reformando el enfoque de aplicación y adopción de un poder de reparación regulatorio) y armonizando los sistemas de procedimiento civil (Gascón Inchausti & Hess, 2020, pp. 10-35).

En octubre de 2013, después de aproximadamente un año de preparativos, European Law Institute (ELI) y Unidroit lanzaron en Viena un proyecto internacional destinado a redactar las Reglas Europeas de Procedimiento Civil. El punto de partida y la fuente de inspiración fueron los Principios de los procedimientos civiles transnacionales, aprobados en 2004 por el American Law Institute (ALI) y Unidroit. La idea fue elaborar (bloques de) un código modelo europeo de procedimiento civil. Desde la perspectiva de Unidroit, es la primera de una serie de adaptaciones de los Principios en diferentes áreas geográficas y culturales del mundo (Gascón Inchausti, 2018, pp. 10-35). El cierre del trabajo y la publicación del texto final consolidado se hizo en el primer cuatrimestre de 2020 (Presentación y debate sobre el borrador de normas del Grupo de Trabajo sobre «Partes» (Acciones colectivas), 2018).

Uno de los grupos de trabajo se ocupó de la investigación de la reparación colectiva bajo la guía de dos de los principales estudiosos de la materia: la profesora A. Stadler y el profesor E. Jeuland. Al posponer la visualización detallada del texto en el momento de su publicación, se pueden indicar los fundamentos tal como se dieron a conocer en conferencias públicas y reuniones de estudio. El campo de aplicación es general. La herramienta principal es la acción restaurativa (reparación) colectiva; mientras que, en relación con las medidas cautelares, se aplican las disposiciones sobre medidas provisorias contenidas en el proyecto (Neira Pena, 2019, pp. 195-250). Además, se proporcionan herramientas para la aprobación de un acuerdo de solución colectiva alcanzado en espera de una acción restaurativa colectiva o independientemente de su propuesta (Stadler *et al.*, 2020, pp. 5-20). En cuanto a la legitimación para actuar, es más amplia que la legislación europea existente hasta entonces: no solo los organismos designados por los Estados miembros, sino también los comités creados *ad hoc*. En ambos casos, debe ser una entidad con recursos suficientes para manejar este tipo de disputa y que

no esté en una posición de conflicto de intereses con los miembros de la clase (Armenta Deu, 2020, pp. 133-148; Corominas Bach, 2018, pp. 29-30). En relación a los mecanismos de identificación de clase, la regla general es la aceptación, pero se prevé el poder del juez para cambiar a la fórmula de exclusión cuando sea apropiado. Comparar la amplitud, por cierto, con la actual regulación en la materia, entre otros, en Inglaterra (Andrews, 2021, pp. 153-175), Suiza (Brändli, 2021, pp. 176-194), Bélgica (De Wulf, 2021, pp. 194-216; Giudici & Zulfi, 2021, pp. 217-232), Alemania (Halfmeier, 2021, pp. 233-246), Francia (Azar-Baud & Magnier, 2021, pp. 247-271) y los Países Bajos (Van der Elst & Weterings, 2021, pp. 272-302).

En cuanto a la financiación de litigios, se confirma la regla general «quién pierde, paga los gastos»; y, luego, se hace referencia al capítulo del proyecto en relación con los gastos, que no establece normas sobre tarifas de contingencia y más bien rige, entre otras cosas, las finanzas —actuando por terceros— (Stadler, 2018b, pp. 189-194). El proyecto también establece una serie de reglas detalladas sobre los requisitos para el derecho a actuar, el poder del juez para seleccionar al demandante colectivo, la asistencia legal y el posible depósito para gastos, así como los requisitos especiales de elegibilidad para acciones correctivas colectivas; y en el intento obligatorio de conciliación, antes de iniciar la acción judicial, para las salvaguardas contra el conflicto de intereses, los poderes judiciales de gestión de casos (*case management*), el portal electrónico para la publicación de información y la aprobación judicial de los acuerdos de solución.

Asimismo, la parte VI del proyecto ELI/Unidroit contempla y regula la transacción fuera de un procedimiento de acción colectiva por daños. Allí se establecen los requisitos y calidades para cerrar un acuerdo de transacción o conciliación para un grupo, incluso si no se ha emitido una resolución favorable a la admisibilidad de la demanda colectiva por daños. Además, impone la necesidad de que el acuerdo se negocie de buena fe en beneficio de todos los miembros del grupo y la solicitud de homologación. La solicitud también debe especificar si la transacción prevé el uso del sistema de opción de suscripción o de exclusión voluntaria (Uzelac & Voet, 2021, pp. 1-15).

Si el tribunal no aprueba el acuerdo colectivo propuesto, debe dar las razones y enviar el proyecto a las partes. En caso de aceptarlo, lo publica con los plazos para optar. La transacción aprobada vincula a todas las personas que se han unido al caso de un procedimiento con opción de inclusión o todas las personas que no se hayan retirado en el caso de un procedimiento con opción de exclusión (Presentación y debate sobre el borrador de normas del Grupo de Trabajo sobre «Partes» (Acciones colectivas), 2018).

El análisis de estudiosos del derecho y la economía sobre las medidas de incentivos financieros *ex post*, ya sean multas o daños, es que pueden afectar el comportamiento del mercado y sus operadores (Keske, 2010, pp. 10-25). En ese sentido, las acciones colectivas deben (como regla general) solo comenzar después de que los procedimientos públicos hayan concluido definitivamente. Adicionalmente, el equilibrio entre la aplicación pública y privada es fundamental y no ha sido claramente identificado o evaluado por la Comisión (Kelemen, 2011, pp. 15-35).

Vale aclarar que el modelo propuesto se muestra más restrictivo que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004), bien conocido en la evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa de los países iberoamericanos; y que las tendencias que se fueron perfilando, sintetizadas en la exposición de motivos de dicho código, aprobado en Caracas en 2004 (Azar-Baud, 2018, pp. 445-480; Gidi & Ferrer Mac-Gregor, 2008, pp. 410-445).

## V. PARÁMETROS Y SALVAGUARDIAS

La Comisión estableció cuatro parámetros políticos presentes explícita o tácitamente en todos los documentos. En particular, es común que cualquier enfoque europeo deba: a) poder afrontar y resolver una enorme cantidad de reclamos individuales con la celeridad y economía procesal adecuada; b) poder ofrecer resultados legalmente ciertos y justos dentro de un plazo razonable, respetando los derechos de todas las partes involucradas; c) proporcionar salvaguardas sólidas contra litigios abusivos; y d) evitar cualquier incentivo económico para presentar reclamos especulativos (Money-Kyrle & Hodges, 2012, pp. 477-504).

Con acierto, la doctrina señala que

> Las principales preocupaciones expresadas en contra de la introducción del mecanismo de reparación judicial colectiva se concentran en evitar litigios abusivos que de otra manera tendrían un impacto negativo en las actividades económicas de las empresas de la UE. El litigio puede considerarse abusivo cuando es apuntado intencionalmente contra empresas respetuosas de la ley para causar daños a la reputación o infligirles una carga financiera indebida (Stadler, 2018a, pp. 623-655).

### V.1. Puntos esenciales

La política de salvaguardas y equilibrios adquiere enorme importancia en la regulación de las tutelas colectivas de cese y de reparación. Al examinar los bloques necesarios para garantizar la efectividad y las salvaguardas, se debía considerar una consulta pública, la que finalmente confirmó la heterogeneidad de procesos colectivos en los Estados miembros pues hay diferencias respecto a) al tipo de acción colectiva disponible y sus

requerimientos, b) su admisibilidad y el rol de la representatividad adecuada, c) la aplicación de sistemas de *opt-in* y *opt-out*, d) el rol del juez en el proceso colectivo y e) los distintos sistemas de publicidad de las acciones colectivas (Mullenix, 2014, pp. 601-630). A ello se suma que cada mecanismo de reparación colectiva opera en diferentes contextos, tanto sustantivos como procesales, con diversas normas que regulan la profesión y asistencia jurídica.

En consecuencia, la lista de garantías necesarias se vincula con que: a) las acciones colectivas solo deben interponerse luego de un cierto examen de admisibilidad; b) en las acciones colectivas se debe asegurar que el representante (entidad calificada) se desempeñe siempre en el mejor interés del grupo representado; c) se combina prefiriendo el modelo *opt-in*, pero, dado que algunos Estados miembros ya tienen mecanismos *opt-out*, ese enfoque debe estar «debidamente justificado por razones de buena administración de justicia» (Corominas Bach, 2018, pp. 169-179); d) el suministro efectivo de información a posibles reclamantes; y e) haya interacción en la aplicación por organismos públicos en ciertas áreas (competencia, medio ambiente y protección de datos), ya que la aplicación pública (*public enforcement*) juega un papel importante que no debe poner en peligro el litigio que se inicia antes de la conclusión de la investigación pública. También conversa con f) los daños punitivos, que no deben ser permitidos; g) que debe preverse la aplicación efectiva transfronteriza; h) la disponibilidad de resolución consensuada de disputas y que se llegue a una solución consensuada, pues el tribunal debe verificar la legalidad del resultado y confirmarlo; i) la financiación de la acción colectiva, partiendo del principio de «el perdedor paga», que debería aplicarse a casos de reparación; y j) que un sistema inapropiado de financiamiento de terceros corre el riesgo de litigio abusivo estimulante o litigio que hace poco para servir a los mejores intereses de litigantes y, por lo tanto, el financiamiento de terceros debe estar sujeto a ciertas condiciones (Stadler, 2018b, pp. 189-194).

### V.2. La porosidad de las salvaguardas

En primer lugar, en la propia recomendación, las salvaguardas contienen demasiadas exenciones; así, los Estados miembros deben designar entidades privadas representativas, pero pueden empoderar también a las autoridades públicas. El perdedor debe pagar los costos legales necesarios, pero sujeto a condiciones de la ley nacional. Por otro lado, los financiadores privados están permitidos, pero no pueden basar tarifas o intereses sobre el monto del acuerdo, a menos que esté regulado; y los procedimientos deben ser aceptados, pero pueden ser excluidos donde esté justificado por razones de buena administración de justicia. Por último, los honorarios contingentes no deberían permitirse, pero pueden ser excepcionales, si están regulados (Biard, 2018a, pp. 189-204).

En segundo lugar, es imposible insistir en que los Estados miembros cumplan con un paquete de salvaguardas por razones de subsidiariedad. El artículo 67, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reconoce que, «aunque la Unión debe establecer un espacio de libertad, justicia y seguridad, debe respetar los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros. Esa restricción da lugar a salvaguardas como también las exenciones muy diferentes».

En tercer lugar, la incidencia de acciones colectivas está influenciada por múltiples factores, la mayoría relacionados con cuestiones de viabilidad financiera que giran en torno a la financiación y los costos. La existencia de evidencia de una violación de derechos y la disponibilidad de un procedimiento colectivo son condiciones previas, pero no decisivas de la viabilidad financiera del litigio. Así, el juego de cómo las reglas afectan la viabilidad es un tema complejo que difiere en cada jurisdicción (Stadler, 2018a, pp. 519-544).

Cuarto: todos los factores individuales se rigen por los contextos nacionales. Incluso puede discutirse si las salvaguardas son vagas, pero ello se deja a los Estados miembros, que las introducirán de una manera que se adapte al contexto local. Sin embargo, la naturaleza de cómo operan las salvaguardas a nivel nacional individual y colectivamente, y en qué medida pueden o no alentar el litigio o impedir su abuso, variará entre ellos.

Quinto: ya existe una variación sustancial en la medida en que hay o no salvaguardas particulares en los Estados miembros, y dicha diversidad parece estar expandiéndose. Entre los ejemplos se pueden incluir la admisibilidad de honorarios contingentes (Dinamarca, Lituania, Inglaterra y Gales, propuesta en los Países Bajos, con muchos Estados que permiten tarifas condicionales), variaciones en el efecto de la regla de «el perdedor paga» (en el Reino Unido) y la imposibilidad de prohibición de honorarios de contingencia o financiadores de litigios por terceros (utilizando intermediarios se evitan fácilmente las prohibiciones existentes) (Money-Kyrle & Hodges, 2012, pp. 477-504).

¿Cómo debe evaluarse la política de la Comisión? Los criterios establecidos anteriormente por esta son la efectividad de la resolución, la promoción de la economía procesal y la seguridad jurídica, además de resultados justos y plazos razonables, sin abuso y sin incentivos económicos para reclamos especulativos (Hodges, 2014, pp. 67-89).

### V.3. La diversidad en los Estados miembros y los costos

La evidencia también muestra que la mayoría de los Estados miembros no introdujeron acciones colectivas para mejorar el acceso a la justicia. Es notable que el origen de los procedimientos colectivos fuera a menudo

que los jueces se enfrentaron a la gestión de múltiples reclamos similares y necesitaban un procedimiento para ser capaces de hacerlo (Stadler *et al.*, 2020, pp. 1-10); o que los introdujeran, pero con funcionalidad limitada como en Francia (Azar-Baud, 2021, pp. 247-271). Los principales ejemplos son España con el escándalo del petróleo contaminado (*Organización de consumidores y usuarios vs. Volkswagen*, 2017), Inglaterra con una serie de casos de responsabilidad del producto (*MasterCard vs. Merricks*, 2019), Alemania con el litigio de Deutsche Telekom y múltiples casos en los Países Bajos (Mom, 2011, pp. 5-50). De esa manera, la historia demuestra más una simple necesidad administrativa que una de mejorar el acceso a la justicia o la salud del mercado (Ortells Ramos, 2020, pp. 49-102; Hodges, 2014, pp. 67-89).

Los litigios costosos no pueden sostenerse sin fuentes confiables de financiamiento, sin costos ni riesgos predecibles y sustentables. Los financiadores seleccionarán jurisdicciones atractivas y tipos de casos, como lo hacen ahora, rechazando otros; mientras que las jurisdicciones con bajos costos atraerán reclamos masivos. Los que siguen el modelo alemán de los procedimientos civiles son inherentemente más atractivos: se han presentado algunas demandas masivas de consumidores traídos a Austria y a Alemania, donde hay fondos privados disponibles para el consumidor, así como organismos para reclamos de aceptación de *Prozessfinanzierer* sobre la base de que los costos adversos son predecibles y limitados (Stadler, 2018b, pp. 189-194; Vallespín Pérez, 2018, pp. 10-50). Pero tampoco puede ignorarse que también hay Estados miembros que en la actualidad no cuentan con ningún sistema de proceso colectivo. Esto disminuye la confianza y la capacidad de los consumidores y las empresas para operar en el mercado interior, distorsiona la competencia y obstaculiza la aplicación efectiva de la legislación de la UE en el ámbito de la protección del consumidor (Issacharoff & Miller, 2009, pp. 37-68).

Los tipos de casos más atractivos para invertir son aquellos con altas cuantías de daños y elevadas probabilidades de éxito, como las infracciones de competencia posteriores (que podrían resolverse más rápidamente si los reguladores estuvieran preparados para ejercer presión, a veces asistidos por el tipo ADR de asistencia de expertos independientes). Los inversores actualmente eligen un sistema de agrupado de casos y casi todos rechazan cualquier caso independiente. Las reclamaciones de los inversores también están aumentando la presentación de numerosas acciones. Muchos no cumplieron con los criterios de certificación de la admisibilidad y fueron rechazados (Vallespín Pérez, 2018, pp. 10-30). Los honorarios de contingencia, por su lado, son (excepcionalmente) aprobados para reclamos de clase y tienen un tope del 20 %. La demanda colectiva es opcional y todos los reclamantes deben solicitar la cantidad (por lo tanto, requiere de negociación entre ellos). De esa manera, el

procedimiento de clase ha resaltado —en lugar de resuelto— problemas subyacentes con el sistema de justicia civil.

La mayoría de tipos de disputas entre empresas generalmente puede ser resuelta sin litigio; por ejemplo, mediante negociación cuando los acuerdos de suministro se renuevan. Según la evidencia actual, es probable que el número de puntos críticos de litigio sea limitado (el Reino Unido, Polonia, Italia y los Países Bajos son un ejemplo). Sobre una base más amplia, en muchas jurisdicciones los inversores (abogados o financieros) muestran pocas señales de interés en invertir en reclamos masivos menores (Stadler, 2015, pp. 149-149).

La entidad representativa calificada que interponga la acción con arreglo a la Directiva debe procurar las medidas oportunas y pertinentes, incluyendo las de reparación, en interés y en nombre de los consumidores afectados por una infracción. La entidad calificada debe tener los derechos y obligaciones procesales de la parte demandante en el procedimiento (Armenta Deu, 2013, pp. 20-45). Asimismo, los Estados miembros podrían otorgar a los consumidores individuales afectados por la acción ciertos derechos dentro de la acción de representación, pero no deberían ser parte demandante en el procedimiento (Azar-Baud, 2021, pp. 1-4). En cualquier caso, los consumidores individuales no deben poder interferir con las decisiones procesales tomadas por las entidades calificadas, solicitar individualmente pruebas dentro del proceso, o apelar individualmente las decisiones procesales del tribunal o la autoridad administrativa supervisora del actuar de las entidades (Guski, 2018, pp. 353-375). Los consumidores individuales tampoco debieran tener obligaciones procesales dentro de la acción de representación ni asumir las costas del proceso, salvo en circunstancias excepcionales (Bujosa Vadell, 2020 pp. 137-165); sin embargo, los consumidores afectados sí deben tener derecho a beneficiarse de la acción de representación. En las acciones representativas de medidas cautelares, el beneficio sería el cese o la prohibición de una práctica que constituya una infracción (Guski, 2018, pp. 353-375; Armenta Deu, 2018, pp. 9-16).

El equilibrio que la UE ha logrado en relación con las acciones colectivas es un compromiso político. La decisión refleja que se desean más acciones colectivas, pero no una sobreabundancia. La base de esa opinión radica en el efecto acumulativo de las diversas salvaguardas que han sido establecidas por el Parlamento Europeo y la Comisión, basándose en las que existen en los Estados miembros. Un punto clave es que el litigio es un medio para ofrecer una indemnización por el incumplimiento de las normas legales y no un medio principal de ventilación de cuestiones políticas o sociales, o de regulación de empresas o Gobiernos. Lo importante es lograr una reparación y, al hacerlo, uno debe observar

todos los medios disponibles: no solo el litigio, sino el marco regulatorio y las vías de ADR (Voet, 2014, pp. 97-128).

Dado que tanto los procedimientos judiciales como los administrativos son útiles para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, los Estados miembros son responsables de su adecuada regulación y ámbito de aplicación. Ello con una hermenéutica del derecho a un recurso efectivo, en virtud del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Luther, 2012, pp. 306-326), para habilitar la impugnación de decisiones administrativas ante un tribunal de justicia (recurso efectivo) en aplicación de la presente directiva, lo que comprende la posibilidad de obtener una orden de no innovar que suspenda los actos lesivos (Ortells Ramos, 2011, pp. 419-482).

Las organizaciones de consumidores, en particular, deben actuar decididamente como avalistas de la vigencia e implementación de la directiva. De acuerdo con las tradiciones jurídicas nacionales, los organismos públicos también pueden colaborar activamente para ello (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20). También se garantiza —y así deben hacerlo las legislaciones nacionales— un reconocimiento recíproco de la aptitud de las entidades representantes calificadas en los procesos transfronterizos. Ello, no obstante la posibilidad de considerar y examinar siempre el propósito de la entidad en el contexto del caso concreto (Azar-Baud, 2021, pp. 1-4).

## VI. EL USO DEL PROCESO DIGITAL PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

Los documentos de la Comisión se refieren a la «reparación colectiva», pero se enfocan casi exclusivamente en las «acciones colectivas» privadas en los tribunales. Este uso del lenguaje esconde un intento deliberado de giro político y un gran fracaso en la formulación de políticas. La Comisión sabe que la «reparación» es un objetivo más que una técnica o procedimiento, y que, de hecho, existen otras técnicas que pueden proporcionar reparación, además de los litigios privados; pero parece haber olvidado su propia visión de que hay tres técnicas principales, como ya referimos, en tanto tres pilares: litigio, ADR y derecho regulatorio (Föhlisch & Löwer, 2019, pp. 48-52).

Existe una creciente evidencia de que las técnicas reguladoras y de ADR brindan ambas reparación individual y colectiva, y también de que son mucho más baratas, rápidas y efectivas que la acción colectiva anticuada. También hay evidencia de que cuando esas dos técnicas son combinadas, funcionan particularmente bien y brindan reparación y control de comportamiento del mercado y sus actores. Ello explica por qué, en la mayoría de los Estados miembros, las acciones

colectivas existentes están deliberadamente limitadas en alcance a sectores específicos y no son horizontales (Stadler, 2015, pp. 145-149; Bignami, 2011, pp. 411-461).

Una técnica más poderosa es dar a las autoridades públicas de cumplimiento normativo suficientes poderes para proporcionar reparación (es decir, restitución de pérdidas) como parte de su aplicación. Los ejemplos mencionados anteriormente son el defensor del consumidor danés y un gran número de regulaciones en el Reino Unido, los cuales han logrado éxitos notables en la entrega completa, rápida y de reparación efectiva. La Comisión, incluso en 2013, provocó la reparación en un contexto regulatorio mucho más rápidamente que si se hubieran seguido años de litigios (Communication from the Commission European Union «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11 de junio de 2013).

En la última década se han construido estructuras digitales de ADR para consumidores que se expandirán considerablemente (Stadler, 2015, pp. 145-149). Estas operan procedimientos para identificar problemas masivos y atraen así la atención del regulador para producir una reparación rápida y lograr el cumplimiento conductual continuo. En Suecia, Dinamarca, Finlandia, y en un grado cada vez más significativo en el Reino Unido, los Países Bajos, España, Portugal e Italia, los consumidores apenas usan los tribunales y prefieren las ADR (Voet, 2014, pp. 97-128). Y a ello se ha sumado la tecnología mediante el sistema de ODR.

La Comisión cree que se requieren acciones colectivas privadas para obligar a las empresas a la resolución de reclamos por daños a través de ADR; sin embargo, la evidencia muestra que ahí donde las autoridades utilizan un poder de reparación regulatorio, se puede llegar a un acuerdo con adecuadas fases de investigación en aspectos sancionadores y de daños, ahorrando litigios largos y costosos. Los impedimentos para establecer tal acercamiento son la insistencia por parte de las autoridades de competencia en la bifurcación de las fases del cumplimiento público (que apoyan) y el privado (que rechazan). A partir de resolución alternativa de conflictos y de litigios en línea de la Directiva 2013/11/UE, ello se tornó realidad (Stürner *et al.*, 2014, pp. V-X).

La Comisión no ha tenido una visión clara de todas estas opciones ni ha emprendido una evaluación de impacto adecuada. Tampoco ha examinado la aplicación de manera integral ni ha evaluado cómo las diversas técnicas se comparan en términos de criterios como los que ha establecido (efectiva resolución de controversias, resultados ciertos y justos, tiempo razonable, sin abuso o incentivos para reclamos especulativos) o de velocidad, costo, efectividad y resultados

comparativos. La Comisión aquí sufre de un punto ciego importante que no es consecuencia de las acciones de implementación de políticas públicas, por lo que tiene poca experiencia de aplicación pública. Son los Estados miembros los responsables de hacer cumplir los principios de subsidiariedad, sujetos al requisito único de que se apliquen sanciones proporcionales, efectivas y disuasorias (Hodges, 2014, pp. 85-88).

Por otra parte, la Comisión ha recomendado que los Estados miembros tengan un régimen de actuación colectiva horizontal para todo tipo de casos. El enfoque horizontal fue solicitado por el Parlamento y evita inconsistencias entre las diferentes iniciativas de la Comisión sobre reparación colectiva, un hecho que apunta a la necesidad de un sistema más coherente. Asimismo, se confiaron otras técnicas a los Estados miembros, como la capacidad de los tribunales y de los sistemas de ADR para procesar reclamos individuales similares. Además, no hay indicios de un gran entusiasmo por parte de los Estados miembros por alterar el equilibrio interno de sus sistemas legales mediante un cambio importante, finalmente focalizando todo hacia el litigio (Cortés, 2015, pp. 114-130; 2016, pp. 10-25; Faure *et al.*, 2008, pp. 361-401).

Primero, se debe señalar que todos los Gobiernos desean como prioridad promover el crecimiento y mantenimiento de mercados competitivos, así como la pronta rectificación de desequilibrios mediante el pago de una compensación justa y completa. A simple vista, regular las acciones puede favorecerlas, pero la pregunta sigue siendo si hay otras opciones (las hay) y cuál de ellas es más efectiva, rápida y barata. En segundo lugar está la conciencia del riesgo de que el movimiento hacia cualquier mecanismo de acción colectiva pueda ser percibido por los negocios internacionales y los mercados como negativo, y de que eso inevitablemente tenga un efecto perjudicial en la competitividad de la UE, produciendo una falta de entusiasmo para invertir en un Estado (Guski, 2018, pp. 353-375). En tercer lugar, la adopción de un modelo de aplicación generalizada por litigios privados podría resultar contrario al modelo de la UE para la aplicación de muchas normas a través de mecanismos regulatorios y otros. La arquitectura regulatoria europea tiene un aspecto diferente dado por el equilibrio entre la aplicación pública y privada (y ahora, además, la incorporación y el fortalecimiento de los métodos complementarios de solución de controversias [ADR]) (Bignami, 2011, pp. 411-461).

## VII. LA DIRECTIVA 2020/1828: ¿UN NUEVO AMANECER?

La directiva sobre las acciones representativas busca ser la respuesta del legislador europeo a una situación inaceptable en la UE, relativa a la ausencia de acciones colectivas paneuropeas en contexto con las

discordantes soluciones (legislativas y casuísticas) presentes en los distintos Estados miembros (Augenhofer, 2019, pp. 5-10). En modelos como los de Estados Unidos, Canadá, Australia o Israel una empresa que infringe la ley y causa daños masivos a los consumidores suele verse obligada a indemnizar a todas las víctimas y puede preferir concluir acuerdos extrajudiciales (Dangl, 2020, pp. 798-805; Azar-Baud, 2021, pp. 1-6).

El artículo 1 de la directiva sobre acciones representativas establece un doble objetivo: garantizar que en todos los Estados miembros se disponga de un mecanismo de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, al mismo tiempo que se proporcionan salvaguardas adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal. A tal fin, los Estados miembros deben introducir o (si es necesario) revisar las normas nacionales para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Axtmann & Staudigel, 2020, pp. 80-93). Además, se reconocen acciones representativas que engloban tanto las medidas de cese como las de indemnización, y se define al interés colectivo *lato sensu*, pues comprende el interés general de los consumidores y los intereses individuales homogéneos (Räthemeyer, 2021, pp. 4-6). No obstante, aún será necesario esperar la transposición de la directiva (en un plazo de dos años) y su entrada en vigor (seis meses después) (Augenhofer, 2021, pp. 113-118).

Ya la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión Europea del 11 de junio de 2013, relativa a los principios comunes aplicables a los mecanismos colectivos en materia de acciones de cesación e indemnización en los Estados miembros por violación de los derechos conferidos por el derecho de la UE, proponía la adopción de acciones colectivas con un alcance horizontal. Ello ya que, para obtener una reparación de daños o cesación de actos lesivos, no hay duda de que las acciones colectivas son más eficaces que las individuales. Además, esto tiene validez especialmente en las pequeñas causas pues, por sus montos, a veces resulta ser el único mecanismo viable y eficaz por el costo elevado de una acción individual, aunque también funciona en litigios de derecho de la competencia. Es decir, dicho texto no imperativo va más allá de la protección específica de los intereses de los consumidores y abarca a los ciudadanos. Como la mayoría de los Estados miembros no la siguieron, la UE optó por intervenir mediante esta directiva (Räthemeyer, 2021, pp. 4-8).

### VII.1. Acción representativa e interés colectivo

La designación del nuevo mecanismo europeo de «acción representativa» resulta ser original si se confronta con los modelos comparados. Además, y sobre todo, denota su principal característica,

ya que la acción representativa solo puede ser ejercida por «entidades calificadas» que pueden actuar en nombre de los consumidores para la tutela del interés colectivo. El interés colectivo, por su parte, abarca el interés general de los consumidores y, en particular, los intereses de un grupo de estos. Al igual que en los sistemas iberoamericano y angloamericano, comprende subtipos como los derechos divisibles (intereses individuales homogéneos o la suma de intereses individuales) y los intereses indivisibles (difusos) (Lühmann, 2020, pp. 1706-1710). De forma similar al derecho francés, estas características asoman como salvaguardas contra el uso abusivo de las acciones colectivas (Azar-Baud, 2020, pp. 233-240; Eckert, 2020, pp. 1-5).

Contraria al enfoque horizontal adoptado anteriormente (Recomendación 2013/396/UE), la directiva solo es aplicable en su ámbito sustantivo a las violaciones del derecho de la UE enumeradas en su anexo I. Una acción representativa puede tener por objeto medidas (pretensiones) de cesación y resarcitorias; y dado que la parte procesal formal es solo la entidad calificada, es esta quien asume los derechos y obligaciones derivados del procedimiento (Cordón Moreno, 2020, pp. 166-180). Cabe precisar que solo los consumidores-personas físicas o naturales pueden ser representados procesalmente, lo que excluye tanto a las pequeñas empresas como a las autoridades locales que, no obstante, suelen ser frecuentemente víctimas de los mismos actos dañosos masivos (Philipp, 2020, pp. 1051-1056).

El consumidor se beneficia del resultado de la acción según lo que dispongan los Estados miembros. En efecto, la directiva deja les deja a estos la libertad de establecer un sistema de inclusión (*opt-in*) o exclusión (*opt-out*) voluntaria, con dos excepciones (art. 9.3). Esta crítica no alienta a los Estados miembros a adoptar un régimen de exclusión voluntaria, que resulta ser la única forma eficaz de dar a la acción colectiva el efecto compensatorio para todos y, por lo tanto, el incentivo negativo disuasivo deseado. Así las cosas, los consumidores deberán adherir (*opt-in*) a cualquier acción representativa transfronteriza como a una acción representativa nacional en la que el Estado miembro haya determinado la inclusión voluntaria. Los Estados miembros quedan así libres para prever un mecanismo de aceptación o exclusión voluntaria (*opt-in* u *opt-out*), o bien una combinación de ambos, cuando un consumidor interesado en una acción representativa desee entrar o salir de proceso pendiente. Los Estados miembros también tienen la facultad discrecional de decidir en qué etapa procesal de la acción representativa el consumidor individual puede optar. También es cierto que las demandas colectivas pueden llegar a ser más frecuentes en ciertos Estados miembros, donde la flexibilidad en la admisibilidad y los mecanismos de financiación existentes son más favorables. Así se confirman como válidos los temores esbozados en respuesta al borrador

de la directiva respecto a la posibilidad de que se presenten acciones sin mérito con fines exclusivamente lucrativos (Biard, 2018b, pp. 21-26; Voet, 2018, pp. 205-230; Stadler, 2018d, pp. 519-544).

Dado que la mayoría de los Estados miembros con acciones de clase han adoptado un sistema de consentimiento expreso, es probable que la inclusión voluntaria siga siendo el principio predominante en Europa. Hasta la fecha, pocos Estados miembros cuentan con un mecanismo de exclusión voluntaria (Portugal y los Países Bajos) o un mecanismo mixto (de inclusión o exclusión voluntaria, en función de las especificidades del caso, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y el Reino Unido) (Domej, 2019, pp. 446-450).

### VII.2. El proceso colectivo

La directiva incorpora pocas normas procesales, respetando la autonomía de los Estados miembros. Así, las condiciones de admisibilidad de una acción específica se dejan a la discreción de los Estados miembros, como en el caso del grado de similitud requerido de las declaraciones individuales o del número mínimo de consumidores afectados (Armenta Deu, 2020, pp. 133-148), para los que solo se prevén algunas disposiciones. De manera general, vale la pena mencionar las siguientes: a) una referida al deber de información sobre los consumidores afectados y alcanzados por la acción cuando esta inicia el proceso (art. 7); y b) otra con el deber/potestad dado a los jueces o las autoridades para desestimar los casos manifiestamente infundados lo más tempranamente posible, según el derecho local. Resalta la regulación de las «cautelares de cese», que pueden ordenarse como una «medida provisional» para las prácticas que, se «presume», constituyen una infracción; y como una «medida definitiva» cuando constituyen una vulneración al derecho sin lugar a duda (Prütting, 2020, pp. 197-202). La tutela cautelar persigue la protección provisoria de los intereses colectivos de los consumidores, ello independientemente de cualquier pérdida o daño real sufrido de forma individual por estos. De esa forma, se puede disponer que el empresario asuma conductas específicas como informar completa y adecuadamente al consumidor sobre el contrato que se celebra. Asimismo, la decisión sobre una cautelar es independiente de cualquier ponderación sobre la intencionalidad, negligencia o culpa de la práctica dañosa (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20; Taruffo, 2019a, pp. 97-118; 2019b, pp. 119 y 136; Bujosa Badell, 2020, pp. 12-48).

Las normas sobre la «prueba» son muy tenues, quizás por la consideración a la autonomía de cada Estado, donde incluso la prueba a veces se regula no solo procesalmente, sino de manera sustantiva. El demandante no debe acreditar el perjuicio real a los consumidores individuales, ni la intención o la negligencia por parte del demandado.

Las decisiones judiciales y/o administrativas previas que establezcan la infracción pueden ser material probatorio independiente del Estado en cuestión (Directiva 2020/1828, art. 18). No obstante la buena intención de la norma, quizás hubiera sido preferible la solución del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE del 26 de noviembre de 2014, relativa a las acciones de indemnización por daños y perjuicios en materia de competencia (Philipp, 2019, pp. 308-311), en vista de que determina una presunción irrefutable para las decisiones finales de una autoridad nacional de competencia o un órgano de apelación a los efectos de una acción por daños y perjuicios interpuesta ante sus tribunales nacionales.

La directiva prevé la hipótesis de la financiación de una acción representativa de indemnización por un tercero cuando lo permita el Estado miembro en el que se interpone la acción (art. 4) (Corominas Bach, 2018, pp. 29-30). No debe olvidarse que, históricamente, el mercado de financiación de litigios ya se fue expandiendo lentamente por toda la UE (Stadler, 2018a, pp. 189-194; Wagner, 2006, p. 124). En caso de fondos remanentes, hubiera sido deseable una mejor regulación, dado que son los fondos asignados no reclamados por los consumidores incorporados al grupo en los plazos previstos, aunque sí se dispone que los Estados miembros cuenten con la posibilidad de establecer normas sobre su asignación. Hubiera sido preferible una disposición imperativa como «deben», que es lo que ha demostrado mejor funcionamiento; sin embargo, la directiva se contenta con una especie de *fluid recovery* anómalo y muy limitado (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-4).

Hay disposiciones para disuadir y evitar el abuso procesal, tal es el caso de aquellas que establecen que: a) los representantes no deben tener ningún conflicto de intereses ni fines de lucro, deben ser independientes de toda influencia —en particular, de terceros financiadores— y deben revelar la fuente de financiación; b) el cumplimiento de las condiciones por parte de los representantes debe ser evaluado periódicamente por los Estados miembros; c) el tribunal debe examinar la legitimidad de una entidad calificada en cada caso (más allá de la mera inclusión en la lista por un Estado miembro); d) el demandado afectado por el cumplimiento por parte de una entidad habilitada de los criterios establecidos por la directiva puede plantearlo, al igual que la Comisión y los jueces o las autoridades; e) el tribunal tiene derecho a rechazar las reclamaciones manifiestamente infundadas en una fase temprana; f) la obligación de la entidad habilitada de sufragar las costas si la acción no prospera; y g) el tribunal puede rechazar la legitimación activa de la entidad en caso de financiamiento no conforme a las reglas enunciadas con antelación.

Pero también es cierto que son acotadas y podrían haberse considerado cuestiones como: a) la interrupción de la prescripción de las infracciones continuas (Blagojevic, 2020, pp. 301-332); b) soluciones a nivel de la

UE para las infracciones con alcance comunitario; c) la jurisdicción y competencia, ya que el domicilio social del profesional del país rige en las reglas generales, lo que incentivará a las empresas a que se constituyan en los Estados miembros con normas más favorables a sus intereses; d) la conexidad, coordinación y litispendencia de casos que se refieran a la misma infracción, tanto en casos individuales como colectivos paralelos; e) la designación de un demandante principal si son varias las entidades calificadas; y f) la posibilidad de constituir un *fluid recovery* que ordene a los infractores pagar daños y perjuicios globales (sobre una base de *opt-out*), y que el residual no reclamado por los consumidores se destine a una causa específica vinculada con el proceso (Corominas, 2018, pp. 169-179).

Finalmente, pese a la diferencia entre las acciones de cesación y las acciones de reparación, no puede dudarse de su complementariedad ni de que puedan hacerse valer conjuntamente. Ello ya que un mismo hecho dañoso puede ocasionar acciones de trascendencia colectiva con diverso contenido, pero que pueden conocerse y decidirse en un mismo proceso. La acumulación de las acciones mencionadas debe ser promovida y no se ve obstáculo en esta directiva para ello (art. 7.5), pues los Estados miembros han de poder permitir que las medidas de cesación y de reparación se soliciten en una sola demanda y que se acuerden en una misma resolución. Ello, a su vez, es una recomendación e instrucción fuerte para los Estados miembros: que disposiciones procesales internas puedan obstar aquellos objetivos perseguidos por la directiva (Gascón Inchausti, 2020, pp. 1311-1314).

### VII.3. Críticas finales. *Quo vadis*?

La presente directiva debe tener por objeto garantizar que los consumidores cuenten, al menos, con una alternativa procesal colectiva por representación para requerir medidas cautelares y de reparación que permita las tutelas de derechos en forma eficaz y eficiente. Esto impulsaría, quizás parcialmente, la confianza de los consumidores, los empoderaría para ejercer sus derechos, contribuiría a una competencia más justa y crearía condiciones equitativas para los comerciantes que operan en el mercado interior (Backhaus, 2012, pp. 69-75; Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20).

En un mecanismo de participación voluntaria, se debe exigir a los consumidores que expresen explícitamente su voluntad de ser representados por la entidad calificada en una acción representativa de reparación (Azar-Baud, 2021, pp. 1-4; Gutierez de Cabiedes, 2018, pp. 17-60). En un mecanismo de exclusión voluntaria, se debe exigir a los consumidores que expresen explícitamente su voluntad de no ser representados por la entidad calificada en una acción representativa de

reparación (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20). Por otro lado, los Estados miembros deben poder decidir en qué fase de la acción de representación los consumidores individuales pueden ejercer su derecho a participar o excluirse del procedimiento. Los consumidores afectados por una acción representativa de reparación deben tener oportunidades adecuadas, después de que se haya interpuesto la acción, para expresar su voluntad sobre si deben o no estar representados por la entidad calificada en esa acción representativa específica, y si deben beneficiarse o no de los resultados relevantes de esa acción. Asimismo, para responder mejor a sus tradiciones jurídicas, los Estados miembros deben prever un mecanismo de inclusión o exclusión voluntaria, o una combinación de ambos.

Un problema evidente y que deja dudas abiertas es que, tras analizar los elementos básicos del sistema que se establece en la directiva de 2020 y los antecedentes que se escogieron para el desarrollo evolutivo, es un poco difícil predicar la existencia de un sistema completo y coherente. Primero, porque no se ha logrado (ni es de considerarse) ni se aspira a fórmulas únicas de tutela colectiva, sino que el mosaico de soluciones propuestas por los ordenamientos procesales nacionales puede disponer —y lo hacen— de otros mecanismos que difieren a los de la directiva. Segundo porque, normativamente, es la propia directiva la que delega la definición de muchos aspectos claves y de extrema relevancia a los Estados miembros como parte de su autonomía procesal (Nagy, 2020, pp. 127-130).

Se podría haber esperado que un mecanismo europeo de acción colectiva protegiera todos los derechos concedidos a los consumidores o, mejor aún, a los ciudadanos, pero esta directiva no lo consigue, pues solo se aplica a unas sesenta directivas y reglamentos enumerados en el anexo. Fundamentalmente, no abarca las infracciones de la legislación antimonopolio de la UE, que podría decirse que es una de las esferas en las que la reparación al consumidor es más compleja y deficiente. Tampoco se incluyen los derechos fundamentales y la discriminación. En cuanto a las personas con derecho a deducir acciones representativas, la directiva solo define los criterios de designación cuando se trata del derecho a entablar acciones transfronterizas, dejando así a los Estados miembros una amplísima discreción para las acciones colectivas nacionales, algo ya observado en el proyecto de directiva (Halfmeier & Rott, 2018, pp. 243-244). A ello se suma que el derecho a actuar en una acción de representación está sujeto a la condición de proporcionar información suficiente sobre los consumidores afectados por la acción, lo que puede generar una casuística y regulaciones contradictorias entre sí (Lühmann, 2019, pp. 570-575; Ortego Pérez, 2020, pp. 1-21). Tampoco resulta atendible la exclusión de las escasas referencias a la propuesta de la Comisión en las que se permitía ver un equivalente del *opt-out*.

La directiva solo excluye el *opt-in* en las cautelares de cese de una conducta ilícita, pero ello no era necesario, ya que las órdenes de cese tendrían en todo caso de hecho o de derecho efectos *erga omnes* (Corominas Bach, 2018, pp. 169-170). No siguiendo el aporte académico mayoritario de que la reparación de los consumidores por pequeñas cantidades resulta efectiva con un mecanismo de *opt-out*, la directiva no solo lo ignora, sino que además prohíbe a los Estados miembros adoptar ese modelo si se trata de los consumidores de otros Estados miembros (Philipp, 2019, pp. 308-311).

Los consumidores y las entidades calificadas pueden desanimarse por el hecho de que deberán lidiar con las diferentes reglas de cada jurisdicción si desean presentar un reclamo transfronterizo (Voet, 2018, pp. 210-211). Con estas conclusiones iniciales es más probable que cada jurisdicción adopte su propia forma de acción de clase y que haya un alto grado de variación entre los Estados miembros, lo que generará litigios costosos y poco atractivos en al menos algunos de ellos. Esta opinión se ve resaltada por el hecho de que algunos Estados miembros ya se han movido para implementar alguna forma de acción colectiva como el Reino Unido, los Países Bajos e Italia, adoptando acciones colectivas de exclusión voluntaria que pueden ser dirigidas con representantes de reclamos individuales y respaldadas por fondos de terceros (Kramer, 2013, p. 63; Voet, 2013, pp. 457-464; Gaboardi, 2019).

Por lo tanto, para responder a la pregunta clásica de si esta directiva es realmente una novedad, la respuesta a futuro no parece ser positiva ni muy optimista (Bruns, 2018, pp. 2753-2760). La globalización y la digitalización han aumentado el riesgo de que un gran número de consumidores resulten perjudicados por la misma práctica ilegal; así, las infracciones del derecho de la UE perjudican al consumidor. Sin medios efectivos para lograr el cese de prácticas ilegales y reparar las pérdidas de los consumidores, la confianza de estos en el mercado interior se ve obstaculizada (Ulen, 2012, pp. 75-100). Y ello se suma a que los procedimientos de acción representativa, tanto para medidas cautelares como de reparación, varían en la UE y ofrecen diferentes niveles de protección a los consumidores (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20).

## VIII. CONCLUSIONES

La Directiva 2020/1828 de noviembre de 2020 marca un hito significativo que, no obstante, puede tener consecuencias decepcionantes y ser un paso en falso. El paquete de propuestas revela compromisos políticos relevantes. Las preguntas clave son: ¿la Comisión y el Parlamento logran con su modelo una mayor certeza en la reparación y evitan el abuso? La evidencia empírica actual sugiere

que el paquete no generará un aumento significativo en la reparación para consumidores o empresas. ¿Y se han logrado los objetivos establecidos en su comunicación? La acción colectiva propuesta es capaz de resolver efectivamente una gran cantidad de reclamos individuales por compensación de daños y de entregar resultados legalmente ciertos y justos (Augenhofer, 2019, p. 6; Goldsmith, 2013, pp. 30-45); sin embargo, es poco idónea para promover la economía procesal y casi imposible de aplicar a la hora de resolver reclamos dentro de un plazo razonable. Si bien respeta los derechos de todas las partes involucradas, proporciona algunas robustas salvaguardas (pero no evita) contra litigios abusivos y límites económicos como desincentivos para presentar reclamos especulativos (Axtmann & Staudigel, 2020, p. 84; Harsági & Van Rhee, 2014, pp. 19-30).

¿Estamos viendo un nuevo amanecer de la reparación colectiva? Hay evidencia de que sí, pero a medias: una era de renovadas acciones colectivas. Si la UE se toma en serio la entrega de reparaciones, evitando el abuso, será una era de mayor reparación entregada a través de mecanismos regulatorios y de ADR respaldados por las presiones del mercado competitivo. De hecho, las instituciones de la UE se enfrentan a una importante elección de políticas públicas. En ese sentido, ¿la UE quiere un sistema que priorice la aplicación privada de los derechos públicos y privados como en Estados Unidos, o prefiere continuar con un enfoque equilibrado entre la aplicación pública y privada? Y, de cara a ello, ¿cómo debería ser ese equilibrio ahora? Para responder a esa pregunta crucial se necesita mucha más evidencia y reflexión. La recomendación de que todos los Estados miembros tengan una acción colectiva horizontal para todo tipo de reclamo es revolucionaria y resulta improbable que encuentre el favor de la mayoría de los Gobiernos.

Los factores clave que afectan el litigio colectivo se controlan a nivel nacional, por lo que la diversidad de la situación actual continuará sin ser armonizada. En ese sentido, el paquete no logrará igualdad de condiciones y la diversidad continua promoverá *forum shoppings* entre los diferentes Estados miembros.

## REFERENCIAS

Andrews, N. (2021). English System of Multiparty Litigation. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 153-175). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Armenta Deu, T. (2013). *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid: Marcial Pons.

Armenta Deu, T. (2018). Introducción. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (eds.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)* (pp. 9-16). Madrid: Marcial Pons.

Armenta Deu, T. (2020). La legitimación en las acciones colectivas. En A. Montesinos García (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del Siglo XXI* (pp. 133-148). Valencia: Tirant lo Blanch.

Augenhofer, S. (2019). Die Reform des Verbraucherrechts durch den "New Deal" - ein Schritt zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, *40*(1), 5-10.

Augenhofer, S. (2021). Die neue Verbandsklagen-Richtlinie - effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht? *Neue Juristische Wochenschrift*, *74*(3), 113-118.

Axtmann J., & Staudigel, A. (2020). Richtlinienvorschlag zur Verbandsklage - kurzer Überblick. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, *53*(3), 80-93.

Azar-Baud, M. J. (2018). Acciones colectivas en Francia y la Unión Europea: diferencias con Argentina e Iberoamérica. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (eds.), *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (pp. 445-480). Barcelona: Marcial Pons.

Azar-Baud, M. J. (2020). French Group Action Lawsuits - Between tradition and modernity. *European Journal of Consumer Law*, *2*, 233-240.

Azar-Baud, M. J. (2021). A propósito de la Directiva Europea sobre Acciones Representativas para la Protección de los Intereses Colectivos de Consumidores. *La Ley*, *LXXXV*(5), 1-10.

Azar-Baud. N. J., & Magnier, V. (2021). Class Action à la française. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions: An International Survey* (pp. 247-271). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Azar-Baud, M. J., & Sousa Ferro, M. (2020). *Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf's clothing? EU Law live*, Op.-Eds 4/12/2020.

Blagojevic, D. (2020). *Die effektive Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche mittels Gruppenklage*. Berlín: Nomos. https://doi.org/10.5771/9783748921868

Bailey, D. (2010). Early Case-Law of the Competition Appeal Tribunal. En B. Rodger (ed.), *Ten years of UK Competition Law Reform* (caps. 2-3). Dundee: DUP.

Benedí Lahuerta, S. (2018). Enforcing EU Equality Law through Collective Redress: Lagging behind? *Common Market Law Review*, (55).

Biard, A. (2018a). Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds? *ERA Forum*, (19). https://doi.org/10.1007/s12027-018-0509-4

Biard, A. (2018b). Sale temps pour L'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse. *Revue Lamy Droit Civil*, (157).

Bignami, F. (2011). Cooperative legalism and the non Americanization of European regulatory styles: The case of data privacy. *The American Journal of Comparative Law*, *59*(2). https://doi.org/10.5131/ajcl.2010.0017

Blennerhassett, J. (2016). *A Comparative Examination of Multi-Party Actions. The Case of Environmental Mass Harm.* Oxford, Berlín: Beck-Hart-Nomos. https://doi.org/10.5771/9783845280301

Brändli, B. (2021). Class Actions in Switzerland. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 176-194). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Bruns, A. (2018). Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen? *Neue Juristische Wochenschrift*, *71*(38), 2753-2760.

Bujosa Badell, L. (2020). ¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos? En A. Montesinos Garcia (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del Siglo XXI* (pp. 12-48). Valencia: Tirant lo Blanch.

Cafaggi, F., & Micklitz H.-W. (2009). *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay between Private and Public Enforcement.* Cambridge: Intersentia.

Caponi, R. (2019). Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati uniti e il Dieselgate). *Foro Italiano*, *2*(9).

Cordón Moreno, F. (2020). Examen de los instrumentos de tutela previstos en la directiva, del parlamento y del consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, (36), 166-180. https://doi.org/10.18239/RCDC_2020.36.2639

Corominas Bach, S. (2018). *Procesos colectivos y legitimación. un necesario salto hacia el futuro.* Barcelona: Marcial Pons.

Cortés, P. (2016). *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution.* Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198766353.003.0001

Cortés, P. (2015). A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward. *Legal Studies*, *35*(1), 114-141. https://doi.org/10.1111/lest.12048

Dangl, M. (2020). Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen - ein Ultra-vires-Akt? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, *31*(5), 798-805.

De Wulf, H. (2021). Class Actions in Belgium. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 194-216). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Delatre, J. (2011). Beyond the White Paper: Rethinking the he Commission`s Proposal on Private Antitrust Litigation. *Competition Law Review*, *11*(1), 29-58.

Domej, T. (2019). Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie - Sisyphos vor dem Gipfelsieg? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (3), 446-450.

Eckert, J. (2020). Klagebefugnis von Umweltverbänden: Nationales Recht und EuGH-Rechtsprechung. *Zeitschrift für Verwaltung in Praxis und Wissenschaft*, *53*(1), 1-5.

Faure, M., Ogus, A., & Philipsen, N. (2008). Enforcement practices for breaches of consumer protection legislation. *Loyola Consumer Law Review*, *20*(4), 361-401.

Föhlisch, C., & Löwer, D. (2019). Die Entwicklung des E-Commerce-Rechts seit Mitte 2017. *Verbraucher und Recht*, (2), 48-52.

Fries, M. (2016). *Verbraucherrechtsdurchsetzung*. Tubinga: Mohr Siebeck. https://doi.org/10.1628/978-3-16-154588-7

Gaboardi, M. (2019). Inquiry into the Dieselgate Scandal in Italy. How to Enforce the Italian Consumer and Capital Market Law within the European Legal Context. *Enforcing Consumer and Capital Market Law*. Bocconi Legal Studies Research Paper N° 3553331. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3553331

Gascón Inchausti, F. (2018). *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*. Barcelona: Marcial Pons. https://doi.org/10.2307/j.ctv10rrcnp

Gascón Inchausti, F. (2020). ¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *12*(2), 1290-1323. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672

Gascón Inchausti, F. (2021). Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *13*(1), 277-297. https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960

Gascón Inchausti, F., & Hess, B. (2020). *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?* Cambridge: Intersentia. https://doi.org/10.1017/9781839700071

Gidi, A., & Ferrer Mac-Gregor, E. (eds.). (2008). *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano: comentarios artículo por artículo* (pp. 10-45). México: Porrúa.

Giudici, P., & Zulfi, B. (2021). The New Italian Regulation on Class Actions. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 217-232). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Goldsmith, J. (2013). European collective redress. *The Law Gazette*, 20/6/2013, 1-5.

Gutierez de Cabiedes, P. (2018). Acciones colectivas: pretensiones y legitimación. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (eds.), *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (pp. 17-60). Barcelona: Marcial Pons.

Guski, R. (2018). Konfliktermöglichung durch überindividuellen Rechtsschutz: Funktion und Dogmatik der Verbandsklage. *Zeitschrift für Zivilprozess*, *131*(3), 353-375. https://doi.org/10.1515/zzp-2018-1310304

Habbe, S., & Gieseler, K. (2018). Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung von Musterklagen aus deutscher Perspektive. *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, *39*(6), 227-230.

Halfmeier, A., & Rott, P. (2018). Verbandsklage mit Zähnen? - Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher. *Verbraucher und Recht*, (7), 243-250.

Halfmeier, A. (2021). Collective Litigation in German Civil Procedure. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 233-246). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Hársagi, V., & Van Rhee, C. (2014). Collective Redress in the Europe Union-Comparative Perspectives. En V. Hársagi y C. Van Rhee (eds.), *Multi-Party Redress Mechanism in Europe: Speaking Mice?* (pp. 1-10). Cambridge: Intersentia.

Hensler, D. (2009). The globalisation of class actions. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, *622*(1), 7-29. https://doi.org/10.1177/0002716208328327

Hodges, C. (2008). *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Pub. https://doi.org/10.5040/9781472564542

Hodges, C. (2009). From Class Actions to Collective Redress: A Revolution in Approach to Compensation. *Civil Justice Quarterly*, *28*(1), 41-66.

Hodges, C. (2014). Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Sqibb? *Journal of Consumer Policy*, *37*, 67-89. https://doi.org/10.1007/s10603-013-9242-0

Isacharoff, S., & Miller, G. (2009). Will Aggregate Litigation Come to Europe? *Vanderbilt Law Review*, *62*. https://doi.org/10.2139/ssrn.1296843

Javaux, B., & Biard, A. (2019). Recours Collectifs à l'heure de la Legaltech: l'initiative européenne serait elle déjà obsolète? *Revue Lamy Droit Civil*, (173), 1-5.

Jiménez Cardona, N. (2021a). *La Dimensión Constitucional del Derecho de la Competencia - Teoría y Práctica*. Curitiba: Jurúa.

Jiménez Cardona, N. (2021b). *Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la Competencia: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Bosch.

Kelemen, D. (2011). *Eurolegalism. The Transformation of Law and Regulation in the European Union*. Boston: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/harvard.9780674061057

Keske, S. (2010). *Group litigation in European competition law: A law and economics perspective*. Mortsel: Intersentia.

Kortmann, J., & Swaak, C. (2009). The EC White paper on antitrust damage actions: why the member states are (right to be) less than enthusiastic. *European Competition Law Review*, *3*(7), 340-351.

Kramer, X. (2013). Enforcing mass settlements in the European judicial area: EU policy and the strange case of Dutch collective settlements (WCAM). En C. Hodges y A. Stadler (eds.), *Resolving mass Disputes and settlement of mass claims* (pp. 63-90). Cheltenham: Edward Elgar. https://doi.org/10.4337/9781782546917.00010

Lühmann, T. (2019). Der Vorschlag einer europäischen Verbandsklage. *Neue Juristische Wochenschrift*, *72*(13), 570-575.

Lühmann, T. (2020). Kollektiver Rechtsschutz - Ein aktueller Überblick. *Neue Juristische Wochenschrift*, *72*(9), 1706-1710.

Luther, J. (2012). The Constitutional Impact of Class Actions in European Legal Systems. En J. Backhaus, A. Cassone y G. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (pp. 306-326). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. https://doi.org/10.4337/9781781001240.00022

Marcus, R. (2018). Treading Water? Current Procedural Issues in America. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, *23*, 183-202.

Miller, A. (1979). Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem. *Harvard Law Review*, *92*(3), 664-694. https://doi.org/10.2307/1340397

Mom, A. (2011). *Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Money-Kyrle, R., & Hodges, C. (2012). *Safeguards in collective actions*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society.

Mullenix, L. (2014). Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress. *DePaul Law Review*, *64*(2), 601-640.

Nagy, C. I. (2020). The long-awaited directive on representative actions: still waiting for godot... *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, *2*, 127-138.

Neira Pena, A. M. (2019). Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos. *Ius et Praxis*, *25*(1), 195-250. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100195

Ortego Pérez, F. (2020). Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la praxis. *Revista General de Derecho Procesal*, *52*, 1-21.

Ortells Ramos, M. (2011). Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección. *Ius et Praxis*, *17*(2), 419-482. https://doi.org/10.4067/s0718-00122011000200016

Ortells Ramos, M. (2020). Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España. En A. Montesinos García (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del Siglo XXI* (pp. 49-102). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pastor, J. M. (2018). La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación. En T. Armenta Deu y S. Pereira (eds.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (pp. 93-120). Madrid: Marcial Pons.

Philipp, B. (2019). Prozessrecht: Verbandsklage für Verbraucher. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, *40*(4), 308-311.

Philipp, B. (2020). Verbraucherrecht: EU-Verbandsklage verabschiedet. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, *41*(8), 1051-1056.

Prütting, H. (2020). Neue Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, *41*(5), 197-202.

Räthemeyer, M. (2021). Die neue Verbandsklagen-Richtlinie. *Verbraucher und Recht*, (1), 4-8.

Schröreder, M. (2016). *Der Unternehmerregress beim Verbrauchsgüterkauf im Falle von Grenzüberschreitenden Handelskaufen*. Tubinga: Mohr. https://doi.org/10.1628/978-3-16-154418-7

Revista Española de Derecho Internacional (2015). Información y documentación. *Revista española de Derecho Internacional*, *67*(1), 1-10.

Silvestri, E. (2013). Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission. *Russian Law Journal*, *46*, 46-56. https://doi.org/10.17589/2309-8678-2013-1-1-46-56

Stadler, A. (2014). European Developments in Collective Redress. *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*, *3*(2), 80-89.

Stadler, A. (2015). Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, *1*(1), 61-84.

Stadler, A. (2017). Stand und Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung in Deutschland und Europa. En *Tagungsband der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (pp. 129-152). Basilea, Tubinga: Mohr Siebeck.

Stadler, A. (2018a). Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Massenschäden. *Wirtschaft und Wettbewerb*, *68*(4), 189-194.

Stadler, A. (2018b). Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken. *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, *182*(6), 623-655.

Stadler, A. (2018c). Kollektiver Rechtsschutz quo vadis? *Juristen Zeitung*, (17), 793-802. https://doi.org/10.1628/jz-2018-0235

Stadler, A. (2018d). Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegermassenschäden. En M. Lehmann y D. Zetzsche (eds.), *Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen* (pp. 519-544). Tubinga: Mohr Siebeck.

Stadler, A., Smith, V., & Jeuland, E. (eds.). (2020). *Collective and Mass Litigation in Europe: Model Rules for Effective Dispute Resolution*. Cheltenham: Edward Elgar. https://doi.org/10.4337/9781789906059

Statement of the European Law Institute European (2014). *Collective Redress and Competition Damages Claims*. Viena: ELI. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-5-2014_Statement_on_Collective_Redress_and_Competition_Damages_Claims.pdf

Strong, S. (2013). Cross-Border Collective Redress in the European Union: Constitutional Rights in the Face of the Brussels I Regulation. *Arizona State Law Journal*, *44*.

Stürner, M., Gascón Inchausti, F., & Caponi R. (coord.). (2014). *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*. Berlín: Otto Schmidt/De Gruyter. https://doi.org/10.1515/9783866536098

Stürner, R. (2014). Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI–UNIDROIT Project. *Uniform Law Review*, *19*(2), 322-328. https://doi.org/10.1093/ulr/unu015

Taruffo, M. (2019a). Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective. En S. Pereira Campos (ed.), *Justicia Colectiva en Iberoamérica* (pp. 97-118). Montevideo: La Ley.

Taruffo, M. (2019b). Notes on the Collective Protection of Rights. En S. Pereira Campos (ed.), *Justicia Colectiva en Iberoamérica* (pp. 119-136). Montevideo: La Ley.

Torre Sustaeta, V. (2021). Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado. *La Ley Mercantil*, (21), 1-5.

Ulen, T. (2012). The Economics of Class Actions Litigation. En J. Backhaus, A. Cassone y G. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (pp. 75-100). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. https://doi.org/10.4337/9781781001240.00022

Uzelac, A., & Voet, S. (eds.). (2021). *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?* (pp. 1-15). Suiza: Springer.

Vallespín Pérez, D. (2018). *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas: conflictos y reclamaciones habituales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Van der Elst, C. F., & Weterings, W. (2021). The Dutch Mechanisms for Collective Redress: Solid, and Excellent Within Reach. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 272-302). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108770927.014

Voet, S. (2013). Cultural Dimensions of Group Litigation: The Belgian Case. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, *41*, 433-450.

Voet, S. (2014). European Collective Redress: A Status Quaestionis. *International Journal of Procedural Law*, *4*.

Voet, S. (2018). Europe's Collective Redress Conundrum. *Japanese Yearbook of International Law*, (61), 189-204.

Wagner, G. (2006). Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages* (vol. I, pp. 11-130). Múnich: Beck.

Wagner, G. (2011). Collective Redress—Categories of Loss and Legislative Options. *Law Quarterly Review January*, *127*, 55-82.

Whitford, W. (1981). Structuring Consumer Protection Legislation to Maximize Effectiveness. *Wisconsin Law Review*, *1981*(5), 1018-1043.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004). https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01 (Unión Europea). https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal [Caracas], 2004). http://www.adacu.org.ar/ada/assets/reports/2017_08_28_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_para_Iberoamerica.pdf

Communication from the Commission European Union «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11.6.2013

Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for collective redress mechanisms in the Member States for injunctions against and claims on damages caused by violations of EU rights, COM(2013) 3539/3, 11.6.2013. https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=en

Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo 2018/0089(COD), COM(2020) 693 final (5 de noviembre 2019). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0693&from=EN

Deutsche Bahn (IP/13/780) (Comisión Europea, 15 de agosto de 2013).

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2009/22/CE (2009). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0022&from=ES

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2013/11/UE (2013). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=ES

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/104/UE (2014). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=ES

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

ELI/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (ELI Council and Membership y Unidroit Governing Council, 2021). https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/English-integral.pdf

European Parliament Resolution of 2 February 2012 «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress», 2011/2089(INI). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012IP0021

Libro Verde sobre acciones por daños y perjuicios por incumplimiento de las normas antimonopolio COM(Comisión de las Comunidades Europeas, 2005) 672 final (2005). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=ES

Libro Blanco de las Comunidades Europeas sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia COM(2008) 165 final (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008). https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_es.pdf

*MasterCard vs. Merricks*. UKSC 2019/0118, sentencia (Corte Suprema [Reino Unido], 11 de diciembre de 2020).

*Organizacion de Consumidores y usuarios (OCU) vs. Volkswagen* (Juzgado Mercantil de Madrid [España], 2017).

Posición del Parlamento Europeo adoptada en la primera lectura del 26 de marzo de 2019 con miras a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Parlamento Europeo, 2018).

Presentación y debate sobre el borrador de normas del Grupo de Trabajo sobre "Partes" (Acciones colectivas) (Instituto de Derecho Europeo e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2018). https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/Unidroit_Materials/Trier_2018/WG_Parties_-_Draft_on_Collective_Redress.pdf

Propuesta del Parlamento Europeo: Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 (11 de junio de 2013). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013PC0404

Propuesta del Parlamento y Consejo Europeo: On certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 (11 de junio de 2013). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013PC0404

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2018) 185 final 2018/0090 (11 de abril de 2018). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=ES

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Comisión Europea, 2018).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE – Aproximaciones Generales (Consejo de la Unión Europea, 2019). https://www.consilium.europa.eu/media/41491/st14600-en19.pdf

Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes a los mecanismos de recursos colectivos por vía judicial y compensatoria en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea (Comisión de la Unión Europea, 2013). *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL_2013_201_R_NS0013

Recomendación 2013/396/UE de la Comisión UE relativa a la política colectiva de reparación y acciones de cese colectivas (Comisión de la Unión Europea, 11 de junio de 2013).

Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress (OCDE, 2007). http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf

Reporte sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Parlamento Europeo, 2018). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0447_EN.html

Vista la propuesta de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (COM(2018)0184).

*Tavoulareas vs. Tsavliris* (EWHC 414, § 39) (High Court [Inglaterra y Gales], 9 de marzo de 2006).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 1957 (última modificación por el Tratado de Lisboa) (2009).

Recibido: 11/01/2021
Aprobado: 10/05/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.008
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 273-307
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# La dignidad en función del sujeto. Tres posibles sentidos para un control de convencionalidad*

## Dignity According to the Subject. Three Possible Meanings in Conventionality Control

HELGA MARÍA LELL**
Conicet, Universidad Nacional de La Pampa (Argentina)

**Resumen:** Este trabajo expone tres categorías de uso de la noción de dignidad en función del sujeto: como estatus institucional, como nota propia del ser humano y como caracterización de otros elementos. En cada uno de los tipos, en primer lugar, se realiza una explicación teórica que, si bien es breve, pretende introducir algunas características sobre el respectivo sentido. En segundo término, se describe cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado el término «dignidad» en el respectivo sentido; es decir, se incluye una revisión de la casuística. Finalmente, se comentan algunas reflexiones. La metodología ha sido analítica respecto al uso del concepto y parte de un análisis de los casos contenciosos y las opiniones consultivas del órgano mencionado.

**Palabras clave:** Dignidad, sujeto, Corte IDH, concepto, semántica

***Abstract:*** This paper presents three categories in which the notion of dignity can be used in jurisprudence, depending on the subject to which it is ascribed: as institutional status, as a characteristic of the human being and as a characterization of other elements. In each one of the types, in the first place, a theoretical explanation is made that, although brief, tries to introduce some characteristics about the respective meaning. Second, it describes how the Inter-American Court of Human Rights has used the term «dignity» in the respective sense; that is, a review of the casuistry is included. Finally, some ideas are discussed. The methodology has been analytical regarding the use of the concept and is based on an analysis of the contentious cases and the advisory opinions of the mentioned institution.

***Key words:*** Dignity, subject, Inter-American Court of Human Rights, concept, semantics

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS INSTITUCIONAL.- II.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS.- II.2. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS INSTITUCIONAL EN EL DISCURSO DE LA CORTE

---

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Picto 0032-2017, «El concepto de dignidad humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas», radicado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y cofinanciado por dicha institución y ANPCyT.

** Investigadora adjunta de Conicet y profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam), Santa Rosa (Argentina). Doctora en Derecho por la Universidad Austral (Argentina); especialista y magíster en Estudios Sociales y Culturales por la UNLPam; y magíster en Filosofía por la Universidad Nacional de Quilmes (Argentina).
Código ORCID: 0000-0001-7703-6341. Correo electrónico: helgalell@conicet.gov.ar

IDH.- II.3. REFLEXIONES.- III. LA DIGNIDAD COMO NOTA DE LAS PERSONAS HUMANAS.- III.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS.- III.2. LA DIGNIDAD COMO NOTA DE LAS PERSONAS HUMANAS EN EL DISCURSO DE LA CORTE IDH.- III.3. REFLEXIONES.- IV. LA DIGNIDAD COMO CALIFICATIVO DE OTROS ELEMENTOS.- IV.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS.- IV.2. LA DIGNIDAD COMO CALIFICATIVO DE OTROS ELEMENTOS EN EL DISCURSO DE LA CORTE IDH.- IV.3. REFLEXIONES.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la normativa de carácter internacional que le compete, en muchas oportunidades hace uso del término «dignidad» o de derivados de este (por ejemplo, «digno/a» o «dignificar»). Con mayor precisión, entre 1982 y 2018, la Corte ha resuelto 372 casos contenciosos y emitido 25 opiniones consultivas. En este universo, en 163 oportunidades ha utilizado el término «dignidad» (esto representa el 41,05 % del corpus). A su vez, la cantidad de menciones aumenta si se considera que en cada texto esta palabra puede aparecer más de una vez.

A pesar de la relevancia que pareciera tener la noción de dignidad cuando es invocada, la Corte no siempre la trae a colación con el mismo sentido. A partir de ello, es posible esbozar diferentes clasificaciones para dilucidar la multiplicidad de concepciones sobre este término. Entre ellas, este trabajo se aboca a un criterio posible: el sujeto sobre el cual se predica la dignidad. La idea de sujeto se usa aquí en el sentido gramatical; es decir, no debe identificarse con la de ser humano necesariamente, ya que apunta al elemento de la oración que ejecuta la acción o el proceso que el verbo indica. Así, se compone por un sustantivo y sus modificadores (Marin, 2008, p. 225). En este estudio, un sujeto es aquel al cual se lo caracteriza como digno o como portador de dignidad; esto es, con un enunciado del tipo «X tiene dignidad». Conforme con este criterio, surgen tres sentidos: a) como estatus institucional, b) como nota de las personas humanas y c) como calificativo de otros elementos.

Respecto de la metodología utilizada, hay que aclarar que este trabajo se inscribe en el marco de un proyecto de investigación. El equipo que lo lleva a cabo ha realizado el fichaje de fallos y opiniones consultivas. Cada texto ha sido clasificado conforme a categorías previamente construidas, entre ellas el criterio del sujeto sobre el que recae la nota de dignidad; y, luego, según las subcategorías establecidas. Para la elaboración del artículo, se han relevado los fallos incluidos en este grupo y se han analizado las menciones a la dignidad que allí aparecen. En cuanto a las respectivas alusiones, se han tenido en cuenta las que son propias del discurso de la Corte; es decir, se descartaron las que son dichas por la

Comisión, los representantes de las víctimas, los Estados o aquellas que son citas.

Las páginas que continúan exponen tres categorías de uso de la noción de dignidad en función del sujeto: como estatus institucional, como nota propia del ser humano y como caracterización de otros elementos. En cada uno de los tipos, en primer lugar, se realiza una explicación teórica que, si bien es breve, pretende introducir algunas características sobre el respectivo sentido. En segundo término, se describe cómo la Corte IDH ha utilizado el término «dignidad» en el respectivo sentido; por consiguiente, se incluye una revisión de la casuística. Finalmente, se comentan algunas reflexiones.

## II. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS INSTITUCIONAL

### II.1. Algunas consideraciones teóricas

Originariamente, la dignidad no se relaciona con la persona humana como tal, sino con el ejercicio de determinados cargos. La etimología de la palabra la vincula con el latín *dignitas* (Clarendon Press, 1968; Labernia y Esteller, 1844). Así, en el antiguo Imperio romano, el dignatario era un funcionario que cumplía un encargo en representación de los máximos gobernantes; asimismo, los aristócratas revestían dignidad mientras que los plebeyos no (Meltzer Henry, 2011, pp. 190-192). En la sociedad medieval, la dignidad se vinculaba al estamento social del cual se participaba. Los nobles tenían dignidad, los siervos no (Pele, 2010, pp. 63-64; 2015, pp. 10-12). Así, la dignidad provenía de una fuente externa y no era concebida como un atributo del cual gozaran de igual manera todos los individuos (Peces Barba, 2007, pp. 159-161). No obstante, también a partir de la filosofía cristiana, comienza a concebirse a los hijos de Dios como dignos.

Peces Barba (2010, p. 32) califica a este sentido como heterónomo, ya que sus causas se encuentran fuera de la persona y derivan de la autoridad, del puesto social que se ocupaba o de la mediación de una institución. Por su parte, Delgado Rojas (2018, p. 179) agrega que la dignidad vinculada a un estatus, rango, jerarquía o estamento es variable según la posición que se ocupe en estas categorías. Como consecuencia, se puede observar el vínculo entre esta concepción de dignidad y la de la sociedad basada en desigualdades naturalizadas.

Meltzer Henry (2011, pp. 190-198) manifiesta que la dignidad, como un estatus institucional, tiene diversas características. En primer lugar, no es intrínseca, ya que depende de la existencia de una jerarquía social y de la pertenencia de un individuo a algún escalafón. Así, se tiene o no dignidad, o se tiene cierto grado de dignidad en función del lugar que

se ocupe en la escala social. La segunda característica es que el estatus institucional no es permanente, ya que se mantiene mientras que otros sujetos estén dispuestos a reconocer y, efectivamente, reconozcan al individuo digno como tal. Consecuentemente, la dignidad se puede ganar o perder en la medida en que una persona sea promovida o degradada de cierta posición en la sociedad; esto es, es una característica contingente. Finalmente, el estatus institucional como dignidad no es igualitario por cuanto presupone y requiere un orden vertical. De esa forma, quienes están por debajo de los que tienen dignidad deben respeto, mientras que no todos los seres humanos merecen respeto en este marco.

### II.2. La dignidad como estatus institucional en el discurso de la Corte IDH[1]

Este sentido no es el más frecuente en la actualidad en el marco de los sistemas de protección de derechos humanos y, menos aún, en el marco de la jurisprudencia de un tribunal internacional. Su uso tampoco suele aportar un contenido relevante en el campo de los derechos humanos. No obstante, la dignidad como estatus institucional aparece en el corpus de la Corte IDH en tres oportunidades, todas ellas en casos contenciosos.

El primer fallo de la Corte IDH en el que se hace uso de este sentido es el del *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (C268). Allí se trató la responsabilidad internacional de Ecuador por un proceso de remoción de los funcionarios integrantes del Tribunal Constitucional que ocurrió sin velar por las garantías procesales, la protección judicial y la estabilidad en los cargos en el año 2004. En esta sentencia, la Corte no invoca en su discurso a la dignidad como característica de los cargos, aunque sí es posible encontrar esta referencia en las citas a la normativa ecuatoriana y en los relatos de los dichos de los representantes. Por ejemplo, la Corte IDH habla del sistema D'Hont para la distribución de cargos electorales y del acceso de las personas a la legitimidad de las dignidades, de la elección de las dignidades y de la dignidad de los legisladores.

Otro fallo en el cual la Corte IDH no incluye en su propio discurso este sentido, pero sí en citas respecto del proceso judicial desarrollado en el ámbito nacional, es el *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú* (C299). En este se trató la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la vida, por tratos crueles, por desaparición forzada de personas y por abuso de autoridad de un grupo de militares que, en 1991, secuestraron y mataron a quince personas en el marco de

1 Debido a la enorme cantidad de casos a citar, solo se incluirá la numeración correspondiente a los casos contenciosos y las opiniones consultivas para identificar los documentos respectivos. La información restante puede ser recuperada en el listado de referencias. Todos los casos por comentar han sido resueltos por la Corte IDH.

un conflicto armado interno. En esta sentencia, el término «dignidad» aparece en diversas ocasiones y con diferentes sentidos, dos de ellas en relación con un cargo. Estas dos menciones se refieren a las acusaciones que se llevaron a cabo en sede judicial en el derecho interno contra los respectivos militares que participaron de los hechos y son la falta contra el deber y la dignidad de la función.

De manera semejante a las anteriores, la Corte IDH incluye de manera referida (es decir, no como propia) menciones a la dignidad como característica de un cargo en el *Caso López Lone y otros vs. Honduras* (C302). Este versó sobre la responsabilidad internacional de Honduras por la aplicación de procedimientos disciplinarios irregulares a jueces que luchaban por la democracia y el Estado de derecho. En 2009, el presidente hondureño procuró llevar a cabo una consulta popular, pero un juzgado lo prohibió. La consulta se realizó igualmente por orden del mandatario, pero la Corte Suprema ordenó que el material relevado fuera decomisado. El presidente requirió la custodia del material por parte de las fuerzas de seguridad. En ese contexto, el ejército (por pedido del fiscal general a la Corte Suprema) privó de libertad al presidente y, luego de una supuesta carta de renuncia, se dio lugar a la sucesión. El hecho fue calificado internacionalmente como un golpe de Estado. Algunas personas llevaron a cabo actos a favor de la democracia. Un grupo, perteneciente a la Asociación de Jueces por la Democracia, fue perseguido con causas disciplinarias que derivaron en su remoción, pero los procedimientos fueron irregulares. En ese marco, en la sentencia, la Corte IDH trae a colación en diversas ocasiones la normativa de Honduras, los actos judiciales internos y los dichos de los representantes. Allí se menciona, por ejemplo, que las víctimas habrían cometido atentados contra la dignidad de la administración de justicia, actividades incompatibles con el decoro de un cargo que de alguna forma atentaron contra su dignidad, la dignidad y el decoro de los cargos que ostentaban, la dignidad de la función y la dignidad que debe caracterizar el ejercicio de las funciones.

### II.3. Reflexiones

La dignidad como estatus institucional es el sentido históricamente originario del término. Si bien no es la idea asociada más común, la Corte IDH ha debido mencionarla, no en su propio discurso, pero sí indirectamente, ya que forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Este sentido, vincula la idea de dignidad con un cargo o estatus social y, por ello, requiere una organización social vertical. Quien se encuentra en los estratos superiores reviste la dignidad que ese cargo tiene. Así, la dignidad es algo que se porta y que se vincula con la representación: quien ocupa el cargo lo representa y, por ello, ostenta el carácter de digno.

En las citas que trae a colación la Corte IDH, la dignidad caracteriza a un cargo o es simplemente sinónimo de este. Conforme con ello, el individuo dignificado solo tiene esta característica de manera transitoria, mientras dure en el cargo y se reconozca socialmente la especial relevancia que el respectivo cargo tiene; esto es, el fundamento por el cual alguien puede ameritar jerárquicamente más respeto que otros.

De este análisis, interesa resaltar dos notas: la primera es que la dignidad como estatus institucional no es igualitaria; la segunda es que no es un valor absoluto del ente que la ostenta provisoriamente o del cargo al que se refiere, sino que es relativa a la aceptación o comprensión social sobre cómo una comunidad se organiza jerárquicamente. En otras palabras, es socialmente dependiente.

## III. LA DIGNIDAD COMO NOTA DE LAS PERSONAS HUMANAS

### III.1. Algunas consideraciones teóricas

La dignidad como nota propia de las personas humanas constituye el uso más extendido del término en los documentos internacionales de derechos humanos; no obstante, aparecen dudas cuando se trata de determinar cuál es la fuente de dicha dignidad (por ejemplo, si es la humanidad misma, la racionalidad, la autonomía, etc.). Puede ser intrínseca o ser reconocida o atribuida en virtud de otra fuente, según se explicite y de acuerdo con el criterio en torno a la concepción del individuo que se maneje. Por ejemplo, Hoyos Castañeda (2005, pp. 12-14) distingue la dignidad referida a la autonomía, de raíz kantiana, que adopta una perspectiva moral y coincide con la libertad del ser humano para hacer uso de su propia razón y determinar el sentido de sus actos responsablemente, por un lado; de la dignidad referida al ser, entendida como la eminencia que corresponde a la persona —es decir, quien subsiste en una naturaleza que, de suyo, dice perfección—, por el otro.

La característica principal de la dignidad como nota de las personas es que es un valor intrínseco que tiene todo ser humano por el hecho de serlo, el cual debe ser reconocido y respetado por otros. Esto significa que algunas formas de trato pueden ser inconsistentes con la dignidad y otras pueden ser requeridas por dicho valor intrínseco. A su vez, esta implica que el Estado existe para el bien del ser humano individual y no a la inversa (McCrudden, 2008, p. 656).

Bohórquez Monsalve y Aguirre Román (2009, pp. 43-46) señalan que la dignidad inherente a la persona humana tiene las siguientes características:

1. Es universal y, por lo tanto, no depende del contexto histórico o político, ni del reconocimiento social. Así, existe una sola dignidad aplicable a todo individuo, en todo tiempo y lugar. No obstante, también se debate si no existe un contenido particular que refiera a cómo puede concretarse la dignidad en situaciones particulares.
2. Es una propiedad natural y no creada por una autoridad o ni por tratados internacionales. Los seres humanos tienen dignidad por el solo hecho de ser tales.
3. Es abstracta porque es un fin en sí misma. Esta nota —siguiendo a Kant— es propia de todo ser humano que, en función de que posee razón y libertad para seguir los imperativos morales, tiene dignidad humana. La abstracción deviene de que el concepto está vacío de contenido y puede generar problemas a la hora de instrumentarlo en la práctica.

Al respecto, también es relevante mencionar que Rao (2011, pp. 196-197 y 222-223) detecta algunos grupos de sentidos con los que se usa la dignidad y que la relacionan con la naturaleza humana. Entre ellos, cabe destacar: a) la dignidad como valor inherente a cada individuo capaz de la autonomía de la voluntad, independientemente de sus circunstancias (por ejemplo, la libertad de expresión); y b) la dignidad como expresión de valores sustantivos que se vinculan con formas de vida y conductas en una comunidad (como cuando las cortes en Francia prohibieron el espectáculo del lanzamiento de enanos).

### III.2. La dignidad como nota de las personas humanas en el discurso de la Corte IDH

Este sentido es utilizado frecuentemente por la Corte IDH. En el universo de 397 casos contenciosos y opiniones consultivas, 148 hacen uso de la dignidad como nota de las personas humanas; es decir, el 37,27 %. Dentro de esos textos, 8 son opiniones consultivas y los restantes, casos contenciosos. Como puede notarse, la cantidad de fuentes a analizar es sumamente amplia y, por ello, no se analizará cada una en particular. A continuación, se harán algunas referencias generales respecto del uso de la Corte de este sentido.

Entre los casos contenciosos y las opiniones consultivas de la Corte IDH existen diferentes expresiones que remarcan el vínculo entre la dignidad y la naturaleza humana. Por ejemplo, podemos encontrar expresiones como «dignidad personal», «valores que emanan de la dignidad humana», «dignidad inherente al ser humano» y «dignidad de la naturaleza humana».

En cuanto a las características, por ejemplo, la Corte IDH afirmó que la dignidad como nota del ser humano debe ser respetada bajo cualquier circunstancia. Ello fue dicho en el marco de un caso en el cual treinta y dos personas habían sido arrestadas, juzgadas y condenadas a muerte según la legislación vigente en Trinidad y Tobago. Algunas de las personas condenadas estuvieron detenidas durante años antes de ser llevadas a juicio y otras no recibieron asistencia letrada o especializada. Asimismo, las condiciones de detención eran precarias. Uno de los condenados fue ejecutado a pesar de que había una medida provisional para suspender la ejecución hasta que se dictara sentencia. Al momento del fallo, treinta condenados aún no habían sido ejecutados y uno había obtenido la conmutación de su pena (C94). El enunciado que se hace en este fallo dice: «el Estado no les garantizó el respeto a la dignidad inherente al ser humano bajo cualquier circunstancia» (C94, § 88). No obstante, en muchas otras ocasiones, la Corte ha optado por enunciar dicha idea con otros términos: «el respeto de la dignidad implica el respeto por pertenecer al género humano independientemente de cualquier circunstancia» (C105, § 17). Me detendré en el contraste entre estos dos enunciados.

En la primera formulación, pareciera entenderse que existen dos tipos de dignidad: una que es independiente de las circunstancias y otra que es dependiente de ellas. También puede dar lugar a interpretar que hay circunstancias que son una amenaza a la dignidad humana y que, cuando el Estado cede ante ellas, se produce la violación. Si esto es así, entonces la dignidad humana desaparece cuando se atenta contra ella.

En la segunda formulación, el énfasis se desplaza desde un tipo de elemento en particular («dignidad humana en cualquier circunstancia») hacia la pertenencia a una categoría («género humano»). Luego, queda en claro que ser humano es un requisito que no se reduce por circunstancias especiales. La segunda redacción resalta la fortaleza ontológica de la dignidad como propia del ser humano, mientras que la primera es un tanto más ambigua. En la segunda, la dignidad no desaparece cuando se atenta contra ella; en la primera, el Estado debe garantizarla y la dignidad queda menoscabada cuando este incumple dicho deber.

Ahora bien, el énfasis de la Corte IDH en las circunstancias no es casual, sino que intenta resaltar que existen algunas que podrían dar lugar a que la dignidad humana sea menoscabada con mayor facilidad. La revisión de fallos no permite encontrar un criterio exhaustivo para elaborar una definición de las respectivas condiciones; no obstante, sí es interesante destacar que la Corte enfatiza en las circunstancias de manera especial en relación con la dignidad en casos relacionados con la privación de libertad de las personas. Ejemplo de ello son

las circunstancias de detención cuando esta ha sido ilegal (C110); las amenazas de torturas (C112); las amenazas de lesiones físicas (C114, C147); los golpes, las torturas, la falta de alimentación y agua (C299); y las malas condiciones de detención (falta de higiene, incomunicación, restricciones a las visitas) (C114, C236). En una opinión consultiva la Corte ha dicho especialmente que el procedimiento penal es una zona crítica durante el cual la dignidad humana está en más grave riesgo (C16). Ello mostraría que la circunstancia de privación de libertad requiere especial atención para evitar el menoscabo a la dignidad humana. Dicho de otra manera, si la dignidad estuviera presente en todas las circunstancias, entonces la detención no podría ponerla en riesgo. La indignidad sería propia de las circunstancias, pero estas no dañarían la dignidad humana.

Si la dignidad humana se tiene por pertenecer al género humano y con independencia de las circunstancias, quienes están en situación de detención no deberían perder su dignidad o, más bien, esta no debería correr riesgo. En esa línea, el Estado debe garantizar la no comisión de actos contrarios a la dignidad. Por el contrario, cuando se pone en cabeza del Estado una obligación de velar por la dignidad en cualquier circunstancia, se puede dar a entender que la dignidad podría depender de estas últimas. ¿Qué debe garantizar el Estado? ¿Que no se produzcan circunstancias incompatibles con la dignidad o que la dignidad no se pierda? Mientras en un caso lo indigno son los tratos o las circunstancias, en el otro la dignidad humana se perdería. En otras palabras, si el Estado no la garantiza, ¿la dignidad se pierde o las circunstancias no se condicen con la dignidad humana?

Esto permite ver que las dos frases que se trajeron a colación con anterioridad, aunque similares en su redacción, son diferentes en su sentido: una da lugar a una dignidad inherente al ser humano y que radica en la naturaleza de la cosa; la otra, a una dignidad que es revestida en circunstancias, que debe ser cuidada por un garante y que se revela en los tratos.

A la concepción de la dignidad como algo que reconoce grados según su afectación circunstancial la denominaré «sentido débil». La «debilidad» se presenta porque la dignidad dependería de las circunstancias; así, una persona sería más o menos digna según las condiciones que la rodean. Por ejemplo, si está en estado de detención, su encierro, la ventilación, la iluminación, etc., pueden menoscabar su dignidad. Si esta es menoscabada, entonces la persona ve degradada su dignidad. Claramente, la dignidad, si puede degradarse hasta desaparecer, no puede ser calificada como «fuerte» o «sólida». Para continuar con la indagación respecto de postulados que permitan elaborar alguna definición, encontramos que la Corte ha dicho que

> una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan (C125, § 162).

Esto fue expuesto en el marco de la interpretación sobre el derecho a una vida digna en una causa por la responsabilidad internacional de Guatemala por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena Yakye Axa.

También, en un caso en el cual a una mujer se le realizó una cesárea por una emergencia durante el parto y, además, en la misma ocasión, una ligadura de trompas no consentida, la Corte ha dicho que el reconocimiento de la dignidad es uno de los valores más fundamentales de la persona humana que puede autodeterminarse sin injerencia de los demás en su vida privada (C329). En otro caso relacionado con el derecho a la salud, en el cual se le practicó una intervención quirúrgica a un hombre que estaba inconsciente y luego falleció, la Corte sostuvo la misma enunciación (C349). Cabe destacar que en este fallo, en el cual se destaca de manera constante la asociación entre dignidad y autonomía, se hace hincapié en el reconocimiento de dicha dignidad. La concepción, entonces, es que la dignidad guarda una estrecha relación con la capacidad del individuo para elaborar un plan de vida, pero cobra relevancia cuando se consuma la proyección frente a otros. La visión externa, el reconocimiento, acaba por ser clave en relación con la dignidad; es decir, esta puede existir, pero su relevancia depende de la validación externa.

Vinculado con lo anterior, en un caso en el cual una abogada que llevaba adelante casos de derechos humanos había sido enjuiciada por presuntos criminales denunciados por ella, el órgano bajo análisis ha señalado que el derecho a la honra se relaciona con la dignidad humana en tanto «protege a las personas contra ataques que restrinjan la proyección de la persona en el ámbito público» (C334, § 204). La Corte ha sido clara respecto de la relación entre la dignidad y la imagen proyectada —esto es, la honra— cuando señaló que esta se define «por la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad» (C315, § 154).

Para complementar lo antedicho, en otro caso contencioso en el cual se juzgó a República Dominicana por la expulsión de un grupo de personas de origen haitiano que habían nacido en el territorio de dicho Estado, la Corte explicó que el derecho a la identidad (entendida esta, al menos, como tener un nombre, nacionalidad y relaciones familiares) es consustancial con la dignidad (C282). Adicionalmente, en una opinión consultiva, se consideró que las diferentes identidades, expresiones

de género y orientaciones sexuales deben poderse desarrollar con dignidad (OC24).

En torno al reconocimiento de la dignidad, la Corte ha manifestado que este debe encuadrar en una lógica universalista y evolutiva a efectos de que la interpretación de los derechos humanos acompañe las transformaciones de los tiempos y las condiciones de vida. Ello fue dicho al juzgar los derechos de trabajadores cesados en el marco de un proceso de racionalización de una empresa estatal y apunta no tanto al reconocimiento de los demás sobre la imagen de un individuo, sino a una forma de justificación acerca de cómo se interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que puede exceder las palabras de esta y la intención de las partes (C344). Esto permite pensar, entonces, que la dignidad en sentido débil tiene un contenido dinámico y variable que puede ser hallado o atribuido por los jueces conforme al contexto. Si a ello se agrega que el tribunal ha expuesto que el objetivo y el fin de la Convención apuntan al reconocimiento de la dignidad humana (C125), podemos pensar que este documento tiene un contenido variable y sujeto a lo que puedan reconocer los intérpretes. Esto puede ser llamativo en tanto debilita la nota de universalidad que revisten los derechos humanos: la dignidad se tendría siempre, mientras que aquello que significa tener dignidad es variable. Es una cuota enorme de relatividad para un atributo universal.

En relación con lo antedicho, en un voto concurrente del juez Caldas, parte de una opinión consultiva, se especificó que el mínimo existencial sustentado en la dignidad humana no se limita a la libertad, sino que abarca los recursos indispensables para una vida digna que, a su vez, se determinan en función del contexto socioeconómico de cada Estado (OC22, §§ 8-10).

Para moderar lo comentado sobre el riesgo del relativismo podemos recurrir a otro caso en el que la Corte ha mencionado que puede haber diferencias en la situación de las personas en relación con sus derechos humanos. «No todo tratamiento desigual es discriminatorio» (OC4/84, § 56) puesto que pueden existir excepciones

> siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (OC4/84, § 57)[2].

2 Una idea semejante ha sido reiterada en OC18 y C310.

En estas expresiones se puede notar que, aunque se piensa en un particularismo interpretativo, este se limita cuando corre el riesgo de avasallar un elemento universal (aunque no se establezcan parámetros para reconocer esa frontera). Aquí podemos encontrar un puente que se extiende entre el sentido débil y el sentido fuerte.

Para concentrarnos en el sentido que surge de la segunda redacción; esto es, el que resalta la dignidad como propia del ser humano en sentido fuerte —es decir, que no puede ser menoscabada ni puesta en riesgo por las circunstancias pues, más bien, son las circunstancias las que deben estar a la altura de dicha dignidad humana—, existen dos textos de la Corte que hacen un aporte a su definición. El primero de ellos surge del voto razonado del juez Cançado Trindade, en donde este manifiesta que todo ser humano tiene dignidad, «independientemente de su condición existencial [...] de la situación y de las circunstancias en que se encuentre» (C173, § 30). A ello se agrega que la dignidad es una dimensión amplia que hace que la persona se configure «como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí y que lo cumple a lo largo de su vida bajo su propia responsabilidad» (§ 31).

El segundo texto surge de una opinión consultiva en la cual se explica que, con la dignidad esencial de la persona,

> es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación (C239, § 79)[3].

La dignidad en sentido fuerte es independiente de las circunstancias, el contexto no puede dañarla, pero es a partir de la dignidad humana que se evalúan las circunstancias (por ejemplo, cuándo un trato es indigno). Por el contrario, en el sentido débil, las circunstancias atentan contra la dignidad humana. Es distinto señalar la incompatibilidad de situaciones con la dignidad (sentido fuerte) a decir que el Estado debe garantizar la dignidad en todas las circunstancias (sentido débil). En el primer caso, el Estado debe tomar medidas para que las circunstancias contrarias a la dignidad no acaezcan; en el segundo, el Estado debe garantizar la dignidad a partir de que no se den circunstancias que la menoscaben. Las acciones, como puede notarse, son las mismas; la cuestión está en la elección semántica y sintáctica que ha efectuado la Corte.

También se ha dicho, respecto del sentido fuerte, que no se deben «crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza» (OC17, § 45). Como vimos algunos

3 La misma frase aparece en C279, C289, C310, C315 y C351.

párrafos más arriba, la Corte no reniega de la posibilidad de trazar grupos, sino que permite esto en algunos casos hasta el límite de repugnar la naturaleza humana. El problema surge cuando hay falta de parámetros.

A raíz de lo dicho, entonces, podemos afirmar que la dignidad como nota de las personas en sentido fuerte deviene de pertenecer al género humano. Ahora bien, esto tampoco explica en qué consiste este sentido. Pareciera, en parte, que es difícil velar por la concreción de los derechos humanos conforme a una concepción fuerte de la dignidad sin generar categorías de grupos diferentes y que estén justificadas. El foco de atención en la casuística se coloca en la actividad que debe tener el Estado como garante de los derechos humanos en relación con colectivos específicos (y aquí aparece un punto de conexión con el sentido débil); no obstante, la Corte también se ha detenido a destacar que la dignidad es el fundamento del trato a los sujetos como iguales. Veremos a continuación que aquí hay dos aspectos involucrados. El primero de ellos es la fuente de la dignidad humana que, según los fallos y las opiniones consultivas, pareciera ser la razón por la cual se reconocen derechos en el sistema internacional de derechos humanos y, por ello, habría un vínculo con la autonomía. La segunda cuestión es la tensión entre universalidad e igualdad, por un lado; y particularismo y distinciones de colectivos, por el otro.

La cuestión de la fuente de la dignidad puede dar lugar a diferentes posturas. La Corte parece señalar con bastante claridad que deviene de la razón y, por lo tanto, la identifica con la autonomía. Por ejemplo, ha interpretado que la dignidad es uno de los valores fundamentales de la persona humana como ser racional. Junto con ello, ha manifestado que la protección universal a la dignidad se basa en el principio de autonomía y en el deber de tratar a todas las personas como iguales «en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida» (OC24, § 86). En otros casos ha establecido que un aspecto central del reconocimiento de la dignidad es la posibilidad de los seres humanos de autodeterminarse, «de escoger las opciones que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias opciones y convicciones» (C329, § 153; C349, § 24)[4]. A ello se agrega que ha dicho que la dignidad, entendida como autodeterminación, se vincula con el principio de autonomía que hace que los individuos sean fines en sí mismos, que no puedan ser instrumentos del Estado y que puedan elegir sobre su propia vida, cuerpo y desarrollo de su personalidad (C329).

En cuanto a la tensión entre la pretensión de universalidad y la aplicación particularista de la dignidad humana, la Corte pareciera inclinarse, al menos en algunos casos en especial, por destacar categorías en función

4 La cita textual corresponde a la primera referencia.

de características que podrían hacer más vulnerables a los individuos que a ellas pertenecen. Podemos relevar las siguientes:

- Personas privadas de la libertad: como se mencionó antes, la Corte ha remarcado la vulnerabilidad de quienes se encuentran en situación de detención, en particular cuando los detenidos están incomunicados o aislados del mundo exterior (C35, C52, C69, C103, C115, C119, C170).

- Mujeres: la Corte ha destacado que la violencia contra ellas es una ofensa a la dignidad humana y una forma en la que se manifiestan las relaciones de poder entre los géneros (C115, C289). Hay que destacar que la Corte pudo haber explicado que la violencia contra todo ser humano es una afrenta a la dignidad; sin embargo, resaltar aquella que se comete contra las mujeres pretende poner de manifiesto la particularidad de este colectivo.

  En otros casos, la Corte se ha detenido especialmente en la violación sexual contra las mujeres como práctica de los Estados en el marco de contextos de conflictos civiles. Al respecto, ha especificado que dicha práctica está destinada a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual (C116, C211, C250). Esta última referencia pone de manifiesto algo interesante: existirían niveles de dignidad humana según los contextos. A su vez, la Corte ha enfatizado casos en los que las mujeres abusadas y violadas pertenecían a una comunidad indígena ya que allí, además, existiría un efecto simbólico que atenta contra la dignidad de las víctimas desde otra mirada cultural (C250).

- Extranjeros: la Corte se refirió a la especial vulnerabilidad de los extranjeros cuando estos son detenidos en un medio social y jurídico distinto al propio y, a veces, con un idioma desconocido. Destacó en ese marco la relevancia de la asistencia consular y el derecho a la información para garantizar un trato acorde con la dignidad humana (C218). Así, al menos la notificación del derecho a comunicarse con los representantes consulares del país en procesos penales respeta la dignidad (C16). También ha señalado que los Estados pueden otorgar un trato diferente que distinga entre los migrantes documentados y los indocumentados, o entre nacionales y extranjeros, siempre que el trato sea razonable, objetivo y no lesione la dignidad humana (C251). En caso de tener que llevarse a cabo una deportación, cualquiera sea el estatus del migrante, la dignidad humana actúa como límite (por ejemplo, si la expulsión implica que la vida de las víctimas corra riesgo al regresar a su país de origen) (C272).

- Niños y niñas: en diversos casos, la Corte ha expuesto que el principio del interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano (C100, C134, C148, C212, C239, C246, C250, C260, C272, C266, C351). Aquí la estrategia expositiva radica en destacar el carácter universal de la dignidad como propia de la humanidad y derivar de ella la protección especial de los niños.
- Personas con discapacidad: en relación con los pacientes con discapacidades mentales, la Corte ha resaltado que los tratamientos deben tener como objetivo preservar su dignidad (C149, C246). Cabe pensar que todas las intervenciones en materia de salud deben preservar la dignidad de los pacientes, por lo que, cuando la Corte destaca a este grupo en particular, no lo hace para significar que es el único cuya dignidad está en juego, sino que es más bien un efecto retórico para destacar la vulnerabilidad especial de quienes no pueden ejercer su autonomía en pleno.

Es posible ampliar la lista con otros colectivos sobre los que la Corte ha evaluado casos contenciosos y opiniones consultivas (por ejemplo, la diversidad de identidades de género); no obstante, aquí se han incluido solo las menciones de los textos en los que aparece una relación inmediata entre la dignidad y la pertenencia al grupo en el discurso de la Corte.

En cuanto al rol del Estado frente a la dignidad, la Corte ha dicho lo siguiente:

- Ninguna actividad del Estado puede basarse en el desprecio a la dignidad humana, pues esta es el fundamento de los derechos humanos que limitan el ejercicio de la función pública y, por ende, es superior al Estado (C4, C5, C18). Esto en relación con casos de responsabilidad internacional estatal por desapariciones forzadas de personas que, además de detenciones ilegales, involucraron torturas. También se utilizó este argumento en una opinión consultiva sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados (OC18).
- El Estado es responsable de velar por la dignidad humana en situaciones de detención, dado que es también el responsable de los establecimientos en los que se encuentran los reclusos (C94, C100, C115, C119, C127, C160). Por estas razones, debe proveer una explicación sobre lo que ha sucedido a las personas que se encontraban en condiciones normales al comenzar la detención y cuya salud empeoró (C100). Asimismo, los Estados no pueden invocar razones económicas para eximirse de la

responsabilidad por aquellas condiciones de detención que sean incompatibles con la dignidad humana (C169, C244).

- De manera semejante al rol de garante del Estado para asegurar los derechos de los detenidos, este también es responsable por los reclutas en el servicio militar (C358).
- Existe un Estado de justicia y de respeto por la dignidad; esto es, como forma que califica en términos retóricos a la actuación estatal. Esto fue dicho en el marco de un caso en el cual el Estado había violado derechos humanos durante un conflicto armado interno (C101).
- El Estado tiene la posición de garante respecto del derecho a la vida de los ciudadanos. Ello conlleva la obligación de garantizar el derecho a partir de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad humana y de no dificultarla o impedirla. Por lo tanto, a la luz de la dignidad humana, el Estado tiene tanto obligaciones activas como pasivas (C125).
- El Estado debe actuar de manera tal que provea seguridad a la sociedad, a la par que responda a la exigencia ética y jurídica de no lesionar la dignidad humana. Ello fue dicho en relación con un caso de responsabilidad internacional del Estado por la imposición de la pena de muerte a una persona sin haber respetado el debido proceso (C126).
- El artículo 11 de la CADH requiere que el Estado cuide a los individuos de acciones arbitrarias de las propias instituciones que puedan afectar la vida privada y familiar (OC18).
- La dignidad como autodeterminación «veda toda actuación estatal que instrumentalice al individuo, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a los de su propia elección» (C329, § 150).
- El Estado es garante de la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, de manera tal que, además de convivir, puedan desarrollarse con dignidad (OC24).

De manera clara, la Corte expresa que los Estados están obligados a garantizar la dignidad y que ello implica el deber de respetar (es decir, una obligación negativa) y adoptar las medidas apropiadas (esto es, una obligación positiva) (C307).

En cuanto a los tratos que se condicen con la dignidad, la Corte ha enumerado:

- La mejora de las medidas procesales (C98).

- Respecto de personas privadas de libertad, la prevención razonable de situaciones que puedan lesionar los derechos protegidos (C147).
- Un proceso judicial en sí mismo que no persigue necesariamente el descrédito de una persona y, por lo tanto, no es incompatible necesariamente con la dignidad (C192, C330).
- Cuando, por razones de salud y la inexistencia de medios, no se pueda garantizar una detención adecuada o establecer un arresto domiciliario (C312).
- Solicitar y actuar conforme al consentimiento informado (C349).

Respecto de los tratos que son contradictorios con la dignidad humana, la Corte ha dado los siguientes ejemplos:

- En el marco de una detención, el uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el comportamiento de la persona detenida (C33, C275, C287, C291, C119) o que no se atenga a motivos legítimos, a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad (C239).
- La acción de meter a un detenido en el maletero por sí sola, aunque no exista maltrato físico o de otra índole (C34, C63, C110).
- La incomunicación de una persona por más de treinta y seis días y el aislamiento del mundo exterior (C35, C52, C69, C103, C115, C119, C170).
- Las desapariciones forzadas (C4, C5).
- Las detenciones ilegales (C110).
- En el contexto de privaciones de libertad: producir ahogamiento, la intimidación con amenazas, las restricciones al régimen de visitas, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en una celda reducida sin luz natural (C131); pésimas condiciones de higiene, dormir sobre periódicos (C35, C126, C237, C241, C244), la falta de atención médica (C100, C115, C260, C137); los azotes (C123), que no se permita trabajar o estudiar o tener alguna ocupación (C133), encierro en celdas muy pequeñas (C150), la desnudez forzada (C160, C303), que los reclusos deban hacer sus necesidades en baldes de recolección, el deficiente régimen de ejercicio, la falta de privacidad, la falta de interacción real (no virtual) con familiares y amigos (C169), y la falta de medidas para proteger la integridad física de agresiones de otros presos y guardias (C180).

- La pena de muerte (C94).
- Violaciones sexuales (C115).
- Tratar a una persona como objeto susceptible de apropiación (en relación con niños y niñas separados de sus padres en el marco de conflictos armados) (C232), y la entrega de niños a cambio de remuneración u otra retribución (C242).
- No garantizar el derecho a la propiedad comunitaria que, a su vez, implica privar a los indígenas del acceso a medios de subsistencia tradicionales y a recursos para practicar la medicina según las propias costumbres (C245).
- Obligar a víctimas a caminar varias horas con las manos atadas, sin agua y sin alimento; y colocarlas en el socavón previo a su eliminación para generar temor, angustia y dolor (C299).
- Entrenamientos militares que sometan a los reclutas a angustias (C308).

### III.3. Reflexiones

La Corte IDH ha utilizado en reiteradas ocasiones la noción de dignidad como una nota inherente al ser humano. Como se ha visto antes, algunas cuestiones al respecto no quedan claras; por ejemplo, cuál es la fuente desde la cual emana la dignidad. En principio, debido a lo que algunos pocos fallos señalan (en general, referidos a cuestiones de salud o afectaciones a la honra), la fuente se encuentra en la razón, la autonomía y el ejercicio de la libertad. Así, la dignidad consiste en que una persona sea un fin en sí misma, capaz de planificar su vida y de ser responsable por sus elecciones.

Otra cuestión que no resulta clara es en qué consiste la dignidad como nota inherente al ser humano o, más bien, qué tan sólida es esta cuando se usa como argumento. En los párrafos anteriores se ha intentado mostrar que existe una diferencia entre el sentido débil y el fuerte de la dignidad, aunque, a partir del análisis, se puede decir que la distinción es sutil y existen muchos puntos de conexión entre ambos. Para repasar brevemente, podemos decir que el sentido débil implica que la dignidad se hace evidente cuando se pierde o debilita o dificulta en ciertas circunstancias; y que, para que ella no sea menoscabada, el Estado debe actuar como garante. Bajo esa lógica, la dignidad se debe tener en todas las circunstancias, aunque es posible que en algunas no se tenga plena o parcialmente. Esta frase parece paradójica, pero intenta resaltar que, en el sentido débil, la dignidad debe ser lograda a partir de medidas estatales. «En toda circunstancia debe garantizarse» es un lenguaje prescriptivo,

no descriptivo. La dignidad, en este sentido, es particularista, y se tiene o se pierde en función de los tratos que otros dan.

También aparece la mención de la proyección de la dignidad, su reconocimiento por parte de otros y de los elementos que hacen a la identidad. Estas ideas hacen pensar que la dignidad es relacional; esto es, que aun como nota inherente al ser humano, solo cobra relevancia cuando se opone o cuando se revela frente a otros y en la medida en que estos la reconozcan (aquí puede verse una relación con la dignidad como estatus institucional). Además, la dignidad es un concepto con un contenido evolutivo y dinámico que los jueces deben examinar en el marco específico del caso y del contexto socioeconómico del Estado en cuestión. A pesar de lo dicho, hay un mínimo insoslayable: la naturaleza humana, que se caracteriza por la nota de dignidad. En este punto, se puede ver que existe un círculo vicioso.

En cuanto al sentido fuerte, este también se relaciona con la autonomía y con que la persona sea un fin en sí misma. La dignidad que se tiene en todas las circunstancias y no se pierde es incompatible con ciertos tratos. Esto no quiere decir que dichos tratos no ocurran, sino que la dignidad es el criterio evaluativo para condenar cuando estos se dan. Cabe destacar que el relevamiento muestra que la Corte IDH no brinda parámetros genéricos para detectarlos *a priori*, aunque sí es posible hacer una enumeración de los tratos que el tribunal ha considerado contrarios a la dignidad. Ese listado muestra que son casos extremos, aberrantes y en los que no queda duda de la afrenta contra la dignidad. De manera semejante, la Corte tampoco da criterios para detectar cuáles son los tratos que se condicen con la dignidad y, al hacer el relevamiento, el tribunal se detiene en pocas ocasiones a dar ejemplos. Los pocos casos que se pueden mencionar son traídos a colación porque se niega una petición de las víctimas o de los Estados, pero no es parte de la agenda de la Corte IDH hablar de los tratos que se condicen con la dignidad. La excepción la constituyen los actos en memoria de las víctimas como forma de resarcir el daño (esto se analizará en la próxima sección). La idea de dignidad, entonces, tanto en el sentido fuerte como débil, se hace evidente postviolación de un derecho humano.

Ambos sentidos, el débil y el fuerte, tienen puntos de contacto. Primero, porque en ambos es necesario detectar cuál ha sido el trato que generó la condición de indignidad o que fue contrario a la dignidad, dado que la concepción de la dignidad es relevante postviolación. Segundo, porque a veces la Corte se refiere a condiciones incompatibles con la dignidad, lo que llevaría a pensar en el sentido fuerte; no obstante, también menciona circunstancias que dificultan la dignidad, lo que conduce al sentido débil. Cuando una circunstancia es incompatible con la dignidad, el sujeto sigue manteniendo esta característica en su totalidad;

pero, cuando una circunstancia la dificulta, el individuo podría llegar a tener menos dignidad. A pesar de lo dicho, la lectura de aquellos pasajes deja la sensación de que la formulación no es intencional; es decir, la Corte no procura resaltar una diferencia entre lo incompatible y lo que dificulta. Así, la distinción se torna más bien semántica y depende de cómo la Corte ha introducido la idea de la violación; pero, en la práctica, en ambos casos se remite a la conducta violatoria. En el discurso de la Corte, es la violación la que cobra el protagonismo y no la idea de dignidad en sí misma. Cuando la Corte se concentra en las circunstancias, se fija en los medios que pueden concretar o no la dignidad; pero, entonces, también concibe a la dignidad como algo que se concreta en distintos grados según los medios. En cambio, cuando la Corte hace hincapié en la dignidad en sentido fuerte, esta es incompatible con cualquier violación y, en todo caso, lo que queda prohibido son las circunstancias contrarias a la dignidad, que son todas aquellas que la dificulten o impidan. Cualquier violación a la dignidad en sentido débil es una violación a la dignidad en sentido fuerte.

El otro punto de contacto es el particularismo. En el sentido débil, el particularismo sirve para mostrar que hay circunstancias en las que la dignidad se pierde y que, para que ello no ocurra, el Estado debe intervenir como garante. En el sentido fuerte, existe también un factor de relativismo, ya que las distinciones entre grupos, mientras no sean discriminatorias de manera arbitraria y no violen la naturaleza humana, son admisibles como forma de dar un trato igual y que tutele a colectivos específicos. En ese punto —es decir, cuando el sentido fuerte señala que la dignidad se tiene en toda circunstancia, pero que destacar algunas diferencias puede condecirse mejor con la dignidad—, también se remite a las circunstancias particulares, al trato específico y al rol del Estado.

En la práctica, la distinción entre los dos sentidos de la dignidad como nota de la naturaleza humana termina por unir ambas acepciones. Insistir en la distinción es casi irrelevante, excepto por una mínima cuestión: observar que la Corte tiene dos formas de hacer referencia a la dignidad como nota de las personas, que a cada una de ellas la flexibiliza desde distintas perspectivas, y que para detectarlas y estudiarlas se debe enumerar la casuística postviolación, sirve para ver que en realidad el tribunal se concentra en la violación a derechos humanos en primer lugar y que refiere a la dignidad de manera colateral; es decir, llega a ella como consecuencia y no como punto de partida. Esto parece totalmente normal, puesto que la tarea de la Corte IDH es juzgar violaciones a derechos humanos, pero lo interesante es que el tribunal no partiría de una noción de dignidad *a priori* desde la cual juzgar los casos, sino que a partir de los casos se puede intuir una noción de dignidad que, como se ha mencionado, tiene al menos dos proyecciones como nota de las personas humanas.

Entonces, si bien pareciera ser un detalle menor, la distinción es útil para tomar conciencia de que la elección de palabras tiene un sentido: o se presenta a la dignidad como una nota sustantiva de los seres humanos que no depende ni de las circunstancias ni del Estado, o se la presenta como algo que el Estado debe garantizar. Las palabras producen algo: la dignidad se tiene o la otorga el Estado. Como puede verse, un detalle simple en la redacción provoca un cambio abismal en la concepción del individuo frente al Estado y, por ende, de la forma en la que se evalúan los deberes estatales. En suma, este es un llamado de atención a la revisión de las oraciones que se usan en las sentencias.

## IV. LA DIGNIDAD COMO CALIFICATIVO DE OTROS ELEMENTOS

### IV.1. Algunas consideraciones teóricas

La dignidad no solo es mencionada como nota de los seres humanos, ya sea por su investidura institucional o por su naturaleza, sino que muchas veces se la utiliza para caracterizar algún elemento o derecho. En este sentido, aquel objeto sobre el que recae cambia su calificación de manera tal que pareciera fortalecerse, cobrar mayor relevancia o que su concreción tiene un mínimo más exigente que si no se calificara con lo «digno». En otras palabras, cuando algo se adjetiva como «digno» o «digna» eleva los requisitos mínimos para considerarse satisfecho. Así, no es lo mismo el derecho a la vida que el derecho a una vida digna. Al respecto, cabe traer a colación que la Real Academia Española ha definido «digno» como «Dicho de una cosa: Que puede aceptarse o usarse sin desdoro»; esto es, que no existe un menoscabo a la reputación (RAE, 2014).

Al margen de aquel uso como adjetivo para calificar derechos, también puede ocurrir que se use la idea de dignidad como atributo de elementos que no son personas. Este uso puede ser de utilidad para observar cómo la concepción de este término puede ampliarse para receptar otras visiones culturales en la aplicación de derechos que podrían ser caracterizados como «occidentales».

Feuillet-Liger (2018, pp. 292-293) señala que la dignidad puede funcionar como instrumento para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos en distintas materias en donde la vulnerabilidad de los sujetos no es tan clara. Así, pareciera referirse a fortalecer a la parte más débil. Por otro lado, esta autora también observa que la dignidad ha recaído sobre elementos que no son estrictamente personas, como es el caso de cadáveres y embriones; y, por lo tanto, la dignidad sirve para dignificar más que para proteger a la dignidad misma —valga la redundancia—.

Para Grewe (2014, pp. 6-7 y 11), la dignidad flexibiliza la distinción entre derechos absolutos y relativos. Respecto de estos últimos, menciona que se invocan junto con la dignidad para resolver disputas difíciles, nuevas y complejas. La dignidad humana resulta ser un argumento que ayuda a enriquecer los derechos y, sobre todo, a enfatizar la necesidad de hacer esfuerzos en los derechos sociales, como la protección del hogar y de la vida privada y familiar. Por ello, los derechos relativos toman un estatus similar al de los derechos absolutos. En el mismo sentido, Callus (2018, pp. 130-131) menciona que la dignidad como principio puede estar al servicio de los derechos subjetivos y enfatizar la protección de la vida privada y la calidad de vida.

### IV.2. La dignidad como calificativo de otros elementos en el discurso de la Corte IDH

Como calificativo de otros elementos, que no son personas humanas o un estatus institucional, la Corte IDH ha hecho referencia frecuentemente al derecho a un retorno digno, a la dignidad de las víctimas (presuntamente asesinadas), a una vida digna, a la vivienda digna, a la dignificación de la memoria de los muertos, al entierro digno, a la sepultura digna y el trato digno.

En cuanto a los dichos de la Corte que reconocen dignidad a los muertos, en un voto razonado, Cançado Trindade expuso que la dignidad humana encuentra también expresión en el respeto por los restos mortales. Agrega que la indiferencia por el destino humano es una forma de violar la dignidad, mientras que cuidar los restos mortales de una persona es una forma de observarla (C91). Como puede notarse, aquí la dignidad es una proyección de la vida de un individuo y, por lo tanto, si bien en este caso la dignidad debería atribuirse a los restos de la persona, en realidad guardan una estrecha relación con la dignidad intrínseca del ser humano. En relación con esta idea, en diversos casos se hace referencia a la dignidad de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales o cuya muerte se presume (C152, C153, C160, C156, C153, C303). También hay otras frases relacionadas que si bien no aplican la nota de dignidad en relación con las víctimas, lo hacen indirectamente a través de otro elemento: la «dignificación de la memoria de la víctima» (C178, C292) o «dignificar el nombre de la víctima» (C178). En estos dos casos, la referencia se hace como un proceso para atribuir dignidad y no como algo inherente a la memoria o el nombre.

Sobre el trato a los muertos, en otro caso contencioso, Cançado Trindade indicó en su voto razonado que puede haber una violación a la dignidad humana que se dé con posterioridad a la vida como, por ejemplo, cuando cadáveres que habían sido enterrados fueron luego

extraídos, quemados en estado de putrefacción y, finalmente, enterrados en otro lugar (C162).

Una caracterización distinta, pero que se encuentra estrechamente relacionada, es aquella que se refiere al «entierro digno» (C136) o a la «sepultura digna» (C287, C253). Es decir, en estos casos, no se califica a las víctimas como dignas, aunque el requisito de llevar a cabo un ritual mortuorio digno se relaciona con una forma de muestra de respeto particular por ellas. Estas expresiones se han utilizado en casos en los que los cuerpos de las víctimas no habían sido entregados a sus familiares, estaban desaparecidos o bien, para comunidades indígenas, cuando los muertos no habían sido enterrados en las tierras ancestrales (C124).

Una frase que es recurrente en la jurisprudencia de la Corte IDH dice:

> El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante […] la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima (C92, C95, C108, C109, C110, C138, C140, C147, C160, C162, C328).

En cuanto a los actos que el tribunal ha considerado como reconocedores de la dignidad de las víctimas, se pueden mencionar:

- Dar a conocer el paradero de las víctimas (en realidad, de los restos de estas) (C92, C95).
- Búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas (C162, C92, C108, C140).
- Identificar los restos de las personas inhumadas en fosas clandestinas y comunes (C328, C95, C108, C252).
- Entrega de los restos mortales a los familiares (C109, C160, C138).
- Investigar, juzgar y, si correspondiere, sancionar a los responsables de los delitos (C147, C160, C162, C328, C92, C109, C110, C138, C140, C252).
- Realizar un documental sobre los hechos del caso (C252).
- Declarar como bien cultural el sitio donde ocurrió una masacre (C252).

- Publicar en el diario oficial la sentencia que condena al Estado (C147, C162, C328, C95, C140).
- Pedir disculpas o realizar un desagravio en un acto público y en presencia de los familiares de la víctima (C147, C162, C95, C108).
- Reconocer en un acto público la responsabilidad del Estado por las violaciones de derechos humanos (si las víctimas fueron indígenas, en el idioma oficial del Estado y en el de la comunidad) (C328, C92, C110, C140).
- Poner en funcionamiento un registro de desaparecidos (C252).
- Designar una calle, plaza o escuela con el nombre de la víctima (C147, C92, C108, C110); construir un monumento (C140) o agregar el nombre de las víctimas a uno ya existente (C162); o agregar una placa en un lugar de detención donde ocurrieron tratos crueles (C303).
- Diseñar e implementar programas educativos en derechos humanos dirigidos a agentes de seguridad (C160, C303), fuerzas armadas, servicios de inteligencia (C138) y el Poder Judicial (C328).
- Efectuar reformas legislativas en el derecho interno (C92, C108, C138).

En cuanto al retorno digno, la Corte ha establecido que es una obligación de los Estados proteger el derecho de las personas desplazadas a volver a su lugar de residencia habitual o a sus tierras ancestrales (en caso de comunidades indígenas), lo que implica prevenir amenazas o daños a los sujetos y proveer condiciones de seguridad (C303, C270, C252, C253, C325). Lo dicho debe entenderse como el cese de las condiciones que generaron la migración. Asimismo, el órgano internacional ha indicado que los afectados deben participar en la planificación y gestión de su regreso (C303). El retorno digno es un tópico invocado en casos en los que han ocurrido conflictos armados internos y donde, por las condiciones de inseguridad y los riesgos para la vida, así como para la integridad física y psicológica de las personas, se han producido desplazamientos masivos de poblaciones (en muchos casos, se trata de comunidades indígenas o campesinas; por ejemplo, C325 y C328). También se trae a colación en casos en los que una víctima o la familia de la víctima, al ser amenazadas o violentadas, deciden trasladarse para no someterse a riesgos de asesinatos o maltratos (por ejemplo, C352).

La expresión «vida digna» es mencionada por la Corte como una forma global de la existencia. Así, se usa para indicar la relevancia de garantizar el derecho a la salud como medio (en el voto concurrente del

juez Ferrer Mac-Gregor en C261); la relación con la propiedad, sobre todo cuando se trata del desconocimiento de tierras ancestrales (C270) o si las personas deben cambiar su residencia habitual por correr riesgo su integridad física (C325); y en relación con la posibilidad de trabajar en una profesión como medio para ganarse una vida digna (C272).

Una expresión relacionada es «existencia digna», utilizada por la Corte para expresar que esta debe ser garantizada por el Estado. Ello fue dicho respecto a la necesidad de vigilar los cuerpos de seguridad en un caso en el cual se sospechaba que las fuerzas militares habrían ejecutado extrajudicialmente a delincuentes durante una toma de rehenes (C292).

Asimismo, en vinculación con lo anterior, el tribunal ha expresado que el trato digno corre el riesgo de ser transgredido en situaciones en las que una persona está en estado de indefensión, como es el caso de una detención, ya sea porque ha sido ilegal (C100) o por las condiciones en las que se desarrolla (C236 y C237). Para este último supuesto, la Corte ha remitido a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas y resaltó la prohibición de las penas corporales, de las celdas oscuras, y del encierro sin acceso a alimentos y agua (C236).

En cuanto a la vivienda digna, aparece mencionada en un caso en referencia a que una menor, por problemas de salud (había sido contagiada con VIH durante una transfusión de sangre), tenía dificultades para acceder a ella (C298). No obstante, la Corte no brinda parámetros para determinar en qué consiste una vivienda digna, ya sea en general o en una situación concreta.

### IV.3. Reflexiones

La noción de dignidad no se usa exclusivamente para caracterizar un cargo institucional o personas humanas, también se ha utilizado para referir a cadáveres y a medidas relacionadas con ellos (como, por ejemplo, el entierro, la sepultura, la memoria, el nombre). Este caso pareciera tener una conexión directa con la dignidad como nota inherente a la naturaleza humana, ya que se proyecta luego de la finalización de la vida. La idea de la dignidad de los muertos no sirve para proteger al individuo de la violación ni para fortalecer un derecho, sino para justificar que se exijan algunas medidas en particular. Estas medidas, como se ha enumerado, van desde un acto en presencia de los familiares hasta hacer documentales, edificios públicos, reformas legislativas, etc.

Otra forma de uso de la dignidad es cuando caracteriza un derecho. En estos casos, el derecho por sí solo puede existir, pero cuando se exige que sea «digno», eleva la exigencia para el garante. Así, en la jurisprudencia de la Corte IDH encontramos referencias a la vida digna, la existencia digna, el trato digno, la vivienda digna y el retorno digno. No existen

parámetros para poder distinguir entre el nudo derecho y el derecho digno; es decir, por ejemplo, cuál es el límite que separa el mero derecho a la vida del derecho a la vida digna.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La Corte IDH utiliza en muchos casos la noción de dignidad y, claramente, lo hace de manera tal que da a entender que es importante o que la resolución de los casos no sería igual si no se la mencionara. Sin embargo, intentar dilucidar qué intenta decir este tribunal cuando usa el término no pareciera ser una tarea sencilla ya que este aludiría a diferentes ideas, pero también con algún núcleo semántico en común.

1. La dignidad como estatus institucional depende de la organización social, de la proyección de una posición jerárquicamente superior y del respeto de los otros estratos. No es una acepción relevante para la Corte IDH. La dignidad como nota de los seres humanos tiene algunos puntos coincidentes con ella. Si se reconoce a la razón o a la autonomía como la fuente, entonces la posibilidad de mostrar la identidad y la elección de un plan de vida, sumado al respeto de los demás, es un denominador que estructuralmente tienen en común. La posibilidad de clasificar grupos vulnerables para tutelar su dignidad, ya sea en el sentido fuerte o en el débil, también reconoce una organización social de fondo, aunque no implique una jerarquización institucional.
2. El trato que se proporciona a las personas es clave en todas las acepciones. En el estatus institucional, es la forma de exteriorizar el reconocimiento de la relevancia del cargo. En la nota de la naturaleza de la persona, en el sentido débil, el trato es la clave para menoscabar, reconocer o garantizar la dignidad; y, en el sentido fuerte, el trato puede ser compatible o incompatible con la dignidad humana. Finalmente, el trato en relación con los derechos debe cumplir requisitos más exigentes cuando estos son calificado como «dignos».
3. Los casos de tratos contrarios a la dignidad son claramente inhumanos. En tal sentido, cuando la Corte los califica como tales, no da parámetros para distinguir casos que pudieran estar en una zona gris. Algo semejante ocurre con los tratos que son acordes con la dignidad, pues solo se puede encontrar una casuística. El problema principal con ambos tipos de trato es que, al poder realizar únicamente una enumeración de casos que serían claros, no es posible dilucidar una definición sobre qué es la dignidad más allá de algunas ideas más bien extremas.

4. La Corte hace uso de manera recurrente de la noción de dignidad, ya sea como nota de la persona o para caracterizar un derecho, mas no como estatus institucional. A pesar de que se esgrime como un concepto central y que inspira otros derechos, el tribunal no pareciera preocuparse por elaborar una definición. Por el contrario, la apertura semántica o la escurridiza definición parecieran ser útiles por cuanto el concepto tiene una fuerza propia al ser invocado y puede ser utilizado en diversas ocasiones. Así, es un concepto cuya claridad está en la tracción que genera, en las exigencias que agrega al elemento sobre el que recae o al trato que se le debe propinar a este; pero, dado que el concepto se precisa a medida que aparece la casuística, no hay una definición exhaustiva. En tal sentido, quizás una meta sea no definir el término desde el plano teórico para que la noción se revele desde una perspectiva tópica; es decir, caso a caso. Esto le daría soltura y textura abierta hacia el futuro.

5. La Corte intenta darle universalidad a la dignidad al manifestar que la interpretación no puede violar la naturaleza humana; no obstante, también le da dinamismo y particularismo cuando menciona que los jueces deben descubrir la mejor forma de concretarla conforme a los contextos socioeconómicos, los datos del caso y que, además, pueden categorizar grupos vulnerables. Ambos, dinamismo y particularismo, refuerzan la textura abierta del concepto de dignidad, esta vez no solo hacia el futuro, sino también para el presente, ya que podría ocurrir que, conforme a los datos de un caso y a las posibilidades de un Estado, exista una forma de concretar un derecho y, simultáneamente, una forma muy distinta de lograr lo mismo en otro Estado. Así, la dignidad podría tornarse en un concepto circunstancial.

6. Si algo tienen en común las tres acepciones es que en todas ellas la idea de dignidad resalta algo, exige más, destaca la relevancia de aquello sobre lo que recae. En el fondo, cuando se la utiliza como nota de la persona humana o para caracterizar un derecho, subyace la idea de aquello que está a la altura de un ser humano. Así, la idea de humanidad como algo esencial y alrededor de lo cual gira el derecho se coloca en el centro de atención. El problema, entonces, se traslada: para definir un concepto que se usa de manera abierta, como ocurre con el de dignidad, hay que recomenzar la tarea para entender qué es el ser humano o, al menos, qué entiende la Corte IDH por humanidad.

## REFERENCIAS

Bohórquez Monsalve, V., & Aguirre Román, J. (2009). Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6(11), 41-63. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf

Callus, T. (2018). Towards a Libertarian Application of Dignity in English Law: A Case Law Analysis. *Ius Gentium*, *71*, 129-140. https://doi.org/10.1007/978-3-319-99112-2_9

Clarendon Press. (1968). Dignitās. En *Oxford Latin Dictionary* (p. 542). Oxford: Clarendon Press.

Delgado Rojas, J. I. (2018). Dignidad humana. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, (15), 176-197. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4347

Feuillet-Liger, B. (2018). The Case for a Limited Use of Dignity as a Legal Principle. *Ius Gentium*, *71*, 289-318. https://doi.org/10.1007/978-3-319-99112-2_22

Grewe, C. (2014). La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue générale du droit*, (18323), 1-12. www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18323

Hoyos Castañeda, I. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

Labernia y Esteller, P. (1844). Dignitas. En *Diccionario de la lengua castellana* (vol. 1, p. 698). J. M. De Grau.

Marin, M. (2008). *Una gramática para todos.* Buenos Aires: Voz Activa.

McCrudden, C. (2008). Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, *19*(4), 655-724. https://doi.org/10.1093/ejil/chn043

Meltzer Henry, L. (2011). The Jurisprudence of Dignity. *University of Pennsylvania Law Review*, *160*(1), 169-233. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol160/iss1/3

Peces Barba, G. (2007). La dignidad humana. En E. Maza Zorrilla, D. Bondia García y R. de Asís (coords.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy* (pp. 157-172). Madrid: Dykinson.

Peces Barba, G. (2010). *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Dykinson.

Pele, A. (2010). *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Madrid: Dykinson.

Pele, A. (2010). *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Madrid: Dykinson.

Pele, A. (2015). La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasilera de Direito*, *11*(2), 7-17. https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17

Rao, N. (2011). Three Concepts of Dignity in Constitutional Law. *Notre Dame Law Review*, 86(1), 183-272. https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss1/4

Real Academia Española (RAE). (2014). Digno, na. En *Diccionario de la Real Academia Española* (24ta ed.). https://dle.rae.es/digno

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

*Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Corte IDH, serie C N° 109).

*Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017 (Corte IDH, serie C N° 334).

*Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (Corte IDH, serie C N° 330).

*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Corte IDH, serie C N° 239).

*Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006 (Corte IDH, serie C N° 147).

*Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002 (Corte IDH, serie C N° 91).

*Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005 (Corte IDH, serie C N° 138).

*Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Corte IDH, serie C N° 169).

*Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Corte IDH, serie C N° 100).

*Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005 (Corte IDH, serie C N° 123).

*Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Corte IDH, serie C N° 69).

*Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018 (Corte IDH, serie C N° 352).

*Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Corte IDH, serie C N° 34).

*Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Corte IDH, serie C N° 52).

*Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Corte IDH, serie C N° 170).

*Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016 (Corte IDH, serie C N° 312).

*Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (Corte IDH, serie C N° 212).

*Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Corte IDH. Serie C N° 98).

*Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Corte IDH, serie C N° 299).

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

*Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Corte IDH, serie C N° 232).

*Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Corte IDH, serie C N° 292).

*Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Corte IDH, serie C N° 124).

*Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Corte IDH, serie C N° 266).

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

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

*Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Corte IDH, serie C N° 211).

*Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Corte IDH, serie C N° 134).

*Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006 (Corte IDH, serie C N° 140).

*Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Corte IDH, serie C N° 270).

*Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005 (Corte IDH, serie C N° 131).

*Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 (Corte IDH, serie C N° 148).

*Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006 (Corte IDH, serie C N° 156).

*Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Corte IDH, serie C N° 63).

*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Corte IDH, serie C N° 110).

*Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Corte IDH, serie C N° 282).

*Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Corte IDH, serie C N° 95).

*Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Corte IDH, serie C N° 160).

*Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Corte IDH, serie C N° 268).

*Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012 (Corte IDH, serie C N° 244).

*Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Corte IDH, serie C N° 310).

*Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de mayo de 2008 (Corte IDH, serie C N° 178).

*Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Corte IDH, serie C N° 289).

*Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Corte IDH, serie C N° 237).

*Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Corte IDH, serie C N° 272).

*Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005 (Corte IDH, serie C N° 126).

*Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005 (Corte IDH, serie C N° 126).

*Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011 (Corte IDH, serie C N° 236).

*Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Corte IDH, serie C N° 315).

*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Corte IDH, serie C N° 242).

*Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Corte IDH, serie C N° 246).

*Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005 (Corte IDH, serie C N° 137).

*Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989 (Corte IDH, serie C N° 5).

*Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Corte IDH, serie C N° 153).

*Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Corte IDH, serie C N° 136).

*Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Corte IDH, serie C N° 298).

*Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 (Corte IDH, serie C N° 253).

*Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002 (Corte IDH, serie C N° 94.)

*Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Corte IDH, Serie C N° 112).

*Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Corte IDH, serie C N° 329).

*Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Corte IDH, serie C N° 275).

*Caso J. vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Corte IDH, serie C N° 291).

*Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Corte IDH, serie C N° 162).

*Caso La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (Corte IDH, serie C N° 173).

*Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Corte IDH, Serie C N° 33).

*Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Corte IDH, serie C N° 302).

*Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Corte IDH, serie C N° 119).

*Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003 (Corte IDH, serie C N° 103).

*Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004 (Corte IDH, serie C N° 105).

*Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004 (Corte IDH, serie C N° 116).

*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Corte IDH, serie C N° 252).

*Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Corte IDH, serie C N° 250).

*Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Corte IDH, serie C N° 260).

*Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Corte IDH, serie C N° 328).

*Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004 (Corte IDH, serie C N° 108).

*Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Corte IDH, serie C N° 150).

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

*Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Corte IDH, serie C N° 251).

*Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Corte IDH, serie C N° 279).

*Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Corte IDH, serie C N° 241).

*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Corte IDH, serie C N° 349).

*Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Corte IDH, serie C N° 245).

*Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Corte IDH, serie C N° 351).

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

*Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Corte IDH, serie C N° 287).

*Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Corte IDH, serie C N° 303).

*Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Corte IDH, serie C N° 303).

*Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Corte IDH, serie C N° 152).

*Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Corte IDH, serie C N° 261).

*Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Corte IDH, serie C N° 35).

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

*Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Corte IDH, serie C N° 344).

*Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018 (Corte IDH, serie C N° 358).

*Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Corte IDH, serie C N° 92).

*Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Corte IDH, serie C N° 192).

*Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Corte IDH, serie C N° 307).

*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Corte IDH, serie C N° 4).

*Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Corte IDH, serie C N° 218).

*Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006 (Corte IDH, serie C N° 149).

*Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (Corte IDH, serie C N° 325).

*Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005 (Corte IDH, serie C N° 127).

*Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Corte IDH, serie C N° 180).

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 (Corte IDH, serie A N° 18).

Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 (Corte IDH, serie A N° 17).

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 (Corte IDH, serie A N° 16).

Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 (Corte IDH, serie A N° 24).

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 (Naciones Unidas). https://www.ppn.gov.ar/pdf/legislacion/Reglas%20M%C3%ADnimas%20para%20el%20Tratamiento%20de%20los%20Reclusos.pdf

Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 (Corte IDH, serie A N° 22).

Recibido: 19/02/2021
Aprobado: 15/05/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.009
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 309-344
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# La función de la Corte Penal Internacional y las teorías críticas del derecho internacional

## The Function of the International Criminal Court and the Critical Theories of International Law

MARIO URUEÑA-SÁNCHEZ*
Universidad del Rosario (Colombia)

MÍRIAM DERMER-WODNICKY**
Universidad La Gran Colombia (Colombia)

CLARA HERNÁNDEZ-CORTÉS***
Universidad del Rosario (Colombia)

**Resumen:** Este artículo busca analizar la función de la Corte Penal Internacional (CPI) desde el horizonte analítico de los estudios críticos y los aportes particulares de la Escuela de Helsinki y el idealismo social. Para dar alcance a este objetivo, se comparan los principales postulados de ambas perspectivas sobre el concepto de justicia internacional penal (JIP), en general, y hacia la actuación de la CPI en su tiempo de vigencia, en particular. La metodología utilizada es la de un análisis documental con una fuerte inclinación hacia textos de corte teórico y doctrinal.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, Escuela de Helsinki, idealismo social, teorías críticas, derecho internacional

***Abstract:*** This article seeks to analyze the function of the International Criminal Court (ICC) from the analytical horizon of critical studies and the particular contributions of the Helsinki School and social idealism. To achieve this objective, the main postulates of both perspectives are compared towards the concept of international criminal justice (ICJ), in general, and towards the performance of the ICC in its time of validity, in particular. The methodology used is that of a documentary analysis with a strong inclination towards texts of a theoretical, doctrinal and jurisprudential nature.

***Key words:*** International Criminal Court, Helsinki School, social idealism, critical theories, international law

* Doctor en Derecho por la Universidad del Rosario (Colombia), con estudios de doctorado en Ciencia Política (énfasis en Relaciones Internacionales) por la Universidad de Quebec, Montreal (Canadá). Magíster en Geopolítica y Seguridad Global por la Universidad de Roma «La Sapienza» (Italia). Politólogo por la Universidad Nacional de Colombia. Profesor e investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
Código ORCID: 0000-0002-8040-6240. Correo electrónico: mario.uruena@urosario.edu.co

** Doctoranda en Derecho por la Universidad del Rosario. Magíster en Ciencia Política por la Universidad de Quebec. Politóloga por la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigadora de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
Código ORCID: 0000-0001-8749-9024. Correo electrónico: miriam.dermer@ugc.edu.co

*** Internacionalista y abogada por la Universidad del Rosario. Joven investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
Código ORCID: 0000-0001-9204-0824. Correo electrónico: ehc25@hotmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES Y FUNCIÓN DE LA CPI EN EL ORDEN MUNDIAL ACTUAL.- II.1. FUNCIÓN Y LUGAR QUE OCUPA LA CPI EN EL ORDEN INTERNACIONAL ACTUAL.- III. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS APORTES DE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL.- III.1. LA ESCUELA DE HELSINKI.- III.1.1. LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA INTERNACIONAL ACTUAL.- III.1.2. REPRESENTACIÓN DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN.- III.1.3. PROPUESTA DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL E INTERNACIONAL.- III.2. EL IDEALISMO SOCIAL.- III.2.1. LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA INTERNACIONAL ACTUAL.- III.2.2. REPRESENTACIÓN DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN.- III.2.3. PROPUESTA DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL E INTERNACIONAL.- III.3. EL DIÁLOGO ENTRE DOS VISIONES CRÍTICAS.- III.4. LA COMPRENSIÓN DE LA JIP DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL.- III.4.1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y LOS FINES DE LA JIP PARA LA ESCUELA DE HELSINKI.- III.4.2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y LOS FINES DE LA JIP PARA EL IDEALISMO SOCIAL.- IV. LA FUNCIÓN DE LA CPI DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL.- IV.1. LA CPI COMO UN PROYECTO POLÍTICO HEGEMÓNICO EN EL ORDEN MUNDIAL.- IV.2. VALORES E IDEALES DE LA CPI EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD DIFERENTE.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han significado un desafío para los postulados tradicionales del derecho internacional en varios frentes. Dos de ellos tienen que ver con las perspectivas para su entendimiento y con la multiplicación de actores que hacen parte del sistema. Por un lado, las visiones positivistas (no solamente desde la óptica de la filosofía del derecho, sino también de aquellas que pueden tener un compromiso claro hacia el empirismo y la cientificidad) ofrecen marcos explicativos que han coadyuvado a la constitución del orden internacional actual con sus virtudes y defectos. Virtudes para crear un andamiaje institucional de inspiración liberal comprendido por una pléyade de organizaciones e instancias con un cierto grado de competencia y fuerza vinculante otorgada por los Estados que las conforman. Y debilidades en tanto esas organizaciones e instancias se han mostrado incapaces de cumplir satisfactoriamente con los cometidos para los cuales fueron instituidas, mientras que dicha incapacidad ha conducido a la perpetuación de un sistema injusto, desigual y antidemocrático. Esta es condición suficiente para indagar acerca de otras formas posibles de pensar el mundo, al derecho y a las relaciones humanas en su conjunto. Entre la variedad de opciones disponibles, se escogió para este artículo trabajar sobre dos visiones críticas con argumentos interesantes, los cuales valen una discusión profunda: la Escuela de Helsinki y el idealismo social.

La multiplicación de actores del sistema internacional ha puesto la lupa en los alcances y limitaciones de aquellos actores, sobre todo, en los cuales se depositaron las esperanzas de un mundo pacífico donde

la dignidad humana fuera preservada a toda costa. Uno de esos actores sobre los que dicha esperanza ha sido de particular interés es la Corte Penal Internacional (CPI). Su instauración en el tránsito hacia el presente siglo, la promesa subyacente de un tribunal permanente para arrogarse la competencia sobre los peores crímenes contra la humanidad y la ilusión de erigirse como una entidad supraestatal, capaz de hacer prevalecer la seguridad humana sobre la seguridad nacional, fueron argumentos de peso para tomar con optimismo las funciones que adelantaría el naciente tribunal.

Hoy, casi dos décadas después de la entrada en vigor de su tratado constitutivo, parecen ser más las inquietudes que las certezas que se tienen respecto al funcionamiento del tribunal. La tendencia a convertirse, de una parte, en un instrumento de las potencias occidentales para hacer prevalecer su agenda sobre los Estados más débiles del orbe puede ser contrapuesta, de la otra parte, a su ideario de hacer justicia a aquellos individuos a quienes sus Estados arroparon con mantos de impunidad mientras les negaban esa misma justicia a sus víctimas. Es por ello que cabe preguntarse: ¿cuál es la interpretación que tienen la Escuela de Helsinki y el idealismo social respecto de la función de la CPI?

El objetivo de este artículo se dirige, entonces, a analizar la función de la CPI desde el horizonte analítico de los estudios críticos y los aportes de la Escuela de Helsinki y el idealismo social. Para dar alcance a este objetivo se comparan los principales postulados de ambas perspectivas hacia el concepto de justicia internacional penal (JIP), en general, y hacia la actuación de la CPI en su tiempo de vigencia, en particular. La metodología utilizada es la de un análisis documental con una fuerte inclinación hacia textos de corte teórico y doctrinal.

Este artículo consta de tres secciones. La primera sección presenta un panorama de los antecedentes y la función de la CPI en el orden internacional actual. La segunda sección realiza un debate entre las dos perspectivas de referencia, partiendo desde sus postulados principales, su visión del sistema internacional actual, su percepción del derecho y sus propuestas de un mundo alternativo para, luego, enfocarlo al concepto de JIP y atar las visiones ofrecidas por cada perspectiva en relación con su factibilidad en el mundo real. Finalmente, la tercera sección utiliza los insumos teóricos y conceptuales identificados para entender el rol que ha desempañado la CPI en la configuración del derecho internacional contemporáneo.

## II. ANTECEDENTES Y FUNCIÓN DE LA CPI EN EL ORDEN MUNDIAL ACTUAL

Con anterioridad a la constitución de la CPI como un tribunal internacional encargado de juzgar a individuos por su responsabilidad en la comisión de los crímenes internacionales más graves, el escenario de discusión para su conformación permanente estuvo enmarcado en un juego de intereses políticos, económicos y de *statu quo*. Numerosos Estados argumentaron que un tribunal internacional penal afectaría gravemente su soberanía e iría en contravía de sus intereses nacionales. La falta de homogeneidad ideológica entre los Estados y los altos costos económicos que conllevaría su mantenimiento fueron otros de los argumentos esgrimidos contra su establecimiento (Hernández, 2002, p. 481).

Solo tras la finalización de la Guerra Fría en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional la redacción del borrador del estatuto de un tribunal internacional penal de carácter permanente. La Comisión tuvo listo el documento en 1994 y al año siguiente se creó un Comité Preparatorio para dar seguimiento a las discusiones y debates sobre el mismo, lo que eventualmente llevaría a la aprobación del Estatuto de la CPI (ECPI) el 17 de julio de 1998, por ciento veinte votos a favor, siete en contra (Estados Unidos, Israel, China, Irak y Qatar, entre otros) y veintiún abstenciones (Rocha, 2018, p. 6).

En la discusión sobre la conformación de la CPI se pueden resaltar dos temas fundamentales: a) la relación entre su jurisdicción y las jurisdicciones nacionales; y b) la obligación de los Estados de cooperar con la CPI (Fernández de Gurmendi, 2000, p. 88). En cuanto al primer tema, el principio de complementariedad entraña que la CPI no tiene primacía sobre los sistemas nacionales y no tiene como función sustituir a las jurisdicciones nacionales, de manera que solo ejercerá jurisdicción cuando los Estados no actúen o sus actuaciones adolezcan de falta de disposición o de capacidad (Hernández, 2002, p. 484).

Una de las principales cuestiones que se plantearon durante la negociación del ECPI fue definir los criterios que permitirían la intervención de la CPI porque esta no podría tener amplias facultades, ya que limitaría el papel de los Estados, pero tampoco un papel muy restrictivo porque entonces no podría actuar y su creación sería poco útil (Fernández de Gurmendi, 2000, p. 89). La solución vino dada por el principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales, que aparece recogido en el artículo 1 del ECPI y supuso un punto intermedio entre quienes promovían que la CPI no fuera irrelevante o meramente residual, y aquellos otros Estados que preferían limitar el papel de la CPI argumentando que los sistemas

nacionales podrían desarrollar mejores procesos de investigación y enjuiciamiento, y que la CPI no debería por tanto actuar en casos de demora, colapso o fallas intermitentes de los sistemas nacionales de justicia, sino solo en casos de inexistencia o colapso generalizado de los mismos (p. 90).

La segunda cuestión, relativa a la obligación de cooperación con la CPI para garantizar su adecuado funcionamiento, es esencial porque sin la cooperación de los Estados afectados no es posible arrestar a los imputados, recoger el material probatorio, tomar los testimonios de las víctimas o ejecutar las sentencias, entre otras cosas (Fernández de Gurmendi, 2000, p. 90).

Un tercer aspecto relevante en las negociaciones fue la definición de los crímenes sobre los cuales la CPI tiene competencia material, que según el artículo 5 del ECPI son aquellos «más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). Si bien se debatió también la posibilidad de incluir el terrorismo, los crímenes contra las Naciones Unidas y el tráfico de drogas, no se llegó a un acuerdo sobre su definición y ámbito de aplicación, por lo que solo se pudo alcanzar el compromiso de recomendar que se aborde su posible inclusión en el ECPI en futuras Conferencias de Revisión de este estatuto.

En cuanto al crimen de agresión, su definición fue objeto de múltiples controversias centradas en torno al papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su determinación. Los miembros permanentes del Consejo defendieron que la CPI solo pudiera ejercitar su competencia cuando el Consejo afirmara que, efectivamente, había existido un acto de agresión, pero la mayoría de los Estados no estuvo de acuerdo con que se supeditara el ejercicio de la competencia de la CPI a la previa decisión del Consejo, dada la importancia de salvaguardar la independencia de la CPI como organismo internacional autónomo en acuerdo al artículo 2 del ECPI (Hernández, 2002, p. 485).

Como resultado, el artículo 5(2) del ECPI solo recoge una referencia a que el mismo se incluye en la competencia material de la CPI, pero señala que esta no podría ser ejercitada hasta que se acordara en el futuro su definición, elementos y aplicación. De esta manera, hubo que esperar hasta la Conferencia de Revisión del ECPI, celebrada en Kampala el año 2010, para lograr un acuerdo que solo entró en vigor el 17 de julio de 2018. Además, según Koh (2010), los intereses vitales de los Estados Unidos se vieron protegidos por el resultado de las negociaciones porque

> la Corte no puede ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión sin una decisión posterior que tendrá lugar luego del 1° de enero de 2017. El Fiscal no puede acusar a nacionales de Estados que no son parte, incluyendo a los estadounidenses, por un crimen de agresión. Ningún

> estadounidense puede ser procesado por agresión en tanto Estados Unidos se mantenga como Estado no parte. Y en el evento de convertirse en Estado parte, aún se mantendría la opción de marginar a nuestros compatriotas de los procesos por agresión (Scheffer, 2012, p. 223).

En relación con el crimen de genocidio, la definición adoptada es la contenida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. No hubo, por tanto, acuerdo para ampliar la definición con el fin de incluir grupos protegidos adicionales a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos (Human Rights Watch, 1998, p. 2); aunque en el comunicado de prensa del 25 de marzo de 1996, relativo a los trabajos del Comité Preparatorio, se mencionó que algunos Estados realizaron esta propuesta de ampliación y que otros consideraban que debía tratarse al definir la categoría de los crímenes de lesa humanidad (ICC Preparatory Committee, 1996, p. 12). Asimismo, tampoco se aceptó la propuesta de los Estados Unidos en cuanto a incluir el requisito de «sistemático y generalizado» en la definición del crimen de genocidio, porque el mismo era característico de la definición de los crímenes de lesa humanidad (1999, p. 12).

En relación con los crímenes de lesa humanidad, la discusión versó sobre diferentes elementos de su definición. Un punto importante fue analizar si el ataque debía ser generalizado o sistemático, como se acabó recogiendo en el artículo 7 del ECPI; o si, por el contrario, debían concurrir ambos requisitos.

Finalmente, en relación con los crímenes de guerra, se evaluó en particular qué armas eran prohibidas y cuáles no (incluyendo la discusión sobre las armas nucleares), adoptando en gran medida las disposiciones ya recogidas en el derecho de La Haya y Ginebra. Además, se rechazó la propuesta de la Liga Árabe, China e India de que solo se tuvieran en cuenta los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales (Human Rights Watch, 1998, p. 2).

### II.1. Función y lugar que ocupa la CPI en el orden internacional actual

Actualmente, la CPI ha venido enfrentando diversas situaciones que han puesto en duda su función, el cumplimiento de su labor y su imparcialidad, entre otros desafíos. Esta Corte sigue enfrentando la aceptación o rechazo de los intereses políticos de los Estados, que entienden que su participación en este tribunal internacional obedece a sus agendas internas y al mantenimiento de sus intereses y del *statu quo* internacional.

En octubre de 2016, tres países africanos decidieron retirarse de la CPI a través de la denuncia del Estatuto de Roma (Burundi, Sudáfrica y Gambia, a pesar de que hasta el momento solo se haya concretado la

salida del primero). Los argumentos de los países africanos consistieron en afirmar que la CPI no era imparcial y estaba muy sesgada frente a las situaciones y casos pertenecientes a África, desconociendo que en otras latitudes y Estados también era necesaria la intervención de la Corte (Cerda, 2017, p. 128).

Yoweri Museveni, presidente de Uganda, para la posesión de su quinto periodo en el año 2016, llamó a la Corte «montón de gente inútil», logrando que ciertos diplomáticos occidentales se retiraran. Museveni se ha expresado de esta manera debido a las demoras en el juicio contra Joseph Kony y los abusos cometidos por el Ejército de Resistencia del Señor (Cerda, 2017, p. 128).

Por su parte, el caso referente al expresidente Omar al Bashir ha generado uno de los puntos de mayor molestia e inconformidad de los países africanos con la Corte. La situación en Darfur, Sudán, remitida por el Consejo de Seguridad R/1593/2005 (Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad, 2005), ha sido una prueba de que la falta de cooperación de los Estados para lograr llevar a cabo los procedimientos de la CPI es un gran obstáculo en el cumplimiento de la función de la Corte.

Desde el año 2009 se han dictado dos órdenes de arresto en contra del expresidente, pero no ha sido posible ponerlo bajo custodia de la Corte debido a la falta de cooperación de algunos Estados en los que se ha alojado, pues no ha sido transferido a la jurisdicción de la CPI (CPI, s.f.a). Actualmente, el expresidente se encuentra en Sudán para ser judicializado, tras ser arrestado por el ejército de Sudán. El 21 de julio de 2020 se iba a llevar a cabo el juicio local correspondiente por el golpe de Estado de 1989, pero este se suspendió porque no contaba con el espacio ni las condiciones necesarias para llevarse a cabo (Amaya, 2020). Este juicio nacional sigue pendiente indefinidamente, así como los procedimientos ante la CPI por los cargos de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio (CPI, 2018).

Al Bashir, tras la orden de arresto emitida por la CPI, afirmó que la Corte era un instrumento neocolonial de occidente para la represión de la libertad y soberanía africana. A su vez, Muamar el Gadafi también sostuvo que sus actuaciones y el descontento hacia la CPI eran un intento antiimperialista y anticolonialista de las naciones menos fuertes en contra de las grandes potencias. Paul Kagame, presidente de Ruanda, acusó a la CPI en 2010 de esclavista y colonialista, lo cual iba en contra del principio de autodeterminación de los pueblos y justificaba la no ratificación del Estatuto. A su vez, Uhururu Kenyatta, presidente de Kenia, al saber que sería investigado por crímenes en contra de la oposición, reconoció que la CPI es selectiva y politizada (Campos & Lozano, 2018, p. 15).

En Burundi, tras la decisión del Parlamento de denunciar el Estatuto, uno de los parlamentarios (Gabriel Ntisezerana) afirmó que la CPI es «un instrumento político utilizado por poderes para eliminar a quienes quieren el poder en el continente africano» (Cerda, 2017, p. 130). Esta es la respuesta de este Estado a la apertura del Examen Preliminar sobre la Situación en Burundi del 25 de abril de 2016 por parte de la CPI (s.f.b). En esta decisión de Burundi se puede evidenciar que la pertenencia o no a la CPI y su funcionamiento dependió de cómo los intereses del Estado estaban alineados con los intereses y actuaciones de la Corte. En el momento en que esta se convirtió en una amenaza a causa de la apertura de las investigaciones, la salida fue la retirada del Estado frente al Estatuto de Roma.

Sidiki Kaba, en calidad de presidente de la Asamblea de Estados parte durante el quinceavo periodo de sesiones de este órgano, realizado en noviembre de 2016, afirmó que

> Hoy, un fuerte sentimiento de injusticia atraviesa el continente africano en el que muchos países perciben a la Corte Penal Internacional como la expresión de un imperialismo judicial que quiere castigar a sus dirigentes panafricanos. En los últimos años, esta percepción viene provocando una tensión casi permanente en las relaciones entre África y la Corte Penal Internacional. Esto ha derivado en una crisis que hay que contener rápidamente desde la retirada de tres Estados: Burundi, Sudáfrica y Gambia (CPI, 2016, p. 8).

Por otro lado, la vocación de universalidad pretendida por la conformación de una corte con las características de la CPI ha sido duramente criticada debido a la no participación de Estados poderosos que no se han adherido como Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel. Con la falta de presencia y adhesión de estos Estados, pareciera que se abriera paso a la «impunidad frente a las actuaciones y crímenes cometidos por sus nacionales» (Cerda, 2017, p. 132). La situación bajo investigación relativa a Georgia es un claro ejemplo de las tensiones que se producen en el marco del funcionamiento de la estructura de la CPI, donde por un lado se tiene a un Estado parte del Estatuto y, por el otro, a un Estado no miembro como Rusia. El ministro de Relaciones Exteriores de Rusia afirmó en el año 2016 que

> Lamentablemente la Corte no ha cumplido con las expectativas de convertirse en un verdadero tribunal internacional independiente y acreditado. El trabajo de la Corte se ha caracterizado […] como ineficaz y unilateral en diferentes foros, incluyendo la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad. Cabe destacar que durante los 14 años de trabajo de la Corte se han emitido sólo cuatro sentencias […] la iniciativa de la Unión Africana que ha decidido desarrollar

> medidas para una retirada coordinada de los Estados africanos es comprensible (p. 24).

Recientemente, respecto de la situación en Afganistán, la Corte nuevamente se enfrentó a una lucha interna por la apertura o no de la investigación correspondiente a esta situación. El 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó la solicitud de la Fiscalía para iniciar la investigación por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Afganistán. Los jueces decidieron que la apertura de la investigación iría en contra de los intereses de la justicia. La Sala, integrada por Antoine Kesia-Mbe Mindua, Tomoko Akane y Rosario Salvatore Aitala, consideró que el escenario político en Afganistán se había modificado desde la apertura del Examen Preliminar en 2006 hasta la actualidad y a partir de la falta de cooperación con la Fiscalía, que llevó a que no se logre una investigación exitosa y a que se priorizaran los recursos para actividades de la CPI con mayores oportunidades de éxito (CPI, 2019a, p. 8).

Como era de esperarse, esta decisión generó múltiples reacciones en el escenario internacional y al interior de la Corte. Cuatro expresidentes de la Asamblea de Estados Parte de la CPI, tras analizar la decisión en contra de la apertura de la investigación, se pronunciaron y afirmaron que esta «es una forma de decirle a Estados Unidos que tiene razón, que como han bloqueado todo, la investigación no es posible» y que, según Moreno Ocampo (en ese entonces, fiscal de la Corte), «los jueces están brindando impunidad a los sospechosos que pueden ejercer suficiente poder político para afectar la cooperación de Estados Partes relevante» y han «transformado una consideración política en un requisito legal», como si fuera «una nueva regla del Estatuto de Roma» (Morales, 2019, p. 9). Cabe precisar que nunca en la CPI se había expuesto la falta de cooperación como un argumento válido para la no apertura de una investigación.

Esta decisión de no apertura fue apelada y, el 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones decidió autorizar la apertura de la investigación respecto de la situación en Afganistán. Esta Sala consideró que al examinar «intereses de la justicia» se debe hacer únicamente un análisis de la base fáctica de la posible comisión de los crímenes señalados y de la existencia de casos potenciales que puedan estar bajo la jurisdicción de la Corte (CPI, 2020, p. 11).

Con base en las consideraciones previas, desde este artículo se juzga pertinente hacer una valoración de esta función y del papel de la CPI en el orden mundial actual, más allá de la dogmática o de los discursos de los detractores o reivindicadores de este tribunal; una valoración cuya originalidad radica en recurrir a dos perspectivas críticas del derecho internacional: la escuela de Helsinki y el idealismo social. Se trata, pues,

de perspectivas con similitudes y divergencias sustantivas que brindarán contraste a la lectura que se hará de la función de la CPI y su lugar en el mundo.

## III. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS APORTES DE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL

Aunque la Escuela de Helsinki y el idealismo social suelen ser rotulados en la categoría de «enfoques críticos» sobre el derecho internacional, existen entre ellas diferencias sustantivas que ameritan un ejercicio inicial de valoración. En ese sentido, si bien ambos proyectos intelectuales recaen en el trabajo de un hombre en cada caso (Martti Koskenniemi para la Escuela de Helsinki y Philip Allott para el idealismo social) y en la influencia que han tenido en los últimos años en distintas comunidades académicas que han replicado sus ideas, ambos se han erigido como postulados teóricos de referencia.

Junto con las coincidencias al identificar las carencias en la forma como ha sido desarrollado el derecho internacional y en su papel dentro de la configuración del sistema internacional vigente, también se observan importantes distinciones al momento de comparar un proyecto con otro. Por ende, este apartado del capítulo presenta los aspectos centrales de cada una de estas perspectivas desde: a) la problemática del sistema internacional actual, b) la representación del derecho y su función, y c) la propuesta de transformación social e internacional. Con esta base, se propone a continuación una discusión entre sus puntos centrales y sus lugares de discrepancia respecto del campo de investigación, así como de su aspiración de transformación social e internacional.

### III.1. La Escuela de Helsinki

Como fue señalado previamente, la perspectiva teórica que ha sido bautizada de este modo es inspirada en gran medida por el proyecto intelectual de Martti Koskenniemi, profesor de la Universidad de Helsinki. Aunque su obra forma parte en buena parte de los denominados estudios críticos legales internacionales (CILS, por sus siglas en inglés), autores como Andrea Bianchi (2016, pp. 171-175) la consideran una suerte de desdoblamiento hacia una visión independiente de estos. Dicho desdoblamiento es patente a partir de la publicación de su libro *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2004b), que se desmarca de otras monografías célebres del mismo tratadista (enmarcadas más propiamente en los CILS), como *From Apology to Utopía: The Structure of International Legal Argument* (1989), por su énfasis en el derecho internacional como una síntesis entre pensamiento (político) y acción (política). Dicho de otro modo,

para esta versión de Koskenniemi el derecho internacional es el resultado indivisible de teoría y práctica jurídicas internacionales.

Respecto a esta concepción del derecho internacional, resulta interesante la ubicación de su origen moderno en el grupo humano inscrito al Institut de Droit International de Gante (Bélgica) hacia el año de 1873, idea contraria a la incesante discusión sobre si ese origen proviene de la Escuela de Salamanca sobre el derecho de gentes o de los iusnaturalistas modernos. La razón para desligarse de esta discusión y plantear un origen alternativo radica en que Koskenniemi concibe a los miembros del mencionado instituto no como filósofos, sino como hombres de práctica que pensaron el derecho como progreso social. Además, el contraste hecho en el texto entre la Estado-céntrica tradición alemana y la antropocéntrica tradición francesa del derecho internacional acrecienta la relevancia de entender al derecho internacional desde la política de la profesión. Por ello, Koskenniemi (2002) concibe en última instancia al derecho internacional como «lo que los abogados hacen de él».

### III.1.1. La problemática del sistema internacional actual

Al indagar por los principales cuestionamientos hechos por Koskenniemi a la forma en que la práctica del derecho internacional se lleva a cabo por quienes la ejecutan, es inevitable encontrarse con el concepto de «gestionalismo». El gestionalismo puede ser definido como un matriz mental profesional, el cual imagina al derecho internacional como un modo particular de experticia técnica. Este término se funda en el presupuesto de que el discurso dominante del derecho internacional es objetivo y neutro en la medida en que está sujeto a las directrices del método científico (Bianchi, 2016, p. 175).

Los exponentes de este discurso terminan naturalizando los resultados que arroja el sistema jurídico internacional como aquellos que se ajustan al rigor de este método, lo que no deja espacio para cuestionar presupuestos como la afirmación de que «el Estado pueda, después de todo, ser concebido como un sujeto jurídico en un sistema donde sus posesiones territoriales se entiendan como su propiedad, sus tratados como sus contratos y su diplomacia como un sistema de administración legal» (Koskenniemi, 2007, p. 1).

No obstante, Koskenniemi (2007), lejos de compartir esta postura, señala que el gestionalismo, en tanto una estrategia para privilegiar el devenir cada vez más técnico en el ejercicio del derecho, es responsable de varios problemas contemporáneos a los que se enfrenta la disciplina y el mundo actualmente, como la marginalización, la ausencia de fuerza normativa y la sensación de que las costumbres diplomáticas están en la base de todo lo que está mal con el sistema (p. 2).

A pesar de escudarse en «la experticia técnica» y la «neutralidad» propia del método científico, según Koskenniemi el gestionalismo no puede ocultar que detrás suyo existen intereses creados dispuestos a privilegiar a ciertos actores o valores que ocupan posiciones hegemónicas en las instituciones dominantes. Al cumplir un propósito claro e inclinarse por estos actores y valores, por un lado, pero al presentarse ante los destinatarios de su discurso como un saber neutral, por el otro lado, el gestionalismo termina convertido en un discurso legitimador del *statu quo*, favoreciendo a unos y neutralizando a otros (Bianchi, 2016, p. 177).

En este contexto, los intereses creados hacen del abogado una pieza del engranaje que acaba siendo instrumentalizada por este. Esta instrumentalización no es, sin embargo, algo dado naturalmente, sino que es producto de «una renegociación constante en vistas del cálculo presente» (Koskenniemi, 2007, p. 26). Para ilustrar esta dificultad, el autor utiliza el ejemplo del nacionalismo alemán (y de otros países) del siglo XIX. Mediante este ejemplo, Koskenniemi retrata a la nación alemana como un concepto «conflictivo, indeterminado y abierto» (p. 26), lejos de cualquier pretensión de homogeneidad transmitida por los discursos dominantes. De tal manera, la visión gestionalista alemana fue permeada por estas contradicciones, inclusive en la fase imperialista propia de finales de ese siglo.

Habiendo desvelado la ilusoria neutralidad del gestionalismo, Koskenniemi (2004a) vislumbra en el sistema internacional una pugna entre sus actores por posicionar una agenda en contraposición a la agenda de otros actores que antagonizan frente a esa intención, la cual es trasladada a los actos del lenguaje. Dicha pugna es condensada por el autor bajo el concepto de «disputa hegemónica», la cual es definida como «el proceso por el cual los actores internacionales rutinariamente se desafían los unos a los otros al invocar reglas y principios jurídicos sobre los cuales han proyectado significados que apoyan sus preferencias y socavan las de sus oponentes» (p. 199).

La lucha desencadenada por esta pugna debe ser entendida bajo el objetivo de que las partes en disputa pretenden convertir su visión particular de cualquier asunto en la visión integral del mismo, dando la apariencia de que su preferencia es la preferencia universal. En el ámbito universal, el proceso que llevó a la aprobación en 1974 de la Resolución N° 3314 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (y a la definición del concepto de «agresión») refleja esta disputa. Allí, el eje de la discusión se centró en determinar las formas lícitas e ilícitas de coerción en el escenario en que cada solución propuesta afectaba la posición de los Estados involucrados en la negociación (Koskenniemi, 2004a, p. 199).

La problemática del sistema internacional actual para Koskenniemi versa entonces sobre la forma en que un proceso irregular y contradictorio, como lo es la constitución del gestionalismo, lleva a una dialéctica de poder/resistencia entre los actores del sistema y a un encubrimiento de esas relaciones en el nombre de la naturalización de una técnica jurídica que se presenta como neutral y objetiva.

### III.1.2. Representación del derecho y su función

Fiel a su visualización del derecho internacional como una combinación de acción y práctica política, Koskenniemi (2007) va más allá de considerar a este campo de estudio como un conjunto de reglas e instituciones, y también lo observa como una «tradición y un proyecto político» (p. 1). Así, el profesor finlandés comienza por considerar al derecho internacional como un «proceso de articulación de preferencias políticas en argumentos jurídicos, los cuales no pueden ser desligados de las condiciones de disputa política dentro de las cuales fueron construidos» (2004a, p. 197).

Esta perspectiva se aleja de la lectura tradicional del derecho internacional como un conjunto estable de demandas normativas, independiente de las relaciones de poder, y lo ubica como un aspecto de la disputa hegemónica, una técnica para articular reclamaciones políticas en términos de deberes y obligaciones jurídicas. De esta manera, el derecho internacional se encuentra también afectado por la proyección de preferencias particulares como universales. Asuntos como el uso de la fuerza, el derecho a la paz, los derechos humanos, el comercio y la globalización han sido marcados por las estrategias subyacentes de proyección de preferencias.

Pero el derecho internacional no se queda únicamente en el ámbito de la disputa hegemónica, ya que contiene en su lenguaje facetas utópicas al separar a los actores políticos de sus preferencias idiosincráticas para crear el mundo internacional como una comunidad jurídica (Koskenniemi, 2004a, p. 197). Por ello, en vez de un instrumento de disputa, el derecho internacional para Koskenniemi es un campo de tensiones entre actores, valores y concepciones, siendo las más relevantes las tensiones existentes entre universalismo y particularismo, y entre formalismo y dinamismo (Shaw, 2008, p. 64).

La tensión entre universalismo y particularismo conlleva al desafío de la fragmentación. Para dar solución a este desafío, los abogados internacionalistas, especialmente los de tradición europea, han postulado comprender al derecho internacional en términos constitucionales, excluyendo de su análisis cualquier valoración de la diplomacia y la política, e interpretando al sistema jurídico internacional como una jerarquía de reglas e instituciones (para lo cual recurren a fórmulas de inspiración latina como *ius cogens*) (Koskenniemi, 2007, p. 15).

En contraste con esta aspiración de constitucionalización del derecho internacional, su evolución dista de entrever una unidad del sistema. Lo anterior debido a la ampliación de la agenda internacional, que se ha traducido en que, ante la necesidad de enfrentar problemas contemporáneos como los relacionados con la economía, los derechos humanos, el medio ambiente, la criminalidad organizada y la seguridad internacional, se prolonguen viejos principios e instituciones. La receta ha sido la especialización en ramas como el derecho de los negocios internacionales, el derecho internacional ambiental, el derecho internacional penal o el derecho internacional de la seguridad. Las cuestiones acerca de la competencia sobre un asunto específico, o el sesgo que se impondrá sobre los demás, abren el espacio para la imposición de unos expertos y unas instancias que se basan en su poder para validar sus posturas (Koskenniemi, 2007, pp. 4-6). Es así como la fragmentación termina por volverse una disputa por la hegemonía institucional.

Sumada al problema de la fragmentación y sus contradicciones inherentes, la tensión entre formalismo y dinamismo también guarda relación con la incapacidad de los nuevos regímenes jurídicos internacionales de establecer un control vertical. Si los regímenes jurídicos fueran capaces de garantizar un control político, esta situación estaría resuelta. No obstante, incluso en aquellos regímenes fundados en la producción normativa formal del derecho internacional (frecuentemente a través del mecanismo del tratado multilateral), estos terminan por inclinarse hacia un *ad hocismo* contextual que finalmente refuerza la posición de los expertos funcionales. De esa manera, y al igual que con las normas de aspiración universal, aquellas con intención de formalidad terminan por convertirse en normas demasiado exclusivas o demasiado inclusivas, en oposición al deseo del legislador (Koskenniemi, 2007, p. 9).

### III.1.3. Propuesta de transformación social e internacional

Sobre la base de las problemáticas del sistema internacional en general y del derecho internacional en particular, Koskenniemi retoma su concepción de este último como un proyecto político que repercute en las dimensiones práctica, política y moral.

En primer lugar, al ser el derecho internacional «lo que los abogados hacen de él» y al intentar reconstruir la política de la profesión, Koskenniemi pretende crear conciencia sobre la necesidad de una sensibilidad compartida de la profesión. En *The Gentle Civilizer of Nations* (2004b), el autor hace un ejercicio de reconstrucción de la historia intelectual de la profesión de los abogados internacionalistas con el objeto de ilustrar el estudio de esta disciplina con un sentido de movimiento histórico y lucha política que permea hasta el plano personal de sus protagonistas. Su aspiración respecto al derecho internacional contemporáneo

(que, a diferencia de lo que pregonan algunos de sus colegas, no se limita a transformar su vocabulario para facilitar la coordinación de la gobernanza global a través del empirismo de la ciencia política) es la de redimir este saber en tanto proyecto político. Al tomar este camino, se buscaría un doble efecto. Por un lado, se lograría «el desarrollo de una sensibilidad profesional que se siente como en casa en todos los regímenes, pero que no está presa en ninguno de ellos […] dando voz a los que no están representados en las instituciones del régimen» (2007, p. 29). Por el otro lado, «[p]olitizar la gobernanza significa repensar la actividad de las instituciones expertas no como la producción técnica de decisiones predeterminadas por alguna lógica anónima, sino como elecciones de hombres y mujeres bien ubicados en varios lugares donde ocurre el poder» (p. 29).

La reinvención de la práctica de los abogados internacionalistas pasaría entonces por desenmascarar las relaciones de poder insertas en los regímenes jurídicos internacionales, incluso en escenarios de poder menos reconocidos. Este acto de desenmascaramiento permitiría identificar los intereses y valores de los productores normativos internacionales. Así, la posibilidad de «romper y conectarse» coadyuvaría la deconstrucción narrativa del régimen para narrarlo de nuevo, apoyado en la perspectiva de los marginados (Koskenniemi, 2007, p. 29).

En segundo lugar, el valor del derecho internacional como un proyecto político ayudaría a reemplazar la naturalización del particularismo europeo (o la perspectiva de la potencia hegemónica de turno) como la visión global preferente. Por ello, en este punto se hace importante la promoción de los valores de una cultura de resistencia al poder. Al rescatar el valor de lo político en el derecho internacional, Koskenniemi retoma la postura de autores como Carl Schmitt y Hans Morgenthau para hablar de «la ley del imperio» en vez del «imperio de la ley» (Bianchi, 2016, p. 178). La proyección de una visión particular como la visión global conlleva la imposición de una agenda específica para el derecho internacional, menospreciando problemas más importantes del orden mundial (como la pobreza). Ante este contexto, la cultura de la resistencia al poder exige que los opositores sean miembros de una comunidad jurídica y, por ende, política. Esta reclamación puede llevar a una auténtica universalización de los intereses particulares de los actores hacia la pertenencia a una comunidad política cuya lucha se daría en el nombre de «cualquiera en mi posición»; es decir, hacia el cosmopolitismo y la solidaridad (Koskenniemi, 2004a, pp. 213-214). Cumpliendo esto, se prescribe que «el poder debe ser limitado, los poderosos deben rendir cuentas y los débiles deben ser protegidos» (Koskenniemi, citado en Bianchi, 2016, p. 179).

En tercer lugar, centrar su propuesta en la práctica y en el oficio del derecho da la impresión de distanciar a Koskenniemi de la visión teleológica de la historia de Immanuel Kant; sin embargo, el profesor finlandés exalta el proyecto de la razón crítica del filósofo prusiano para transformar a la profesión en una práctica de moralidad política. A pesar de ello, a diferencia de Kant, Koskenniemi apunta a los proyectos, intereses y ambiciones concretas de los individuos como aquellos que elaboran el derecho internacional, en contraste con sus ideas y proyectos abstractos y temporales (Bianchi, 2016, p. 178).

La reivindicación de Kant viene, por tanto, por el lado de recuperar al derecho internacional como portador de la idea de regulador de la comunidad internacional, independiente de los intereses o deseos particulares, que regresa a la moral como el eje de su actuar. En palabras de Koskenniemi,

> este es el proyecto cosmopolita de Kant correctamente entendido: no un estado final o un programa de partido, sino un proyecto de razón crítica que mide el estado de cosas actual desde la perspectiva de un ideal de universalidad que no puede reformularse en una institución, una técnica de gobierno, sin destruirlo. El destino del derecho internacional no es una cuestión de volver a emplear a un número limitado de profesionales para tareas más rentables, sino de restablecer la esperanza para la especie humana (2007, p. 31).

## III.2. El idealismo social

Al igual que ocurre con la Escuela de Helsinki, la perspectiva del idealismo social recae principalmente en la obra de un autor: Philip Allott. El, para algunos, encriptado estilo de escritura de Allott ha llevado a que otros autores, como Iain Scobbie, faciliten la labor de hacer que sus textos sean algo más comprensibles. El objetivo de esta perspectiva podría resumirse en «cambiar fundamentalmente la organización social del mundo, cambiando fundamentalmente las ideas sobre las que se basa la organización social del mundo» (Scobbie, 2011, p. 168). Para Scobbie, los rasgos principales del idealismo social de Allott se limitan a

> la convicción de la capacidad de la mente humana para trascenderse a ella misma en su pensamiento, de tomar control sobre el futuro humano, de escoger ese mismo futuro, de hacer el futuro humano conforme a nuestros ideales, a nuestras mejores ideas de lo que somos y de lo que podemos ser (p. 168).

### III.2.1. La problemática del sistema internacional actual

En Allott, el divorcio entre el Estado y la sociedad ha creado un escenario internacional que él denomina «insociedad», un escenario en el cual la avaricia, el egoísmo y la maldad se han erigido como los valores

centrales. En la insociedad, el Estado y las elites que lo dirigen —en su nombre— se imponen sobre los individuos a los que dicen representar. Inspirado en el ideario de Emer de Vattel, filósofo suizo del siglo XVIII, Allott subraya que esta realidad es aceptada por parte de los dirigentes políticos y administrativos, y también por las clases dominantes en general de Europa occidental. Esto por cuanto les permite tener más control de la conformación de la realidad social, «incluida la autoconcepción teórica de la sociedad y la formación de la realidad mucho más allá de los límites territoriales de Europa occidental» (Scobbie, 2005, p. 303). Esta clase dominante se ha jactado de poder hablar entre sí y competir entre sí a través de las fronteras estatales, siempre con la satisfacción de estar a salvo dentro de sus autónomos sistemas estatales internos.

Para Allot, es esta clase dominante —o las elites en tanto agentes que provocan la desconexión entre la dimensión doméstica de la vida social y la insociedad— la que provoca la «maldad» padecida en la sociedad internacional contemporánea. Si bien la imposición del Estado al cuerpo social es un elemento capital de la insociedad, esto no se traduce directamente en que el Estado sea necesariamente una entidad del mal. El Estado, por el contrario, tiene un papel importante para facilitar la interacción y la reconciliación de los individuos, la organización social y el interés común. Más bien, son las elites las que han hecho del Estado una entidad jerárquicamente superior y hasta opuesta a otros espacios del poder político y del interés privado. En la maldad de la insociedad, las elites hacen del Estado una entidad externa, carente de cualquier preocupación por hacerse democrática o de ser orgánica con su sociedad. Esta combinación genera que el mundo regido por esta forma de Estado y por sus elites priorice «propósitos relacionados con la supervivencia y prosperidad de cada una de esas sociedades estatales en lugar de la supervivencia y prosperidad de una sociedad internacional de toda la raza humana» (Scobbie, 2011, pp. 180-183).

La insociedad como expresión de la ausencia de correspondencia entre los individuos y las organizaciones constituidas deja a su paso un rompecabezas cuya composición necesita ser reorganizada. Para lograr esta reorganización, la disposición de las piezas del rompecabezas en la actual autoorganización del sistema internacional debe tomar como referencia los campos del orden público (relativo a la posibilidad de un sistema de derecho universal), la diplomacia y la guerra, la política territorial, la relación entre lo nacional y lo internacional, el derecho internacional público y la factibilidad de instaurar valores universales (Allott, 1999, pp. 40-42).

La reconfiguración de este rompecabezas pasa, de igual manera, por lo que Allott denominó la «insanta trinidad». Esta trinidad involucra a: a) la sociedad y el modo en el cual la capacidad de autocreación del

hombre puede ser aprovechada para la cooperación entre humanos, b) el Estado pensado en términos de una relación orgánica con la sociedad para moldearla en el ámbito de lo público, y c) la nación y su facultad para crear una identidad única (Allott, 1992, pp. 239-240).

Al abrir la opción de autocreación del hombre, de la sociedad y del sistema internacional se busca abordar los obstáculos a los que este último ha hecho frente: a) la degradación de los valores universales, b) la hegemonía de la economía, c) la pobreza de la política, d) la pobreza de la filosofía y e) la tiranía de lo real (Allott, 1999, pp. 47-50).

### III.2.2. Representación del derecho y su función

De conformidad con la marcada predilección ontológica de Allot por el ideacionalismo (al afirmar que la sociedad no existe más que en la mente humana), el autor considera al derecho como una de las tres dimensiones en las cuales las sociedades se autoconstituyen junto con las ideas y las prácticas. Para el autor,

> el derecho no es solo un medio de restricción social, sino también el medio más confiable de liberación social, ya que, al distribuir el poder social en forma de poder legal, establece los límites legales del poder social. El derecho también encarna valores sociales cuya función es controlar el contenido sustantivo y procesal del derecho (Scobbie, 2011, p. 186).

El derecho, en consecuencia, se desliga de su acepción como un sistema de reglas jurídicas para asociarse a un sistema de relaciones jurídicas que crean una realidad legal paralela en la cual se le da significado jurídico al lenguaje, estatuto personal a las personas y carácter jurídico a los eventos humanos y naturales. En Allott, el derecho es un intermediario entre el poder y las ideas; es la encarnación de las dinámicas sociales persiguiendo un ideal, una moral erigida como un propósito a nivel sistémico (Scobbie, 2011, pp. 186-187).

Según Allott, el papel del derecho en una sociedad es el de insertar el interés común entre los miembros de una sociedad en vez de ser el portavoz de los discursos que los Gobiernos esperan escuchar. El derecho es entonces el portador del interés propio de una sociedad, el cual, aunque puede estar en conflicto con los intereses individuales de sus miembros, armoniza con sus intereses en tanto miembros de una sociedad. El interés común no se limita, por lo tanto, únicamente a la sumatoria de intereses particulares. Está formado en la intersección entre lo real y lo ideal, en la medida en que la sociedad responde a su situación presente y potencial a la luz de sus continuos propósitos, valores y teorías (Allott, 1999, p. 36). Así, el derecho es simplemente una manera de vislumbrar las relaciones sociales, en tanto una aplicación de la conciencia y del poder de la mente humanas para determinar el destino de los asuntos humanos (Scobbie, 2005, p. 306). Es decir, es la forma sistemática de organización

del intercambio social, estableciendo redes de relaciones jurídicas entre seres humanos, quienes son designados para actuar en beneficio de los fines sociales (Allott, 1992, p. 226).

En particular, el derecho internacional es aquel autoconstituido para toda la humanidad y contiene tres niveles sistémicos: a) el derecho internacional constitucional, que brinda a las personas jurídicas la capacidad de actuar como partes en las relaciones jurídicas internacionales y determina las relaciones sistémicas entre los otros dos niveles, a la par que las relaciones horizontales entre los derechos estatales; b) el derecho internacional público, el cual es la parte del derecho internacional que regula la interacción del dominio subordinado de lo público y el dominio de lo internacional público; y c) el derecho de las naciones, cuyo ámbito de acción es el de la regulación de las relaciones sociales entre los individuos que conforman una comunidad concreta. En este esquema, el derecho internacional público es producto de la combinación del derecho internacional constitucional y del derecho de las naciones (Allott, 1999, pp. 37-38).

Más aún, para Allott el derecho y el derecho internacional no solamente se autoconstituyen en los niveles de análisis espaciales y analíticos, sino también en los temporales. Esta autoconstitución entre temporalidades se enfoca en tres tipos de análisis: a) cómo fue la sociedad en el pasado, con sus necesidades y obligaciones (constitución jurídica); b) cómo es la sociedad en el presente, como actualidad y como acción (para ello se requiere estudiar la cotidianidad de los individuos que la componen, considerando la sumatoria e integración de las actividades que llevan a cabo para perseguir sus propios objetivos) (constitución real); y c) cómo puede ser la sociedad en el futuro, como una aspiración que debe guiar su desarrollo por venir (constitución ideal) (Scobbie, 2011, p. 174).

Cada una de estas constituciones cumple una función respecto a la sociedad de que se trate. Así, en palabras de Allott (1992),

> la función de la constitución jurídica es llevar la estructura y el sistema de la sociedad de su pasado a su futuro […] La función de la constitución real es promulgar la voluntad social en el presente mediante la cual la sociedad logra sus objetivos sociales en relación con la especificidad y complejidad infinitas y únicas de lo actual […] La función de la constitución ideal es llevar a la sociedad a convertirse en la sociedad imaginada por sus objetivos y sus valores sociales, para dar a una sociedad dada una idea de su yo posible (p. 225).

La transición de estas tres constituciones percibe al derecho como aquel que establece futuros posibles para la sociedad conforme a sus teorías, valores y propósitos. El derecho es, por ende, un proceso de coconstitución permanente de desarrollo entre las fuerzas sociales que lo

crean mediante sus percepciones y los eventos sociales que este genera por medio de su aplicación (Scobbie, 2005, p. 307). De esta manera, el derecho internacional encuentra su lugar en la autoconstitución de la sociedad internacional como parte esencial de la autocreación y el autoperfeccionamiento de la especie humana (Allott, 1999, p. 50).

### III.2.3. Propuesta de transformación social e internacional

Para Allott, hay claridad en que la revolución inicia en el plano de la mente humana. Al ser la sociedad internacional, y consecuentemente el derecho internacional, la creación de su conciencia, los individuos y la humanidad han de tomar responsabilidad sobre la misma. Como protagonistas de esta revolución, son los individuos en lugar de los Estados los llamados a determinar el contenido sustantivo del derecho internacional (Scobbie, 2005, p. 313).

El derecho internacional en la actualidad está sustentado en casi todos sus aspectos en el desorden, la incoherencia y la contención, lo que produce un dolor que ha llevado a la sociedad al borde del colapso mental. Dolor que al ser lamentado da la bienvenida a la posibilidad de cambio, a rehacer el derecho internacional y, con él, a reestructurar a la sociedad humana hacia un nuevo orden (Allott, 1992, p. 246). Como agentes de cambio hacia ese nuevo orden se requerirá de

> Abogados que estén dispuestos y sean capaces de hacer posible la constitución social de una realidad humana verdaderamente universal dentro de la cual la humanidad pueda querer y actuar en el presente para transformar su pasado en futuro, que es la potencialidad del ser humano autocreador (Allott, 1992, p. 252).

Además de la reivindicación del derecho como escenario para visualizar otros mundos posibles, Allott prescribe otros frentes de acción en los cuales se debe intervenir para revertir la actual insociedad internacional y alcanzar la eunomia (buen orden social), que busca «reimaginar el mundo humano proponiendo un nuevo ideal de sociedad internacional, la sociedad de toda la humanidad, la sociedad de todas las sociedades» (Allott, 1992, p. 252).

La eunomia está asociada a un proyecto utópico integral, el cual «incluye la tarea de volver a concebir la forma en que formamos nuestras ideas, nuestros valores y nuestros propósitos» (Scobbie, 2011, p. 170). Asimismo, junto con los proyectos eunómicos y utópicos está el eusófico, centrado en reimaginar lo universal; es decir, la religión. Como la primera fase del proyecto de transformación social, la eunomia es la reconstrucción de la estructura del derecho internacional y de las relaciones internacionales basada en el poder de las ideas para estructurar y reestructurar el mundo. Son las ideas las que tienen la potestad de cambiar las instituciones y el

mundo humano, y con ellas el futuro humano hacia la supervivencia y la prosperidad (2005, pp. 301-303).

Respecto a los obstáculos para conseguir esto, Allott sintetiza su propuesta en lo que se ha dado en llamar «el camino a la redención». Este camino postula una reedición del proyecto intelectual de la Ilustración y de los temas pendientes que necesitan ser revisitados. El autor prescribe como su plan general: a) bajarle el perfil a la primacía de lo económico; b) restaurar la política a su función fundamental y dignificada de producir valores, ideas y prácticas para la sociedad internacional; c) empoderar a la filosofía como un medio para trascender el actual estado de la cuestión en el campo internacional; y d) imaginar nuevos futuros, demostrando que el actual no es necesario ni ineludible (Bianchi, 2016, p. 255).

### III.3. El diálogo entre dos visiones críticas

Por lo visto en las páginas anteriores, la escuela de Helsinki y el idealismo social hacen parte de los denominados estudios críticos del derecho internacional. Aunque ello pudiese evidenciar una serie de confluencias respecto a la percepción compartida de estas corrientes, también es clara la persistencia de discrepancias entre ambos proyectos intelectuales. De un lado, la Escuela de Helsinki entiende al derecho internacional como ideas, pero también como prácticas de los abogados que lo aplican. Por ello, las obras de Koskenniemi contienen una combinación de historia de las ideas y biografías de abogados internacionalistas con el fin de rescatar el origen del derecho internacional desde las labores prácticas de sus protagonistas. No ocurre lo mismo con la visión del mundo del idealismo social, la cual incluye una clara orientación hacia el ideacionalismo, orientación que implica la predilección por las ideas y por cómo estas pueden construir las relaciones sociales. Las estructuras son entendidas entonces como conjunciones de intereses e ideas puestas de presente por determinados actores del sistema jurídico internacional.

Un elemento común entre ambas perspectivas es la importancia de la relación entre derecho y política; no obstante, es cierto que el papel de lo político varía ostensiblemente de una perspectiva a la otra. Así, la Escuela de Helsinki parte de tomar en consideración el pesimismo antropológico de autores como Schmitt y Morgenthau con el fin de sujetar el ámbito de lo jurídico a las relaciones preexistentes del poder político (esta es una de las principales razones por las cuales Koskenniemi formula el cambio de paradigma del «imperio de la ley» a «la ley del imperio»). Por el contrario, en el idealismo social el «camino a la redención» requiere, además de bajarle el perfil a lo económico, restaurar a la política su función fundamental y dignificada de producir valores, ideas y prácticas para la sociedad internacional.

Este papel de lo político en relación con lo jurídico devela una de las discrepancias sustantivas entre una y otra perspectiva: la posibilidad de un mundo alternativo al presente. Así, el idealismo social vislumbra una «revolución en la mente», que preconiza una humanidad autoconstituida que puede aspirar a un «buen gobierno» (eunomia) mediante el moldeamiento de la realidad circundante por parte de la conciencia de la sociedad (teleología explícita de la sociedad internacional). De este modo, se da el paso de la constitución real (la sociedad actual) a la constitución ideal (la manera en que la sociedad se mira a sí misma como potencialidad hacia el futuro). En contraste, para la Escuela de Helsinki, si bien la posibilidad de reconfigurar el proyecto del derecho internacional es algo latente (y para ello formula una propuesta crítica), se separa de la teleología kantiana al señalar al derecho internacional como un producto de proyectos, intereses y ambiciones de individuos concretos, en vez de ser el resultado de ideas e intereses generales.

Finalmente, una diferencia significativa entre ambas perspectivas se encuentra el agenciamiento de sus unidades de análisis. Para el idealismo social, la figura de la «maldad» es encarnada por las elites dominantes. Además, la insociedad del Estado se encuentra desconectada de la dimensión doméstica de la vida social, haciendo que el bienestar de los individuos sea buscado en sociedades autocontenidas. Esta insociedad, lejos de ser una condición natural, es el resultado del proyecto insolidario de las elites dominantes y de su instrumentalización del derecho. Por el contrario, para la Escuela de Helsinki la crítica se dirige hacia el establecimiento de una verdad histórica a través del posicionamiento de unos valores provenientes de instituciones que ocupan posiciones dominantes en el sistema internacional.

Sin desmedro de lo recién anotado, se debe resaltar que ambas escuelas tienen una confluencia sustantiva en el tema de las unidades de análisis. A pesar de hacer alusión al papel de los Estados (hegemónicos en un caso y no explícitamente determinados en el otro), la auténtica unidad de análisis se compone de individuos particulares, bien sean las elites para el idealismo social o los abogados internacionalistas para la Escuela de Helsinki. Esa confluencia abre la puerta a un debate que va más allá de la responsabilidad internacional del Estado y de sus agentes: el de la responsabilidad internacional de los individuos.

### III.4. La comprensión de la JIP desde la Escuela de Helsinki y el idealismo social

Para Olasolo (2016), la JIP se dirige a tres grupos de fines principales. Por un lado, la salvaguarda de los bienes jurídicos individuales y colectivos protegidos frente a los crímenes internacionales (entre estos últimos destacan la paz y seguridad internacionales, y la dignidad humana).

En segundo lugar, la JIP tiene como función el establecimiento de una narrativa histórica de lo acontecido. Frente a la JIP existen dos posiciones encontradas en la doctrina académica: por una parte, aquellos autores que consideran que a través de la JIP se puede establecer la narrativa o el registro de los crímenes con el paso del tiempo[1]; por la otra, un segundo grupo de autores —entre los que se encuentra Koskenniemi— que niegan que este sea un fin de la JIP. Así, para este último, la JIP y la responsabilidad internacional del individuo se muestran insuficientes para establecer la verdad histórica. En ese sentido, Olasolo (2016) señala:

> como Martti Koskenniemi recalca, resulta extraño que un órgano jurisdiccional actúe como árbitro entre las diferentes versiones históricas de los conflictos de larga duración en que se cometen muchos de los crímenes internacionales, pues esos conflictos no son fácilmente interpretables mediante la aplicación del DIP (p. 107).

Finalmente, el tercer grupo de fines de la JIP tiene que ver con la promoción de la reconciliación en el postconflicto. Esta función plasma otra tensión en la doctrina existente que oscila entre la JIP y la paz. Así, de un lado, una serie de autores consideran que la JIP puede facilitar la reconciliación social, consolidando las bases para una paz duradera; y, del otro, autores como Hayner «recuerda[n] que no hay ninguna prueba empírica que demuestre plenamente la intuición esbozada por los [autores del primer grupo]» (citado en Olasolo, 2016, p. 109).

Uno de los grandes aportes de las teorías críticas aquí analizadas consiste en replantear los fines de la JIP. A pesar de que la Escuela de Helsinki es más decidida en sus señalamientos al acusar a la JIP como un proyecto político cuya narrativa es impuesta por los poderes hegemónicos, tanto esta como el idealismo social plantean visiones que entrevén la posibilidad de cambiar las ideas y/o prácticas que han determinado el devenir de la sociedad internacional. En consecuencia, ello replantearía los fines a los que se dirige la JIP.

### III.4.1. La responsabilidad internacional del individuo y los fines de la JIP para la Escuela de Helsinki

Para Koskenniemi (2002, p. 35), la JIP se muestra como una tendencia propia del orden hegemónico actual. Esto se ilustra mediante el apoyo tanto ideológico como financiero de los patrocinadores occidentales al Tribunal Permanente Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y las ventajas judiciales obtenidas de ello. Acciones como la negativa de la Fiscalía del TPIY a abrir una investigación por los bombardeos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo en 1999 son la demostración de este sesgo hegemónico. Para el autor finlandés, la JIP

1 En este grupo de autores se encuentran Antonio Cassese, Mark J. Osiel y Mark A. Drumbl (Olasolo, 2016).

es, por tanto, una estrategia débil y vulnerable para lidiar con las grandes crisis. Entre más se insiste en su carácter técnico, más patente se hace su intención de imponer una narrativa sobre otra, haciendo evidente la manera en que sus casos sirven para ratificar la hegemonía sobre la cual se asienta este aparato de justicia. En consecuencia,

> todo tribunal se encuentra entre la difícil elección de aceptar algunos hechos como se conocen comúnmente y la construcción de hechos a partir de lo que las técnicas de procedimiento revelan. Aquí, la fina línea entre la justicia, la historia y la manipulación se convierte en invisible (Koskenniemi, 2002, p. 35).

La Escuela de Helsinki hará entonces una crítica frontal a la responsabilidad internacional del individuo, que ha sido el fundamento del derecho internacional penal (DIP) y de la visión hegemónica de la JIP. El autor plantea un conjunto de cuestionamientos al castigo individual, así como al establecimiento de la verdad con intenciones didácticas. En cuanto al castigo, existe una tensión inherente relacionada con el peligro de que este tipo de enjuiciamientos se conviertan en «juicios-espectáculo», los cuales, por su propia metodología, terminan exaltando la figura del acusado en vez de procurar darle dignidad a las víctimas. Citando palabras de Arendt sobre el ahorcamiento de Göring, «a veces una tragedia tiene tal magnitud que el castigo individual no es suficiente dada la dimensión de los crímenes cometidos» (citada en Koskenniemi, 2002, p. 2). Esta dimensión de espectáculo de la responsabilidad internacional del individuo puede ser constatada en los tribunales de Núremberg, el juicio de Milosevic ante el TIPY, el proceso de Eichmann ante la Corte Suprema de Israel, y los juicios de Klaus Barbie y Maurice Papon en Francia.

Con respecto a las intenciones didácticas, este tipo de procesos busca ofrecer una rendición de cuentas sobre el pasado y enseñar a las generaciones más jóvenes sobre los peligros de las políticas particulares; sin embargo, el impacto de esta función se ha visto obstaculizado por la poca información sobre sus efectos. En ese sentido, Koskenniemi brinda dos ejemplos. El primero, relacionado con el impacto didáctico del tribunal de Núremberg en Alemania, que fue tratado por la doctrina alemana de la postguerra como un tribunal de ocupación en lugar de un tribunal internacional, lo que promovió que se mostrara el sesgo hegemónico del que habla la Escuela de Helsinki frente a la justicia penal. Como consecuencia, la población alemana no lo apoyó porque, para 1952, solo el 10 % tenía una visión positiva del mismo (Koskenniemi, 2002, p. 11).

El segundo ejemplo que plantea Koskenniemi (2002, p. 13) es el de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación (TRC, por sus

siglas en inglés). El aporte de esta Comisión en su sentido didáctico también ha sido controvertido, porque solo el 17 % de los sudafricanos encuestados creen que el proceso ha tenido un efecto positivo, mientras que dos terceras partes de los encuestados consideran que las relaciones interraciales se deterioraron después de la instauración de la Comisión.

Continuando con sus reparos frente a la JIP, Koskenniemi (2002) considera que los juicios por genocidio o crímenes contra la humanidad tienen menos que ver con la responsabilidad internacional del individuo que con el establecimiento de la verdad sobre los hechos. Esto es debido a que se requiere el establecimiento de la verdad para iniciar la curación entre las víctimas o la restauración de su dignidad; no obstante, la JIP no es un sistema adecuado para alcanzar este fin porque en los procesos por crímenes internacionales se problematiza la verdad porque «muchos tipos de verdad pueden escucharse en los juicios penales» (p. 6).

Así, para Koskenniemi la primera diferenciación que se puede hacer en torno a la verdad es la que se da entre la verdad histórica y la verdad jurídica. Si bien es cierto que entre estos dos tipos de verdad hay relaciones, persisten problemas de interpretación difíciles de solucionar en el nivel internacional, dadas las inquietudes sobre su debilidad en los procesos jurídicos para enfrentar los grandes eventos de la política internacional. Es acá donde se encuentra otra de las críticas de la Escuela de Helsinki a los fines de la JIP, justicia que no solo no colabora con la resolución de los grandes conflictos del sistema internacional, sino que mina los propios procesos de paz y reconciliación al no apoyarse en la verdad histórica o contextual.

Esta verdad contextual se opone a la verdad individual, configurándose así otra de las críticas de Koskenniemi (2002) al concepto de responsabilidad internacional del individuo. Según el autor, la primera es la única que puede retar la visión hegemónica de la JIP debido a que «el significado de los eventos históricos generalmente excede las intenciones o las acciones de los individuos particulares y sólo puede comprenderse desde las causas estructurales como desde las necesidades económicas o funcionales, o desde una lógica más amplia institucional» (p. 14).

Para el autor, la JIP no está equipada para contextualizar «las sociedades normales criminales» porque ello significaría convertir el proceso «en una lección histórica, y la disputa en el fondo, un debate político sobre la plausibilidad de las interpretaciones históricas» (Koskenniemi, 2002, p. 17). Sin embargo, es esta contextualización lo que resulta ciertamente relevante porque, como el propio Koskenniemi subraya, «la memoria es una evaluación crítica, una interacción con el pasado desde el recuerdo y la experiencia personal, una memoria que mira al pasado,

pero se abre al futuro, preparado para la transgresión, posiblemente la reconciliación» (p. 35).

### III.4.2. La responsabilidad internacional del individuo y los fines de la JIP para el idealismo social

Desde la perspectiva del idealismo social, su teleología de la historia conlleva una percepción más optimista del derecho y la justicia en la cual el derecho sirve como un vehículo para insertar el interés común de la sociedad en el comportamiento de sus miembros. El derecho establece, por tanto, futuros posibles para la sociedad, de acuerdo con sus teorías, valores y propósitos. Por ello, para Allot, el mensaje principal tiene que ver con

> La búsqueda incesante de lo ideal, de lo aspiracional […] la mente humana tiene el poder de crear el futuro imaginado, lo que debería ser, y luego usando la razón para implementarlo […] el derecho tiene la labor de cambiar la realidad social, la historia, la conciencia humana y el sentido de responsabilidad (Scobbie, 2011, p. 175).

En este orden de ideas, se puede considerar que el idealismo social también hace una crítica a la responsabilidad internacional del individuo y replantea los fines de la JIP en lo relativo a la función del lenguaje en su construcción. Así, el principal cuestionamiento que el idealismo social le plantea a la JIP es que el Estado está divorciado de la sociedad a la que le da su expresión formal.

Para Allot, la concepción de las elites sobre las relaciones intra e interestatales proporciona los fundamentos filosóficos de un mundo gobernado y adaptado a los intereses de los Estados, o mejor a los intereses de las elites, en detrimento de las necesidades de la humanidad (Scobbie, 2011). Como resultado, el derecho internacional que margina a la humanidad está lejos de ser lo que debería ser; es decir, un

> derecho como institución central de la sociedad, una actividad central de la conciencia, del individuo y lo social. En circunstancias normales esto aliena al derecho internacional de jugar el rol en la realización de la eunomia —el buen orden de una sociedad auto-organizada— (Allot, citado en Scobbie, 2011, p. 183).

Sin embargo, es importante señalar que Allot diferencia el legalismo del derecho. En su perspectiva, el legalismo es la ley pervertida y es una característica de la insociedad internacional actual. El derecho es diferente al legalismo porque juega un rol importante en la revisión de esta insociedad. Así, según Scobbie (2011),

> el derecho es la perspectiva para la realización del ideal del interés general. Allot argumenta que la sociedad se constituye en tres dimensiones —como ideas, como prácticas y como ley—, pero en el

> proceso de su co-constitución, el derecho transforma las ideas en prácticas mientras asegura la continuidad social y el cambio (p. 186).

Es en ese proceso de coconstitución en el que se puede pensar en las posibilidades del derecho.

Allot considera que la sociedad internacional puede ser realizada desde la relación directa con la conciencia individual al ser esta la que debería ser la responsable del contenido del derecho. Con esa esperanza, este autor propone la continuidad entre la moralidad de la sociedad nacional y la internacional, lo que no excluye la realización del mal como posibilidad contingente de la conciencia corrupta y ligada con los intereses privados (Scobbie, 2011, p. 187). El mal público no puede, por lo tanto, ser atribuido a los individuos, ya que ese tipo de mal es social y sistemático, en coherencia con los sistemas sociales (la conciencia está formada por las elites y cuando se adopta es seguida por las masas, idea inicialmente formulada por Arendt en su informe sobre Adolf Eichmann).

En consecuencia, Allot, al igual que Koskenniemi, es reacio a concebir una idea de la JIP, pero por otras razones. Para el primero, «las causas y los efectos del mal social permanecen, así como el precio humano, pero la indignación moral se empaña por la farsa de la retribución penal» (citado en Scobbie, 2011, p. 193). De esta manera, para el idealismo social, la responsabilidad del individuo puede reproducir la insociedad en la sociedad internacional porque no realiza las potencialidades del derecho, sino que las evade. Sin embargo, el idealismo social es más optimista que la Escuela de Helsinki al entrever la renovación del derecho y de la sociedad internacional como algo posible mediante la revolución de las mentes de los seres humanos. En palabras de Allot (2011),

> la noción de lo ideal nos permite transformar las sociedades, y tenemos el deber moral de garantizarnos un mejor futuro […] el puente entre el pasado y el futuro nos lleva al presente, que es el pivote para influenciar la jugada entre lo actual y lo potencial. Vivir en el presente conlleva responsabilidades, el límite permanente de escoger el futuro (p. 185).

La principal reformulación del idealismo social a los fines de la JIP tiene que ver con la reformulación de la verdad histórica desde la potencialidad del lenguaje como constructo de la verdad. Tanto la historia como el lenguaje son temas centrales en el trabajo de Allot porque, desde su perspectiva,

> El lenguaje construye el mundo. El mundo humano es un mundo de palabras. Sin embargo, hay limitaciones en la capacidad de comunicación que limitan, por lo tanto, las posibilidades de construir la realidad social. Al tomar consciencia del lenguaje como medio reflexivo, no neutral, también se puede ver mejor el papel de la verdad y el valor que juega

como eje estructural en la fabricación de la realidad humana (Scobbie, 2011, p. 173).

Consecuentemente, el lenguaje puede ser utilizado de manera ambivalente, sesgada, limitada, como un reproductor del mal, pero también como una revelación de la potencialidad de ser un constructo para formular un orden moral potencial o ideal.

## IV. LA FUNCIÓN DE LA CPI DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL

Todos los elementos resaltados en la sección anterior, que reflejan el encuentro entre la tradición, el proyecto político y las pretensiones, aspiraciones y expectativas no solamente de los Estados, sino principalmente de los seres humanos individuales, son puestos de presente en esta sección en torno a una unidad de análisis: la CPI. Al ser el único tribunal permanente de ámbito universal que se sustenta en el presupuesto de la responsabilidad internacional individual frente al conjunto de la humanidad, la CPI se perfila como un escenario de interacción idóneo para observar la capacidad de entendimiento ofrecida por las dos perspectivas teóricas puestas en escena en este artículo.

### IV.1. La CPI como un proyecto político hegemónico en el orden mundial

Desde la perspectiva de la Escuela de Helsinki se puede observar que, a partir de las discusiones presentadas durante las negociaciones del ECPI, se pone de manifiesto una connotación política que obedece a los intereses y agendas de los Estados participantes. Además, si bien la intención inicial era lograr una aceptación universal de la CPI, esto no sucedió porque varias de las grandes potencias del momento, como China y Rusia, entre otras, no estaban a favor de su creación a pesar de haber asistido a Roma (Cryer *et al.*, 2010, p. 171).

Por otro lado, a través de la mencionada situación en Afganistán, se hace patente que el escenario de las decisiones de la CPI corresponde a una interacción de los Estados por intereses políticos que se reflejan en las dinámicas internas de toma de decisión de la Corte. Como lo expuso la escuela de Helsinki, estos escenarios jurídicos, que a primera vista parecen ser neutrales, constituyen un campo de tensiones entre actores, valores e intereses. De igual manera, es posible vislumbrar que se intenta esconder en argumentos jurídicos las preferencias políticas de los Estados que ven en el rol de la Corte una oportunidad para sobresalir o priorizar sus intereses en el escenario internacional o la consolidación de un gobierno interno en contra de la oposición, como ha sucedido en

Costa de Marfil o Sudán. La CPI se convierte así en una herramienta jurídica y política para limitar derechos, actuaciones o movimientos que van en contra del gobierno de turno o de lo que se entiende como la oposición.

Por lo tanto, cuando los intereses políticos de los Estados no están alineados con los fines y procedimientos de la Corte, los Estados deciden denunciar el Estatuto porque consideran que es una amenaza a su soberanía y una contradicción con el deseo de universalidad de la Corte. Lo anterior se convierte en una práctica de formalismo versus dinamismo en la que el Estado se adhiere o actúa conforme al contexto e interés del momento (como se observó con Burundi, Sudán, Sudáfrica, etc.). De igual manera, no se puede hablar de paz, seguridad y bienestar cuando las grandes potencias del mundo no hacen parte de la CPI.

No es un secreto que quienes definen el tablero político internacional son aquellos Estados que tienen la capacidad de agenciamiento e intervención en los distintos foros internacionales de toma de decisión. Estados como China, Rusia y Estados Unidos sin duda tienen injerencia en las agendas políticas y jurídicas internacionales, e incluso las agendas nacionales de diversos países han estado o siguen estando dentro de su zona de influencia. En ese escenario, la CPI se convierte en un aliado o un enemigo. Un aliado en la medida en que las decisiones y discusiones estén alineadas con el interés nacional y se pueda influir de manera indirecta en las decisiones y foros, como lo hizo Estados Unidos en las discusiones sobre la definición del crimen de agresión sin ser Estado miembro del Estatuto de Roma. Un enemigo en caso de que este tribunal opte por investigar a aquellos que ostentan el poder político, pero que pueden ser investigados y sancionados a través de alguno de los mecanismos de jurisdicción y competencia establecidos por la CPI.

El rol de los jueces es otro punto que se resalta desde la escuela de Helsinki en la medida en que son estos quienes deciden y personifican los valores e intereses dispuestos en el Estatuto de Roma y las posiciones políticas y jurídicas de los Estados. Retomando el ejemplo de la decisión de apertura de la investigación en la situación de Afganistán, se tienen dos decisiones contradictorias: la de la Sala de Cuestiones Preliminares II y la de la Sala de Apelaciones. Claramente se observa, tanto en las decisiones principales como en las opiniones disidentes, que de una misma disposición jurídica «neutral» se pueden proferir interpretaciones y decisiones distintas a través del manejo de conceptos ambiguos como «intereses de la justicia» o la ampliación de las disposiciones normativas, como la inclusión de la cooperación o no con la Fiscalía como un elemento indispensable para la autorización de una investigación. En definitiva, son los jueces quienes están llamados a valorar y apoyar los

fines originales de la CPI, o a ampliar su interpretación y aplicación a favor de intereses políticos internacionales y nacionales.

### IV.2. Valores e ideales de la CPI en la construcción de una sociedad diferente

Desde un análisis de la función de la CPI a través de la visión del idealismo social de Allott, los fines y valores protegidos y extendidos por la Corte son un claro reflejo del poder de las ideas y las prácticas. De esa forma, la creación de una sociedad eunómica parece posible desde la propuesta creada y desarrollada por la CPI desde su formación y creación.

Sin desconocer los intereses políticos de los Estados en la creación de la CPI, esta Corte también nace como el deseo de integrar y formar una nueva sociedad capaz de entender que el conflicto y la comisión de los más graves crímenes internacionales no pueden quedar impunes, que es necesario observar que la paz y la seguridad son valores necesarios para lograr una convivencia adecuada, y que la consolidación de un buen orden social es posible, reimaginando el mundo y la sociedad internacional.

El Estatuto de la CPI establece en su Preámbulo sus fines y función. Esta corte permanente busca que la comisión de los más graves crímenes de trascendencia internacional no quede impune pues estos son una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de toda la humanidad. Con la creación de la CPI se promueve que se adopten medidas nacionales e internacionales para la prevención y el castigo de estos crímenes, logrando lazos de cooperación para que la justicia pueda actuar efectivamente. El propósito de la CPI se refuerza con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas (1945), sobre todo al reafirmar que los Estados deben abstenerse de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza en contra de otro Estado y que es una corte «de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998).

El contexto en el cual se decide conformar esta Corte era uno marcado por el fin de la Guerra Fría tras cuatro décadas y los entonces recientes conflictos en la ex-Yugoslavia (1991-1995) y Ruanda (1994), entre otros, que evidenciaban que la sociedad internacional debía proteger y restablecer unos valores mínimos de convivencia y respeto por la dignidad y los derechos mínimos de las personas en todo el mundo (Felter, 2020, p. 17). Como se observó en las disposiciones del Preámbulo del Estatuto de Roma, a través de la CPI se busca crear una sociedad menos violenta que rechace los actos que destruyen a la humanidad y que se

creen mecanismos que permitan una sociedad mejor. El juez Sang-Hyun Song (2018) afirmó que

> El sistema del Estatuto de Roma puede ayudarnos a avanzar hacia un mundo más seguro en el que las personas de todo el mundo puedan vivir y prosperar en paz. Sin embargo, esta no es una tarea exclusiva del sector de la justicia; es un objetivo que solo se puede lograr con el fortalecimiento simultáneo de la democracia, el desarrollo y el estado de derecho (p. 25).

A través de la CPI se ha logrado que las jurisdicciones nacionales adopten estándares de protección y se generen mecanismos de prevención de sucesos violentos a nivel interno (Song, 2018). Esta Corte ha promovido que los Estados parte cumplan con sus obligaciones *erga onmnes* en cuanto a investigar, perseguir y sancionar a los perpetradores de los crímenes de su competencia, disminuyendo la impunidad y cumpliendo una función de prevención de la comisión de nuevos sucesos o crímenes (Jessberger & Geneuss, 2012, pp. 1087-1090).

En el artículo 40 del Estatuto de Roma, la independencia de los jueces/magistrados es el punto clave. Como se analizó con anterioridad, para el idealismo el rol de los abogados y de los jueces tiene una gran preponderancia en la medida en que son los individuos llamados a determinar el contenido sustantivo del derecho internacional. Entonces, a través del Estatuto, se reconoce que los jueces deben desempeñar de la mejor manera posible sus funciones desde una visión independiente y compatible con los fines y valores de la Corte. En la medida en que se dé una aplicación adecuada de las disposiciones normativas, la impartición de justicia será más transparente y transformadora de la sociedad. Asimismo, en el artículo 45 se reafirma que

> antes de asumir las obligaciones del cargo de conformidad con el presente Estatuto, los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto declararán solemnemente y en sesión pública que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, p. 4).

En otro sentido, la CPI tiene un sistema de valores relacionados con la reparación a las víctimas en el cual se mencionan los principios de reparación, restitución, indemnización y rehabilitación, como se observa en el artículo 75 del Estatuto. Entonces, para fortalecer el acompañamiento a las víctimas, en el artículo 79 se establece la creación de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes competencia de la Corte. Este fondo fiduciario ha llevado a cabo diversos programas para las víctimas y sus familias (Trust Fund for Victims, 2018, p. 6). Con los años, se ha venido fortaleciendo la posición

de las víctimas en los procedimientos ante la Corte, incluso cuando no se les ha reconocido como testigos (Song, 2018, p. 23).

## V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que el objetivo de este artículo es el de analizar la función de la CPI desde el horizonte analítico de los estudios críticos y los aportes de la Escuela de Helsinki y el idealismo social, puede aseverarse que este ha sido cumplido en buena medida. A pesar de compartir el rótulo de «visiones críticas» del derecho internacional, tanto la Escuela de Helsinki como el idealismo social han dado prueba de problematizar a la CPI como actor desde diferentes posturas. Mientras la primera visión es categórica al caracterizar al tribunal como un instrumento de la hegemonía de los Estados poderosos y de los individuos que los representan, la segunda alcanza a entrever una luz hacia la eunomia por medio del ideario que representa y por tener el tribunal el potencial de convertirse en una alternativa a la insociedad.

La discusión entre ambas visiones también arrojó como resultado la posibilidad de contemplar la riqueza que comprende el abordaje de los estudios críticos del derecho internacional. Lejos de ser asemejadas como idénticas, estas dos visiones permitieron admirar la complejidad y diversidad de tales estudios. La prevalencia de las ideas y del poder creador de las mismas hacia las instituciones que guían a la comunidad internacional, en un caso; y la conjugación de estas con las prácticas de los abogados que cotidianamente intentan hacer valer la agenda de los Estados a los cuales apoderan en oposición a sus colegas de otros lugares, en el otro, terminan por ofrecer una gama de posibilidades analíticas a aquellos interesados en comprender las dinámicas del derecho internacional actual. No obstante, la inescindible relación entre derecho y política, y la prevalencia de los individuos por encima de la entidad estatal abstracta como unidades de análisis, facilitan el entendimiento del derecho internacional más allá de las matrices de pensamiento que han dominado la teoría y práctica jurídicas internacionales hasta el momento.

El haber tomado a la CPI como objeto de estudio también resultó una elección interesante al ver que, lejos de ser una entidad monolítica o uniforme, este tribunal exhibe las contradicciones y luchas propias de la arquitectura del sistema internacional. De un lado, su compromiso con la efectiva búsqueda de la responsabilidad internacional de aquellos individuos que han perpetrado o permitido los más atroces crímenes contra la humanidad por encima del interés nacional de las grandes potencias le ha costado incluso el apoyo de estas al ejercicio de sus funciones y a sus competencias. Del otro lado, las sombras de duda sobre la sobrerrepresentación de casos y situaciones africanas en contraste con lo ocurrido en otras regiones alientan los discursos nacionalistas

que acusan a la Corte de ser un instrumento neocolonial. Gracias al análisis realizado aquí se tuvo la oportunidad de confrontar las dos caras de la CPI, en particular, y de los regímenes jurídicos internacionales, en general.

Por último, el desafío de lo debatido en este capítulo para futuras investigaciones interesadas en proseguir por este camino radica justamente entre la ponderación ontológica entre materialismo e ideacionalismo en los estudios críticos del derecho internacional. Si bien las dos visiones estudiadas brindaron una lectura muy sugestiva del papel de la CPI en el sistema internacional contemporáneo, la valoración que puede hacerse de este tribunal terminó marcada por el contraste más que por la correspondencia. Ello podría significar la variedad de lecturas propias de los estudios críticos para acercarse a un fenómeno desde una multiplicidad de enfoques que enriquezca su apreciación; sin embargo, dicha variedad podría acabar por convertirse en pretexto para hacer apología del orden establecido (y de sus instituciones) al remitirse exclusivamente a sus discursos idealistas, opacando la crítica a prácticas cuestionables, a la vez que se exaltan los valores universales y democráticos contenidos en la letra muerta del papel.

## REFERENCIAS

Allott, P. (1992). Reconstituting Humanity: New International Law. *European Journal of International Law*, 3(2), 219-252.

Allott, P. (1999). The Concept of Intenational Law. *European Journal of International Law*, *10*(1), 31-50.

Amaya, A. (2020). La primera audiencia contra el expresidente sudanés Omar al-Bashir es aplazada tras iniciar el juicio. *France24*. https://www.france24.com/es/20200721-sudan-omar-albashir-golpe-estado

Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.

Campos, F., & Lozano, N. (2018). *La Corte Penal Internacional: dos debates internacionales, un embate político. Derechos Fundamentales a Debate*. Jalisco: Comisión Estatal de Derechos Humanos. http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No8/ADEBATE-8-art1.pdf

Cerda, C. (2017). Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional. *Revista Criminalidad*, *59*(2), 125-138.

Conferencia de Prensa del Departamento de Estado. (2010, 5 de junio). *Observaciones de Koh y Rapp en el compromiso de Estados Unidos con la Corte Penal Internacional y el resultado de la Asamblea de Estados Partes de la CPI*.

Corte Penal Internacional (CPI). (s.f.a). *Situation in Darfur, Sudan*. ICC-02/05. https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2020_01127.PDF

Corte Penal Internacional (CPI). (s.f.b). *Situation in the Republic of Burundi*. ICC-01/17. https://www.icc-cpi.int/burundi

Corte Penal Internacional (CPI). (2016, 16 de noviembre). *Declaración del Presidente de la Asamblea de los Estados Partes, Sr. Sidiki Kaba, decimoquinto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes*. La Haya. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-PASP-SPA.pdf

Corte Penal Internacional (CPI). (2018). *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Case Information Sheet*. https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf

Corte Penal Internacional (CPI). (2019a, 12 de abril). *ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation* [comunicado de prensa]. https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448

Corte Penal Internacional (CPI). (2019b, 12 de abril). *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statue on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Pre-Trial Chamber II*. ICC-02/17. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF

Corte Penal Internacional (CPI). (2020, 5 de marzo). *Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorizes the opening of an investigation* [comunicado de prensa]. https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2010). *Genocide. An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2da ed., pp. 208-209). Cambridge University Press.

Felter, C. (2020, 25 de junio). *The Role of the International Criminal Court. Council on Foreign Relations*. https://www.cfr.org/backgrounder/role-international-criminal-court

Fernández de Gurmendi, S. (2000). La creación de la Corte Penal Internacional. *Relaciones Internacionales*, 9(19), 85-96.

Hernández, A. (2002). La Corte Penal Internacional: fundamentos y características. *Derecho PUCP*, (55), 437-517. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200201.019

Human Rights Watch. (1998, 1 de diciembre). *Las Disposiciones Claves del Estatuto de la Corte Penal Internacional*. https://www.hrw.org/es/news/1998/12/01/las-disposiciones-claves-del-estatuto-de-la-corte-penal-internacional

ICC Preparatory Committee. (1996, 25 de marzo). *Preparatory Committee for establishment of international criminal court discusses definitions of 'genocide', 'crimes against humanity'* [comunicado de prensa L/2762]. https://www.legal-tools.org/doc/651005/pdf

ICC Preparatory Committee. (1999, 22 de febrero). *Comments on the proposal submitted by the United States of America concerning terminology and the crime of genocide (PCNICC/1999/DP.4)*. https://www.legal-tools.org/doc/86b874/pdf

Jessberger, F., & Geneuss, J. (2012). The many faces of the international criminal court. *Journal of International Criminal Justice*, *10*(5), 1081-1094. https://doi.org/10.1093/jicj/mqs070

Koskenniemi, M. (1989). *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.

Koskenniemi, M. (2002). Between Impunity and Show Trials. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6, 1-36.

Koskenniemi, M. (2004a). International law and hegemony: a reconfiguration. *Cambridge Review of International Affairs*, *17*(2), 197-218. https://doi.org/10.1080/0955757042000245852

Koskenniemi, M. (2004b). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.

Koskenniemi, M. (2007). The Fate of Public International Law: Betweeen Technique and Politics. *The Modern Law Review*, *70*(1), 1-30.

May, L. (2005). *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press.

Morales, D. (2019, 28 de abril). Oleada de críticas a la CPI por el rechazo a investigar la guerra de Afganistán. *CPI Afganistán*. Agencia EFE. https://www.efe.com/efe/america/mundo/oleada-de-criticas-a-la-cpi-por-el-rechazo-investigar-guerra-afganistan/20000012-3963124

Naciones Unidas. (1998, 17 de julio). *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Acta final*. Roma. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/241/88/PDF/N9824188.pdf?OpenElement

Olasolo, H. (2016). Los fines del derecho internacional Penal. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, *14*(29), 93-146. https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-29.fdip

Rocha, M. (2018). *Evolución del Derecho Internacional Penal de Nuremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: Sentando las bases de la Justicia Internacional* (pp. 1-53). Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México.

Scobbie, I. (2005). Slouching towards the Holy City: Some Weeds for Philp Allott. *European Journal of International Law*, *16*(2), 299-313. https://doi.org/10.1093/ejil/chi118

Scobbie, I. (2011). 'The holiness of the heart's affection': Philip Allot's theory of Social Idealism. En A. Orakhelashvili (ed.), *Research handbook on the theory and history of international law* (pp. 168-195). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd.

Scheffer, D. (2012). El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Política criminal*, *7*(13), 209-229. https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v7n13/art06.pdf

Shaw, M. (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Song, S. (2018, 17 de julio). *Past achievements and future challenges of the ICC. Keynote Speech for the 20th Anniversary of the Rome Statute*. La Haya. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20a-ceremony/20180717-sang-speech.pdf

The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. (2016). *Statement by Russian Foreign Ministry N. 2111-16-11-2016*.

Trust Fund for Victims. (2018, 18 de noviembre). *Assistance Programmes. The Trust Fund for Victims*. https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Carta de las Naciones Unidas (ONU, 26 de junio de 1945). https://www.un.org/es/about-us/un-charter

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ONU, 9 de diciembre de 1948). https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI, 17 de julio de 1998). https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Resolución N° 3314 (ONU, 14 de diciembre de 1974). https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5517.pdf

Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad (ONU, 2005). https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/INF/60.

Recibido: 19/04/2021
Aprobado: 09/08/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.010
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 345-371
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Redes sociales, *funas*, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena*

## Social Networks, *Funas*, Honor and Freedom of Expression: Critical Analysis of Chilean Supreme Court Judicial Standards

PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ**
Universidad Autónoma de Chile (Chile)

DOMINGO LOVERA PARMO***
Universidad Diego Portales (Chile)

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto llenar el vacío de la literatura chilena y contribuir en la sistematización y el análisis crítico respecto de los criterios y estándares en torno a cómo se han aplicado las normas del derecho fundamentales en relación con las publicaciones en redes sociales. Para ello, revisa la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos de acciones de protección durante el año 2020 y fija los criterios aplicables. En la mayoría de los casos, la Corte ha acogido los reclamos de quienes han visto su honra personal afectada y ha ordenado eliminar las publicaciones de las redes. El estudio plantea una mirada crítica de la jurisprudencia, puesto que algunas decisiones no brindan suficiente atención y peso a la tutela de la libertad de expresión, especialmente al seguir un criterio excesivamente legalista. Además, planteamos que la acción de protección tiene limitaciones procedimentales para lidiar con los problemas de *doxing* en redes sociales.

**Palabras clave:** Derecho a la honra, derecho a la imagen, datos personales, libertad de expresión, redes sociales, *doxing*, *funa*

***Abstract:*** This paper aims to fill the gap in Chilean literature and contribute to the systematization and critical analysis of the legal criteria and standards of how fundamental law norms have been applied on social networks publications cases. To this end, it reviews the jurisprudence of the Supreme Court in cases of *acciones de protección* during 2020 and sets the applicable criteria. In most cases,

* Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt de Iniciación de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, bajo el N° 11180218, con el título: «El reconocimiento y protección de la autodeterminación informativa como marco teórico adecuado para la comprensión de los derechos de las personas en tanto límite al acceso a la información pública».
Queremos agradecer a Paloma Herrera y Michelle Azuaje por los comentarios a la versión previa de este estudio. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad de los autores.
** Profesor asociado de la Universidad Autónoma de Chile (Chile) y doctor en Derecho por la Northwestern University (Estados Unidos).
Código ORCID: 0000-0002-1131-182X. Correo electrónico: pablo.contreras@uautonoma.cl
*** Profesor asociado de la Universidad Diego Portales (Chile) y doctor en Derecho por la Osgoode Hall Law School (Canadá).
Código ORCID: 0000-0002-3601-096X. Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl

the Court has accepted the claims of those whose personal honor has been affected and has ordered the removal of the publications from the networks. The article adopts a critical look at the jurisprudence, since some decisions do not pay enough attention to the protection of freedom of expression, especially by following an excessively legalistic criterion. In addition, we argue that the *acción de protección* has procedural limitations to deal with the problems of *doxing* in social networks.

***Key words:*** Right to honor, right to personal image, personal data, freedom of expression, social networks, doxing, funa

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE EN MATERIA DE PUBLICACIONES EN REDES SOCIALES.- II.1. LOS DERECHOS CONCULCADOS: VIDA PRIVADA, HONRA, IMAGEN Y ¿DATOS PERSONALES?.- II.2. LOS CRITERIOS APLICADOS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS DE PUBLICACIONES EN REDES SOCIALES QUE AFECTAN LOS DERECHOS INDIVIDUALIZADOS.- II.3. LOS ESTÁNDARES APLICABLES DADA LA REALIDAD TECNOLÓGICA DE LAS REDES SOCIALES.- III. LOS PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- III.1. UNA DESMEJORADA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- III.2. EL CRITERIO «PROCESALISTA».- III.3. ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ¿HERRAMIENTA ADECUADA?- IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El *doxing* es una forma de acoso cibernético por medio del cual la información personal de una persona, o su quehacer cotidiano, es puesto en circulación a través (entre otras plataformas) de las redes sociales (MacAllister, 2017; Douglas, 2016). Esa información personal, que en ocasiones incluye su lugar de trabajo y otros antecedentes sensibles, acarrea diversos perjuicios para el respeto y la protección de la vida privada y la honra de las personas. Estos van desde la diseminación de la identificación de su imagen corporal en contra de su voluntad, la exposición, el aumento de la visibilidad y la presentación en falsa luz, hasta —cosa no poco común— el error en la identificación del supuesto involucrado (Solove, 2008).

La revelación de esa información está lejos de acarrear daños solo para el respeto y protección de la vida privada de las personas; es más, en ocasiones, ella podría traer aparejada la posibilidad de la afectación de la vida e integridad física de las personas. Es lo que ocurrió en el lamentable caso del profesor francés degollado a la salida de un establecimiento educacional en Francia. El profesor, que en una clase había exhibido las controversiales caricaturas sobre musulmanes de Charlie Hebdo, no obstante haber dejado abierta la posibilidad de abandonar la sala a quienes así lo consideraran adecuado, fue asesinado a la salida de su lugar

de trabajo luego de que una serie de informaciones que lo identificaban circularan por las redes sociales, reprochando su conducta y llamando —cosa que algunas personas, pago mediante, terminaron haciendo— a tomar acción en el asunto (BBC News, 2020).

En el año 2010, Mark Zuckerberg declaraba que la «era de la privacidad se había acabado» (New York Times, 2010). Una década después, los tribunales superiores de justicia en Chile dicen lo contrario. Los casos que a continuación repasamos, todos resueltos por la Excma. Corte Suprema (en adelante, CS) durante 2020, se han dictado en el contexto de publicaciones a través de redes sociales —Facebook, Twitter o Instagram—, y a partir del examen conjunto del derecho al respeto y la protección de la vida privada —en sentido amplio— y la libertad de expresión. Este grupo de sentencias es representativo de los criterios judiciales que el máximo tribunal ha estado consolidando en los últimos años y se trata de una línea jurisprudencial que no ha sido examinada por la literatura nacional. Por ejemplo, una de las principales obras chilenas sobre privacidad no tiene casos relativos a redes sociales (Figueroa, 2014)[1]. Por otro lado, algunos de los textos que abordan la regulación de las redes sociales (Herrera, 2016) no lo hacen evaluando la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, pues la jurisprudencia que ha emanado de los tribunales es posterior a estos textos. Por lo tanto, este trabajo tiene por objeto llenar el vacío de la literatura regional, y contribuir en la sistematización y el análisis crítico respecto de los criterios y estándares de aplicación de las normas del derecho fundamentales en torno a las publicaciones en redes sociales.

La revisión de jurisprudencia de la CS se efectuó entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre del mismo año. Para ello, se examinaron los fallos que diariamente se publican en el sitio web de la CS[2] y se filtraron los casos resueltos por vía de acciones de protección que contenían un tipo de red social involucrada, particularmente Facebook, Twitter e Instagram. Adicionalmente, se revisaron los casos que, además, contenían mensajería privada a través de WhatsApp (aunque para efectos de deslindar el tipo de comunicación diferenciada de redes sociales, como se explicará luego). Sobre la base de la jurisprudencia identificada, se seleccionaron nueve sentencias de la CS.

1 Al respecto, debe formularse un alcance conceptual de la noción de «privacidad» y su uso en Chile, pese a que la Constitución establece el derecho al respeto y protección de la vida privada (art. 19, N° 4). El término «privacidad» proviene del derecho anglosajón y se ha empleado para englobar diversas intervenciones al derecho al respeto y la protección de la vida privada. Sobre la conexión entre privacidad e intimidad en Chile y las taxonomías de intervención en la vida privada con los antecedentes comparados, véase por todos Figueroa (2014, pp. 23-48 y 157-159). Sobre la delimitación del concepto de «privacidad» y el derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa (*information privacy*, en el contexto anglosajón), véase Contreras (2020, pp. 99-101).

2 A través del sitio Consulta Unificada (Corte Suprema, 2020).

En general, los casos versan sobre publicaciones en las que se realizan reproches —que, como veremos, abarcan una amplia gama de situaciones, que va de incumplimientos contractuales a delitos— a terceras personas cuyos datos (más o menos detallados, con o sin fotografías) fueron expuestos. Aunque, como se verá, las sentencias de los tribunales superiores de justicia recurren a diferentes denominaciones para referirse a las expresiones proferidas en descrédito del honor, la honra y la propia imagen de personas a través de las redes sociales, varias de ellas echan mano a la expresión coloquial *funa*, que incluimos en el título de este trabajo[3]. De acuerdo con el diccionario de la RAE (2020, III. 1. tr. Ch.), «funar» consiste en la organización de «actos públicos de denuncia contra organismos o personas relacionados con actos de represión delante de su sede o domicilio». En efecto, este tipo de actos fueron organizados por varias agrupaciones de personas y familiares de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos perpetradas durante la dictadura chilena. A falta de justicia en sus demandas, lo que redundaba en impunidad para los perpetradores, estas agrupaciones organizaban actos de escarmiento público. La *funa*, de esta manera, era una forma de justicia popular (Read, 2009).

Si bien en su origen se trataba de actos que se verificaban por medio de la reunión física de las personas, las nuevas tecnologías —entre ellas las redes sociales— abrieron espacio para una variante de la *funa* no presencial. En esto, el tránsito es similar al que han experimentado algunas (no todas, desde luego) formas de protestas (Gerbaudo, 2012)[4], las que pasaron de las calles a las redes (Castells, 2015)[5], también denominadas como «protesta digital».

De allí que la *funa* pueda conectarse con el *doxing*. Primero, porque el apogeo del internet, de las redes sociales y el acceso libre a ellas abrió las posibilidades para que las personas pudieran ejercer su libertad de expresión sin necesidad de un productor, una prensa o una editorial intermediaria (Anguita, 2021). Si seguimos el paralelo con el caso de las *funas* presenciales, las redes ahora —como en las protestas— ahorran costos de transacción, al tiempo que confieren alcance social. Segundo, conforme a lo que señala Anguita, porque el paralelo no solo se verifica en torno a la apertura de nuevos espacios discursivos, sino

3 Sobre el concepto de funa o escrache en el contexto de los movimientos feministas, véase Jancik (2020). Sobre las agendas de movilización digital feminista, véase a Errázuriz (2019).

4 En efecto, Gerbaudo (2012) ha señalado que en un comienzo los análisis del uso de las redes sociales —sobre todo en el contexto de la denominada primavera árabe— tendieron a empujar una visión en la que las calles habrían sido reemplazadas por estas. En vez de ello, sugiere, el uso de las redes sociales parece más bien enmarcarse en el repertorio de los movimientos que nunca abandonaron las calles y echaron mano a las redes como herramientas de organización y superación de ciertos costos de acción colectiva.

5 Según Castells (2015), por ejemplo, las redes sociales sirvieron a comienzos de 2010 para articular demandas, concitar apoyo y fraguar identidades que solo después se «territorializaron en el espacio público». Esas ocupaciones, a su turno, volvieron a las redes a montar sus propios sitios, los que sirvieron tanto para fines organizativos como para «crear presencia pública» (pp. 176-177).

que también en ámbitos menos felices. Así, el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías —dice Anguita— «dio lugar a un universo de comportamientos ilícitos […] similares a aquellos que ocurrían en la época anterior a la de internet» (p. 282).

Reservamos la sección que sigue (II) para desarrollar estos casos y sistematizar los criterios conforme a los que la CS ha decidido en ellos. En la mayoría[6], como veremos, la CS ha acogido los reclamos de quienes han visto su honra personal afectada y ha ordenado eliminar las publicaciones de las redes.

Ello nos permitirá avanzar a la presentación (III) de algunas reflexiones críticas en torno a la jurisprudencia de la CS. En términos generales, aunque esto no debe ser entendido como una oposición a la doctrina de la CS, diremos que (III.1) el acercamiento del tribunal al funcionamiento de las redes sociales ha simplificado la realidad del problema, lo que impide ofrecer matices que debieran tomarse en cuenta. Enseguida, sostendremos que (III.2) el criterio que la CS considera para efectos de cotejar la información de las publicaciones es uno demasiado legalista y podría acarrear restricciones indebidas a la libertad de expresión. Aquí mismo diremos que ese argumento se puede volver contra la propia tesis de la CS. Por último, (III.3), aprovecharemos para ofrecer algunas ideas rápidas sobre la idoneidad de la acción de protección como herramienta procesal para lidiar con este tipo de casos. Aquí cabe preguntarse si la acción de protección es el mecanismo adecuado para hacer efectivos los «delitos y abusos que se cometan en el ejercicio» de la libertad de expresión, en los términos del artículo 19, N° 12, de la Constitución Política de la República de Chile (1980)[7].

## II. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE EN MATERIA DE PUBLICACIONES EN REDES SOCIALES

En esta sección se ofrece una reconstrucción dogmática de los criterios jurisprudenciales con los que la CS ha resuelto los casos de publicaciones en redes sociales. Para ello, se revisan los derechos involucrados y su anclaje constitucional y legal, los estándares aplicables con relación a las características de las redes sociales (y su distinción respecto de otras tecnologías), y cómo la caracterización concreta de la *funa* puede determinar la afectación del ejercicio legítimo de los derechos en cuestión.

6 De los nueve casos, solo en uno no se acoge el recurso por perder oportunidad al haber sido borrada la publicación en la red social (SCS N° 29188-2019, 2020).

7 «Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: […] 12° - La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado».

Sobre el particular queremos ofrecer tres aclaraciones. Primero, la jurisprudencia que revisamos corresponde en su totalidad a la CS de Chile (Contreras & Lovera, 2020, p. 204). En Chile, la CS es el máximo tribunal del Poder Judicial (p. 204). Dentro de las múltiples competencias que posee, se encuentra la de resolver acciones de garantías de derechos fundamentales (procesos constitucionales de tutela subjetiva) con carácter definitivo, consecuencia obvia de su ubicación jerárquica (pp. 91-95). El Tribunal Constitucional chileno, en cambio, no forma parte del Poder Judicial y la reforma constitucional de 2005, que intentó concentrar las atribuciones de control de constitucionalidad en él, no estableció un arreglo institucional de relaciones entre el Tribunal y el Poder Judicial (Bordalí, 2005). Esto ha redundado, entre otras cosas, en un escaso impacto de la jurisprudencia constitucional sobre la de la CS (Gómez, 2013). Es importante advertir en este punto, más allá de la cuestión relativa a las atribuciones, por el carácter definitivo de las decisiones cuya jurisprudencia acá repasamos.

Segundo, nos remitimos a la jurisprudencia que es posible reconstruir a partir de la resolución de las acciones de protección —también denominadas recurso de protección en Chile—, establecida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile (1980)[8]. La acción de protección es un «arbitrio jurisdiccional que establece la Constitución para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado» que se vea lesionado en algunos de los derechos fundamentales listados en el mencionado artículo del actual texto constitucional (Henríquez, 2018, p. 1). Entre sus características, aquello que la emparenta con los amparos constitucionales de la región (Nogueira, 2010, p. 220) es la informalidad de su conocimiento, que coloca el impulso procesal en el tribunal, sin dar lugar propiamente a un «proceso de carácter contradictorio» (Henríquez, 2018, p. 1).

Finalmente, debe anotarse —aunque quizá para esto basta lo dicho— que la acción de protección ha sido profusamente utilizada para litigar aspectos relativos a la protección de la privacidad y la propia imagen (Figueroa, 2014), el honor y la honra (Morales, 2021, p. 221). La jurisprudencia que acá revisamos es un eslabón más en ese largo derrotero.

8 «Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes».

### II.1. Los derechos conculcados: vida privada, honra, imagen y ¿datos personales?

Los casos revisados muestran la mayor o menor atención que la CS le presta a la determinación de cuáles son los derechos involucrados en un caso de *funa*. En general, las sentencias fundamentan sus razonamientos sobre la base del artículo 19, N° 4, de la Constitución Política de la República de Chile (1980)[9] —por los derechos que detallaremos— en atención a una colisión con la libertad de expresión del artículo 19, N° 12. Acá nos detendremos en los derechos del artículo 19, N° 4, y el razonamiento de la CS.

La disposición *en comento* tipifica tres derechos: el respeto y la protección de la vida privada, el derecho a la honra y el derecho a la protección de datos personales, este último tras la reforma constitucional de la Ley N° 21.096 (2018). El grueso de la argumentación se asienta sobre la vulneración de la honra de los recurrentes. Adicionalmente, la jurisprudencia ha entendido que dicha disposición recoge un derecho implícito a la imagen, también tutelado por la Constitución y el recurso de protección (SCS N° 1256-2020, 2020, c. 5; SCS N° 58531-2020, 2020, c. 4; SCS N° 90737-2020, 2020, c. 4). En base a ello, es posible afirmar que los fallos citan genéricamente el derecho de respeto y protección de la vida privada, no emplean el derecho a la protección de datos personales —más allá de ciertas alusiones tangenciales[10]— y centran su razonamiento en el derecho a la honra y el derecho a la imagen.

Respecto de la honra, la CS ha acogido las acciones cuando existen calificaciones deshonrosas o que denuestan al recurrente. La CS ha interpretado que el derecho a la honra comprende un «derecho al buen nombre» (SCS N° 90737-2020, 2020, c. 12; SCS N° 58531-2020, 2020, c. 11). A partir de ello, ha entendido que el derecho a la honra se ve conculcado «si se trata de la imputación de delitos o de otras conductas graves, irregulares o contrarias a derecho» (SCS N° 72061-2020, 2020, c. 10). Al tratarse la gran parte de los casos de *funas* de mujeres denunciando públicamente hechos de violencia sexual, los calificativos o epítetos son los siguientes: «violador» (SCS N° 1256-2020, 2020, c. 4), «agresor sexual» (SCS N° 58531-2020, 2020, c. 11), «abusador» o «abusador sexual» (SCS N° 90737-2020, 2020, c. 1) y «psicópata» (SCS N° 104785-2020, 2020, c. 6). Para la CS, este tipo de caracterizaciones de personas afectan su honra, incluso con independencia de si existe una investigación criminal en curso. En los casos que no versan sobre *funas* feministas, la CS ha estimado que calificar a un personaje público de «mentiroso», «rey de las licencias médicas» o incluso caricaturizarlo

9 «Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: […] 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley».

10 Por ejemplo, SCS N° 104785-2020 (2020, c. 3) y SCS N° 125688-2020 (2020, c. 4).

«como una persona aficionada al consumo excesivo de alcohol» afectaría la honra de su titular (c. 6).

El otro derecho en cuestión es el derecho a la propia imagen, que no se encuentra expresamente positivizado en la Constitución. Si bien existen diversos argumentos para el reconocimiento implícito de dicho derecho (Anguita, 2007, pp. 155-156; Nogueira, 2010; Ferrante, 2017, pp. 150-152)[11], la CS entiende que se adscribe al derecho a la privacidad, puesto que sería un atributo del mismo (SCS N° 58531-2020, 2020, c. 7). La CS ha fijado los siguientes criterios normativos relativos al derecho a la propia imagen:

1. La imagen es una «proyección física de la persona que le imprime un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad» y, por lo tanto, es «un signo genuino de identificación de todo individuo» (SCS N° 58531-2020, 2020, c. 6).
2. En cuanto al objeto del derecho, el titular «tiene la facultad de controlarla y por tanto, el poder de impedir la divulgación, publicación o exhibición de los rasgos que la singularizan y comprende, naturalmente, su imagen propiamente tal, su voz, y su nombre» (SCS N° 58531-2020, 2020, c. 8).
3. La CS ha interpretado que la imagen es un dato sensible puesto que «da cuenta de las características físicas de las personas» (SCS N° 58531-2020, 2020, c. 9), en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, letra f, de la Ley N° 19.628 (1999)[12].
4. La calificación de la imagen como dato sensible es clave para determinar la ilegalidad de una conducta de *funa*. En efecto, la CS ha interpretado que la publicación de la fotografía en una red social sin el consentimiento del titular afecta el derecho a la propia imagen. En efecto, la CS cita los artículos 4 y 10 de la Ley N° 19.628 (1999)[13] para requerir el consentimiento expreso del titular de la imagen a efectos de legitimar el tratamiento

11 Sobre los derechos implícitos, véase Contreras (2011).

12 «Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: […] f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables» (Ley N° 19.628, 1999).

13 «Artículo 4°.- El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.
La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.
La autorización debe constar por escrito.
La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.
No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos,

de dicho dato (SCS N° 1256-2020, 2020, cc. 5-6). Con estos respaldos normativos, confirma la exigencia de consentimiento expreso que ya se había requerido en otros casos del derecho a la propia imagen, pero previo a las publicaciones en redes sociales (Nogueira, 2010, pp. 209-217).

### II.2. Los criterios aplicados para la resolución de los casos de publicaciones en redes sociales que afectan los derechos individualizados

En base a estos criterios normativos, tanto respecto del derecho a la honra como a la propia imagen, la CS ha resuelto los casos de la siguiente forma:

1. En el caso de una publicación que divulga una fotografía del titular sin su consentimiento y que le atribuye alguno de los calificativos que afectan el derecho a la honra, la CS ordena eliminar la publicación[14].
2. En general, se trata de relatos en los que se imputan delitos —como las *funas* feministas—, pero los criterios se han generalizado a otros casos relativos a personajes públicos. De una u otra forma, la Corte reprocha el tipo de relatos orientados a causar repudio generalizado (entendido como *funa*).
3. En el caso en que la persona que hace la publicación haya denunciado penalmente a la persona que está *funando*, la CS protege el relato de la presunta víctima, aunque igualmente ordena eliminar la fotografía y los adjetivos o calificaciones que ya hemos revisado (SCS N° 90737-2020, 2020, c. 13).

Para cerrar este apartado, hay tres cuestiones que no están del todo claras en la jurisprudencia de *funas* y publicaciones en redes sociales, relativas al contenido y extensión de los derechos protegidos. En primer término, la CS ha tratado las fotografías bajo el derecho a la propia imagen —implícito en el texto constitucional— y no bajo el derecho a la protección de datos personales —explícito tras la reforma de 2018—. Sus fallos no dan cuenta de por qué debe excluirse la aplicación del segundo respecto del primero. El derecho a la propia imagen se subsume dentro del derecho al respeto y la protección de la vida privada, como ha señalado la CS, pero a su vez califica a la imagen como un dato sensible

dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.
Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.
Artículo 10.- No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares» (Ley N° 19.628, 1999).

14 Véase, por ejemplo, SCS N° 58531-2020 (2020), SCS N° 104785-2020 (2020) y SCS N° 72061-2020 (2020).

bajo la regulación legal del derecho a la protección de datos personales en los artículos 2, letra g[15], y 4 y 10 de la Ley N° 19.628 (1999). Si se atiende a la historia del reconocimiento positivo del derecho a la protección de datos personales y la finalidad de diferenciarlo del derecho a la privacidad (Contreras, 2020, pp. 90-92), la jurisprudencia no ha deslindado conceptual ni normativamente por qué debe estarse a la construcción jurisprudencial del derecho a la propia imagen y no a la aplicación del derecho a la protección de datos personales, tipificado expresamente en el ya mencionado artículo 19, N° 4.

La delimitación normativa es aún más relevante en relación a la publicación de imágenes en redes sociales. La CS descansa sobre la base de que la imagen es un dato sensible y no puede ser publicada en redes sociales sin el consentimiento expreso del titular. La consecuencia lógica de este razonamiento es que cualquier publicación de la sola fotografía de una persona que no ha brindado su consentimiento expreso infringe el derecho a la propia imagen de su titular, con independencia de si hay o no afectaciones a la honra. Esto podría afectar considerablemente el tipo de dinámicas de las redes sociales, en donde usualmente se suben fotografías sin el consentimiento de los titulares. Si bien la doctrina dominante sobre el derecho a la propia imagen, anterior a los casos de redes sociales, respaldaba la exigencia de consentimiento previo para el tratamiento de las imágenes de un titular, igualmente admitía límites a tal requisito en función de la protección del derecho a la información (Nogueira, 2010, pp. 217-224).

Por último, la mayoría de los casos —seis de las nueve sentencias— corresponde a *funas* y han sido tratadas como un subgrupo de casos que, en términos generales, fueron entendidos como abusivos del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, puede haber otro grupo de publicaciones en redes en el que se suban fotografías y se denuncien, incluso ácidamente, diversos hechos, cuestión que, en principio, podría quedar cubierta bajo la libertad de expresión (Herrera, 2016, p. 95). Las redes sociales son una de las principales fuentes a partir de las cuales las personas se informan (Francis & Francis, 2017, p. 228), a pesar de los problemas de desinformación y los *fake news* que estas amplifican (Kaye, 2019, pp. 84-98). La calificación de un tratamiento de datos bajo el ejercicio legítimo de esta libertad es relevante para la determinación de si ha existido o no una conducta ilegal al publicar información personal en redes sociales. En efecto, en ninguno de los fallos se cita o considera el artículo 1 de la Ley N° 19.628 (1999), que excluye de su regulación

15 «Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: […] g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual» (Ley N° 19.628, 1999).

el tratamiento de datos personales cuando se efectúe «en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política». Esa disposición es clave por dos razones. Primero, porque legitima el tratamiento de datos —incluyendo la publicación de fotografías o nombres— cuando se efectúa bajo el ejercicio de la libertad de expresión. Y, segundo, porque excluye la aplicación de la Ley N° 19.628 y, por tanto, no es procedente exigir, por ejemplo, el consentimiento expreso del titular de una imagen para postearla en una red social[16]. Es, por tanto, un desafío para la CS determinar caso a caso y contextualmente si la publicación en la red social corresponde o no al ejercicio legítimo de libertad expresión y, por ello, si no son aplicables las exigencias de consentimiento en el tratamiento de datos[17].

### II.3. Los estándares aplicables dada la realidad tecnológica de las redes sociales

En este apartado se revisan los estándares que la CS ha fijado, dada la realidad tecnológica de las redes sociales. Estos estándares tienen cierta sensibilidad a la naturaleza tecnológica de estas publicaciones, sin perjuicio de lo que se precisará a continuación.

El primer estándar dice relación con el tipo de registros que generan las publicaciones en redes sociales, lo que afecta su procesabilidad a través de acciones de protección. La CS ha fallado que dicha acción pierde oportunidad si la publicación presuntamente infractora ha sido eliminada de la red social (SCS N° 29188-2019, 2020, c. 6). Esto permite que la parte recurrida pueda desactivar procesalmente la acción borrando el registro y corresponde al autor de la publicación acreditar dicha eliminación (SCS N° 1256-2020). Evidentemente, esto no impide que terceros efectúen una captura de la imagen de la publicación original y la sigan difundiendo. Pero, en ese caso, dadas las condicionantes procesales de la acción de protección, esta debería ser interpuesta contra un legitimado pasivo distinto al autor de la publicación original.

La potencialidad de expansión de las publicaciones de las redes sociales es un factor que la CS tiene presente. Esta amplificación de discursos es una parte consustancial de la dinámica de las redes sociales (Cohen, 2019, pp. 86-89; Murray, 2019, pp. 125-126). En base a lo anterior, al fijar el estándar de diligencia que los autores de publicaciones deben considerar, la CS ha señalado que

16 Véase, por ejemplo, a Peña Atero (2002, p. 290), quien afirma que «[n]o se requerirá el consentimiento del titular de la imagen para su utilización cuando exista un interés informativo».

17 Este análisis contextual es particularmente relevante respecto de nuevos medios, como son los que suelen usar intensivamente redes sociales. Sobre la ponderación contextual en el caso de nuevos medios de comunicación, entre protección de datos personales y libertad de expresión, véase Erdos (2019, pp. 279-282).

> es evidente que el responsable de la publicación de un dato en una plataforma virtual, tiene plena conciencia del potencial efecto expansivo de la información y asume, por tanto, a lo menos de manera implícita, la responsabilidad por la publicación de un dato en contravención a las reglas establecidas en la Ley No. 19.628 (1999) (SCS N° 1256-2020, 2020, c. 3).

En consecuencia, la CS opera con base en que los usuarios tienen un conocimiento previo de la realidad tecnológica de estas redes sociales y cómo funcionan[18]. En el caso citado, la CS aplicó este estándar a una cuenta de Instagram que contenía un perfil privado; esto es, no accesible al público en general (SCS N° 1256-2020, 2020, c. 2). Aun cuando, en principio, dichos perfiles tienen un acceso limitado, la CS entiende que igual se puede imputar una afectación de derechos por las publicaciones. Este estándar de diligencia, sin embargo, puede mermar la aptitud que presentan las redes sociales, como Facebook, para ser foros públicos de protesta de grupos subalternos (Andrews, 2020, pp. 32-33)[19].

El estándar desarrollado por la CS se extiende incluso respecto de los comentarios que terceros pueden efectuar sobre la base de la publicación original. En un caso en donde el autor de la publicación solo relata el cierre al acceso de un predio —sin calificaciones ni adjetivos en contra de la parte recurrente–, la CS entiende que la afectación a la honra se configura porque el texto original «fue compartido con terceros, quienes generaron una serie de comentarios donde se le tilda de "abusadora", "cruel" y otros calificativos, conjuntamente con diversos llamados a "hacerle una funa", todas expresiones que efectivamente resultan desdorosas en sí mismas» (SCS N° 1256-2020, 2020, c. 6). En base a esta consideración, la CS ordenó a la recurrida eliminar los comentarios realizados por terceros.

El estándar descrito atiende a la realidad de las redes sociales —en donde interactúan diversos usuarios con distintas capas de privacidad (Francis & Francis, 2017, pp. 224-225)—, pero impone cargas indebidas a quienes no han afectado derechos. En efecto, es posible que, cumpliendo con todos los criterios normativos definidos por la CS, el autor de una publicación sea obligado igualmente a moderar los contenidos de terceros. Es dudosa esta ampliación del estándar puesto que, si las imputaciones que afectan la honra del titular son efectuadas por terceros, lo que correspondería es que se dirija la acción de protección en contra de quienes efectuaron los comentarios y no

18 Un presupuesto fáctico discutible, dada la pluralidad de usuarios en términos etarios y de alfabetización digital (Baytelman, 2011, pp. 30-32).

19 Nótese que la definición de este estándar para acoger la acción de protección no tiene correlato para estándares en materia penal o civil. Por ejemplo, en materia de daños, véase los estándares de responsabilidad extracontractual en Daniel (2020, pp. 53-54).

contra el autor de una publicación ajustada a la Constitución[20]. No es razonable, por tanto, exigirles a los autores de la publicación que se constituyan en moderadores de contenidos publicados por terceros. Esta orden, como diremos enseguida, presenta, además, otros problemas de constitucionalidad.

Por último, la CS ha diferenciado en su jurisprudencia las publicaciones en redes sociales respecto de contenidos compartidos en servicios de mensajería, como Facebook Messenger o WhatsApp. Para la CS, los contenidos compartidos en dichas aplicaciones se dan en el «marco de comunicaciones privadas», en el que deben ser «analizadas en un contexto general de las relaciones de las partes» (SCS N° 63010-2020, 2020, c. 2). Por esta razón, la CS concluye que la transmisión de contenidos que pudieren afectar los derechos a través de servicios de mensajería requiere ser examinada en sede ordinaria porque «importaría establecer elementos propios de la responsabilidad civil o penal» (c. 2).

## III. LOS PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En la parte final de este breve trabajo, queremos ofrecer algunos comentarios críticos a la jurisprudencia de la CS de Chile, en la medida que sean de utilidad para delinear mejor los aspectos que están tratados de modo muy grueso; esto es, con poca atención a detalles que debieran matizar un acercamiento tan poco sensible a las diferencias. Lo hacemos en rededor de tres ámbitos de ideas: (III.1) respecto de la forma en que la CS recoge la libertad de expresión, sobre lo que diremos que se trata de una libertad que recibe poca atención en la jurisprudencia para terminar presentada en una muy devaluada; (III.2) sobre el que denominaremos criterio legalista o procesalista que la CS abraza para contener las expresiones bajo examen, respecto de lo que advertiremos algunas tensiones en la misma jurisprudencia cautelar; y, por último, (III.3) en lo relativo al uso de la acción de protección en tanto herramienta adecuada para abordar los eventuales abusos en ejercicio de la libertad de expresión.

### III.1. Una desmejorada libertad de expresión

Una de las primeras observaciones que puede formularse a la jurisprudencia de la CS acá revisada es el escaso desarrollo que realiza de uno de los derechos que se invoca en estos casos: la libertad de expresión. Si bien, en general, la CS advierte adecuadamente la existencia de una colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la propia imagen y

20 Existen, a su vez, otros mecanismos idóneos para controlar o moderar las intervenciones, como los medios de reporte de publicaciones que diversas redes sociales proveen. Se trata de alternativas que no ponen la carga en quien hace la publicación original.

la honra, dicha libertad recibe un tratamiento jurisprudencial bastante desmejorado de cara a los otros dos derechos. Desde luego que ese tratamiento desmejorado no colabora al escaso valor dogmático que las decisiones en sede de protección aportan a la adecuada comprensión de los derechos fundamentales[21]. Ello, sin embargo, como hemos visto, no es lo que acontece con el derecho al honor, el que, además de recibir un tratamiento más profuso, sirve de base para la identificación de otros derechos de carácter implícito.

En particular —y este es el aspecto sobre el que nos interesa llamar la atención—, se trata de una falta de desarrollo que podría terminar configurando una suerte de precedencia incondicionada del derecho al honor y la propia imagen por sobre la libertad de expresión; es decir, una preferencia absoluta por la protección de la honra con independencia de las circunstancias concretas del caso específico (Alexy, 1994, p. 89)[22].

Tómese como ejemplo las reflexiones en la SCS N° 58531-2020 de la CS. Allí, la CS comienza advirtiendo la colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, contradicciones «que deben ser debidamente ponderadas» (2020, c. 11). Enseguida, en el mismo considerando, la CS desarrolla el derecho al buen nombre como una manifestación de la honra, el que consistiría en «el concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales» (c. 11). Respecto de la libertad de expresión, en cambio, fuera de afirmar que «ha sido fundamental en el imaginario mundo de la comunicación en el ciber espacio» (c. 12), no dice mucho más. De allí avanza a sostener que la libertad de expresión «no tiene un carácter absoluto», cosa que también debió decir, pero omitió, sobre el derecho a la honra, para concluir que, siendo así, «queda limitada por el derecho al buen nombre que le asiste al afectado por las expresiones deshonrosas que se han vertido en una red social pública» (c. 13).

Una alternativa que permitiría calificar esta suerte de precedencia incondicionada la presenta el hecho de que se imputa un delito; no obstante, de la jurisprudencia bajo análisis, no queda claro que ello sea

21 Ello sería consecuencia directa de su carácter meramente cautelar. Al tratarse de una acción que en la jurisprudencia de la CS se ha decantado por resolver cuestiones de urgencia, rechazando (aunque, como decimos acá, no sin ambivalencias) las controversias de lato conocimiento, sus sentencias poseen escaso valor (poca densidad normativa) a la hora de arrojar pistas para la reconstrucción dogmática del contenido de los derechos fundamentales (Bordalí, 2006).

22 Sobre esto, hay antecedentes en la jurisprudencia nacional. Un caso particularmente interesante lo representa el intento de censura de la presentación de la obra de Prat, a propósito de un recurso de protección presentado por familiares de Arturo Prat. Aunque la CS terminó rechazando ese recurso, sostuvo —para lo que nos interesa acá— que «no cabe duda de que el derecho al honor es un atributo de la personalidad de la mayor importancia y de carácter especialísimo, por lo que debe gozar de preeminencia sobre otros derechos» (SCS R 1961-2003, 2003, c. 8). Sobre cómo ello importa una precedencia incondicionada que termina afectando la posibilidad de conferir un lugar apropiado a la libertad de expresión, véase Contesse (2003).

siempre así. En efecto, en la sentencia rol 104785-2020 de la CS, si bien se imputaba un delito, la misma Corte aclara que la sola narración de los hechos «de la forma en que, en el parecer de la actora, ocurrieron [...] no resulta por sí sola vulneratoria de los derechos fundamentales del actor» (2020, c. 5). ¿Qué empuja a la CS a acoger el recurso en tal caso, entonces? Ella misma lo explica y nos permite advertir que no dice relación específicamente con la imputación de un delito:

> Que distinta es la situación que se verifica respecto de las calificaciones vertidas por la actora, por cuanto ellas efectivamente resultan desdorosas en sí mismas, al atribuir al recurrente —a modo ejemplar— la calidad de "abusador" o "psicópata", resultando ellas evidentemente aptas para afectar la consideración que terceras personas tengan o puedan formarse de él, resultando así lesivas del derecho invocado (2020, c. 6).

Si bien la falta de desarrollo de la libertad de expresión es transversal a las sentencias bajo análisis, una de ellas merece especial atención en tanto permite apreciar cómo la suerte de precedencia incondicionada que ha abrazado la CS impide abordar casos que ameritan un tratamiento diferenciado. Se trata de la SCS N° 72061-2020, que involucra afirmaciones realizadas respecto de una persona que ha ejercido funciones públicas y que, además, se postula a un cargo de elección popular. El criterio demasiado general con que la CS ha venido definiendo el derecho a la honra y la estrechez con que ha considerado a la libertad de expresión, al punto de entenderla siempre limitada por el primero, le impidió en este caso desarrollar un estándar de protección vigorosa de la crítica política —un caso que se coloca, desde luego, en una dimensión diferente respecto a los demás relativos a *funas*—.

En este caso en concreto, la salida a la que echó mano la CS fue la de reprocharle al recurrido la ausencia de «los requisitos mínimos» para ser un comunicador social, entre ellos la falta del título de periodista (SCS N° 72061-2020, 2020, cc. 8-9), lo le impedía un «ejercicio serio y riguroso del periodismo» (c. 9). Desde luego que no es necesario nada de lo anterior para poder enarbolar la protección de la libertad de expresión, tratándose de información relativa a un funcionario público y vinculada al mismo. Sobre el particular, la CS anota la existencia de la crítica política, que es de un nivel «más intenso de lo que sería admisible en el caso de un particular» al tratarse de quienes «ostentan un cargo público» (c. 10). Pero fuera de esa afirmación, los criterios con los que acoge el recurso y ordena la eliminación de las publicaciones son los mismos que ha construido al amparo de esa suerte de precedencia incondicionada.

En efecto, en base solo a afirmaciones generales, indica que la crítica política «puede ser dura y enérgica, pero no puede traducirse en

vulneraciones a los derechos constitucionales del afectado» (SCS N° 72061-2020, 2020, c. 10); y que

> en un Estado Constitucional de Derecho ninguna autoridad está exenta de la crítica y del escrutinio popular, pero si se trata de la imputación de delitos o de otras conductas graves, irregulares o contrarias a derecho, el ordenamiento ha previsto los medios y las acciones pertinentes a fin de hacer efectiva la responsabilidad del caso (c. 10).

Si ello es así, lo propio debió resolver respecto del recurso presentado, declarando su rechazo al existir acciones judiciales que el involucrado pudo ejercer para reclamar en relación al eventual abuso expresivo.

### III.2. El criterio «procesalista»

Sobre la base de estas últimas consideraciones, es posible sostener que la CS obra también con ambivalencia respecto de las exigencias de hacer uso de los canales adecuados para denunciar delitos. En efecto, mientras ese es un estándar que se demanda de quienes realizan las afirmaciones para reclamarles que se estén a los resultados del procedimiento en cuestión, se omite respecto de quienes recurren solicitando el amparo de su derecho a la honra.

En general, una de las razones que lleva a la CS a acoger las acciones de protección lo constituye el hecho de que las personas imputan delitos (aunque no siempre lo sean) cuya resolución está pendiente o, sencillamente, en razón de las reglas de la prescripción, no existe ni existirá. Si ello es un argumento para desbaratar la protección constitucional de la libertad de expresión que reclaman las partes recurridas —lo que corre el riesgo de legalizar las relaciones comunicativas que, para satisfacer el estándar, debieran tener sustento en procedimientos judiciales ya tramitados—, la pregunta es por qué no se reprocha lo mismo a quienes reclaman el amparo de su honra[23]. En efecto, y como acabamos de ver, el marco jurídico chileno contiene (lamentablemente, aún a nivel penal) una serie de disposiciones que, como los delitos de injurias y calumnias, o las normas contenidas en la Ley N° 19.628 (1999), ofrecen tipos y procedimientos para la protección del derecho a la honra, al honor y la vida privada.

Esto, nos parece, podría mostrar la falta de idoneidad del recurso de protección como una acción que permita abordar de manera adecuada el tipo de casos bajo análisis. De una parte, quienes realizan las afirmaciones no pueden invocar la protección de la libertad de expresión si es que no han gatillado previamente las acciones judiciales

23 El reclamo de la protección de la libertad de expresión en redes sociales no es, en todo caso, el único ámbito donde la CS ha puesto tales obstáculos a la libertad de expresión. Era el caso también, al menos hasta hace un tiempo, del ejercicio de la libertad de creación artística (Lovera, 2010).

pertinentes. Sin embargo, lo mismo debiera sostenerse de quienes reclaman el abuso en el ejercicio de la libertad de expresión. Aún más, esta segunda alternativa tiene sustento tanto en el texto del artículo 19, N° 12, de la Constitución Política de la República de Chile (1980), como en la práctica jurisprudencial de la acción de protección. En el caso del primero, se señala que la CPR asegura a todas las personas

> La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

¿Y en el caso de la jurisprudencia? Que la protección constitucional se dispensará en la medida que se reclame un derecho de carácter indubitado; es decir, sin que por medio de la acción de protección se busque circunvalar procedimientos de lato conocimiento. Algunas disidencias, en general de la mano del abogado integrante Pedro Pierry, sugieren justamente esto. Así, en su disidencia en la SCS N° 28880-2019, la CS sostuvo que

> no cabe analizar en esta sede el reclamo del actor fundado en que se estaría afectando su honra con las expresiones vertidas por el recurrido en la red social Twitter, puesto que ello es un asunto propio de un juicio criminal de competencia de los tribunales establecidos al efecto y no una materia que deba ser sometida a esta jurisdicción cautelar (2020, c. 4).

En definitiva, mientras la protección de la libertad de expresión se hace depender en la concordancia de los relatos con los resultados de las investigaciones penales, tratándose de delitos, en el caso de la honra basta solo con afirmar que se ha afectado.

### III.3. Acción de protección: ¿herramienta adecuada?

Una última cuestión sobre la que queremos llamar la atención es la relativa a las órdenes que la CS suele emitir en el contexto de estas acciones de protección. En términos generales, cada vez que se acoge una acción de este tenor la CS ordena la eliminación de la publicación o las publicaciones, cualquiera que sea la plataforma o red a través de la que se formularon. Tomamos como base la parte resolutiva de la SCS N° 58531-2020 de la CS: «en consecuencia, se dispone que la recurrida deberá eliminar de inmediato la publicación realizada en la red social Instagram» (2020, c. 6).

¿Qué problemas ofrece una orden tal? Debemos comenzar advirtiendo que, de conformidad al artículo 20 Constitución Política de la República de Chile (1980), las cortes gozan de una amplísima facultad remedial, pudiendo decretar las providencias —como dispone el mismo texto

constitucional— «que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado». Sobre esa base, por ejemplo, la CS ha ordenado la provisión de medicamentos caros a personas que se encuentran en condiciones especialmente acuciantes de salud. Para lo que acá nos interesa, la amplísima facultad remedial podría permitir circunvalar las regulaciones expresas de la acción de protección, por ejemplo, en lo relativo a los derechos y libertades amparados por ella (que no incluye la protección del derecho a la salud). Echando mano a sus amplísimas atribuciones remediales, sin embargo, las cortes han emitido órdenes que terminan en el fondo, incluyendo derechos no contemplados[24]. Del mismo modo, el denominado recurso de protección no procede solo frente a afectaciones que estén ocurriendo sobre derechos constitucionales, sino que lo hace también frente a las amenazas o, en otras palabras, el «peligro real, actual o inminente, de padecer la privación o perturbación en el ejercicio del derecho» (Henríquez, 2018, p. 14).

Ahora bien, ¿podría esa amplitud remedial permitir circunvalar prohibiciones expresas contenidas en el texto constitucional? Desde luego que no. De acuerdo con el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política de la República de Chile (1980), la libertad de expresión se asegura a todas las personas «sin censura previa». ¿Las órdenes de la CS que obligan a eliminar las publicaciones son una forma de censura previa? Podrían serlo[25]. Y no solo porque en Chile hay un relativo historial al respecto, en la medida en que el recurso a este tipo de acciones de emergencia —así como a las de otro tipo— ha redundado en actos de censura de libros y películas (González, 2006, pp. 260-266); sino, además, porque el texto constitucional dispone que la libertad de expresión se garantiza sin censura previa, respondiendo su titular (lo que no deja de ser poco) de los «delitos y abusos que se cometan en el ejercicio» (Constitución Política de la República de Chile, 1980, art. 19). El modelo de reconocimiento de la libertad de expresión, entonces, puede conciliarse con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969), el cual señala que «El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [a la libertad de pensamiento y de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores».

24 Se trata de una variante, aunque no es equivalente, al camino que algunas cortes siguen al incluir reclamos propios de derechos sociales en el contenido protegido de un derecho civil (Figueroa, 2015). No tenemos espacio acá para desarrollar esta idea, pero nos interesa centrarnos en una variante donde el «contrabando» se produce no al conceptualizar el derecho civil, sino al momento de echar mano a estas amplísimas facultades remediales.

25 En el derecho comparado, el reconocimiento explícito de prohibición de censura previa —no presente en todas las constituciones— puede proteger a las personas no solo frente a controles anteriores a la expresión, sino también frente a formas de control que tienen lugar después (en términos temporales) que ha tenido lugar la expresión (Currie, 2013, p. 231).

Es cierto que en la doctrina chilena ha primado un criterio temporal, entendiendo por censura previa toda aquella prohibición o entorpecimiento de circulación de la información y las opiniones que tenga lugar antes de que ello acontezca. En esta versión, muy estrecha a la luz de las propias regulaciones constitucionales y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, si la información o la opinión logró entrar al mercado de las ideas por un instante, por breve que este sea —al punto de ser imperceptible en los hechos—, se cumple con el estándar constitucional. Nos parece que esto es insuficiente.

En efecto, aún cuando pudiera sostenerse —como se ha hecho en Chile— que la prohibición de la circulación de libros o la exhibición de películas mediante la acción de protección permite conciliar el respeto a la libertad de expresión con la cautela preventiva de otros derechos como la honra y el honor (Fernández, 2001, p. 385), cuestión que la acción de protección permite al incorporar la hipótesis de amenaza, se pierde de vista el hecho de que la libertad de expresión se encuentra reconocida con una regla constitucional de prohibición de censura previa que solo la puede sujetar a responsabilidades ulteriores y que debe llevarnos a calificar la generalidad con que se establece la acción de protección frente a amenazas.

Esto es clave tratándose de la acción de protección. Si su naturaleza —como la propia CS lo indica en sus sentencias— es meramente cautelar[26], entonces ella misma es inidónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores (González, 2006, p. 243)[27]. Como lo señala acertadamente Felipe González, «no se trata solamente de que los actos ya hayan tenido consecuencias ulteriores, sino de que las responsabilidades que ellos pueden involucrar hayan sido establecidas apropiadamente» (p. 244). De otra parte, además, importa no perder de vista la dimensión social que ampara la libertad de expresión, como si el único bien jurídico iusfundamental relevante fuera el del autor o autora de las opiniones y expresiones (Barendt, 2012, p. 894).

Para afirmar lo anterior, desde luego, no es relevante si la prohibición de circulación emana de un tribunal (Atria, 1993, pp. 214-215), criterio que alguna vez abrazaron nuestros tribunales. Esto es lo que ocurrió en la SCAS 983-1993 (1993), donde la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que la censura previa obedecía a

> una política de Estado no democrático, practicado [sic] por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas —no sobre

26 Revisando la jurisprudencia de la CS, se ha señalado que solo se arriba a una solución provisional (Henríquez, 2018, p. 45).

27 En legislaciones sin prohibición constitucional de censura previa este tipo de procedimientos también acarrea problemas desde el punto de vista del estándar jurídico del *prior restraint* (Barendt, 2007, p. 126).

> conductas— religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernantes, o para el control de éstos ejercen sobre la sociedad (SCAS 983-1993, 1993, c. 7).

Aceptar este criterio sería equivalente a asumir que un Estado democrático no puede incurrir en un acto de censura previa[28]. La prohibición de la censura previa es una regla constitucional y, desde luego, pesa sobre los tribunales también[29]. En ese sentido, impedir la circulación de un libro apenas el mismo ha sido puesto en venta es un acto de censura previa y no puede ser una forma de responsabilidad ulterior, que es el tipo de medidas que el ordenamiento chileno prevé[30].

Las órdenes que emite la CS en el contexto de estas acciones son problemáticas en la medida en que podrían, como hemos sostenido, importar una hipótesis de censura previa en contra del autor o la autora de las publicaciones, lo que no lo ni la libra de responder por los eventuales abusos y delitos. Además, hay otras órdenes que la CS ha emitido y que son derechamente problemáticas desde el punto de vista de la prohibición de la censura previa. La primera de ellas dice relación con la orden de la CS en la que, además de conminar a eliminar la publicación, manda a borrar los comentarios de terceras personas. Así, por ejemplo, en un caso la CS ordenó:

> en consecuencia, se dispone que los recurridos deberán abstenerse de realizar conductas que impidan a la actora el libre ejercicio de los derechos que le asisten sobre su propiedad, como asimismo, la recurrida [...] deberá eliminar de su red social Facebook los comentarios realizados por terceros a la publicación de 21 de agosto de 2020, en la medida que ellos contengan expresiones de descrédito hacia la recurrente (SCS N° 125688-2020, 2020).

Una orden así es problemática, primero, por lo que hemos señalado más arriba: que no hay razón para que personas que no han sido sujetos pasivos de la acción jurisdiccional se vean alcanzadas por las órdenes que emite el tribunal. Que la CS realice este tipo de órdenes, sin embargo, es posible precisamente por la falta de consideración que presta al ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales. Pero, además, ello colisiona con algunas formas de cumplimiento que le permiten a la persona acatar la orden del tribunal sin lesionar la libertad de expresión de terceras

28 Sobre el peligro de este acercamiento, véase Sierra (1997).

29 No se presentan acá, entonces, discusiones sobre la prohibición de la censura previa. Ello tampoco debiera ocurrir en la región, en parte porque es la CADH la que también la prohíbe. En otras latitudes, en cambio, la prohibición de censura previa es, precisamente, un estándar desarrollado jurisprudencialmente (Barendt, 2007, pp. 124-128).

30 Todavía más, una defensa vigorosa de la libertad de expresión ofrece buenas razones incluso para rechazar la censura *a posteriori*; es decir, la supresión de expresiones aun como manifestación de un régimen de responsabilidades ulteriores (Charney & Marshall, 2021, p. 482).

personas que no solo no han estado al margen del procedimiento de cautela, sino respecto de las que tampoco se ha probado judicialmente su responsabilidad de haber afectado el honor u honra del recurrente. En efecto, si bien es cierto que al eliminar la publicación desaparecen de forma automática los comentarios que bajo ella se allegaron —al menos, en algunas de las plataformas de redes sociales—, el recurrido podría decidir cumplir con la sentencia eliminando la imagen del ofendido, así como el relato, dejando una imagen en negro, por ejemplo, en señal de protesta. Como en el caso anterior, nada obsta a que las demás personas también puedan verse expuestas a responsabilidades ulteriores.

El último tipo de órdenes que ha emitido la CS y sobre el que queremos comentar es más problemático en la medida en que resulta más evidente su lesión de la libertad de expresión. La CS no solo ha ordenado eliminar la publicación y eliminar los comentarios de terceras personas, también ha ordenado a los recurridos abstenerse de volver a formular expresiones. Así, por ejemplo, al acoger uno de los recursos ordenó

> eliminar de la red social Facebook las quince publicaciones descritas en el recurso y en el fundamento cuarto, y abstenerse de publicar en ella o en cualquier otra red o medio de comunicación social o de difusión masiva mensajes que denuesten al actor (SCS N° 72061-2020, 2020, c. 6).

Este tipo de órdenes son preocupantes, primero, por una razón procesal. Si el recurso de protección es de naturaleza meramente cautelar y se pronuncia sobre unas acciones (u omisiones, según sea el caso) determinadas al momento de trabarse la litis, ¿cómo justificar así, como en el caso de las órdenes dirigidas a terceros, que el tribunal se ponga en supuestos fácticos diferentes a los invocados? Es más, se trataría de supuestos que no han acaecido ni se han acreditado —de acuerdo con el estándar antes indicado— para el supuesto de amenazas.

En segundo lugar, son preocupantes por importar una afectación severa de la libertad de expresión. En efecto, si el recurso de protección es uno que se dirige en contra de una determinada publicación ya realizada en redes sociales, no se advierte cómo una orden que se orienta a publicaciones futuras no constituye una forma de censura prohibida por la regulación constitucional. Nótese que la CS ha sostenido esta tesis, incluso cuando se trata de discursos que podrían importar la comisión de delitos o de actos no amparados por el derecho. En 2014, y en el contexto de las movilizaciones estudiantiles en Chile, un grupo de estudiantes tomó (ocupó por vías de hecho) un establecimiento educacional. En respuesta, un grupo de apoderados presentó una acción de protección en contra de las autoridades civiles y educacionales con el objetivo de que estas ordenaran la intervención de la policía para el desalojo del

establecimiento y reanudar así las clases. De esta forma, afirmaron, se protegería el derecho a la educación de sus hijos.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso. Entre otras cosas, ordenó a los estudiantes «abstenerse de organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones de las actividades escolares como así también que se materialicen las mismas» (SCA N° 39022-2014, 2014). ¿Por qué? Porque la toma era —sostuvo el tribunal de apelaciones— un acto ilegal sin «justificación alguna», un «comportamiento antijurídico» y una «conducta socialmente intolerable» (c. 4). La CS, revisando la apelación de ese recurso, revocó la sentencia (Lovera, 2015). En lo que nos interesa, sostuvo —con la Corte de Apelaciones— que las tomas son, «por definición, un acto de fuerza que no constituye un medio legítimo de emitir opinión ni forma parte del contenido del derecho a manifestarse» (SCS N° 23540-2014, 2014, c. 6). Pero, a diferencia del tribunal de instancia, razonó que incluso tratándose de actos no amparados por el derecho, no podían prohibirse las deliberaciones en torno a la posibilidad de discutir una toma. Ello, agregó, importaría una forma de censura previa[31]. En sus palabras,

> la petición de los recurrentes de ordenar a los estudiantes del Instituto Nacional a abstenerse de "organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones", equivale a decretar por vía judicial una prohibición absoluta de que incluso deliberen una votación cuando diga relación con tomas o cualquier clase de paralizaciones, por lo que se trata de una pretensión que no puede ser atendida […] Acceder a esta solicitud de los recurrentes conllevaría a emitir una orden judicial de evidente carácter censurador, carente por lo tanto de todo valor legal y efecto vinculante (c. 7).

## IV. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de la CS en materia de redes sociales muestra los problemas de determinación de las condiciones de aplicación para la prevalencia de un derecho fundamental en colisión, como puede ser el derecho a la honra o la libertad de expresión. Así, el máximo tribunal ha fijado estándares que brindan una prevalencia incondicionada de la protección de la honra e imagen frente a la libertad de expresión.

31 En un caso más reciente, la CS (SCS N° 31.690-2021, 2021) confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (SCA N° 97.378-2020, 2020) en la que esta rechazaba la solicitud del recurrente de ordenar a la recurrida la prohibición de efectuar futuras publicaciones por redes sociales que el actor consideraba lesivas de su honra. Con todo y lo que diferencia este reciente caso de los que acá analizamos, debe advertirse que las cortes rechazaron el recurso porque la recurrida ya había eliminado la publicación. La acción, de esta forma, había perdido la oportunidad.

Si bien la CS ha atendido a las dinámicas y propiedades tecnológicas de las redes sociales, los estándares de diligencia impuestos a los autores de la publicación son particularmente exigentes, incluso extendiendo un criterio de imputación de afectación de derechos por intervenciones de terceros.

En materia de protección de la propia imagen, la jurisprudencia no deslinda ni conceptual ni normativamente la tutela de este derecho frente a la autodeterminación informativa. El empleo de la Ley N° 19.628 (1999) para calificar las conductas ilegales en el tratamiento de imágenes de personas en el marco de una *funa*, pero desacoplado de la garantía del derecho a la protección de datos personales, presenta problemas a efectos de determinar el derecho afectado por la conducta de las partes recurridas.

Esta falta de deslindes, que —como decimos— confiere un papel preponderante al derecho a la honra e imagen frente a la libertad de expresión, acarrea una serie de consecuencias adicionales que, creemos, merecen atención. Primero, los problemas que una categorización tan gruesa significa para abordar situaciones que merecen una consideración diferente, como lo son las expresiones de crítica ciudadana o control político. Segundo, la postura ambivalente que la jurisprudencia de la CS tiene de cara a la libertad de expresión, la que para prevalecer —allí donde pocas veces lo hace— está sujeta a consideraciones mucho más exigentes que las que demanda para la protección de la honra y la propia imagen. Por último, la jurisprudencia acá revisada nos ha permitido observar algunos problemas que la acción o recurso de protección trae aparejados en tanto garantía jurisdiccional de protección de derechos fundamentales, al menos en la fisonomía que ha venido adoptando en la práctica constitucional nacional. Entre otros problemas, uno merece especial atención: que, por su amplitud, las órdenes emitidas por la CS corren el riesgo de incurrir en hipótesis de —y, en algunos casos, siéndolo abiertamente— censura previa.

## REFERENCIAS

Alexy, Robert. (1994). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Andrews, Leighton. (2020). *Facebook, the media and democracy. Big tech, small State?* Nueva York: Routledge.

Anguita, Pedro. (2007). *La Protección de Datos Personales y el Derecho a la Vida Privada.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Anguita, Pedro. (2021). *Freedom of Expression in Social Networks and Doxing.* En Loreto Corredoira, Ignacio Bel Mallén y Rodrigo Cetina (eds.), *Handbook of Communication Rights, Law, and Ethics: Seeking Universality, Equality,*

*Freedom and Dignity* (pp. 279-291). Hoboken: Wiley & Sons. https://doi.org/10.1002/9781119719564.ch23

Atria, Fernando. (1993). ¿Impunidad judicial? Comentario al fallo de 31 de mayo de 1993, recaído sobre el caso Martorell. *Revista Derecho y Humanidades*, *3*(4), 211-227. https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/25803

Barendt, Eric. (2007). *Freedom of Speech* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.

Barendt, Eric. (2012). Freedom of Expression. En Michel Rosenfeld y András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 891-908). Oxford: Oxford University Press.

Baytelman, Paloma. (2011). Protección de datos personales en la sociedad de redes. En Raúl Arrieta y Carlos Reusser (coords.), *Chile y la Protección de Datos Personales* (pp. 27-39). Santiago de Chile: Expansiva, UDP.

BBC News. (2020, 22 de octubre). *France teacher attack: Seven charged over Samuel Paty's killing*. https://www.bbc.com/news/world-europe-54632353

Bordalí, Andrés. (2005). El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *18*(1), 89-117.

Bordalí, Andrés. (2006). El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *19*(2), 205-228.

Castells, Manuel. (2015). *Networks of Outrage and Hope: Social movements in the internet age* (2da ed.). Cambridge, Malden: Polity.

Charney, John, & Marhsall, Pablo. (2021). Libertad de expression. En Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 467-503). Valencia: Tirant lo Blanch.

Cohen, Julie E. (2019). *Between truth and power. The legal constructions of informational capitalism*. Oxford: Oxford University Press.

Contesse, Jorge. (2003). Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos constitucionales. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2002: Sobre la cultura jurídica chilena*, *1*(2), 53-93.

Contreras, Pablo. (2011). ¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental. En José Ignacio Núñez (coord.), *Nuevas Perspectivas en Derecho Público* (pp. 149-185). Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.

Contreras, Pablo. (2020). El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales, 18*(2), pp. 87-120.

Contreras, Pablo, & Lovera, Domingo. (2020). *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Corte Suprema (2020). *Consulta Unificada* [base de datos]. https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php

Currie, Iain. (2013). Free expression and association. En Mark Tushnet, Thomas Fleiner y Cheryl Saunders (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (pp. 231-242). Nueva York: Routledge.

Daniel, María de la Luz. (2020). *Libertad de prensa y daños. Consideraciones en torno al estándar de cuidado aplicable a los medios masivos de comunicación*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Douglas, D. M. (2016). Doxing: a conceptual analysis. *Ethics Information Technology*, *18*, 199-210.

Erdos, David. (2019). *European data protection regulation, journalism, and traditional publishers. Balancing on a tightrope?* Oxford: Oxford University Press.

Errázuriz, Valentina. (2019). A digital room of their own: Chilean students struggling against patriarchy in digital sites. *Feminist Media Studies*, *21*(2), 281-297. https://doi.org/10.1080/14680777.2019.1668451

Fernández, Miguel. (2001). Libertad de expresión, censura previa y protección preventiva de los derechos fundamentales. *Revista Chilena de Derecho*, *28*(2), 383-400.

Ferrante, Alfredo. (2017). La protección a la imagen y materialidad en el ordenamiento chileno. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (23), 134-167.

Figueroa, Rodolfo. (2014). *Privacidad*. Santiago de Chile: UDP.

Figueroa, Rodolfo. (2015). El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección. *Revista de Ciencias Sociales*, (número especial: sobre los derechos sociales), 657-693.

Francis, Leslie P., & Francis, John G. (2017). *Privacy. What everyone needs to know.* Oxford: Oxford University Press.

Gerbaudo, Paolo. (2012). *Tweets and the Streets: Social media and contemporary activism*. Nueva York: PlutoPress.

Gómez, Gastón. (2013). *Las Sentencias del Tribunal Constitucional y sus Efectos sobre la Jurisdicción Común*. Santiago de Chile: UDP.

González, Felipe. (2006). Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno. *Revista IIDH*, *43*, 239-280.

Henríquez, Miriam. (2018). *Acción de Protección*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

Herrera, Paloma. (2016). El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *5*(1), 87-112.

Jancik, Ivana. (2020). Feminismo y punitivismo. Análisis del surgimiento de funas a varones en Argentina. *Revista Némesis*, *16*, 49-59.

Kaye, David. (2019). *Speech police. The global struggle to govern the Internet*. Nueva York: Columbia Global Reports.

Lovera, Domingo. (2010). El mito de la libertad de expresión en la creación artística. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *23*(1), 155-180.

Lovera, Domingo. (2015). Toma de colegios (y protestas). Comentario de la sentencia de la Corte Suprema ROL N° 23.540-2014, de 4 de noviembre de 2014. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, *22*(1), 585-95.

MacAllister, Julia M. (2017). The Doxing Dilemma: Seeking a Remedy for the Malicious Publication of Personal Information. *Fordham Law Review*, *85*(5), 2451-2483.

Morales, Héctor. (2021). Derecho a la honra. En Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 199-242). Valencia: Tirant lo Blanch.

Murray, Andrew. (2019). *Information technology law* (4ta ed.). Oxford: Oxford University Press.

New York Times. (2010, 10 de enero). *Facebbok's Zuckerbeng Says The Age of Privacy Is Over*. https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/external/readwriteweb/2010/01/10/10readwriteweb-facebooks-zuckerberg-says-the-age-of-privac-82963.html

Nogueira Muñoz, Pablo. (2010). *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Nogueira, Humberto. (2010). La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Revista Ius et Praxis*, *16*(1), 219-286.

Peña Atero, José Ignacio. (2002). La protección del derecho a la propia imagen. *Revista de Derecho Público*, *64*, 283-308.

Read, Peter. (2009). Following the Funa: Punishing the State in Chile. *Arena Journal*, (32), 45-51.

Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. España: RAE.

Sierra, Lucas. (1997). Pluralismo, y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (número especial), 17-26.

Solove, Daniel J. (2008). *Understanding Privacy*. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución Política de Chile (1980).

Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH, 1969).

Sentencia rol 983-1993 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 31 de mayo de 1993).

Sentencia rol 1961-2003 (Corte Suprema [Chile], 16 de julio de 2003).

Sentencia rol 39022-2014 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 18 de agosto de 2014).

Sentencia rol 23540-2014 (Corte Suprema [Chile], 4 de noviembre de 2014).

Sentencia rol 29188-2019 (Corte Suprema [Chile], 4 de marzo 2020).

Sentencia rol 1256-2020 (Corte Suprema [Chile], 6 de mayo 2020).

Sentencia rol 58531-2020 (Corte Suprema [Chile], 7 de agosto 2020).

Sentencia rol 90737-2020 (Corte Suprema [Chile], 11 de diciembre 2020).

Sentencia rol 104785-2020 (Corte Suprema [Chile], 21 de diciembre 2020).

Sentencia rol 125688-2020 (Corte Suprema [Chile], 23 de diciembre 2020).

Sentencia rol 72061-2020 (Corte Suprema [Chile], 21 de diciembre 2020).

Sentencia rol 63010-2020 (Corte Suprema [Chile], 7 de agosto de 2020).

Sentencia rol 28880-2019 (Corte Suprema [Chile], 21 abril de 2020).

Sentencia rol 93.378-2020 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 23 de abril de 2021).

Sentencia rol 31.690-2021 (Corte Suprema [Chile], 11 de mayo de 2021).

Ley N° 19.628, Ley sobre de la vida privada ([Chile], 28 de agosto de 1999).

Ley N° 21.096, Ley que consagra el derecho a la protección de datos personales ([Chile], 16 de junio de 2018).

Recibido: 27/04/2021
Aprobado: 10/09/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.011
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 373-404
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis

## Defeasibility of Rules and Principles. A Proposal for Analysis

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE*
Universidad de Los Lagos (Chile)

**Resumen:** En el presente artículo voy a analizar críticamente la propuesta de conceptualización de derrotabilidad de reglas y derrotabilidad de principios en las tesis de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Para tales efectos realizaré una breve reconstrucción de sus propuestas con el fin de justificar tres puntos: a) la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios; y c) el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico. Para alcanzar estos objetivos tomaré los siguientes pasos: en la sección II presentaré de forma crítica su distinción entre reglas y principios, la noción de lícito e ilícito atípico, y qué quiere decir que las reglas sean resistentes a principios. En la sección III discutiré el que las tesis reconstruidas padezcan de ambigüedad al momento de hablar de derrotabilidad. Presentan, por un lado, un problema de superabilidad entre normas y, por el otro, un problema de relevancia aparente de una norma para resolver un caso individual. Asimismo, ofreceré una propuesta de reformulación de la derrota de reglas desde la teoría de la interpretación. Por último, finalizaré mostrando que el lenguaje de las reglas y los principios presupone una tesis normativa sobre cómo deben ser identificadas las normas.

**Palabras clave:** Reglas, principios, derrotabilidad, normas de mandato, interpretación

***Abstract:*** In this article I am going to analyze and criticize the proposal for conceptualizing the defeasibility of rules and the defeasibility of principles in the theses of Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero. For this purpose, I will carry out a brief critical reconstruction of their proposal of distinction in order to indicate in a concise, clear and precise way how they understand the defeasibility of prescriptive norms. I will do that for the purpose of justifiying three points: a) the defeat of rules is better understood as a reinterpretative process of legal material; b) defeating rules is not equivalent to defeating principles; and c) the language of rules and principles presents the same operations and results as the language of recalcitrant experiences and

* Profesor de la carrera de Derecho de la Universidad de Los Lagos (Chile) y doctor en Derecho por la Universidad Austral de Chile (Chile) y la Universidad de Génova (Italia).
Código ORCID: 0000-0002-4662-2919. Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com
Quiero agradecer a Álvaro Núñez Vaquero, Hugo Osorio Morales, Carla Iuspa Santelices y a los árbitros anónimos por sus observaciones y comentarios a una versión previa de este texto.

axiological gaps, only that, unlike these, the first of the languages presupposes a prescriptive claim about how the language of the legal material should be understood. To achieve this objective, I will take the following steps: in section II, I will present critically the distinction between rules and principles, the notion of licit and illicit atypical act, and what it means to say that rules are resistant to principles. In section III, I will present that the reconstructed thesis suffer from ambiguity when they develop the notion of defeasibility. They present, on the one hand, a problem of superability between norms and, on the other, a problem of apparent relevance of a norm to solve an individual case. Likewise, I will offer a proposal to reformulate the defeat of rules from the theory of interpretation. Finally, I will end by showing that the language of rules and principles presupposes a normative thesis about how norms should be identified.

***Key words:*** Rules, principles, defeasibility, mandate norms, interpretation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE PRESENTACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE NORMAS.- II.1. TIPOS DE NORMAS DE MANDATO.- II.1.1. REGLAS DE FIN Y REGLAS DE ACCIÓN.- II.1.2. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES.- II.1.3. ACTOS CONTRARIOS A REGLAS Y ACTOS CONTRARIOS A PRINCIPIOS.- II.2. DISTINCIÓN ENTRE LO SUSTANTIVO Y LO INSTITUCIONAL.- II.3. RESISTENCIA DE LAS REGLAS FRENTE A LOS PRINCIPIOS.- II.4. CASOS FÁCILES, CASOS DIFÍCILES Y PONDERACIÓN.- III. DERROTABILIDAD DE REGLAS Y PRINCIPIOS.- III.1. DERROTA DE REGLAS COMO PROCESO REINTERPRETATIVO.- III.2. DERROTAR REGLAS NO ES EQUIVALENTE A DERROTAR PRINCIPIOS.- III.3. ILÍCITOS Y LÍCITOS ATÍPICOS, EXPERIENCIAS RECALCITRANTES Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS: ENTRE LA RECONSTRUCCIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN.- IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Muchos teóricos del derecho sostienen que las normas jurídicas son mejor entendidas si diferenciamos entre principios y reglas. El término «principio» ha sido entendido de múltiples maneras[1] y existen diversas propuestas sobre la forma de distinguir entre ellos y las reglas[2]. Dentro de esta forma de entender el derecho, algunos autores sostienen que las reglas pueden ser derrotadas por principios y que un principio puede derrotar a otro principio. ¿Qué quiere decir ello?

1 En el presente apartado no pretendo realizar una reconstrucción del enfoque principalista de la teoría del derecho ni un elenco de las diferentes formas de presentar esta manera de entender el derecho. Para ello, ver Poscher (2012) y Carrio (1970).

2 En extrema síntesis, las diferentes tesis sobre la distinción entre reglas y principios pueden ser clasificadas en dos: tesis de una distinción fuerte y tesis de una distinción débil. Quienes argumentan una distinción fuerte sostienen que esta es una distinción cualitativa bajo la cual toda norma es o bien una regla o bien un principio. En cambio, quienes argumentan una distinción débil sostienen que hablar de reglas o de principios son opciones que el intérprete construye en función al caso individual (la diferencia entre reglas y principios se hace únicamente luego de haber sido interpretados). Sobre ambos criterios, ver Comanducci (1998) y Prieto Sanchis (1996).

A efectos de responder a esta pregunta teórica, voy a analizar y criticar las propuestas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (ARM). Estos autores han formulado una de las teorías más sofisticadas sobre la materia, con una notable difusión e incidencia en Iberoamérica (Atienza & Ruiz Manero, 1996; 2000)[3]. Tomar de referencia sus tesis es una manera de empezar una discusión con un grupo importante de teóricos y de dogmáticos que utilizan estas ideas para hablar de derrota de reglas y de principios.

Al respecto, los objetivos de este artículo son justificar tres puntos: a) la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) derrotar principios no es equivalente a derrotar reglas; y c) el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico.

Para alcanzar estos objetivos tomaré los siguientes pasos: en la sección II formularé una reconstrucción del instrumental analítico que han propuesto estos autores para identificar normas. Al respecto, pretendo reconstruir (y criticar) la propuesta teórica de qué son las normas de mandato, las relaciones entre estas y qué hacemos cuando resolvemos un conflicto entre ellas. Dichos elementos me permitirán presentar de manera más clara una propuesta de desambiguación de la derrotabilidad dentro de este lenguaje teórico. En la sección III analizaré cada uno de los objetivos propuestos en tres subsecciones.

## II. BREVE PRESENTACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE NORMAS

ARM han elaborado una teoría sobre los enunciados jurídicos con el propósito de ofrecer un instrumental conceptual que permita descomponer adecuadamente el material jurídico. Dentro del elenco de enunciados que identifican solo me voy a referir a su propuesta sobre las normas de mandato.

### II.1. Tipos de normas de mandato

ARM entienden por normas de mandato aquellas normas jurídicas que guían la conducta de sus destinatarios; esto es, que cuentan con un consecuente deónticamente modalizado. Al respecto, señalan que no todas las normas guían de la misma manera, debiendo distinguirse entre reglas y principios. Asimismo, sostienen que dentro de la categoría «reglas» cabe diferenciar entre reglas de acción y reglas de fin, mientras

3 Cabe precisar que en los últimos años cada uno de estos autores ha formulado tesis propias que no necesariamente ambos comparten. En atención a ello, en esta reconstrucción seré preciso en señalar si son ideas escritas por ambos o por solo uno de ellos.

que dentro de la categoría «principios» se puede diferenciar entre principios en sentido estricto y directrices. Para distinguir cada uno de estos tipos de enunciados normativos proponen emplear tres criterios: tipo de estructura, tipo de razón para la acción que ofrecen, y conexión que poseen con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad. Por razones de brevedad, solo presentaré, en extrema síntesis, los dos primeros criterios.

ARM adoptan un modelo de estructura de normas de mandato de tipo condicional. El antecedente está compuesto por un caso genérico que contiene un conjunto de propiedades normativamente relevantes que determinan el alcance de la norma. Por su parte, el consecuente contiene una acción o un estado de cosas deónticamente modalizado que ha de ejecutarse tras verificarse el antecedente[4]. Una acción deónticamente modalizada es un enunciado compuesto por un operador deóntico y una clase de acciones. Por ejemplo: «obligatorio pagar deudas». Un estado de cosas deónticamente modalizado, por su parte, es un enunciado compuesto por un operador deóntico y una descripción de un hecho futuro. Por ejemplo: «obligatorio que las deudas estén pagadas». En el primer supuesto, se prescribe al destinatario la realización de una acción que puede ser verificada (se cumple o se incumple); en el segundo, una acción que alcance un determinado resultado. En consecuencia, el segundo caso supone un margen de discrecionalidad para optar por todas aquellas medidas idóneas para materializarlo.

Desde una perspectiva estructural, lo que diferencia a reglas y principios es la forma en que está compuesto el antecedente. Asimismo, cada una de estas estructuras es una manera diferente de presentar un tipo de razón para la acción y el valor. Veamos cada uno de los elementos mencionados.

### II.1.1. Reglas de fin y reglas de acción

Los autores llaman reglas de acción a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una acción deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «cerrado»; es decir, el caso genérico está compuesto por propiedades que, conjuntamente, operan como condición suficiente para el consecuente[5]. En este sentido, operan como normas condicionales que se rigen por el refuerzo del antecedente y

4 La distinción entre ambos tipos de consecuentes ha sido y sigue siendo muy debatida (en específico, si es una distinción exhaustiva y excluyente, o si son expresiones intercambiables de una misma prescripción). Sobre este punto, ver Von Wright (1981, pp. 409 y ss.), Hilpinen (2016) y González Lagier (2007). Para una apreciación crítica de esta distinción, ver Ratti (2013, pp. 166 y ss.). Para los efectos del presente artículo, asumiré que podemos diferenciar entre ambos tipos de consecuente.

5 Debo precisar que esta es la caracterización que dieron Atienza y Ruiz Manero (1996, 2000); sin embargo, de manera reciente ambos autores han sido expresos al señalar que las reglas no tienen estabilidad absoluta, sino relativa. Considero que esta es una manera de decir que el antecedente de las reglas no está compuesto por una condición suficiente, sino solo por condiciones contribuyentes, debido a que puede ser el caso que un aplicador del derecho incorpore nuevas propiedades relevantes. Volveré luego sobre este punto.

el *modus ponens*. Este tipo de norma ofrece: a) razones perentorias, esto es, la conjunción de una razón para la acción de primer nivel (prescribe lo que debe o no debe hacerse) y una razón de segundo nivel (excluye cualquier deliberación de los destinatarios sobre posibles cursos de acción a realizar) (Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 239); b) razones que son independientes de su contenido, lo que quiere decir que los destinatarios deben seguirlas debido a su fuente (por ser producto de una autoridad normativa) y no por el contenido de la prescripción; y c) el destinatario de la regla debe ejecutar el contenido del consecuente sin importar las consecuencias que ello pueda generar.

Por otra parte, las reglas de fin son aquellas cuyo consecuente consiste en una actividad deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «cerrado». Este tipo de reglas ofrece tanto razones perentorias como independientes de su contenido y traslada a los destinatarios la responsabilidad de las consecuencias de su conducta. Ello quiere decir que si el destinatario es un agente que toma decisiones de ejecución (por ejemplo, un funcionario de la Administración Pública), estas normas dan discrecionalidad en la selección de medios para producir el estado de cosas deseado. En cambio, si el destinatario es un agente que controla el cumplimiento de normas (por ejemplo, un juez), estas normas le dan control del grado de materialización del estado de cosas prescrito (Atienza, 2013, p. 167).

### II.2.2. Principios y directrices

ARM denominan «principios en sentido estricto» a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una acción deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «abierto». Como bien ha precisado Ruiz Manero (2008, p. 151; 2009, pp. 111-112)[6], esta caracterización del antecedente expresa dos representaciones diferentes: a) si vemos los principios sin tomar en cuenta su relación con otros principios, entonces expresan una norma categórica. Ello quiere decir que el caso genérico está determinado por el contenido del consecuente; es decir, son aplicables cada vez que se da oportunidad de realizar la acción modalizada (Atienza & Ruiz Manero, 2000, p. 16; Ródenas, 2015, p. 17; Ruiz Manero, 2008, p. 151). Y b) si vemos los principios en relación con otros principios, entonces expresan una norma condicional con el antecedente debilitado. En este supuesto, el caso genérico está compuesto por condiciones contribuyentes[7]. Para

6 Cabe anotar que esta precisión sobre los sentidos de «abierta» en la presentación fue introducida a partir de una crítica formulada por Ratti (2013, pp. 162 y ss.).

7 Sobre los diferentes tipos de condiciones, ver Von Wright (1951, pp. 66-74). Cabe resaltar que estas dos formas de entender la expresión «abierto» no son equivalentes entre sí, sino que expresan tesis diferentes sobre las normas. Una norma categórica posee un antecedente que es tautológico con la acción deónticamente modalizada, lo que significa que se ha identificado por lo menos una condición suficiente para el consecuente por implicación. En cambio, «abierto» como antecedente debilitado refiere a un antecedente compuesto por propiedades que no son suficientes para el consecuente. Esto supone que el intérprete considera que el conjunto de condiciones de aplicación no ha sido

ARM, los principios en sentido estricto ofrecen: a) razones justificativas para realizar u omitir un acto (no eliminan la deliberación, sino que forman parte de la deliberación sobre qué se debe hacer); y b) razones que operan como criterios de corrección; es decir, funcionan como razones últimas dentro de la deliberación.

Los autores, por otra parte, denominan «directrices» a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una actividad deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «abierto»[8]. Estas normas ofrecen: a) razones justificativas para alcanzar un determinado estado de cosas; y b) razones utilitarias que justifican dentro de la deliberación que la consecución de un determinado fin es deseable (Atienza, 2013, p. 281).

Por último, cabe precisar que la distinción entre reglas y principios se sostiene, además, por el tipo de valor que la justifica (Atienza & Ruiz Manero, 1996, p. 140; 2000, pp. 21-22; 2001, p. 121)[9]. La identificación y aplicación de un principio supone una justificación última, pero no concluyente. Ello se debe a que, para una misma acción, es posible que sea aplicable más de un principio en sentido estricto y que estos entren en conflicto entre sí, por lo que será necesario ponderarlos para determinar cuál —todo considerado— debe aplicarse por tener más peso o ser preferido. En cambio, las directrices refieren a las normas que expresan juicios de valor utilitarios. De este modo, ofrecen una justificación sujeta a valores finales y de forma no concluyente.

La deliberación con principios en sentido estricto es sobre cuál debe prevalecer sobre otros también concurrentes y en conflicto en un determinado caso. La deliberación con directrices es sobre el diseño del conjunto de medidas que logre la satisfacción, en el mayor grado de posibilidades, de todos los estados de cosas deseados (Ruiz Manero, 2008, p. 176). Si un principio en sentido estricto y una directriz concurren en una deliberación de manera conflictiva, los autores esgrimen la tesis

completamente determinado. En este artículo, no profundizaré sobre este punto y los problemas que genera.

8 Como bien ha mostrado Alonso (2018, pp. 247 y ss.), la idea de principios ha sido entendida como una versión debilitada de cada uno de los componentes de las normas condicionales. En síntesis:
1. Principios como normas con el antecedente debilitado (por ejemplo, ARM).
2. Principios como normas con el consecuente debilitado (por ejemplo, la tesis de entender los consecuentes como mandatos de optimización de Robert Alexy).
3. Principios como normas con la conectiva (que une el antecedente con el consecuente) debilitada (por ejemplo, Carlos Alchourrón al emplear normas condicionales derrotables que en términos formales se expresan como p>Oq).
Cada una de estas representaciones estructurales pretende poner de relieve ideas diferentes sobre qué tipo de norma son los principios.

9 Sobre este punto, cabe señalar que, según ARM, «la diferencia entre juicios de valor y las normas es, en todo caso, una cuestión de grado o de énfasis» (1996, p. 134). Al respecto, ver Moreso (2001, pp. 176-177).

prescriptiva de que debe prevalecer el principio en sentido estricto por ser un valor último[10].

Las reglas, bajo este criterio, se muestran como concretizaciones del tipo de circunstancias en las que cada principio (tanto principios en sentido estricto como las directrices) es aplicable (son resultados de ponderaciones). Las reglas de acción especifican las condiciones de aplicación de los juicios de valor contenidos en los principios en sentido estricto que priman en una ponderación, mientras que las reglas de fin especifican las condiciones de aplicación de los juicios de valor contenidos en las directrices que priman en una ponderación (Atienza & Ruiz Manero, 2000, pp. 20, 22 y 124).

### II.1.3. Actos contrarios a reglas y actos contrarios a principios

ARM denominan «actos ilícitos» a todas aquellas acciones que son contrarias o contradictorias a una norma de mandato. Estos pueden ser de dos tipos: a) actos ilícitos típicos, esto es, actos contrarios a una regla; o b) actos ilícitos atípicos, esto es, actos contrarios a un principio[11].

Un ilícito atípico puede producirse en dos supuestos: a) la conducta no estaba regulada por una regla, es decir, es un caso de laguna normativa a nivel de reglas, pero su realización es contraria a un principio; o b) la conducta estaba regulada por una regla, pero tal regulación es considerada injustificada debido a que se opone a un principio, es decir, es un caso de laguna axiológica a nivel de reglas (Atienza & Ruiz Manero, 2000, pp. 27 y 244). ARM señalan que los actos ilícitos atípicos del segundo tipo son casos que se encontraban regulados por reglas de manera valorativamente insoportable (Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 244; Ruiz Manero, 2011, p. 116). A efectos de resolver este problema, es necesario modificar la calificación normativa de este tipo de casos, lo que supone: a) crear una nueva norma cuyo antecedente incluya una nueva propiedad en relación conjuntiva con las anteriores a efectos de reducir el alcance de la norma, lo que varía el estatus deóntico del tipo de caso que deja de estar regulado por la norma. Y b) crear una nueva regla que regule el caso conforme a la ponderación entre principios aplicables.

10 La distinción entre valores últimos y valores utilitarios ha sido presentada por Ruiz Manero en términos de producción y distribución de bienes. Al señalar «valores utilitarios» se expresa un mandato de aumentar la producción (o de que se inicie la producción) de un determinado bien (expresado en el consecuente de la norma) a efectos de que su monto global aumente. En cambio, «valores últimos» expresa el mandato de que un determinado bien debe ser distribuido igualitariamente a todos sus destinatarios. De esta forma, sostener que un principio en sentido estricto debe siempre prevalecer sobre una directriz es una manera de afirmar que todos debemos ser tratados de la misma forma en determinados aspectos y que tal exigencia prevalece sobre cualquier mandato de maximización de producción de determinados bienes. Esto supone, como bien afirma Ruiz Manero (2008, p. 177), que detrás de esta forma de presentar la distinción entre tipos de principios se está expresando una ideología individualista igualitaria.

11 Sobre este punto, ver Atienza y Ruiz Manero (2000, p. 24; 2012, pp. 243-244). Esta misma idea ha sido formulada (pero no desarrollada con el mismo grado de claridad) en Sartor (1995, pp. 142-144), y en Hage y Peczenik (2000). Para un interesante análisis sobre los vínculos conceptuales de la noción de ilicitud en ARM y en Kelsen, ver Ataoglu (2020).

Este segundo tipo de ilícito atípico se puede manifestar de diferentes formas en la práctica jurídica. De todas estas, los autores seleccionaron y precisaron tres supuestos que, usualmente, están previstos en los derechos positivos: abuso de derecho, fraude de ley y desviación de poder. Señalan que estos son ejemplos de una «institucionalización de la derrotabilidad» (Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 252; 2009, p. 115; Ruiz Manero, 2011, p. 116)[12] en la práctica jurídica; esto es, supuestos de conflicto entre reglas y principios que los sistemas normativos positivos suelen prever y regular. Volveré luego sobre este punto.

Los autores entienden por licitud atípica aquellos supuestos en los que una determinada conducta está regulada por una regla prohibitiva, pero se encuentra facultada, permitida u obligada conforme a la ponderación de principios aplicables. Al respecto, los autores señalan tres posibles supuestos de lícitos atípicos: en primer lugar, una conducta está prohibida por una regla, pero si consideramos la ponderación que justificó la creación de la regla, esta no debió haberse prohibido. En este tipo de casos, los autores sostienen que la regla no ha sido adecuadamente identificada: si especificamos adecuadamente el antecedente, se podrá mostrar que dicho caso queda fuera de su alcance. En segundo lugar, una conducta está prohibida conforme a la regla y a la ponderación de principios que justificó la creación de la regla, pero no debería estarlo conforme a otro principio del derecho. En este tipo de casos, si este otro principio posee mayor peso para regular dicha conducta, entonces debemos modificar el alcance de la regla para excluirla de la prohibición (Atienza & Ruiz Manero, 2000, p. 116; 2012, p. 248). A diferencia del supuesto anterior, el cambio de regla no se debe a una especificación más satisfactoria de su justificación (el resultado de la ponderación entre principios), sino a efectos de que en el antecedente se especifique tanto su justificación como la de otro principio. Los autores denominan a este supuesto un caso de introducción de una excepción[13]. En tercer lugar, una conducta está prohibida por una regla y ello refleja la ponderación de principios que justificó la creación regla, pero en un grado tan bajo que la prohibición debe ser considerada injustificada. En estos supuestos,

12 Cabe precisar que la expresión «institucionalización de la derrotabilidad» es poco afortunada, pues resulta ambigua. Esta puede ser entendida, por lo menos, de tres maneras: a) como una expresión que da cuenta de que un aplicador del derecho tiene competencia para derrotar reglas y/o principios; b) como una expresión que da cuenta de que las normas jurídicas pueden ser derrotadas si son usadas en procesos de toma de decisiones; o c) como una expresión que da cuenta de que determinadas normas (las reglas) deben ser derrotadas. Considero que, para efectos de una reconstrucción caritativa, es pertinente emplear este tercer sentido. Siguiendo de cerca sus propias tesis, para Atienza y Ruiz Manero estos casos de prescripción de la derrotabilidad son los supuestos de abuso de derecho, fraude a la ley y desviación de poder.

13 Como podemos ver, Atienza y Ruiz Manero están proponiendo una distinción entre fuera del alcance y excepción similar a la analizada en el apartado anterior de esta investigación: a) la exclusión de un tipo de caso por razones que respaldan la norma de mandato se entenderá como que son casos que están fuera de su alcance; y b) la exclusión de un tipo de caso por razones que no respaldan la norma de mandato se entenderá como que son casos exceptuados. Sobre la noción de excepción, ver García Yzaguirre (2020a).

si hay principios que permitan la conducta, entonces esa conducta ha de ser «tolerada» (2000, p. 122). De estas tres líneas, analizaré las dos líneas más adelante.

Tomando en cuenta los supuestos de ilícitos y lícitos atípicos, ARM proponen que, para una adecuada comprensión de los diferentes tipos de normas de mandato, es pertinente analizarlas en su conjunto como una estructura de dos niveles: a) el nivel de las reglas, que establece las condiciones de aplicación de los balances entre principios; y b) el nivel de los principios, que expresa los valores y directivas incorporados en el derecho. El nivel de las reglas está justificado en el nivel de los principios y el nivel de los principios se aplica a casos individuales por medio de su especificación en reglas. En la relación entre ambos niveles podemos identificar supuestos de conflicto en los que las reglas guían la conducta «cuando el resultado de aplicar la regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla» (Atienza & Ruiz Manero, 2000, p. 124). Estos supuestos se resuelven, como hemos visto, modificando la regla.

### II.2. Distinción entre lo sustantivo y lo institucional

ARM sostienen que el derecho no solo regula la conducta de sus destinatarios, sino también a sí mismo; esto es, establece regulaciones para que el derecho esté en condiciones de poder regular a sus destinatarios (por ejemplo, prescripciones sobre cómo garantizar la previsibilidad del derecho, la eficacia de sus mandatos y la estructuración jerárquica entre las normas, entre otras) (Atienza & Ruiz Manero, 2001, pp. 125-126; Atienza, 2013, p. 331)[14]. Para diferenciar este punto, propusieron una nueva subdistinción de los tipos de principios.

Los principios que regulan la funcionabilidad institucional del derecho son denominados «principios institucionales», mientras que los principios que regulan la conducta de los destinatarios son denominados «principios sustantivos». Entre estos cabe diferenciar, además, entre principios sustantivos jurídicos de principios sustantivos no jurídicos. Los primeros son todos aquellos principios que se justifican en juicios de valor realizados por la autoridad normativa competente para crear derecho. Los segundos, en cambio, son todos aquellos principios que se justifican en juicios de valor realizados por agentes que no tienen competencia para crear derecho (por ejemplo, la moral crítica de las partes en un proceso o del propio juez). Al respecto, ARM sostienen que el derecho, al ser un fenómeno autoritativo, solo está compuesto por principios sustantivos jurídicos. En este sentido, una decisión que

14 En otros términos, es una regulación que pretende mantener la adecuada operatividad del derecho o establecer las condiciones y mandatos para la ejecución de una de sus instituciones (Atienza, 2007, p. 218).

emplee principios sustantivos no jurídicos es una decisión no justificada en el derecho.

Esta precisión conceptual condujo a ajustar la propuesta de normas de mandato entendidas como una estructura a dos niveles. En el nivel de los principios se requerirá una ponderación para determinar en qué situaciones prevalece uno por sobre el otro y, con dicha decisión, crear una regla que especifique las condiciones de aplicación de este resultado. Bajo esta nueva terminología, se realiza y resuelve una ponderación entre principios sustantivos jurídicos. Una vez realizada, sostienen los autores, será necesario llevar a cabo una segunda ponderación, ahora entre el principio sustantivo que prevalece y el principio institucional aplicable al caso individual.

Los principios institucionales pueden ser utilizados en una ponderación para: a) dar razones a favor de la aplicación del principio sustantivo (confirman el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); b) dar razones en contra de la aplicación del principio sustantivo (contradicen el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); o c) no dar razones a favor ni en contra de la aplicación del principio sustantivo. En caso de que sean utilizados para dar razones en contra, se deberá ponderar el principio sustantivo con el principio institucional, lo que supone, como toda ponderación, que en algunos supuestos prevalezca el principio sustantivo y en otros el principio institucional.

### II.3. Resistencia de las reglas frente a los principios

ARM han sostenido que una conducta regulada por una regla supone, además, el uso de principios institucionales; esto es, aquellos que justifican la creación y el seguimiento de reglas (por ejemplo, razones de estabilidad del derecho, predictibilidad de las soluciones jurídicas y/o en la distribución del poder). En los casos de lagunas axiológicas a nivel de reglas (el antecedente de una regla no contiene una distinción que debería estar conforme a la ponderación entre principios relevantes), el principio sustantivo jurídico que prevalece en la ponderación deberá ser, tras ello, nuevamente ponderado con el principio institucional que justifica tener reglas. Si el aplicador del derecho considera que el principio sustantivo jurídico debe prevalecer, además, por sobre el principio institucional, entonces está justificado derrotar la regla: se creará una nueva regla que excluya de regulación la conducta que ha producido el ilícito o lícito atípico.

Dicho en breve, las reglas ofrecen resistencia frente a la ponderación entre principios sustantivos jurídicos, pero no son inderrotables. Una regla es derrotada por la ponderación entre principios siempre que: a) la ponderación entre principios sustantivos justifique modificar la calificación normativa de un tipo de acciones; y b) el principio sustantivo

que debe ser especificado para regular dicha acción prevalezca, además, sobre el principio institucional que justificó crear la regla derrotada (Ruiz Manero, 2011, p. 116; 2015, pp. 134-135; Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 250).

Ello quiere decir, por lo menos, dos cosas. En primer lugar, que la resistencia de las reglas frente a principios sustantivos es equivalente a la resistencia que puede ofrecer un principio institucional. Las reglas se verán derrotadas o no dependiendo de la fuerza que el intérprete le atribuya al principio institucional, pero ellas por sí mismas no son resistentes (los principios institucionales les dan resistencia). Esto supone, como bien señala Celano (2017, p. 68, nota 17), una ampliación de los tipos de principios que deben ser ponderados entre sí, pero no implica atribuir una característica diferente a las reglas. En segundo lugar, lo señalado supone que los resultados de la ponderación no son definitivos; es decir, siempre pueden volver a ser ponderados (Atienza, 2017b, pp. 427, 438 y 443)[15]. Esta es una manera de expresar que el resultado de toda ponderación es una regla derrotable, en el sentido de que es una norma de mandato cuyo antecedente no está compuesto por propiedades suficientes para el consecuente (Ruiz Manero, 2015, p. 131). En consecuencia, es inevitable que pueda presentarse un caso individual en el cual la regla o bien resulte supra o infraincluyente respecto de la ponderación entre principios que la justificó, o bien no especifique un principio que debió haber sido tomado en cuenta en la ponderación para su creación.

Me parece que estos puntos ponen de relieve algunos aspectos interesantes. Como habíamos visto, la diferencia entre reglas y principios recae en la composición del caso genérico contenido en el antecedente de la norma de mandato. Bajo esta nueva propuesta de los autores, tanto las reglas como los principios poseen un caso genérico que no contiene condiciones suficientes para el consecuente; es decir, en ambos casos es «abierto»[16]. Por lo anterior, lo que diferencia a las reglas de los principios es (usando la expresión de los autores) su «vocación a ser derrotadas». Las reglas son excepcionalmente derrotables (son tan resistentes a la derrota como lo

15 Como bien anota Ruiz Manero (2015), «Celano tiene razón en que el paso de un principio A, en concurrencia con otro B, a la regla que expresa que A prevalece o, por el contrario, cede frente a B, en relación con un determinado conjunto de propiedades, es el paso de una norma derrotable a otra norma también derrotable» (p. 132). Sobre este punto, ver también Núñez Vaquero (2017, pp. 271-72).

16 Como bien ha sostenido Atienza (2013, pp. 192 y 326; 2012, p. 33), el antecedente de las reglas debe contener una cláusula «a no ser que…» que mantenga «abierto» el antecedente. Sobre este mismo punto, Atienza ha sostenido que su propuesta sobre las reglas no es muy distinta a la de Alchourron (2010). Para Alchourrón las normas son derrotables en tanto se puede incluir una excepción implícita a partir de un juicio contrafáctico del legislador; en Atienza (2012, pp. 97-98; 2017a, p. 29) la operación es similar, solo que justificada en los principios sustantivos jurídicos que incorporan los juicios de valor de una autoridad normativa. Esto permite aclarar más el tipo de estructura que tiene en mente Atienza al momento de hablar de reglas: son normas con un antecedente expresado de manera entimemática, pues no han explicitado todas las propiedades que se deberían haber explicitado al momento de especificar los propósitos de una regulación. Al respecto, ver García Yzaguirre (2020b).

sean los principios institucionales) y los principios son «esencialmente» derrotables (cada uso de principios para regular una conducta implica su ponderación con otro principio y que este haya sido derrotado) (Atienza, 2012, p. 98). Como vemos, la diferencia entre ambas nociones depende de la activación de los principios institucionales.

En atención a estas consideraciones, Atienza ha sostenido que la distinción entre reglas y principios debe ser entendida de manera «funcional y dinámica» (2017c, pp. 149 y 152). Considero que la mejor forma de entender esta expresión es que la tipología de enunciados normativos es una caja de herramientas conceptuales que permite diferenciar cómo los intérpretes tratan a las normas de mandato en relación con los valores que las justifican. No es una clasificación de tipos de normas de mandato, sino de formas de tratar a las normas (de manera más precisa, de actitudes de los intérpretes respecto de cómo interpretar el material jurídico). En este sentido, dependiendo de las circunstancias del caso individual, los intérpretes tratarán las normas de mandato identificadas del material jurídico como reglas o como principios a efectos de determinar en qué situaciones han de ponderar y en cuáles no.

De esta manera, una norma de mandato puede ser tratada como regla o como principio, dependiendo del tipo de operación que se requiera realizar para alcanzar una respuesta conforme a los valores últimos y/o utilitarios previstos en el derecho. Un aplicador del derecho decidirá tratar a las normas como principios si pretende deliberar sobre cuál es la justificación jurídica «correcta» para resolver un problema normativo de una determinada manera. De igual forma, decidirá tratar a las normas como reglas con el antecedente «cerrado» como una manera de expresar que la norma de mandato debe ser empleada como premisa normativa de la justificación interna de una decisión. Para que ello pueda ser así —es decir, para poder hacer juicios prácticos a partir de normas—, es necesario tratar al antecedente de manera que se le apliquen el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*.

En suma, los aplicadores del derecho deben tratar las normas como reglas o principios, dependiendo de las directivas interpretativas dirigidas a los aplicadores del derecho sobre cómo tratar los casos individuales. Este punto es clarificado de mejor manera tomando en cuenta en qué casos se debe o puede ponderar.

### II.4. Casos fáciles, casos difíciles y ponderación

De acuerdo con ARM, los principios operan de manera diferente en función de si estamos frente a un caso fácil o a un caso difícil[17]. Por caso fácil se entienden todos aquellos casos individuales sobre los cuales se considera que la mayoría de aplicadores del derecho no tendrían dudas de cómo deben ser resueltos. Esto quiere decir que la calificación de los hechos (en qué categoría jurídica se subsumen) y la forma de resolverlos (su calificación deóntica) suelen ser determinados de una manera por la comunidad jurídica y no se admite que ello pueda ser problematizado o cuestionado. En contraste, por caso difícil se entienden todos aquellos casos individuales sobre los cuales se considera que los juristas discutirían en torno a cómo calificar los hechos y/o sobre cómo deberían ser resueltos (Atienza, 2013, pp. 432-439). Si estamos frente a un caso fácil no será necesario iniciar una deliberación; por el contrario, si estamos frente a un caso difícil, será necesario iniciar una deliberación —es decir, para resolver el problema normativo se deberán emplear los principios aplicables al caso— (Atienza, 2017a, p. 18; 2017c, p. 150, nota 2; Ruiz Manero, 2015, pp. 133-134).

Según los autores, la clasificación de un caso individual bajo una de las categorías anteriores depende de las circunstancias concretas del caso individual (Atienza, 2017a, p. 18). Un caso individual que habitualmente es considerado como un caso fácil puede ser tratado como un caso difícil si varían las circunstancias socioeconómicas, políticas o de cualquier otra índole en las que ocurre; y un caso difícil, con el tiempo, se puede convertir en fácil. Pero este punto es problemático pues, si la distinción depende del contexto (que es una manera de señalar que depende de cómo describamos las propiedades del caso individual), entonces no es posible sostener que los principios sean irrelevantes para guiar la conducta en los casos fáciles.

Para comprender lo anterior es necesario observar dos cuestiones. En primer lugar, la relación entre caso fácil y corrección valorativa es compleja de precisar. Si entendemos que en los casos fáciles no hay necesidad de emplear principios, ello sería una forma de expresar que no se evaluará si la regla produce o no situaciones de anomalía valorativa. En este sentido, habría espacio para renunciar a la posibilidad de detectar lagunas axiológicas, lo cual resulta contrario a la orientación de esta aproximación. En cambio, si entendemos la noción de caso fácil como un supuesto en el que se ha verificado que no hay problemas valorativos (Atienza & Ruiz Manero, 1996, p. 22), ello supone haber previamente realizado una valoración conforme a los principios. Esto presupone el colapso de reglas en principios: para saber si hemos de ponderar o no,

17 Atienza (2017a) sostiene que los casos individuales pueden ser clasificados como casos fáciles, casos difíciles, casos intermedios y casos trágicos (pp. 18-19, 23 y 426). No profundizaré sobre este punto para efectos de una reconstrucción breve.

será necesario realizar una metaponderación (Núñez Vaquero, 2017c, p. 253; Celano, 2017, p. 68, nota 17)[18].

En segundo lugar, resulta contraintuitivo entender la noción de caso fácil como resultado de una observación sobre cómo la práctica suele resolver un caso sin tener que evaluar las particularidades del caso individual. Esto supondría que, para entender que se está frente a un caso fácil, es suficiente que un caso individual pueda ser descrito de manera tal que sea acorde a lo que la comunidad considera un caso fácil, sin importar si genera anomalías valorativas o no. Asimismo, para que un caso sea difícil, en cambio, es suficiente que el aplicador del derecho considere que una propiedad normativamente irrelevante del caso individual deba ser valorada conforme a los principios sustantivos jurídicos (a efectos de determinar si debe permanecer irrelevante o si debe ser considerado relevante). Si esto es así, entonces bastará una descripción de los hechos, de manera tal que habilite la aplicabilidad de ciertos principios que le permitan justificar que se inicie una deliberación y, con ella, que se cree una excepción para el caso.

Este último punto permite a ARM precisar cuándo se debe ponderar y cuando está prohibido hacerlo, así como en supuestos en los que ponderar o no dependerá del caso (Atienza, 2012, pp. 28-29; 2017a, pp. 32-33; 2017b, pp. 103-106; 2017c, p. 157).

Siempre se debe ponderar en casos de:

1. Lagunas normativas a nivel de reglas: en estos supuestos, el aplicador debe determinar qué principio prevalece y crear una regla que establezca sus condiciones de aplicación, con la que podrá resolver el problema normativo.
2. Desajuste entre la regla y la ponderación entre principios que la justificó: en estos casos, el aplicador del derecho siempre debe ponderar y, con ello, crear una nueva regla que especifique de mejor manera el propósito para el cual se regula[19].

Nunca se debe ponderar en caso de desajuste entre la regla y principios sustantivos no jurídicos. En estos casos, el aplicador del derecho siempre

18 Si concebimos que la dependencia al contexto puede ser entendida como la variabilidad de propiedades relevantes o como la variabilidad del conjunto de normas aplicables, pierde sentido diferenciar casos fáciles de difíciles tomando como criterio el método de solución del problema normativo («si caso fácil, entonces solo cabe subsunción» en contraste con «si caso difícil, entonces solo cabe ponderación»). Ello pues toda variación supondrá, primero, una valoración conforme a los principios (ponderación) y, tras ello, una aplicación de reglas (subsunción) con pretensión de universalidad (todos los aplicadores del derecho deberían resolver de esta manera).

19 Este punto, como vemos, da razones a favor de considerar que la calificación de un caso individual como un caso fácil necesariamente requiere evaluar la conformidad de la regla con la ponderación de principios que la justifican. En efecto, solo podrá ser un caso fácil siempre que el contenido de la regla sea coherente con dicha ponderación; si no es coherente, entonces por definición no puede ser fácil. Esto supone que los casos fáciles no son inmunes a los principios; todo lo contrario, dependen de ellos.

debe rechazar recurrir a la ponderación pues, de hacerlo, sería una forma de incorporar a nivel de reglas especificaciones de valores no tomados en cuenta por la autoridad normativa.

La racionalidad de la decisión de ponderar o no depende del caso en supuestos de desajuste entre la regla y principios sustantivos que no la justifican, pero que forman parte del derecho. En estos casos, estará justificado ponderar en algunos casos y en otros no. Los supuestos de abuso de derecho, fraude a la ley y desvío de poder son escenarios claros en los que el aplicador del derecho debe ponderar y podrá crear una nueva regla.

En cuanto al desajuste entre la regla y las ponderaciones entre tipos de principios, cabe hacer una precisión: detectar una laguna axiológica y resolverla son dos pasos diferentes, de manera que verificar un desajuste es solo preguntarse si debe o no resolverse. Los intérpretes pueden decidir si la regla es invariable frente a los problemas valorativos que pueda generar o sensible a ellos. Si lo anterior es correcto, cuando Atienza habla de desajustes y de formas de resolverlos, muestra que tratar a las reglas como derrotables o inderrotables frente a los principios sustantivos jurídicos aplicables es producto de una decisión. Estas últimas ideas requieren de mayores precisiones.

## III. DERROTABILIDAD DE REGLAS Y PRINCIPIOS

Como hemos visto líneas atrás, una de las pretensiones de ARM es ofrecer un instrumental conceptual suficiente para aclarar cómo identificar reglas que no generen lícitos o ilícitos atípicos. Al respecto, me parece que es oportuno formular algunas críticas a las herramientas que proponen.

Para mostrar los problemas conceptuales que posee este instrumental, voy a presentarlas desde el enfoque de la teoría de la interpretación[20].

20 Asumo como presupuesto teórico una teoría no cognitivista moderada y, en especial, las distinciones de Riccardo Guastini (2018). De todas ellas, es oportuno resaltar las siguientes: a) distinción entre interpretación como un acto de conocimiento, de creación de derecho, o de decisión; y b) distinción entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. En primer lugar, por interpretación como un acto de conocimiento se entiende la identificación de los significados que pueden ser atribuidos a una disposición, habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso y las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina. Por interpretación como acto de creación del derecho se entiende la acción del intérprete de crear un nuevo significado para un texto —esto es, un significado que no forma parte del conjunto de significados atribuidos en el pasado ni atribuibles— empleando métodos interpretativos disponibles en la comunidad jurídica. Por interpretación como acto de decisión se entiende la acción del intérprete de elegir uno de los posibles significados identificados o creados para atribuirlo como significado de una disposición. En segundo lugar, la interpretación en sentido estricto engloba a todos aquellos métodos y resultados consistentes en identificar significados posibles y elegir entre uno de ellos como significado de una disposición (o combinación de estas). Por último, por construcción jurídica se alude todas aquellas operaciones de creación de normas por parte de los aplicadores del derecho.
Desde esta teoría, para atribuir un significado a un texto se debe formular una premisa normativa («el texto debe ser entendido como»), significado que puede ser producto de una actividad de descubrimiento (interpretación cognitiva) o no. Asimismo, es oportuno precisar que cabe la posibilidad

Ello, como veremos, permitirá poner de relieve algunos problemas de ambigüedad del uso de la expresión «derrota de normas de mandato».

En esta sección intentaré justificar los tres objetivos enunciados en la introducción: a) la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios; y c) el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas descriptivas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico.

### III.1. Derrota de reglas como proceso reinterpretativo

En la propuesta de ARM, la categoría «derrota de normas de mandato» engloba a todas aquellas operaciones y resultados por los cuales el aplicador del derecho no utiliza una norma de mandato por ser valorativamente incorrecta. En este sentido, el resultado de toda ponderación es la derrota de un tipo de norma de mandato[21].

Los trabajos de ARM pueden ser entendidos como una labor teórica abocada a analizar qué tipo de normas emplean los aplicadores del derecho para resolver problemas normativos (determinar la calificación normativa de una acción). Su propuesta permite construir una imagen del derecho como un conjunto de instrumentos útiles y capaces para producir reglas que sean valorativamente satisfactorias.

De toda su propuesta me voy a concentrar en analizar qué tipo de operación sostienen que se realiza al momento de resolver una anomalía valorativa de una regla conforme a esta aproximación a la noción de derrotabilidad. Al respecto, me parece que la mejor manera de entender su propuesta es como un acto reinterpretativo orientado a ofrecer resultados axiológicamente aceptables. Veamos este punto.

Para atribuir significado a una disposición, los intérpretes poseen (descriptivamente) un abanico de métodos interpretativos (y de sus resultados), de manera que el proceso de identificación de normas es producto de un conjunto de toma de decisiones guiadas por preferencias[22]. ARM solo señalan cómo deben ser los resultados: todo

de que interpretaciones actuales y posibles ofrezcan un mismo significado (Guastini, 2017, p. 54). En este sentido, en el presente trabajo descarto una concepción cognitivista de la interpretación (los enunciados interpretativos tienen valores de verdad) y una concepción escéptica radical (no hay significados previos a un acto de decisión interpretativa). Por último, preciso que no me haré cargo de los problemas de esta teoría para describir e identificar el derecho, pues escapa a los objetivos del artículo.

21 En este mismo sentido, ver Cabra Apalategui (2016, p. 59).

22 Descriptivamente, los intérpretes poseen discrecionalidad entendida —siguiendo a Chiassoni (2016)—, como la capacidad de los intérpretes para elegir un significado de entre todos los posibles. Esta se manifiesta como discrecionalidad selectiva (los intérpretes pueden elegir entre dos o más códigos interpretativos) y/o discrecionalidad aplicativa (los intérpretes pueden elegir un significado de

producto interpretativo debe especificar satisfactoriamente los valores últimos y/o utilitarios jurídicos. Esto nos lleva a una pregunta más precisa sobre qué método debemos emplear para identificar dichos valores a partir del material jurídico.

La respuesta no es autoevidente ni sencilla. Una posibilidad es considerar que la identificación de los principios se realiza mediante un ejercicio de inferencia a la mejor explicación posible o por abducción sobre por qué el legislador introdujo una determinada disposición[23]. Son los propios intérpretes quienes, a partir de tesis dogmáticas sobre cómo debe ser entendido un fragmento del material jurídico disponible, identificarán uno u otro principio de una misma fuente normativa.

Sin perjuicio de dichas dificultades, vuelvo al punto que me interesa analizar: cómo entender la derrota de una norma de mandato. Al respecto, me parece que presentar las tesis de ARM desde la teoría de la interpretación ofrece claridad. Cabe precisar que, para efectos de claridad, en este apartado me referiré a la derrota de reglas y, en el siguiente, contrastaré esta operación con la derrota de principios.

Asumamos que un intérprete se enfrenta a un problema normativo[24], de manera que para resolverlo ha de considerar una o varias disposiciones a ser interpretadas. A estas disposiciones los intérpretes les atribuyen un primer (y provisional) significado, al cual, siguiendo la terminología de Gianformaggio (1987, p. 91), llamaremos «significado noético»[25]. Tras ello, los intérpretes suelen realizar una reflexión posterior cuya conclusión será la decisión del significado a atribuir; esto es, un «significado dianoético». Esta decisión bien puede confirmar el atribuir el significado noético, o bien puede no preferirlo a efectos de elegir otro de los significados posibles (o crear uno nuevo). La actividad interpretativa, en este sentido, da cuenta de los actos justificativos de los intérpretes sobre si —todos los aspectos relevantes considerados— estos decidirán o no atribuir a la disposición el significado noético. El intérprete puede confirmar que atribuirá dicho significado, ampliarlo, reducirlo, o dejarlo de lado por completo y elegir un significado diferente. En caso de que el intérprete decida no elegir el significado noético, sino que este debe

todos los posibles que produce el código interpretativo elegido). Esto supone que podrán elegir entre significados identificados por operaciones cognitivas o un significado creado por ellos mismos. Ver las precisiones hechas en la nota 24.

23 En este punto, considero, hay un paralelismo con cómo identificar razones subyacentes en Schauer. Al respecto, ver Maranhao (2017, pp. 95 y ss.).

24 Dicho de manera muy breve, un problema normativo es una pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción.

25 En el mismo sentido, ver Guastini (2018, p. 108), Diciotti (1999, pp. 203 y ss.), Lifante (2018, pp. 22-24), Atienza (2017a, p. 28) y Ratti (2015, p. 154). Dicho significado es producto de una interpretación como acto de conocimiento.

ser reemplazado por otro significado (total o parcialmente diferente), se llevará a cabo un proceso y resultado denominado «reinterpretación»[26].

De este modo, entiendo por «reinterpretación» la actividad compleja compuesta por: a) volver a interpretar una disposición normativa (es posterior a la identificación del significado noético); y b) atribuir a la disposición un significado (total o parcialmente) diferente al significado noético. En términos de Chiassoni (2011), por «reinterpretación» entiendo el conjunto de interpretaciones dianoéticas que son sustitutivas (o correctivas) (p. 151) del significado noético por ser restrictivas, extensivas o modificativas.

Tomando en cuenta estas precisiones sobre proceso y productos interpretativos, cabe preguntarse cómo identificamos reglas a partir de las disposiciones, algo que no ha sido explicitado por los autores. Sin perjuicio de ello, creo que, de acuerdo con sus propuestas, puede entenderse que las reglas son identificadas en un primer momento, o bien a partir de una interpretación literal de una (o unas) disposición(es), o a partir de un significado que la cultura jurídica le suele atribuir a los enunciados objeto de interpretación. Tras dicha identificación, como hemos visto, este producto interpretativo puede producir desajustes valorativos en relación con la ponderación de principios que la justifican, o en relación con otros principios que forman parte del derecho. En caso de desajuste entre la regla y la ponderación entre principios que la justificó, los autores sostienen que la regla debe ser ponderada y que, posiblemente, sea derrotada. Ahora bien, si entendemos esta afirmación como parte de un proceso interpretativo, lo que están sosteniendo estos autores es que la disposición se debe someter (de la cual se identificó la regla ponderada) a un proceso reinterpretativo.

Atienza entiende la ponderación como una estructura argumentativa que permite justificar a los intérpretes la atribución de significado a una disposición (Atienza, 2012, p. 100)[27]. El uso de este método interpretativo está justificado a partir de entender que las normas operan como principios, dado que es la forma (bajo esta aproximación) de poder determinar qué principio es aplicable a un caso. Bajo sus

26 Siguiendo a Chiassoni, en un primer momento los intérpretes realizan dos actividades: a) identifican disposiciones a ser objeto de la interpretación, y b) adscriben de manera tentativa un primer significado. El resultado de este primer momento es un enunciado interpretativo con la estructura «en una primera interpretación, la disposición D significa N1 en el contexto C». Tras realizar un proceso interpretativo, el resultado de haber considerado dicha primera interpretación y otras posibles interpretaciones (incluyendo las identificadas vía interpretación cognitiva o creadas mediante una interpretación creativa), puede que tengamos un resultado reinterpretativo. Este tendrá la estructura «todas las cosas consideradas (en la situación en cuestión), la disposición D significa N2 en el contexto C». Al respecto, ver Chiassoni (1991, pp. 146-148; 2002, pp. 199-200). En este mismo sentido, ver Ratti (2015, p. 155).

27 «[L]a expresión "interpretación" parece resultar más fácilmente aceptable para muchos que la de "ponderación". Pero, como digo, creo que es una mera cuestión de palabras y, por lo demás, considero que, en un sentido suficientemente amplio de la expresión, la ponderación sigue siendo un procedimiento interpretativo» (Atienza, 2017c, p. 161).

propias premisas, ponderar es una manera de decir que debemos volver a deliberar sobre el balance entre principios, lo que quiere decir que debemos realizar un proceso reinterpretativo. En este proceso tenemos un significado noético que es evaluado a efectos de confirmarlo o someterlo a una reinterpretación tras valorar un conjunto de razones.

De acuerdo con la propuesta analizada, el aplicador del derecho deberá derrotar la regla cada vez que decida que el peso de un principio sustantivo jurídico es mayor al peso de un principio institucional (crea una relación de preferencia entre ambos a favor del principio sustantivo). Esto quiere decir que un aplicador del derecho, en un proceso reinterpretativo, dispone de dos opciones: por un lado, mantener la regla sin derrotar (dejar el significado noético intacto); y, por el otro, elegir un significado con un alcance que regula menos casos o que es más restringido (tiene un caso genérico en comparación con el significado noético, más fino). A efectos de decidir cuál de estos dos elegir, creará un criterio de preferencia interpretativa de tipo criterial: se preferirá el significado que sea el más coherente con un determinado valor ético-político (principio sustantivo jurídico). Para construir estos criterios de preferencia interpretativos, como vemos, el aplicador del derecho debe emplear los valores últimos y utilitarios contenidos en los principios jurídicos.

En el caso de que el aplicador del derecho decida preferir el significado con un alcance más restringido, entonces habrá realizado una reinterpretación correctora restrictiva: evaluó y descartó el significado noético, y prefirió otro significado (el dianoético), el cual posee más distinciones en el antecedente en comparación con el primero. Este último significado es empleado para identificar la norma (regla) que será usada para resolver el problema normativo. En este sentido, derrotar una regla puede ser entendido, bajo esta lectura, como producto de un proceso reinterpretativo restrictivo.

En relación con este supuesto, Atienza sostiene una tesis no muy distinta a la que sostuvo Bulygin (2005) al momento de afirmar que debemos interpretar las disposiciones normativas de manera tal que reflejen de forma satisfactoria su propósito. Identificar una norma que no sea conforme con su propósito es una identificación inadecuada (es un caso de no haber entendido la prescripción aplicable)[28]. Ambos están sosteniendo una tesis prescriptiva interpretativa dirigida a los aplicadores del derecho, según la cual siempre deben tomar en

28 Como vemos, Atienza (en términos de Schauer) adopta una versión atenuada del modelo de transparencia de la relevancia; esto es, entiende que los aplicadores del derecho deben identificar las propiedades relevantes (contenidas en el antecedente de la norma) tomando en cuenta los propósitos o justificaciones de cada norma que forma parte del sistema normativo. Es atenuada, pues su tesis sobre la resistencia de las reglas por medio de la aplicabilidad de los principios institucionales permite inferir que habrá casos en los que la regla será derrotada (reinterpretada) y casos en los que no (no reinterpretada).

cuenta el método interpretativo teleológico al momento de realizar un proceso interpretativo y, en determinados casos, elegir como producto interpretativo su resultado.

En casos de desajuste de la regla con otros principios que forman parte del derecho, la operación es la misma que la descrita, pero empleando un conjunto de premisas diferentes. Lo que se está señalando es que una regla identificada, al momento de ser creada, no tomó en cuenta (y, por lo tanto, no especificó) un principio que forma parte del derecho.

Esto quiere decir que la identificación del significado noético fue realizada a partir de un conjunto finito de disposiciones normativas, digamos un conjunto D1. Acto seguido hemos ampliado dicho conjunto (D1+), desde el cual se identifican nuevas normas (otros principios relevantes al caso individual). El aplicador del derecho detecta que, de las interpretaciones posibles de D1+, el significado noético produce inconsistencias con otras normas respecto de las cuales no debería producir inconsistencia (los principios)[29]. En atención a ello, a efectos de evitar el problema normativo, se realiza un proceso reinterpretativo por el cual se descarta el significado noético y se elige otro significado (uno, en comparación, más restrictivo): el dianoético.

Como podemos ver, la derrota de reglas en este tipo de supuestos da cuenta de la sustitución de una regla por otra que especifique de mejor manera el nivel de los principios contenidos en el derecho. Esto quiere decir que el aplicador del derecho reinterpreta una disposición a efectos de identificar el alcance de la norma tomando en cuenta el resto del sistema normativo para evitar un conflicto normativo. En este sentido, no es una labor muy diferente a la de realizar una reinterpretación sistemática.

De esta forma, el carácter derrotable de las reglas en ARM da cuenta de la posibilidad de reinterpretar una disposición a efectos de atribuirle el significado que sea más coherente con los valores últimos y utilitarios del derecho. La derrota de una regla como resultado de una ponderación, en este sentido, es una forma de expresar un significado valorado y no elegido por el aplicador del derecho al momento de interpretar una disposición. En pasos más específicos, esta idea puede ser expresada de la siguiente forma: a) las normas deben ser identificadas a partir de los valores (finales y utilitarios) incorporados en el sistema normativo; b) para guiar la conducta se formula una universalización, es decir, se identifica una especificación de los valores mediante una norma condicional a manera de regla que opera como interpretación noética; c) cada caso individual es valorado conforme a los principios del sistema (tanto los

29 Para ser más preciso, entra en conflicto con normas de mandato que poseen una jerarquía material superior.

sustantivos como los institucionales) a efectos de confirmar o cuestionar la interpretación noética; d) si hay un desajuste valorativo entre la interpretación noética y los principios, y este es además insoportable, entonces el aplicador del derecho debe (asumiendo que pretende dar una respuesta correcta) reinterpretar la disposición a efectos de presentar las distinciones que, conforme a los principios, deben introducirse; y e) formular una nueva regla (que posee un antecedente más fino que la universalización anterior) que guíe la conducta del aplicador del derecho y del resto de aplicadores del derecho para futuros casos (por lo menos, hasta que haya un nuevo desajuste valorativo). Como podemos ver, lo que nos están presentando los autores es una reinterpretación correctiva restrictiva por la cual se descarta una interpretación noética por una dianoética que contiene una mejor especificación de los valores del sistema normativo.

En este sentido, la propuesta de reconstrucción de la resistencia de reglas a ser derrotadas (a ser reinterpretadas) por principios institucionales es una manera de presentar con mayor precisión las premisas contenidas en un razonamiento interpretativo. Lo que están presentado, considero, es la fuente y elenco de razones a favor y en contra de realizar una interpretación correctora restrictiva que se aparte del significado literal. Esta operación y resultado es diferente a la derrota de un principio. Veamos.

### III.2. Derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios

De acuerdo con lo visto, bajo la propuesta de ARM la ponderación necesariamente tiene como resultado la derrota de una norma de mandato. Ello en dos supuestos: a) necesariamente, un principio derrota a otro principio; y b) contingentemente, un principio derrota a una regla (ante casos de desajuste valorativo a nivel de reglas). Sin embargo, considero que los autores hacen un uso ambiguo del término «derrotabilidad» que requiere de ulteriores precisiones.

En primer lugar, los casos de ponderación entre principios tienen como resultado que el principio que prevalece sea especificado mediante una regla, lo que supone que el principio que no ha prevalecido es derrotado. No obstante, el principio derrotado no deja de pertenecer al sistema normativo, pues el resultado de la ponderación no implica la eliminación de principios del sistema, pero tampoco supone la modificación de su contenido. Los autores, al presentar el resultado de una ponderación, lo que nos están diciendo es que para regular una determinada acción debemos concretizar un principio y no el otro. Esto supone que el aplicador del derecho decide revocar el deber de usar ese principio para tener que resolver el caso y lo mantiene solo para el principio que

venció. En este supuesto, no modificamos el contenido de los principios en abstracto o, más precisamente, mantienen su formulación como normas abiertas dentro del sistema. Esta es una manera de decir que las ponderaciones no determinan la pertenencia de los principios, sino su aplicabilidad (Moreso & Navarro, 1996). De esta forma, la ponderación puede ser entendida como una estructura argumentativa para crear (y justificar) una relación de preferencia entre dos principios. Esto supone que los principios ponderados son internamente aplicables a un caso individual[30] y que, una vez creada esta relación de preferencia, solo uno de ellos será, además, externamente aplicable. El aplicador del derecho, al derrotar un principio, lo que hace es considerar que no tiene el deber de emplear dicho principio en la justificación de su decisión. Expresado de otra manera, la derrotabilidad de un principio supone crear una relación de preferencia entre dos normas de mandato. Esto significa crear una tercera norma que determine cuál de las dos es —todo considerado— la norma interna y externamente aplicable. En suma, aquí los autores entienden el carácter derrotable de los principios como la posibilidad de que pierdan su aplicabilidad externa en relación con un caso individual.

En segundo lugar, en los casos de desajuste valorativo a nivel de reglas, el aplicador del derecho puede decidir (según lo expuesto en el apartado anterior) crear una nueva regla que contenga las distinciones que deberían haberse introducido conforme a los principios sustantivos aplicables. De realizar tal operación, entonces se entiende que la regla ha sido derrotada; sin embargo, esto requiere ser precisado. Considero que es posible reconstruir esta operación por lo menos de dos maneras:

1. Por un lado, es posible sostener que la regla derrotada no ha dejado (necesariamente) de pertenecer al sistema normativo, sino que ha perdido su aplicabilidad externa frente a otra regla más específica[31]. El aplicador del derecho introduce un criterio de preferencia a favor de la regla específica. Dicha relación de preferencia tiene como efecto necesario la pérdida de aplicabilidad externa de la regla derrotada y, contingentemente (dependiendo de las competencias normativas del aplicador del derecho), la pérdida de su pertenencia al sistema normativo. Sin embargo, es necesario descartar esta opción porque no refleja adecuadamente las posturas de ARM: no muestra a las reglas como transparentes a los principios ni da cuenta del carácter derrotable de los resultados de la ponderación.

30 Cabe precisar que para determinar que un principio es aplicable a un caso necesariamente hemos de especificarlo en una regla. Sobre este punto, ver Ballestrero y Guastini (2017, pp. 135-137).

31 En términos formales, esto sería señalar que tenemos una regla R1 (p->Oq) y otra regla R2 (p.r->O¬q). La regla R1 regula el caso (p.r) por refuerzo del antecedente. Esto supone que la propiedad r, en este microsistema de normas aplicables, tiene dos reglas que la regulan de forma antinómica:
1. R1: ((p.r)->Oq).
2. R2: ((p.r)->O¬q).
Como podemos ver, de ambas se produce que (p.r)->(Oq.O¬q).

Los autores no están pensando en una reconstrucción del derecho en la que se multipliquen los conflictos normativos, sino en una operación por la cual se identifique de mejor manera el contenido de las reglas para que sean lo más conforme posible a los juicios de valor incorporados en el derecho (mediante principios).

2. Por otro lado, considerando que a nivel de los principios no hay una laguna normativa y que las reglas son especificaciones del nivel de los principios (establecen sus condiciones de aplicación), esto nos puede llevar a entender que el antecedente de las reglas está compuesto por condiciones explícitas y presupuestos implícitos. El aplicador del derecho, al crear una regla a partir de los principios aplicables, está determinando cómo se regula una acción en determinadas circunstancias. El punto interesante está en que dicha regla solo puede tener el antecedente incompleto, pues no puede contener de manera expresa todas las especificaciones del resto de principios (valores últimos o utilitarios) aplicables a las circunstancias en las que se pueda realizar la acción regulada. Ello debido, como hemos visto, a que los aplicadores del derecho no pueden imaginarse todas las circunstancias habidas y por haber en las que se realizará una acción (Atienza & Ruiz Manero, 2009, p. 107; 2012, p. 243; Ruiz Manero, 2009, p. 115). Esto supone que al identificar una circunstancia normativamente irrelevante a nivel de reglas, pero normativamente relevante a nivel de principios (su presencia o ausencia debería modificar la calificación normativa de la acción), esta operación puede ser entendida como la formulación de una mejor especificación del nivel de los principios. Lo que estaríamos haciendo, de esta forma, es presentar de mejor manera cómo, de acuerdo con un conjunto de valores (últimos y utilitarios), debería regularse una acción en cierta clase de circunstancias. Dicho de manera más precisa, derrotar una regla por un principio es el acto de explicitar una distinción que no había sido especificada en el antecedente de la regla. Si esto es así, entonces la noción de regla en ARM es mejor entendida como una norma con un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes; esto es, por condiciones necesarias de condiciones suficientes[32]. Ahora bien, esta es una forma de entender la derrotabilidad de manera diferente a la derrota de principios. Derrotar un principio quiere decir que pierde su aplicabilidad externa para regular el caso individual; en cambio, derrotar una regla quiere decir que se descarta una interpretación noética por ser defectuosa en relación con los principios.

32 El antecedente de las reglas es mejor entendido como un caso genérico acompañado por un operador de revisión que permita poner de relieve que el contenido conceptual del antecedente podrá ser expandido. En términos formales ($fp$->$Oq$). Ver García Yzaguirre (2020b).

Si lo que se ha señalado es correcto, la diferencia entre derrotar principios y derrotar reglas está en el tipo de operación que realizamos. Al derrotar un principio lo que hacemos es construir una relación de preferencia entre una norma de mandato por sobre otra que determina, finalmente, cuál es la norma interna y externamente aplicable. En cambio, al derrotar una regla descartamos una interpretación por no tener todas las especificaciones que debería contener, conforme a la ponderación entre principios relevantes al caso. Dicho descarte supone dejar de lado una posible identificación de una norma de mandato (una interpretación noética) para elegir otra (una interpretación dianoética) que supone una reinterpretación correctora restrictiva (reduce el alcance de la regla derrotada)[33].

Una manera de poner de relieve la diferencia entre las nociones de derrotabilidad que están empleando es con la desambiguación del término *prima facie* (Searle, 1978; Brink, 1994, pp. 216-218; Redondo, 2012). Por un lado, *prima facie* puede ser empleada para expresar que una razón es superable. Ello como una forma de presentar razones *pro tanto*; es decir, razones relevantes para tomar un curso de acción, pero que no son determinantes o concluyentes por sí mismas. Esto lleva a que en caso tengamos más de una razón *pro tanto*, el aplicador del derecho deba identificar la razón «todo considerado» o preferida. Por el otro lado, *prima facie* puede ser empleada para presentar que una norma es aparentemente relevante, pero que es necesario corroborar o descartar con más información si es efectivamente relevante para el caso.

Considero que ARM entienden a los principios como normas *prima facie* en el sentido de normas superables (o que expresan razones *pro tanto*). Esto implica un problema normativo en el sentido de que es necesario introducir una tercera norma que establezca cuál de las dos normas debe ser aplicada al caso individual. En cambio, las reglas las entienden como normas *prima facie* en el sentido de normas con relevancia aparente o falible. Esto es, una norma (interpretación noética) que, en una primera aproximación, parece pertinente para resolver un caso, pero luego, tras revisar el resto de elementos relevantes, se descubre que no lo era (interpretación dianoética). Como vemos, estos son problemas, operaciones y resultados diferentes. En este sentido, hablar de «derrotabilidad de normas de mandato» es una expresión ambigua dentro de este lenguaje teórico.

De ser así, entonces la diferencia propuesta (vista líneas atrás) entre reglas y principios, con base en que las primeras tienen «vocación a

33 En términos más precisos: la derrota de reglas supone explicitar los presupuestos implícitos de una regla mediante un proceso de reinterpretación restrictiva. Presupuestos implícitos en el sentido de que no se estará incorporando nuevos elementos normativos en el sistema jurídico, sino que se presentarán (de mejor manera) las relaciones entre los valores jurídicos.

ser derrotadas» y los segundos son «esencialmente» derrotables, no es correcta por dos razones: a) la derrotabilidad hace referencia a problemas y operaciones distintas en cada expresión; y b) en ARM la derrota de una norma de mandato (en sus dos sentidos) es un componente necesario para la aplicación del derecho (al preferir un principio para regular un caso y al descartar una regla que no lo especifica).

### III.3. Ilícitos y lícitos atípicos, experiencias recalcitrantes y lagunas axiológicas: entre la reconstrucción y la prescripción

En este punto me parece pertinente presentar la pregunta: ¿qué nos permite clarificar la noción de ilícitos y lícitos atípicos sobre la derrota de reglas? Creo que es oportuno responder a ello contrastando este lenguaje con otras propuestas teóricas a efectos de ver sus similitudes y diferencias. En específico, haré tal comparación con la noción de experiencia recalcitrante de Schauer (1) y la noción de laguna axiológica descriptiva propuesta por Jorge Rodríguez (2) a partir del instrumental teórico de Alchourrón y Bulygin. A continuación, haré un breve contraste entre ellas (3).

1. En primer lugar, es posible notar un paralelismo entre las nociones de reglas y principios en la propuesta de ARM con la de norma y razón subyacente de Schauer. Ello genera que los desajustes valorativos a nivel de reglas den cuenta de la misma idea que expresamos con los casos de experiencia recalcitrante supraincluyente. En términos de Schauer, son supuestos en los que el predicado fáctico identificado no especifica de manera satisfactoria su razón subyacente debido a que tiene un alcance que cubre más tipos de casos de los que debería (para una adecuada especificación, se debe introducir una nueva distinción entre circunstancias en el predicado fáctico).

   Como hemos visto, los desajustes valorativos a nivel de reglas pueden darse debido a un desajuste entre la regla y los principios que la justifican, o entre la regla y otro principio que forma parte del derecho. En Schauer, los primeros supuestos se denominan «casos de derrotabilidad interna» y los segundos son llamados «casos de derrotabilidad externa».

   Ahora bien, para ARM, las reglas solo pueden ser derrotadas por principios sustantivos jurídicos y nunca por principios sustantivos no jurídicos. Bajo la propuesta de Schauer, esta idea se muestra a través de la distinción entre derrotabilidad interna y externa entendidas como predicados de sistemas normativos. En este sentido, para los autores españoles se admiten supuestos de derrotabilidad interna (o derrotabilidad intrasistémica) y se

incluye una directiva interpretativa que prohíbe a los aplicadores del derecho producir supuestos de derrotabilidad externa (o derrotabilidad extrasistémica) (Atienza, 2012, p. 106).

La propuesta de resistencia de las reglas frente a los principios mediante la aplicación y ponderación de principios institucionales permite mostrar, en los términos de Schauer, el modelo de toma de decisiones que adoptan los autores españoles (esto es, parte de sus tesis prescriptivas sobre cómo identificar normas). Como hemos visto, el aplicador del derecho, al tener que tomar en cuenta los principios institucionales, expresa que la preferencia por un principio sustantivo jurídico debe ser tan fuerte como para preferirla por sobre las razones para crear reglas. Esto es una manera de sostener que las reglas no son atrincheradas ni transparentes a los principios. No son atrincheradas porque admiten supuestos de adecuación al contenido de los principios[34] y no son transparentes porque los autores sostienen que las reglas ofrecen resistencia a los principios. Estamos frente a un modelo transparente sensible a reglas: el aplicador del derecho que identifique un ilícito o lícito atípico debe considerar si el peso del principio sustantivo (que prevaleció en la ponderación entre principios sustantivos aplicables) es mayor o menor al peso del principio institucional que justifica la regla (en términos de Schauer, «a las razones para la generación de reglas»). Si considera que el principio sustantivo jurídico tiene mayor peso, entonces se debe derrotar la regla (debe realizar una reinterpretación correctora restrictiva). En cambio, si se considera que el principio sustantivo no tiene el peso suficiente para concluir que debe prevalecer sobre el principio institucional, entonces el intérprete debe aplicar la regla a pesar de que esta genere un resultado subóptimo.

2. En segundo lugar, los desajustes valorativos a nivel de reglas en ARM operan de la misma manera que los supuestos de laguna axiológica descriptiva propuestos por Jorge Rodríguez a partir del instrumental teórico de Alchourrón y Bulygin[35]. Cada regla identificada puede ser entendida como una tesis de relevancia identificada a partir de los materiales jurídicos. Mediante dicha tesis de relevancia, se formula una proposición sobre cuáles son las propiedades (descriptivamente) relevantes.

34 Cabe precisar que resulta correcto decir que en la propuesta de ARM las reglas deben ser tratadas como atrincheradas respecto a principios sustantivos no jurídicos.

35 Por «laguna axiológica prescriptiva» refiere al caso en el que un intérprete sostiene que en la tesis de relevancia no se han introducido distinciones que, conforme a un determinado sistema axiológico, deberían haberse introducido. En cambio, por «laguna axiológica descriptiva» refiere al caso en el que un intérprete sostiene que en la tesis de relevancia no ha incluido una distinción que debería ser introducida, conforme a otra norma que forma parte del microsistema de normas aplicables al caso (Rodríguez, 2002, p. 76).

Frente a ello, el aplicador del derecho formula una crítica: sostiene que determinadas propiedades normativamente irrelevantes deberían ser consideradas relevantes. Esta crítica no es formulada a partir del sistema axiológico del aplicador del derecho, sino de una interpretación conjunta de todo el material jurídico disponible. En atención a ello, formula lo que considera una mejor especificación de los principios que forman parte del derecho. Esta es una manera de decir que el aplicador del derecho está sosteniendo que una propiedad descriptivamente irrelevante en la regla es implícitamente relevante, conforme a los principios del derecho. En este sentido, formula una hipótesis de relevancia descriptiva.

Si lo anterior es correcto, entonces estamos dando cuenta de un caso de laguna axiológica descriptiva: supuesto en el que el aplicador del derecho critica una tesis de relevancia mediante una hipótesis de relevancia descriptiva. Esta es una forma de dar cuenta de una inconsistencia normativa entre dos normas que forman parte del sistema normativo y de una manera de solucionarla: variando la identificación de una de las normas a efectos de que esta contenga un caso genérico más fino.

3. Como podemos ver, entre estas tres aproximaciones a la noción de derrotabilidad hay un conjunto de ideas compartidas, variando principalmente los presupuestos teóricos y la terminología empleada. Entre estas tres aproximaciones podemos notar algunas diferencias. Las nociones de experiencia recalcitrante y de laguna axiológica descriptiva son útiles, principalmente, para describir sistemas jurídicos o, por lo menos, posibles operaciones que pueden realizar los operadores jurídicos con estos. En cambio, la propuesta de ARM ofrece un lenguaje teórico, sofisticado y persuasivo sobre qué deben hacer los operadores jurídicos para resolver problemas normativos. Ellos han dado un aporte sobre cómo presentar las piezas del derecho y ponerlas en marcha para dar soluciones que satisfagan una pretensión de corrección moral[36].

   Adoptar como premisa que dentro del sistema normativo operan principios que positivizan valores últimos y utilitarios permite poner de relieve un discurso prescriptivo-moralista; en ese sentido, señalar que las reglas deben especificar satisfactoriamente los principios es una manera de expresar que la regulación de la

36 Atienza (2017c) considera que no es posible comprender la justificación de decisiones jurisdiccionales sin adoptar, por lo menos, un objetivismo moral mínimo bajo el cual una decisión correcta es una decisión con la que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo (pp. 195-196). En este sentido, la identificación de reglas es una operación moralmente direccionada a efectos de que estas reflejen de la mejor manera los valores finales que (según el propio aplicador del derecho) están incluidos en el sistema normativo.

conducta debe ser correcta en un sentido axiológico. Si no lo es, entonces debemos adecuar las reglas a nuestras consideraciones de lo que es moralmente correcto.

En suma, cuando ARM hablan de derrotabilidad, apuntan a un conjunto de tesis que dan cuenta de la búsqueda, identificación y aplicación de los valores morales jurídicos «correctos»[37]. En tal sentido, es una propuesta útil y satisfactoria siempre que tales valores puedan ser identificados.

## IV. CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo por objeto justificar tres puntos: a) que la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) que derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios; y c) que el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas descriptivas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico.

Con relación a los puntos a) y b), he dado razones para sustentar que la derrotabilidad ha sido entendida por ARM como una forma de presentar la identificación y resolución de un lícito e ilícito atípicos. Conforme a lo expuesto, estos autores, al hablar de derrotar normas, incurren en ambigüedad, pues están aclarando dos operaciones distintas. La derrota de reglas es entendida como el proceso y resultado de haber adecuado una regla a su justificación (ARM las tratan como normas *prima facie*, en el sentido de relevancia aparente). Se parte del supuesto de que una regla tiene un alcance que no especifica satisfactoriamente el resultado de una ponderación entre principios. Esto quiere decir que, dentro del antecedente de una regla, no se ha previsto como normativamente relevante una propiedad que, conforme a la ponderación entre principios que justifica la regla, debería ser calificada de relevante. La derrota de la regla, en este contexto, es entendida como sustitución de una regla por otra cuyo antecedente sí prevea como normativamente relevante dicha propiedad (lo cual implica que posee un caso genérico más fino). Ello no es otra cosa que realizar una interpretación correctora restrictiva de un conjunto de disposiciones tras haber tomado en cuenta algunas prescripciones interpretativas basadas en principios.

En cambio, la derrota de principios es entendida como el proceso y resultado de una ponderación en la cual un principio supera a otro (las tratan como normas *pro tanto*), lo que supone: a) una pérdida de

37 Cabe poner de relieve, además, que estas respuestas (conforme a las propuestas de Atienza) deben ser formuladas con la pretensión de que cualquier persona racional debería aceptar y adoptar dicha respuesta (se adopta un «objetivismo moral mínimo») (Atienza, 2017c).

aplicabilidad externa del principio derrotado, sin variar su identidad; y b) la creación de una nueva norma que establece la relación de preferencia entre normas. En breve, se da cuenta de los pasos necesarios para resolver un conflicto entre dos principios, lo que tiene como resultado que un principio (el derrotado) no debe ser usado para determinar cómo calificar normativamente la acción regulada.

Con relación al objetivo c), hemos visto que las nociones de experiencia recalcitrante y de laguna axiológica descriptiva son útiles para describir sistemas jurídicos; en cambio, la propuesta de ARM versa sobre qué deben hacer los operadores jurídicos para resolver problemas normativos. En efecto, los autores son expresos en señalar que, en determinado subconjunto de casos difíciles, los intérpretes deben derrotar reglas a efectos de que estas especifiquen de manera más satisfactoria el balance entre principios sustantivos que justifica la creación de la regla. A este subconjunto de casos lo presentaron como situaciones de «institucionalización de la derrotabilidad». De esta forma, ellos consideran que los aplicadores del derecho pueden y deben identificar normas de manera correcta; esto es, cuidando que su contenido sea consistente con un conjunto de principios jurídicos relevantes. En este sentido, su propuesta puede ser entendida como una forma de presentar la derrotabilidad como una herramienta conceptual que permite a los aplicadores del derecho ofrecer respuestas (valorativamente) correctas.

## REFERENCIAS

Alchourrón, C. (2010). Sobre derecho y lógica. En *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes* (pp. 155-176), Madrid: Marcial Pons.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2da ed.). Buenos Aires: Astrea.

Alonso, J. P. (2018). *Principios Jurídicos Implícitos*. Madrid: Marcial Pons.

Ataoglu, S. (2020). Ilícitos atípicos: una crítica. *Ius et Praxis*, *26*(1), 192-206.

Atienza, M. (2007). Constitución y argumentación, *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 197-228.

Atienza, M. (2012). A vueltas con la ponderación. En M. Atienza y J. García Amado (autores), *Un debate sobre la ponderación* (pp. 9-38). Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (2017a). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 11-42). Lima: Palestra.

Atienza, M. (2017b). Epílogo (abierto). En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 419-60). Lima: Palestra.

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

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1996) *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, (24), 115-130. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.05

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2012). Rules Principles and Defeasibility. En J. Ferrer y G. B. Ratti (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility* (pp. 238-253). Oxford: Oxford University Press.

Ballestrero, M., & Guasini, R. (2017). Dialogando su principi e regole. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, *XLVII*(1), 127-53.

Brink, D. (1994). Moral conflict and its structure. *The Philosophical Review*, *103*(2), 215-247.

Bulygin, E. (2005). En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 73-86). Madrid: Marcial Pons.

Cabra Apalategui, J. (2016). Conflictos de normas y razón práctica (Sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación). En J. García Amado (coord.), *Razonar sobre derechos* (pp. 51-79). Madrid: Tiran Lo Blanch.

Carrió, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Celano, B. (2017). Particularismo, psicodeóntica. A propósito de la teoría de la justificación judicial de Manuel Atienza. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 59-126). Lima: Palestra.

Chiassoni, P. (1991). L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi. En S. Castignone (ed.), *Studi in memoria di Giovanni Tarello* (vol. II [*Saggi teorico-giuridici*], pp. 121-161). Milán: Giuffrè.

Chiassoni, P. (2002). Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano. En P. Navarro y M. Redondo (eds.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 185-210). Barcelona: Gedisa.

Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Chiassoni, P. (2016). The pragmatics of Scepticism. *Analisi e diritto*, 275-303.

Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, *2*(21), 89-104. https://doi.org/10.14198/doxa1998.21.2.07

Diciotti, E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turín: Giappichelli.

García Yzaguirre, V. (2020a). Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual. *Doxa*, (43), 427-456. https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.16

García Yzaguirre, V. (2020b). Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (42), 115-34. https://doi.org/10.7203/cefd.42.16398

Gianformaggio, L. (1987). Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio. *Doxa*, (4), 87-108. https://doi.org/10.14198/doxa1987.4.06

González Lagier, D. (2007). Algunas precisiones sobre la noción de contenido normativo en Normative Systems. En J. Moreso y M. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 109-116). Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2007). Eugenio Bulygin y Tecla Mazzarese, sobre interpretación y proposiciones normativas. En J. Moreso y M. Redondo(eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 51-56). Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.

Hage, J., & Peczenik, A. (2000). Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, *13*(3), 305-25. https://doi.org/10.1111/1467-9337.00158

Hilpinen, R. (2016). Las acciones como transformaciones de estado en G. H. Von Wright. *Doxa*, (39), 49-63. https://doi.org/10.14198/doxa2016.39.04

Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica, escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Maranhao, J. (2017). *Positivismo lógico-incluyente*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J. (2001). El encaje de las piezas del derecho (Primera Parte). *Isonomía*, (14), 135-157.

Moreso, J., & Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, (5), 119-139.

Núñez Vaquero, Á. (2017). Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 245-276). Lima: Palestra.

Poscher, R. (2012). The Principles Theory. How many theories and what is their merit? En M. Klatt (ed.), *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 218-247). Oxford: Oxford University Press.

Prieto Sanchís, L. (1996). Diez argumentos sobre principios. *Jueces para la Democracia*, (26), 41-49.

Ratti, G. B. (2013). *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.

Ratti, G. G. (2015). An analysis of some juristic techniques for handling systematic defects in the law. En T. Bustamante y C. Dahlma (ed.), *Argument types and fallacies in legal argumentation* (pp. 151- 178). Dordrecht: Springer.

Redondo, M. (2012). Reasons for Action and Defeasibility. En J. Ferrer y G. B. Ratti (ed.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility* (pp. 309-325). Oxford: Oxford University Press.

Ródenas, Á. (1998). Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial. *Doxa*, *1* (21), 99-121. https://doi.org/10.14198/doxa1998.21.1.06

Ródenas, Á. (2015). Normas regulativas: principios y regla. En D. González Lagier (ed.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 15-26). Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez, J. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: CEPC.

Ruiz Manero, J. (2008). Principios, J. objetivos y valores. Otra vuelta de tuerca. En S. Ortega (comp.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 149-178). Lima: Hermeneia editores.

Ruiz Manero, J. (2009). Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta. En F. Laporta, M. Rodilla y J. Ruiz Manero, *Certeza predictibilidad de las relaciones jurídicas* (pp. 95-122). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ruiz Manero, J. (2011). Sobre la estructura de los diversos tipos de normas regulativas. Una nota sobre una nota de Giovanni Battista Ratti. *Analisi e Diritto*, 107-116.

Ruiz Manero, J. (2015). Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, *1* (1), 119-25.

Sartor, G. (1995). Deafesibility in legal reasoning. En Z. Bankowski, I. White y U. Hahn (ed.), *Informatics and the foundations of legal reasoning* (pp. 119-158). Dordrecht: Springer.

Searle, J. (1978). Prima facie obligations. En J. Raz (ed.), *Practical Reasoning* (pp. 81-91) Oxford: Oxford University Press.

Von Wright, G. (1951). *A treatise on induction and probability*. Londres: Routledge.

Von Wright, G. (1981). Problems and prospects of deontic logic -a survey. En E. Agazzi (ed.), *Modern Logic – A Survery. Historical, philosophical, and mathematical aspects of modern logic and its applications* (pp. 399-424). Londres: Riedel Publishing.

Recibido: 28/05/2021
Aprobado: 15/09/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.012
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 405-432
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

## Dignity as a Right in the Inter-American Human Rights System

GIULIANA BUSSO**
Pontifícia Universidade Católica Argentina (Argentina)

**Resumen:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la violación del derecho a la dignidad en diversas sentencias a partir de las disposiciones del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho al reconocimiento de la honra y la protección de la dignidad. Este artículo no se refiere al derecho a la dignidad de forma explícita, pero ha sido empleado por el mencionado tribunal para declarar la violación de la dignidad como derecho. Por lo tanto, el propósito de este trabajo es indagar si el derecho a la dignidad tiene un objeto determinado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de ello, la primera parte de este trabajo abordará algunas posiciones doctrinarias sobre la dignidad, haciendo énfasis en dos autores que han propuesto sistematizaciones del concepto de dignidad como derecho. Luego, la segunda parte continuará con un estudio del origen del artículo 11, cuya intención es determinar cómo y por qué la palabra «dignidad» fue incluida en el mencionado artículo. Posteriormente, este trabajo analizará los casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la violación del derecho a la dignidad.

**Palabras clave:** Dignidad, derecho a la dignidad, fundamento de los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, jurisprudencia

***Abstract:*** The Inter-American Court of Human Rights has declared the violation of the right to dignity in various judgments based on the provisions of section 11 of the American Convention on Human Rights, which establishes the right to respect of honor and recognition of dignity. This section does not refer to the right to dignity explicitly, but it has been used by the aforementioned court to declare the violation of dignity as a right. Therefore, the purpose of this paper is to investigate whether the right to dignity has an object determined by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Consequently, the first part of this paper will address some doctrinal positions on dignity with emphasis on two authors that have proposed systematizations of the concept of dignity as a right. Then, the second part will continue with a study of the origin of section 11, which

* Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto de investigación Picto-UCA 2017-0032, «El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos con¬tenciosos y de las opiniones consultivas», cofinanciado por ANPCyT y UCA (Argentina). Agradezco especialmente a Jorge Nicolás Lafferriere y a Helga Lell por los comentarios efectuados a una versión preliminar de este artículo.
** Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires (Argentina). Abogada y adscripta. Integrante del proyecto Picto-UCA 2017-0032.
Código ORCID: 0000-0002-3865-569X. Correo electrónico: giulianabusso@uca.edu.ar

intends to determine how and why the word «dignity» was included in the aforementioned section. Subsequently, this paper will analyze the cases in which the Inter-American Court of Human Rights declared the violation of the right to dignity.

***Key words:*** Dignity, right to dignity, basis of human rights, Inter-American Human Rights Court, American Convention on Human Rights, case law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿LA DIGNIDAD ES UN DERECHO? EL DEBATE EN LA DOCTRINA.- II.1. LOS DISTINTOS USOS DE LA PALABRA «DIGNIDAD» PUEDEN AGRUPARSE EN DOS GRUPOS.- II.2. LA DIGNIDAD COMO DERECHO A TENER DERECHOS.- II.3. LA DIGNIDAD COMO DERECHO.- III. ORIGEN DEL ARTÍCULO 11 DE LA CADH.- IV. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE IDH.- IV.1 AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.1.1. EL DERECHO A LA DIGNIDAD Y SU TRATAMIENTO CONJUNTO CON LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y A LA VIDA PRIVADA.- IV.1.2. EL DERECHO A LA DIGNIDAD Y SU TRATAMIENTO CONJUNTO CON LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL, A LA VIDA PRIVADA Y A LA HONRA.- IV.1.3. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD.- IV.2. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD Y DEL DERECHO A LA HONRA.- IV.3. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD EN CASOS DE ESCLAVITUD.- IV.4. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.- IV.5. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD Y DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA.- IV.6. DERECHO A LA DIGNIDAD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH, el Tribunal o la Corte) se ha referido a la dignidad en numerosas sentencias. Sin embargo, los usos que el Tribunal ha efectuado de la palabra «dignidad» no son uniformes, ya que este término ha sido utilizado para calificar derechos —por ejemplo, el derecho a la vida digna (*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, 2004; *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, 2015, entre otros)—, para fundar derechos (por ejemplo, *Flor Freire vs. Ecuador*, 2016; *Vereda La Esperanza vs. Colombia*, 2017) y para referirse a un derecho en particular: el derecho a la dignidad[1].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH o la Convención) no menciona expresamente el derecho a

1 Como punto de partida para este trabajo se ha tomado un artículo que busca sistematizar los usos de la palabra «dignidad». Allí, la dignidad aparece como calificadora de derechos cuando se amplía el objeto o el alcance del derecho utilizando este término. Este uso de la palabra «dignidad» aparece denominado como «ampliatorio». Asimismo, el mencionado artículo se refiere al uso de la dignidad como fundamento de derechos y como derecho en sí mismo (Lafferriere & Lell, 2020).

la dignidad, pero la Corte IDH ha empleado las disposiciones de su artículo 11 para declarar la violación de la dignidad como derecho.

El mencionado artículo se titula «Protección de la honra y de la dignidad»[2] y establece, en su primer párrafo, que todas las personas tienen «derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad» (CADH, 1969). El artículo 11 no es el único que menciona la palabra «dignidad» en la Convención, sino que también lo hacen los artículos 5 y 6. No obstante, estas disposiciones se refieren a situaciones específicas —el derecho de las personas privadas de su libertad a ser tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano y la prohibición de trabajos forzosos que afecten la dignidad del recluido, respectivamente— y, tal vez por esta razón, la Corte no las ha empleado para declarar la violación del derecho a la dignidad.

El propósito de este trabajo es analizar las sentencias de la Corte IDH en las que se ha declarado la violación del derecho a la dignidad con el fin de comprobar si la dignidad como derecho tiene un contenido determinado por la jurisprudencia del Tribunal. Por lo tanto, aquí no se analizarán las sentencias en las que la Corte se refirió a la dignidad para calificar un derecho o para fundarlo.

Este trabajo comenzará con un análisis de la significación que la doctrina le ha otorgado a la palabra «dignidad», haciendo énfasis en dos autores que han propuesto sistematizaciones del derecho a la dignidad; y continuará con una indagación que llega hasta el año 2000 sobre los orígenes del artículo 11 de la CADH y con un examen sobre los casos en los que el Tribunal declaró la violación del derecho a la dignidad invocando el mencionado artículo, inclusive.

## II. ¿LA DIGNIDAD ES UN DERECHO? EL DEBATE EN LA DOCTRINA

La palabra «dignidad» y sus usos han generado extensos debates doctrinarios porque no existe uniformidad en su utilización (Lafferriere & Lell, 2020, p. 130). Por un lado, este concepto ha sido utilizado para fundar la existencia de los derechos humanos y, por el otro, ha sido entendido como un derecho en sí mismo.

La palabra «fundamento» proviene del término en latín *fundamentum*, que se utilizaba para designar al «soporte» o «cimiento» de una construcción; luego, este sentido físico se trasladó al orden epistémico (Massini Correas, 2017, p. 54). Por lo tanto, referirse al fundamento de los derechos humanos implica hablar de cuál es su soporte o razón de su existencia. En este sentido, aquello que justifica la existencia de algo debería ser distinto a

2 El artículo 11 de la versión en inglés de la CADH se titula «Right to Privacy».

aquello que fundamenta, ya que lo contrario implicaría sostener que algo puede fundarse a sí mismo, lo cual derivaría, a su vez, en la falta de sentido del fundamento.

Desde una concepción iusnaturalista[3], la dignidad ha sido entendida como «la razón última por la cual los seres humanos tienen derechos intrínsecos» (Massini Correas, 2017, p. 65), que no son otorgados por los Estados o la comunidad internacional, sino reconocidos por ellos.

La dignidad ha sido definida como «el máximo valor relativo de algo que es bueno *secundum se*» (Lamas, 2020, pp. 44-45) o en sí mismo, por lo que el ser humano es digno porque es lo más excelente en el orden de las sustancias materiales. Esto significa que la dignidad es una cualidad inherente a todo ser humano que no comunica el contenido de un derecho determinado, sino que es el fundamento último de los derechos (Santiago, 2017, pp. 102-103). Por lo tanto, la dignidad no sería un derecho, sino el fundamento de los derechos. Sin embargo, hay autores que consideran a la dignidad como un derecho y que, incluso, sostienen que podría cumplir el rol de derecho y de fundamento a la vez.

Esta diferencia en los usos de la palabra dignidad se debe a que tampoco existe un consenso en torno a su significado. Al respecto, McCrudden (2008) explica que la palabra dignidad fue incluida en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos como un concepto que «aportaba una base teórica para los derechos humanos en la ausencia de otra base de consenso» (p. 10)[4], a pesar de que no existía un acuerdo sobre su significado (p. 11)[5]. Por lo tanto, al no existir uniformidad en la definición de la dignidad, no es extraño que su rol en relación con los derechos humanos difiera en las sentencias de los distintos tribunales.

### II.1. Los distintos usos de la palabra «dignidad» pueden agruparse en dos grupos

Existen autores que han resaltado las distintas significaciones que las legislaciones y los tribunales nacionales e internacionales han otorgado a este concepto. En este sentido, Grimm (2013) afirma que la dignidad no necesariamente debe tener el mismo significado en todos los sistemas legales porque ello depende del objetivo o de la función de la disposición

3 Escuela a la que adherimos.

4 Traducción de la autora.

5 McCrudden (2008, p. 11) sostiene que podría existir un consenso en torno a tres ideas centrales sobre la dignidad, que llama reclamos y que son las siguientes: a) el «reclamo ontológico» —*ontological claim*—, que se refiere a que todo ser humano tiene un valor intrínseco por el solo hecho de serlo; b) el «reclamo relacional» —*relational claim*—, que implica el deber de reconocer y respetar este valor; y c) el «reclamo de un límite al Estado» —*limited-state claim*—, lo cual significa que el Estado existe para los individuos y no al revés. No obstante, afirma que no existe un consenso sobre cuál es el significado del valor ontológico de la persona, sobre el tipo de actos que implican un trato inconsistente con este valor y sobre cómo estos dos elementos inciden sobre el rol del Estado.

legal que se refiere a este concepto (p. 384). Por lo tanto, en algunos países la dignidad podría ser considerada como principio para la interpretación o aplicación de derechos, como un derecho más, como un derecho de mayor jerarquía —incluso un derecho absoluto— o como una noción que permite generar nuevos derechos (pp. 385 y 387).

Por su parte, McCrudden (2008) también afirma que la dignidad puede ser entendida de diferentes maneras, que son las siguientes: como un sinónimo del catálogo de derechos humanos, como la causa por la cual las personas humanas tienen derechos, como un principio sobre el cual se apoyan otros derechos, como un principio que permite crear nuevos derechos o extender su alcance, o como un derecho u obligación con un contenido específico cuyo cumplimiento podría ser exigible de forma directa. En este último caso, la dignidad como derecho podría tener una jerarquía superior o igual a la de otros derechos (p. 12).

Estas nociones pueden agruparse en dos grandes conjuntos según el rol de la dignidad con relación a los derechos humanos: aquellas en las que la dignidad se relaciona con la razón de la existencia de los derechos y aquellas en las que se la considera como un derecho, ya sea un derecho con jerarquía superior, un derecho más o un derecho que abarca a otros derechos.

En este sentido, y si bien no mencionan la palabra «fundamento», se asemejan a la idea de dignidad como fundamento de derechos los siguientes usos: a) principio para la interpretación o aplicación de derechos, dado que este principio podría emplearse para ampliar el objeto de ciertos derechos; b) noción que permite generar nuevos derechos; c) causa por la cual las personas humanas tienen derechos; d) principio sobre el cual se apoyan otros derechos; y e) principio que permite crear nuevos derechos o extender su alcance.

Sin perjuicio de ello, es preciso mencionar que se ha postulado un tercer uso de la palabra «dignidad» respecto de los derechos. Waldron (2013) sostiene que la dignidad no debe ser entendida como un valor fundante de los derechos —tampoco como un derecho—, sino como un estatus; es decir, como «un paquete de derechos, poderes, incapacidades, deberes, privilegios, inmunidades y responsabilidades que corresponden a una persona» (p. 24)[6] en virtud de su carácter de ser humano. Esto no significa que la dignidad sea una lista de derechos; por el contrario, la dignidad sería la idea subyacente —*underlying idea*— que unifica los derechos que comprende y que explica la razón por la cual cada uno de los derechos que conforman el «paquete de derechos» es importante (p. 27). Para ilustrar esta idea, Waldron menciona los derechos de los

6 Traducción de la autora.

niños y sostiene que todos ellos reposan sobre la idea de que son más vulnerables que los adultos (p. 26).

Incluso, este autor sostiene que la dignidad podría ser el fundamento de algunos derechos, pero no de todos, porque cada uno podría estar basado en alguna característica de la naturaleza humana, que sería multifacética. Por lo tanto, si se concibiera a la dignidad como el fundamento de algunos derechos, ello no excluiría la existencia de otros fundamentos como la igualdad, la justicia social, la libertad y la utilidad. Incluso, la dignidad como fundamento podría tener, a su vez, otro fundamento (Waldron, 2013, pp. 4-5). No obstante, la dignidad como estatus podría asimilarse, a grandes rasgos, con la concepción de la dignidad como fundamento de derechos humanos, ya que su definición determinará el reconocimiento u otorgamiento de ciertos derechos.

### II.2. La dignidad como derecho a tener derechos

La dignidad también ha sido concebida como el derecho a tener derechos. Por ejemplo, Menke (2015), estudiando el pensamiento de Arendt, sostiene que esta autora critica el concepto de derechos humanos porque los derechos serían «fórmulas utilizadas para resolver problemas en determinadas comunidades» (p. 335)[7] y el único derecho humano sería el derecho a tener derechos (p. 337). En este sentido, la dignidad sería el derecho a tener derechos, lo cual implicaría el derecho a pertenecer a una determinada comunidad política (p. 333) y que si las personas dejaran de pertenecer a un Estado, además de sus derechos, perderían su derecho a tener derechos (p. 338).

Sin embargo, la dignidad entendida de esta forma también podría considerarse como la causa del resto de los derechos, por lo que no existiría una verdadera distinción con la dignidad entendida como el fundamento de los derechos.

Por otro lado, Delgado Rojas (2020), citando a Fernández García (2001), sostiene que, al incluir a la palabra «dignidad» en las declaraciones de derechos, la dignidad dejó de ser simplemente «lo más valioso» y «lo que exige un respeto inmediato» para pasar a ser el «derecho a tener derechos» (pp. 244-245). Por lo tanto, el reconocimiento de derechos sería una exigencia de la dignidad. No obstante, para este autor, la dignidad como derecho a tener derechos podría identificarse con la dignidad como fundamento de los derechos, ya que —con cita a Córdoba Zartha— sostiene que «Todos los derechos inalienables […] constituyen atributos de la persona humana cuya causa y fin es su dignidad» (p. 246).

7 Traducción de la autora.

Además, al estudiar algunas sentencias de la Corte IDH, Delgado Rojas (2020) sostiene que el Tribunal ha establecido una presunción de que toda violación de derechos humanos implica una afectación a la dignidad humana cuyo alcance dependerá de cada caso concreto (p. 262), lo cual muestra que, en realidad, la dignidad no sería estrictamente un derecho que puede ser violado de forma independiente a otros. En consecuencia, el uso de la dignidad como derecho a tener derechos en rigor no sería equivalente a la dignidad como derecho y, en su lugar, tendría mayor semejanza con la dignidad entendida como fundamento de derechos.

### II.3. La dignidad como derecho

En algunas de sus sentencias, la Corte IDH se ha referido a la dignidad explícitamente como un derecho y ha declarado su violación. Esto significa que no se ha limitado a mencionar la violación de la dignidad, sino que se ha referido a la vulneración del derecho a la dignidad.

Por otra parte, existen autores que han considerado que la dignidad puede cumplir el rol de un derecho y han buscado sistematizar su significado. Glensy (2011) propuso una sistematización del derecho a la dignidad en Estados Unidos a partir de cuatro abordajes (p. 3), a pesar de que afirma que la dignidad también podría ser tratada como un principio o valor (p. 14). Su sistematización parte de la idea de que el concepto de dignidad implicaría, como mínimo, el reconocimiento de que todo individuo tiene derecho a ejercer su libre albedrío sin interferencia del Estado o de particulares (p. 14). Por lo tanto, este autor no discute el concepto de la palabra «dignidad» en su relación con la persona humana, sino el uso que puede hacerse de la dignidad considerada como un derecho.

La primera alternativa define el derecho a la dignidad como un derecho individual —*substantive legal right*— abordado desde un punto de vista positivo, lo cual implica, por un lado, que este derecho puede ser violado sin que otros derechos sean vulnerados a la vez y, por el otro, que el Estado debe garantizar que cada individuo pueda ejercer su libertad de elegir, lo cual requiere que el Gobierno garantice ciertas necesidades básicas de la población (Glensy, 2011, p. 15), como la educación y la salud (pp. 16-17).

La segunda posibilidad entiende a la dignidad como un derecho marco —*background norm*— de carácter negativo; es decir, como un derecho y como la fuente de los derechos en virtud de la cual estos deben interpretarse. Según Glensy (2011), ello permitiría reforzar los demás derechos al proveerles un fundamento que recae sobre la propia persona y que va más allá del otorgamiento estatal. En definitiva, desde este enfoque, la dignidad sería el derecho a tener derechos (pp. 18-19).

La tercera alternativa no considera a la dignidad como un derecho independiente que puede ser afectado de forma individual, sino como un aspecto de la persona humana que se relaciona con otros derechos, como la libertad y la igualdad. Esto significa que la dignidad no es vulnerada de forma directa, sino a través de la violación de otro derecho más específico. Glensy (2011) denomina a este enfoque como heurístico —*heuristic*— o abordaje desde la representación —*the proxy approach*— (pp. 19-20). En particular, este autor sostiene que el Tribunal ha empleado este enfoque al abordar el derecho a la igualdad, explicando que la violación de la dignidad determina cuando una diferencia de trato es contraria a la Convención (p. 21).

Finalmente, Glensy (2011) propone un cuarto enfoque, denominado «expresivo» o «lenguaje exhortativo» —*hortatory language* o *the expressive approach*—, que se centra en el efecto que puede tener el uso de la palabra «dignidad» en el curso del tiempo por su valor retórico. Ello, por cuanto las disposiciones legales y los pronunciamientos judiciales pueden cambiar ciertos comportamientos para lograr determinados objetivos (pp. 22-23). Incluso, este autor sostiene que el uso de la palabra «dignidad» en una sentencia judicial resaltaría la importancia que el Tribunal le atribuye al tema (p. 24).

Por su parte, Barak (2013) sostiene que la dignidad puede ser entendida como un valor constitucional y/o como un derecho sin que estos dos usos involucren una contradicción (p. 361). Barak (2015) define a la dignidad como valor como el reconocimiento de que el individuo es una persona libre (p. 127), con libre albedrío para escribir su propia historia (p. 144); y señala que no debe ser sometida a ningún tipo de humillación ni degradación, ni debe ser empleada como un medio para la satisfacción de la voluntad de otros (2013, p. 363). Según este autor, ésta es la base normativa de los derechos humanos, en tanto sería el argumento central de su existencia y, por ello, serviría como principio para determinar su alcance y la proporcionalidad de una norma que los limite (2015, pp. 103-104). Por lo tanto, la dignidad como valor cumpliría el rol de fundamento de derechos.

Para Barak (2015), la dignidad como valor es un objetivo general de los derechos humanos, los cuales, a su vez, tienen objetivos particulares (p. 122). En este sentido, el objetivo de la dignidad como derecho sería realizar la dignidad como valor, pero ello no implica que ambas acepciones no puedan tener diferentes alcances. Ello, por cuanto la dignidad podría ser reconocida como un derecho destinado a cubrir todas aquellas conductas que limiten la autonomía de la persona y que no se encuentren bajo el ámbito de otro derecho particular (pp. 170-173) o como un derecho madre (p. 159).

Barak (2015) califica a los derechos en dos especies: los derechos marco —*framework rights*— o derechos madre —*mother rights*—, y los derechos particulares —*particular rights*— o derechos hijos —*daughter rights*—. Los primeros son derechos designados como principios, como la propiedad, la libertad y la privacidad; mientras que los segundos imponen reglas que rigen conductas determinadas, como el derecho a votar. A su vez, algunos derechos madre son también derechos derivados porque abarcan una menor cantidad de conductas o aspectos de la vida humana en relación con el derecho del cual derivan. Esto significa que, en comparación con su derecho madre, son más concretos porque se diferencian en su distinto nivel de generalidad (pp. 156-158).

En este sentido, la dignidad es entendida como un derecho madre del cual derivan otros derechos que, a su vez, son derechos madre de otros derechos. Por lo tanto, en última instancia, los derechos derivados del derecho a la dignidad, con sus distintos niveles de generalidad, son sus concreciones. Esto significa que los derechos hijos son parte del derecho madre y que realizan parcialmente el objetivo del derecho a la dignidad (Barak, 2015, pp. 160-161).

En algunas sentencias de la Corte IDH en las que se declaró la violación del derecho a la dignidad pueden encontrarse semejanzas con las sistematizaciones propuestas por estos autores, lo cual será abordado en el cuarto apartado de este trabajo.

## III. ORIGEN DEL ARTÍCULO 11 DE LA CADH

El origen del artículo 11 de la Convención impide conocer con precisión cuál fue la intención perseguida por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Conferencia Especializada) (Secretaría General de la OEA, 1969) al incorporar la palabra «dignidad» al primer párrafo del mencionado artículo, que originalmente tenía por objeto la protección de la vida privada.

La CADH, aprobada el 22 de noviembre de 1969, fue el resultado de un largo proceso impulsado por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, que se llevó a cabo en Chile en agosto de 1959. En aquella oportunidad, los ministros de los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) encomendaron al Consejo Interamericano de Jurisconsultos que elaborara un proyecto de CADH, que sería considerado en la Undécima Conferencia Interamericana que se llevaría a cabo en 1961 (Secretaría General de la OEA, 1960). El proyecto fue elaborado en 1959, constaba de ochenta y ocho artículos (Secretaría General de la OEA, 1972) y contemplaba el derecho a la vida privada y al honor en su artículo 8, titulado «Derecho a la inviolabilidad domiciliaria y al honor». El texto

del mencionado artículo era el siguiente: «Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, y contra ataques contra su honra o reputación» (*Voto Razonado Concurrente del Juez Pérez Pérez en Mémoli vs. Argentina*, 2013).

Sin embargo, la conferencia que trataría su sanción fue postergada. Luego, en 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se llevó a cabo en Río de Janeiro, requirió al Consejo Permanente de la OEA que actualizara el proyecto de la CADH preparado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, teniendo en consideración el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y los proyectos de Convención que Chile y Uruguay presentaron en aquella conferencia (Secretaría General de la OEA, 1969).

En 1966, el Consejo Permanente de la OEA encomendó a la CIDH que emitiera su opinión sobre el proyecto de 1959, lo cual fue llevado a cabo a través de los dictámenes presentados el 4 de noviembre de 1966 y el 10 de abril de 1967. Luego, el 1 de mayo de 1968, el Consejo Permanente de la OEA requirió a la CIDH que redactara un anteproyecto de la CADH, que fue presentado el 18 de julio de 1968 y contemplaba los derechos enumerados en el artículo 11 de la Convención en su artículo 10, pero carecía de título y no hacía mención alguna de la palabra «dignidad»[8], ya que no contenía el actual párrafo primero del artículo. Esto significa que el artículo 10 estaba compuesto únicamente por los actuales párrafos segundo y tercero (Secretaría General de la OEA, 1969).

El 2 de octubre de 1968, el Consejo Permanente de la OEA resolvió que la Conferencia Especializada, que debía adoptar la Convención, trabajaría sobre el anteproyecto preparado por la CIDH, teniendo en cuenta las observaciones que formularan los Estados. El anteproyecto fue observado por nueve Estados —Chile, Uruguay, República Dominicana, Argentina, México, Estados Unidos, Ecuador, Brasil y Guatemala—, pero el artículo 10 únicamente recibió comentarios de Chile y República Dominicana, países que no hicieron mención alguna sobre la inclusión de la palabra «dignidad». El primero de ellos sostuvo que las garantías de la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia debían tener un tratamiento especial y más explícito, mientras que el segundo propuso agregar un título y modificar la redacción del primer párrafo con el objeto de «explicar la amplitud del derecho protegido» (Secretaría General de la OEA, 1969), sin mencionar la palabra «dignidad».

8 La palabra «dignidad» sí aparecía en el artículo 4, con una redacción idéntica al actual artículo 5.2 de la CADH. Asimismo, la palabra «digna» podía encontrarse en el artículo 25 del proyecto en relación con la obligación de los Estados de asegurar y mejorar la vida digna de sus habitantes.

La palabra «dignidad» fue incluida en el texto del artículo 11 en la décima sesión de la Comisión I de la Conferencia Especializada —encargada de revisar los artículos referidos a la «materia de protección»— a raíz de una propuesta formulada por Uruguay, Estado que sugirió incorporar un primer párrafo al artículo 10 del proyecto de la CIDH con el objeto de establecer el «principio general»: «Toda persona tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad» (Secretaría General de la OEA, 1969). Esta inclusión fue aprobada.

Este párrafo tiene como antecedente a las disertaciones del Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, en Montevideo. En dicha ocasión se discutió el proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y se aprobó un texto que, en su primer párrafo, contenía una oración idéntica a la del primer párrafo del artículo 11 de la CADH. Esta inclusión fue propuesta por el profesor uruguayo Barbagelata (*Voto Razonado Concurrente del Juez Pérez Pérez en Mémoli vs. Argentina*, 2013).

A pesar de que la inclusión propuesta por Uruguay en la Conferencia Especializada (Secretaría General de la OEA, 1969) no menciona a la dignidad como un derecho, sí se la considera como tal en el informe elaborado por el relator de la Comisión I, el delegado de Ecuador. En efecto, con relación al artículo 11, se lee en el mismo:

> Artículo 11 [art. 10 del proyecto].
>
> (Protección del honor y la dignidad)
>
> En este artículo se estableció en primer lugar, el derecho que toda persona tiene a su honra y a su dignidad; y, luego, casi sin discusión, se aprobó también el texto del Anteproyecto (Secretaría General de la OEA, 1969).

Por otro lado, la palabra «dignidad» fue incluida en el título del artículo por el grupo de delegados de Brasil, Estados Unidos, Ecuador, Honduras y Guatemala, quienes fueron designados para proponer los títulos de las partes, capítulos y artículos de la CADH, y trabajaron con la cooperación de la Comisión de Estilo. La redacción propuesta por el mencionado grupo de trabajo era la siguiente: «Protección del honor y de la dignidad» (Secretaría General de la OEA, 1969).

Luego, en la segunda sesión plenaria de la Conferencia Especializada (Secretaría General de la OEA, 1969) se agregó la frase «al respeto de su» luego de la palabra «derecho» en el primer párrafo del artículo 11 y se reemplazó la palabra «honor», que se encontraba presente en

el título del artículo 119, por el término «honra». En virtud de estas últimas modificaciones, el artículo 11 quedó redactado como aparece actualmente en la Convención.

La revisión del proceso de formación del artículo 11 demuestra que el uso que hace la Corte IDH de la palabra «dignidad» puede remontarse a los debates de Conferencia Especializada (Secretaría General de la OEA, 1969), ya que el relator de la Comisión I se refirió al derecho a la dignidad al elaborar su informe y ello puede deberse a que el término «dignidad» fue incluido en el mencionado artículo junto con otro derecho, que protege una dimensión de la persona humana. En este sentido, puede concluirse que si la dignidad hubiera sido entendida únicamente como la cualidad en virtud de la cual las personas tienen derechos —fundamento de derechos—, no habría tenido sentido incorporarla junto con otro derecho, que existiría en razón de ella. Por el contrario, en tal caso, se la habría incorporado al principio de la Convención, probablemente en el artículo 3, indicando que «toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica» en virtud de su dignidad.

## IV. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE IDH

A la fecha, el Tribunal ha declarado la violación del derecho a la dignidad en función de las disposiciones del artículo 11 en diecisiete fallos. Estos casos no se refieren a hechos similares y tampoco se encuentran relacionados exclusivamente con el derecho a la honra; por el contrario, el Tribunal también sostuvo que la dignidad entendida como derecho había sido vulnerada en casos vinculados a violaciones sexuales, situaciones de esclavitud, la ausencia del consentimiento informado como presupuesto de actos médicos y la falta de pago de pensiones.

No obstante, debe destacarse que la primera vez que la Corte IDH se refirió a la dignidad como derecho no lo hizo en función de las disposiciones del artículo 11, sino para reprobar una conducta que no hubiera podido considerarse violatoria de ningún derecho consagrado en la CADH: la falta de respeto a los restos mortales de una persona. Ello sucedió en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*[10] (2002), en el que la palabra «dignidad» fue empleada para justificar la obligación del Estado de localizar los restos mortales de la víctima. Allí, el Tribunal

9 La Comisión de Estilo ya había cambiado la palabra «honor» por «honra» en el apartado 1 del artículo 11.

10 El Estado fue condenado por la detención, tortura y muerte de la víctima luego su detención en el marco de un enfrentamiento armado entre la guerrilla y el Ejército.

sostuvo que «el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana» (§ 81)[11].

Efectuada esta aclaración, a continuación, serán abordados los casos en los que el Tribunal declaró la violación de la dignidad como derecho en función del artículo 11, separándolos por temas.

### IV.1. Afectación del derecho a la dignidad en casos de violación sexual

Las primeras sentencias en las que el Tribunal declaró la violación del derecho a la dignidad utilizando las disposiciones del artículo 11 se refieren a violaciones sexuales. Sin embargo, el mencionado derecho fue abordado de forma conjunta con los derechos a la integridad personal y a la vida privada —y, en algunos casos, también junto al derecho a la honra—, por lo que la lectura de estas sentencias no permite determinar cuál es el objeto del derecho a la dignidad y en qué se diferencia de los demás derechos mencionados.

La misma confusión se aprecia en torno al uso de la dignidad como derecho y como cualidad de las personas humanas, porque la palabra es empleada en ambos sentidos. No obstante, cabe preguntarse por qué existen casos referidos a violaciones sexuales posteriores al caso *Fernández Ortega vs. México* (2010) —el primer caso en el que el Tribunal declaró la violación del derecho a la dignidad frente a este supuesto— en los que la Corte IDH no declaró la violación de dicho derecho de forma conjunta con los derechos a la vida privada y a la integridad personal, como en el resto de las sentencias que se analizarán a continuación[12]. Ello sucedió en los casos *Contreras y otros vs. El Salvador* (2011)[13], *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012)[14], *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar)*

11 La mención del derecho a la dignidad también aparece en el voto razonado del juez Cançado Trindade.

12 Además, existe un caso en el que no queda claro si la Corte IDH consideró violado el derecho a la dignidad. Se trata de la sentencia *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia* (2014), en la que el Tribunal ni siquiera se refirió al derecho a la dignidad, pero declaró, en los puntos resolutivos, la violación de «los derechos a la integridad personal y a la vida privada, contemplados, respectivamente, en los artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 11.2 […] por la tortura y la violación de la honra y de la dignidad» de un detenido que sufrió actos de violencia sexual consistentes en la aplicación de descargas eléctricas en sus testículos.

13 El Estado fue condenado por las apropiaciones y desapariciones forzadas de niños llevadas a cabo por militares durante el conflicto armado ocurrido en El Salvador. Una de las niñas, Gregoria Herminia, fue sometida a violaciones sexuales por el agente estatal que se apropió de ella y, en virtud de ello, la Corte IDH sostuvo que había sido sometida a tortura y que habían sido violados sus derechos a la vida privada y a la integridad personal.

14 El Salvador fue condenado por la masacre de una población civil no combatiente y por la violación sexual de mujeres realizada por agentes estatales antes de su asesinato. La Corte IDH declaró que ello implicó un acto de tortura contrario a las disposiciones del artículo 5.2 de la CADH y una violación del artículo 11.2, que protege la vida privada.

*vs. Guatemala* (2012)[15], *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* (2018)[16] y *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* (2018)[17].

#### IV.1.1. El derecho a la dignidad y su tratamiento conjunto con los derechos a la integridad personal y a la vida privada

En el caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010)[18] el Tribunal declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la dignidad, que se encontraría plasmado en el artículo 11.1 de la CADH (§ 133). La sentencia abordó este derecho junto con los derechos a la integridad personal y a la vida privada —que, según la Corte, comprende la facultad de tomar decisiones libres sobre la vida sexual—, pero el Tribunal únicamente explicó por qué habían sido vulnerados los dos últimos, lo cual lleva a preguntarse cuál es la diferencia entre el derecho a la dignidad y los otros dos derechos.

En aquel caso, el Tribunal efectuó una cierta distinción implícita entre el derecho a la dignidad y el derecho a la vida privada porque únicamente declaró la violación del primero en relación con la víctima de la agresión sexual, mientras que el segundo también fue considerado violado con relación a su esposo e hijos por el ingreso al domicilio de la familia por parte de efectivos militares. Sin embargo, esta distinción únicamente diferencia estos derechos con relación al domicilio, que es uno de los ámbitos de la vida privada, pero mantiene la incertidumbre respecto a la vida sexual.

En el mismo sentido, el Tribunal también diferenció el derecho a la dignidad del derecho a la integridad personal de forma implícita, ya que no declaró la violación del primero respecto del cónyuge y los hijos de la víctima de violencia sexual. Empero, ello no permite diferenciar los objetos de ambos derechos.

A partir de este caso, podría considerarse que el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida privada protegen aspectos de la persona que también son amparados por el derecho a la dignidad y, por lo tanto, la vulneración de los primeros implicaría también la violación de este último, al menos en casos de violencia sexual. Ello, podría asemejarse con el enfoque heurístico o abordaje por representación propuesto por

15 El Estado fue condenado por las desapariciones forzadas de veintiséis personas ocurridas durante el conflicto armado de Guatemala, entre los años 1983 y 1985. Las mencionadas desapariciones fueron registradas en un documento de inteligencia militar denominado «Diario Militar». Una de las víctimas sufrió una violación sexual, pero la Corte IDH únicamente abordó los artículos 5 y 11.2 de la Convención (vida privada).

16 El Estado fue considerado responsable por acción y omisión debido a una violación sexual cometida por un particular.

17 Este caso es llamativo porque la CIDH y los representantes invocaron la violación del derecho a la dignidad y el Tribunal lo mencionó entre los derechos que iba a tratar.

18 La sentencia condenó a México por la violación y tortura de una mujer indígena. El hecho fue cometido por un oficial armado del Ejército, quien ingresó a su domicilio junto con otros dos oficiales, que presenciaron la violación. El Estado no investigó adecuadamente lo sucedido, no condenó a los responsables y radicó la causa en la jurisdicción militar.

Glensy (2011), el cual entiende a la dignidad como un aspecto de la persona humana que se relaciona con otro derecho y que no puede ser vulnerado de forma independiente.

En cambio, la teoría de Barak (2013, 2015) sobre la existencia de derechos madre y derechos hijos no permitiría entender por qué el Tribunal no declaró la vulneración del derecho a la dignidad de los familiares de la víctima de violencia sexual, mientras que sí declaró la violación de sus derechos a la vida privada y a la integridad personal, los cuales serían derechos derivados del derecho a la dignidad.

Por otro lado, es preciso mencionar que la Corte IDH también parece haber utilizado la palabra «dignidad» como algo distinto a un derecho, ya que sostuvo «que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana […]"», como indica el preámbulo de la Convención de Belém do Pará (§ 118). Ello parecería indicar que la dignidad no sería un derecho porque, si lo fuera, no tendría sentido mencionarla como algo que es afectado por la violencia contra la mujer cuando ya se ha señalado que los derechos humanos resultan vulnerados por ella. Esta forma de abordar el «derecho a la dignidad» de manera conjunta con los derechos a la integridad personal y a la vida privada también puede apreciarse en los casos *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010)[19] y *Valenzuela Ávila vs. Guatemala* (2019)[20].

Lo mismo sucedió en el caso *J. vs. Perú* (2013)[21]; sin embargo, en el apartado de la sentencia en el que el fueron analizados los maltratos sufridos por la víctima durante su detención, la palabra «dignidad» no parece haber sido utilizada como un derecho, sino como nota de las personas humanas y fundamento del derecho a la integridad personal. Allí, el Tribunal mencionó las «fórmulas usuales» sobre las personas privadas de libertad (Ratti Mendaña, en prensa), indicando que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad, que las circunstancias económicas no pueden justificar condiciones de detención contrarias a la dignidad y que la incomunicación vulnera la dignidad (§§ 363, 372 y 376). Por lo tanto, esta sentencia no solo no permite distinguir cuál sería el objeto del derecho a la dignidad, sino que

19 El Estado fue condenado por la violación sexual de una mujer de 17 años de edad. El hecho fue perpetrado por dos militares, con la presencia de seis colegas. La Sra. Rosendo Cantú y su esposo denunciaron el hecho, pero la investigación fue remitida al fuero penal militar, donde el caso fue archivado.

20 El Estado fue condenado por los actos de tortura y violencia sexual cometidos contra un detenido.

21 En 1992, la revista *El Diario* fue considerada una publicación del Partido Comunista del Perú. Ello derivó en la detención ilegal de la señora J., quien sufrió actos de tortura —incluyendo un abuso sexual— en la Dirección Nacional contra el Terrorismo. Luego de estos hechos, la señora J. se refugió en Gran Bretaña y Perú emitió una solicitud de búsqueda y captura a la Interpol, alegando la comisión de actos de terrorismo.

tampoco aporta claridad sobre su diferencia con la dignidad entendida como fundamento de derechos.

Sin perjuicio de ello, podría concluirse que el enfoque heurístico o abordaje por representación de Glensy (2011) permitiría comprender la forma en que la Corte IDH abordó el derecho a la dignidad en estos casos.

#### IV.1.2. El derecho a la dignidad y su tratamiento conjunto con los derechos a la integridad personal, la vida privada y la honra

En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012)[22], el Tribunal volvió a declarar la vulneración de los artículos 5.1, 11.1 y 11.2 de la CADH sin abordar el derecho a la dignidad individualmente, pero agregó el análisis de la vulneración del derecho a la honra.

En el apartado en el que analizó qué derechos habían sido vulnerados por la violación sexual, la Corte IDH anunció que se pronunciaría sobre las violaciones a la integridad personal, la honra y la dignidad (*Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 2012, § 131). A continuación, explicó únicamente por qué habían sido vulnerados los derechos a la integridad personal y la vida privada; e indicó que, para la mujer maya, una violación sexual es una deshonra. Asimismo, en el apartado sobre los hechos ocurridos, el Tribunal sostuvo que las violaciones sexuales estaban destinadas a «destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual»; y que tenían como efecto simbólico la destrucción de la comunidad, ya que las mujeres personificaban sus valores (§ 59).

En esta explicación sobre la finalidad de los crímenes cometidos por agentes estatales no se advierten diferencias entre los derechos al honor y a la dignidad en relación con la percepción cultural, social, familiar e individual de la mujer agredida en la cultura maya. En virtud de ello, podría considerarse que la Corte IDH trató la honra y la dignidad como un mismo derecho; es decir, en rigor, la dignidad en este caso no habría sido considerada como un derecho en sí misma, sino que habría sido mencionada por estar contemplada en el mismo párrafo que el derecho a la honra. En consecuencia, este caso no es útil para determinar cuál sería el objeto del derecho a la dignidad.

#### IV.1.3. Derecho a la protección de la honra y de la dignidad

Por otro lado, también existen casos sobre violaciones sexuales en los que la Corte IDH no declaró la violación del «derecho a la dignidad», sino del «derecho a la protección de la honra y dignidad», a pesar de que ya había declarado la violación del primero en sentencias anteriores.

22 El Estado fue condenado por los crímenes cometidos por miembros del Ejército y de las Patrullas de Autodefensa Civil contra la comunidad maya de Río Negro. Entre los crímenes cometidos se encuentran desapariciones forzadas, desplazamientos forzados y violaciones sexuales.

Ello sucedió en *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* (2020)[23] y *Espinoza Gonzáles vs. Perú* (2014)[24]; no obstante, estos casos únicamente muestran una diferencia terminológica con los mencionados en el apartado IV.1.1. y no brindan precisiones sobre el objeto del derecho a la protección de la dignidad.

Finalmente, es preciso destacar que, en el último caso mencionado, el Tribunal también se refirió al «derecho a la honra y la dignidad» (*Espinoza Gonzáles vs. Perú*, 2014, § 229).

### IV.2. Afectación del derecho a la dignidad y del derecho a la honra

Al abordar la violación del derecho a la honra, el Tribunal consideró también la vulneración de la dignidad. A pesar de ello, al igual que en los casos referidos a violaciones sexuales, la Corte no explicó cuál es el contenido del derecho a la dignidad ni en qué se diferencia del derecho a la honra, excepto en la sentencia *Flor Freire vs. Ecuador* (2016).

El Tribunal abordó por primera vez la violación del derecho a la honra[25] en los casos *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (2004)[26] y *Tristán Donoso vs. Panamá* (2009)[27]; sin embargo, la Corte IDH no declaró la violación del derecho a la dignidad en ninguno de ellos. Ello sí sucedió en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010), en el que el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del derecho a la honra y a la dignidad de un senador, que fue hostigado públicamente y asesinado por pertenecer a un partido político opositor. Empero, el Tribunal utilizó una frase diferente, pues declaró la violación del «derecho a la protección de la honra y a la dignidad».

Posteriormente, en el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (2015)[28], la Corte consideró violado el artículo 11 de la CADH, en relación con el derecho a la dignidad de los familiares de una joven asesinada, debido a que integrantes del Ministerio Público habían irrumpido en el funeral de la víctima con el objeto de tomar sus huellas dactilares —a pesar de que pudieron hacerlo con anterioridad— bajo la amenaza de acusarlos

23 En este caso, el vicerrector de una escuela estatal violó durante más de un año a una de las alumnas.

24 El Estado fue condenado por la detención ilegal y los actos de violación sexual y tortura sufridos por Gladys Carol Espinoza Gonzáles mientras estuvo detenida por bajo la supervisión de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo.

25 La Corte IDH había declarado la violación de este derecho en el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004), pero no analizó el artículo 11 de la Convención debido al reconocimiento de responsabilidad del Estado.

26 El Estado fue condenado por la detención ilegal, tortura y asesinato de dos hermanos que fueron calificados como terroristas por agentes policiales luego de estos hechos.

27 El fallo se refiere a la intercepción y divulgación de una conversación telefónica mantenida entre un abogado y su cliente, acusado de lavado de dinero.

28 En este caso el crimen no fue cometido por agentes estatales, pero Guatemala fue condenado por no haber garantizado los derechos a la vida y la integridad personal de una joven de 19 años de edad que fue hallada asesinada y violada, y por la deficiente investigación de los hechos.

de obstrucción de justicia. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que «el cuidado de los restos mortales es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana» y que su tratamiento irrespetuoso frente a los deudos afecta «el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad» (§ 220).

Posteriormente, en el caso *Flor Freire vs. Ecuador* (2016), en el que un teniente fue expulsado debido a la alegada comisión de actos homosexuales, la Corte IDH declaró violado el derecho a la honra y la dignidad, y explicó cuál es la relación entre ambos conceptos. En este sentido, el Tribunal sostuvo que el derecho a la honra se relaciona con la estimación con la que cada persona debe ser considerada, en razón de su dignidad humana. Por lo tanto, con esta explicación puede concluirse que, en rigor, la dignidad no fue considerada como un derecho, sino como el fundamento del derecho a la honra.

La misma conclusión puede extraerse de otras frases de la Corte IDH, que sostuvo que la honra debe ser protegida para respetar el «valor intrínseco» de las personas y que la reputación tiene «una cercana relación con la dignidad» porque resguarda a los individuos de ataques que cercenen la proyección de su persona en la vida social (*Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, §§ 154-155).

Además, en sus conclusiones, la Corte IDH explicó que la honra del señor Flor Freire se había visto afectada por el proceso disciplinario al que había sido sometido y que su reputación había sido vulnerada por la sanción impuesta en virtud de su orientación sexual, lo que había afectado el concepto que los demás tenían sobre él. A pesar de ello, el Tribunal no explicó de ningún modo cómo se habría violado el derecho a la dignidad y, en su lugar, definió a la persona como portadora de una «dignidad esencial» (*Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, § 109), lo cual refuerza que, en rigor, la dignidad no fue considerada como un derecho.

Luego, en el caso *Yarce y otras vs. Colombia* (2016)[29], el Tribunal declaró violado el derecho a la protección de la honra y la dignidad debido a que las tres mujeres habían sido identificadas como «milicianas o guerrilleras» en la comunidad en la que trabajaban, lo cual las había estigmatizado y expuesto a «amenazas, insultos y prácticas humillantes» (§ 163). No obstante, la Corte IDH no brindó mayores explicaciones al respecto.

Finalmente, en la sentencia *Villamizar Durán y otros vs. Colombia* (2018) el Tribunal consideró violado el derecho a la honra y la dignidad puesto

29 Los hechos de este caso ocurrieron en el marco de un conflicto armado en Colombia en el que el Estado incurrió en diversos delitos con el objeto de eliminar los focos guerrilleros. En virtud de ello, defensoras de derechos humanos se vieron forzadas a desplazarse, sufrieron violencia y detenciones ilegales; incluso, una de ellas fue asesinada, pero las investigaciones del caso fueron insuficientes.

que agentes del Estado habían declarado que las personas asesinadas eran miembros de la guerrilla. Sin embargo, nuevamente, la Corte no mencionó el derecho a la dignidad de forma individual, sino que lo trató juntamente con el derecho a la honra.

En estas sentencias puede verse que el Tribunal trató de forma conjunta el derecho a la honra y el derecho a la dignidad sin brindar precisiones sobre este último, con excepción del caso *Flor Freire vs. Ecuador* (2016), en el que, más exactamente, la dignidad no fue tratada como derecho, sino como un fundamento de derechos.

El tratamiento conjunto de los derechos a la honra y a la dignidad puede deberse a que ambos se encontrarían consagrados en el mismo párrafo del artículo 11 y, por lo tanto, en realidad habrían sido tratados como un mismo y único derecho. Otra alternativa es que la Corte IDH haya considerado a la dignidad como derecho madre del derecho a la honra, según la teoría de Barak (2013, 2015); o como un aspecto de la persona vinculado al derecho a la honra, según el enfoque heurístico o abordaje por representación propuesto por Glensy (2011).

### IV.3. Afectación del derecho a la dignidad en casos de esclavitud

La única sentencia en la que la Corte IDH abordó la prohibición de la esclavitud y mencionó el derecho a la dignidad es el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016). Allí, el Tribunal declaró la violación del artículo 6.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 (§ 163); y, respecto de una de las víctimas, también en relación al artículo 19. En este caso, el Tribunal sostuvo que los ochenta y cinco trabajadores de la Hacienda Brasil Verde habían sido reducidos a esclavitud, ya que se encontraban sometidos al control de los agentes de la hacienda y habían perdido su voluntad o «sufrido una disminución considerable de la autonomía personal» (§ 271). Asimismo, el Tribunal indicó que la esclavitud, según las circunstancias, podría implicar violaciones a los artículos 5, 7 y 11.1 de la CADH (§ 273) dado que tendría un carácter pluriofensivo, por lo que la violación de otros derechos se subsume en el artículo 6 de la Convención (§ 306).

En particular, la Corte IDH afirmó que los representantes habían invocado la violación de los derechos protegidos en los artículos 3, 5, 7, 11.1 y 22 de la CADH, pero indicó que, al considerar la violación del artículo 6, ya había tenido en cuenta «la afectación a la integridad y libertad personales […] los tratos indignos (condiciones degradantes de vivienda, alimentación y de trabajo) y la limitación de la libertad de circulación» (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, § 306), por lo que no era necesario pronunciarse sobre cada uno de ellos de forma individual. El Tribunal no sostuvo que había tenido en cuenta

la afectación del derecho a la dignidad, pero luego declaró la violación del artículo 11 en los puntos resolutivos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que los «tratos indignos» serían contrarios al artículo 5 de la Convención, por lo que no sería necesario referirse al artículo 11.

Por otro lado, el Tribunal indicó que la esclavitud es «una de las violaciones más fundamentales de la dignidad de la persona humana y, concomitantemente, de varios derechos de la Convención» (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, § 317), pero sin dejar en claro si se refería a la dignidad como derecho.

Este caso no contribuye a determinar cuál es el objeto del derecho a la dignidad y tampoco sería posible sostener que el enfoque heurístico o abordaje por representación de Glensy (2011), o la teoría de los derechos madres y derechos hijos de Barak (2013, 2015), permiten entender el análisis efectuado por la Corte IDH, porque ésta no priorizó a la dignidad en su explicación y definió a la esclavitud como «una disminución considerable de la autonomía personal» (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, § 271). Por lo tanto, salvo que se entienda a la dignidad como autonomía, no podrían encontrarse semejanzas con las teorías de estos autores.

### IV.4. Afectación del derecho a la dignidad y el consentimiento informado

En los casos sobre consentimiento informado, a diferencia del resto de las sentencias mencionadas anteriormente, la Corte IDH brindó ciertas precisiones sobre el objeto del derecho a la dignidad, pero lo hizo a través de su vinculación con la autonomía y la igualdad. Ello sucedió en el caso *I.V. vs. Bolivia* (2016), en el que el Estado fue condenado debido a que médicos de un hospital público realizaron una ligadura de trompas a la Sra. I.V. durante una cesárea sin obtener su consentimiento informado. En esta sentencia, el Tribunal declaró la violación del artículo 11.1, junto con los artículos 5.1, 7.1, 11.2, 13.1 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención[30].

Para este caso, la Corte vinculó el derecho a la dignidad con el derecho a la libertad personal, el derecho a la vida privada, el derecho a la integridad personal y el derecho de acceso a la información a través de su «elemento indisoluble»: la autonomía personal (*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 159).

En primer lugar, la Corte IDH definió a la dignidad como «uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional» (*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 149), y sostuvo que este valor se basa en el principio de la autonomía de la persona y en la igualdad de

30 También se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 5.2, 8.1 y 25.1, pero estos no fueron tratados de forma conjunta con los demás.

todos los individuos en tanto fines en sí mismos. Igualmente, el Tribunal indicó que el reconocimiento de la dignidad implica el respeto de la posibilidad que tiene toda persona de autodeterminarse, lo cual veda toda actuación estatal que procure su instrumentalización (§ 150).

Según esta sentencia, el reconocimiento de la dignidad se materializa con el respeto de la igualdad —que es reconocida como un derecho en la Convención— y del principio de autonomía personal, al cual el Tribunal también relaciona con el derecho a la libertad personal, que se encuentra protegido en el artículo 7 de la CADH. Ello por cuanto la interpretación amplia de este artículo incluye la posibilidad de hacer todo lo que no esté prohibido y de organizar la propia vida de acuerdo con las convicciones personales (*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 151). En virtud de lo señalado, la autonomía personal no solo se encontraría reconocida en el artículo 11.1, en tanto sería un elemento indisoluble de la dignidad, sino también en el artículo 7 de la CADH; y, consecuentemente, la violación del derecho a la libertad personal, entendido este como la posibilidad de autodeterminarse, implicaría también la vulneración del derecho a la dignidad.

Esta superposición de objetos también se aprecia con relación al derecho a la integridad personal, ya que la Corte lo relacionó con la dignidad a través de la autonomía personal y la igualdad, sosteniendo que la integridad personal también implica el acceso a la salud en condiciones de igualdad, junto con la libertad de elegir los tratamientos médicos a los cuales someterse (*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 155). Por lo tanto, cuando un acto coarta la autonomía personal y afecta la integridad personal, puede ser contrario al artículo 5.2. y 11.1 de forma conjunta.

Lo mismo podría ocurrir respecto del derecho a la vida privada, ya que la Corte sostuvo que el mismo no protege únicamente la privacidad, sino que «abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo» (*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 152) que incluyen el desenvolvimiento de la personalidad, la determinación de la identidad y el establecimiento de relaciones con los demás. Incluso, el Tribunal indicó que la vida privada incluye el derecho a la autonomía personal (§ 152). En consecuencia, según la Corte IDH, en casos en los que se impida a una persona tomar decisiones vinculadas con su modo de vida, no solo se afectaría la libertad personal, sino también su vida privada y dignidad. Y, por lo tanto, en virtud de las explicaciones de la Corte IDH, los objetos de los derechos a la dignidad, a la libertad personal, a la vida privada y a la integridad física podrían superponerse.

Por otro lado, la Corte IDH vinculó la dignidad con el derecho de acceso a la información —presupuesto del consentimiento informado y de la posibilidad de tomar decisiones libres— al sostener que este último se sustenta en «el respeto de la autonomía de la persona para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia»

(*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 159). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos mencionados previamente, la autonomía y la dignidad serían los fundamentos del derecho al acceso a la información.

A partir de este caso, podría considerarse que la Corte IDH define al derecho a la dignidad —y, tal vez, a la dignidad humana— por medio de la autonomía y la igualdad. En este sentido, Delgado Rojas (2018) sostiene que existe un «contenido mínimo» de la dignidad humana que es determinable a partir de «otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, que son los que le dan su pleno y mejor sentido» (p. 181). Sin embargo, conforme será abordado en el apartado siguiente, la Corte IDH también declaró la violación del derecho a la autonomía. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la Convención protege el derecho a la igualdad (art. 24) y que el derecho a la autonomía sería autónomo, el derecho a la dignidad habría quedado desprovisto de contenido.

Sin perjuicio de ello, el enfoque heurístico o abordaje por representación de Glensy (2011) y la teoría sobre derechos madre de Barak (2013, 2015) permitirían comprender la forma en que la Corte IDH abordó el derecho a la dignidad en este caso.

Dos años después, en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018)[31], el Tribunal reiteró algunas frases empleadas en el caso anterior y, en relación al derecho a la dignidad, volvió a sostener que implica «la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse» (§ 168). Además, el Tribunal relacionó el derecho a la dignidad y el resto de los derechos a través del consentimiento informado, al que definió como un mecanismo fundamental para garantizar algunos derechos amparados por la Convención: la dignidad, la libertad personal, la integridad personal —que incluye la salud—, y la vida privada y familiar (§ 170). No obstante, lo que en realidad vincula a estos derechos, según lo explicado en la sentencia, es la autonomía. Por lo tanto, respecto de esta sentencia, corresponde realizar las mismas observaciones que en el caso anterior.

### IV.5. Afectación del derecho a la dignidad y del derecho a la autonomía

Luego de los casos mencionados en el apartado anterior, en los que el Tribunal hizo énfasis en la vinculación entre la dignidad y la autonomía, la Corte declaró la violación del derecho a la autonomía de forma independiente al derecho a la dignidad. Ello ocurrió en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela* (2018), en el que la víctima fue privada de su libertad por un particular durante casi cuatro meses, en los que la sometió a actos de violencia física y sexual que culminaron en su hospitalización

31 El Estado fue condenado por la deficiente atención médica brindada al Sr. Poblete Vilches, la cual derivó en su muerte.

durante casi un año y en la realización de quince cirugías. Estos hechos fueron calificados por el Tribunal como violaciones a los derechos a la dignidad y autonomía, junto con los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada (§ 124)[32].

Sin embargo, en la nota del párrafo 124, citando el caso *I.V. vs. Bolivia* (2016)[33], la Corte reiteró que la autonomía y la igualdad son las bases de la dignidad, lo cual significa que, por un lado, el Tribunal consideró que la autonomía —junto con la igualdad— es el fundamento de la dignidad; y, por el otro, la calificó como un derecho autónomo, contenido en el artículo 11 de la Convención (§ 170).

Por otro lado, la Corte vinculó el derecho a la autonomía —en lugar del derecho a la dignidad— con el derecho a la integridad personal al sostener que existe una relación intrínseca entre los artículos 5 y 11 de la CADH, debido a la vinculación entre la integridad física y psicológica y «la autonomía personal y libertad para tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la sexualidad» (*López Soto y otros vs. Venezuela*, 2018, § 178). Asimismo, la Corte IDH, citando a una perita, indicó que en la esclavitud sexual están implícitos los cercenamientos a las decisiones sobre la actividad sexual (§ 178), por cuanto uno de los elementos de la esclavitud es la «restricción o control de la autonomía individual» (§ 175). Por lo tanto, al convertir a la autonomía en un derecho, la Corte IDH quitó contenido al derecho a la dignidad, al cual había definido principalmente a través de la autonomía.

### IV.6. Derecho a la dignidad y derecho a la seguridad social

El Tribunal abordó el derecho a la dignidad aplicando el principio *iura novit curia* al tratar la vulneración del derecho a la seguridad social; sin embargo, pocos meses después, sostuvo que la falta de pago de pensiones afectaba el derecho a la vida digna sin mencionar el derecho a la dignidad.

En el caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019), el Tribunal abordó el derecho a la dignidad junto con los derechos a la integridad personal y a la seguridad social, a pesar de que los dos primeros no habían sido invocados por la CIDH ni por los representantes. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que estos tres derechos se interrelacionan y que la violación de uno puede implicar también la de los otros (§ 204). Por lo tanto, la Corte resolvió que la falta de pago de la pensión había privado a la víctima de recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas y que ello había generado un «menoscabo en su dignidad» (§ 205). Asimismo, la Corte IDH afirmó que la falta de pago de la pensión implicaba angustia,

32 La Corte IDH también declaró la violación de los artículos 1, 3, 6, 8, 22, 24 y 25 de la Convención.
33 La Corte IDH también citó el caso *Fernández Ortega vs. México* (2010), pero esta sentencia no contiene esa definición de dignidad.

inseguridad, incertidumbre y, consecuentemente, una vulneración del derecho a la integridad personal.

Ello diferencia a este caso de los anteriores, porque la Corte relacionó el derecho a la dignidad con la calidad de vida de la persona, otorgándole una nueva significación, alejada del concepto de «autonomía». Además, el Tribunal explicó por qué este derecho había sido violado, con independencia de los otros derechos. No obstante, el mismo año, la Corte IDH resolvió el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú* (2019), en el que sostuvo que la afectación del derecho a la seguridad social —que abarca el derecho a la pensión— había provocado la violación del derecho a la vida digna. Por lo tanto, ello muestra que no era necesario invocar el derecho a la dignidad en el caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019) para referirse a la calidad de vida de las personas.

## V. CONCLUSIONES

La dignidad ha sido utilizada por la Corte como un fundamento de derechos y como un derecho en sí mismo, a pesar de que la Convención no lo menciona expresamente como tal. Empero, su artículo 11, al consagrar el derecho al reconocimiento de la dignidad, luego de la enumeración de otros derechos en los artículos anteriores, y junto con un derecho en particular —la honra—, sentó las bases para que la dignidad pudiera ser considerada como un derecho. En cambio, si la dignidad hubiera estado ubicada en el preámbulo o en el artículo 3 habría quedado más clara su misión de cumplir el rol de principio o fundamento de los derechos humanos.

Desde un punto de vista iusfilosófico, podría debatirse si la dignidad puede ser un derecho y es cierto que existen importantes autores que no la consideran como tal. En el análisis jurisprudencial realizado en este trabajo, se puede advertir que el Tribunal no necesitaba referirse a la dignidad como un derecho para declarar la responsabilidad internacional de los Estados porque en todos los casos mencionados, a excepción del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2002), que además es una sentencia de «reparaciones y costas», los hechos vulneraban otros derechos protegidos en la CADH.

Por otro lado, la mención del derecho a la dignidad tampoco era necesaria para interpretar el contenido de otros derechos, porque la CADH reconoce a la dignidad de las personas en los artículos 5 y 6, lo que habría sido suficiente para emplearla como un principio interpretativo que permitiera ampliar el contenido de otros derechos, como lo ha hecho la Corte en otros fallos al referirse a la vida digna sin necesidad de invocar el derecho a la dignidad. Además, el propio artículo 11 podría

haber sido empleado para ampliar el objeto de otros derechos sin que fuera menester referirse al derecho a la dignidad.

Asimismo, en la mayoría de los casos revisados, la Corte IDH abordó el derecho a la dignidad de manera conjunta con otros derechos, cuyos objetos fueron determinados de forma más precisa por el Tribunal. Esto lleva a una confusión porque permite pensar que el objeto del derecho a la dignidad se superpone con el de otros derechos, aunque no puede negarse que el contenido de la dignidad entendida como derecho según la Corte IDH es más amplio que el del resto de los derechos.

Luego del análisis de estos casos, no puede concluirse que el derecho a la dignidad —según la jurisprudencia del Tribunal— tenga un objeto claro. A partir de los casos relacionados con el consentimiento informado, podría haberse pensado que esta facultad se relacionaba directamente con la autonomía personal, sin perjuicio de que aquello implicaría la superposición de este derecho con el derecho a la libertad personal, plasmado en el artículo 7 de la CADH. Sin embargo, al declararse la violación del derecho a la autonomía, el Tribunal privó de contenido al derecho a la dignidad, razón por la que el uso de la dignidad como derecho no ha contribuido a la interpretación del resto de los derechos protegidos en la CADH ni ha ampliado la responsabilidad de los Estados.

Finalmente, el análisis de estos casos tampoco permite determinar si existe una diferencia entre la dignidad entendida como fundamento de derechos y la dignidad concebida como derecho, dado que la palabra «dignidad» ha sido empleada de ambas formas sin que la Corte IDH efectuara una distinción o una identificación clara al respecto.

## REFERENCIAS

Barak, A. (2013). Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right. En C. McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity* (pp. 361-380). Oxford: British Academy. https://doi.org/10.5871/bacad/9780197265642.003.0020

Barak, A. (2015). *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right* (D. Kayros, trad.). Cambridge: Cambridge University Press.

Delgado Rojas, J. I. (2018). Dignidad humana. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, *15*, 176-197. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4347

Delgado Rojas, J. I. (2020). Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (43), 241-271. https://doi.org/10.14679/1185

Glensy, R. D. (2011). The right to dignity. *Columbia Human Rights Law Review*, *43*(1), 65-142.

Grimm, D. (2013). Dignity in a Legal Context: Dignity as an Absolute Right. En C. McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity* (pp. 381-392). Oxford: British Academy. https://doi.org/10.5871/bacad/9780197265642.003.0021

Lafferriere, J. N., & Lell, H. M. (2020). Hacia una sistematización de los usos semánticos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (43), 129-167. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.43.15181

Lamas, F. A. (2020). Gnosticismo, Derecho y ley natural. *Prudentia Iuris*, *40* (edición de aniversario), 31-46. https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020

Massini Correas, C. I. (2017). Sobre dignidad humana y Derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho. *Prudentia Iuris*, (83), 42-72.

McCrudden, C. (2008). Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, *19*(4), 655-724. https://doi.org/10.1093/ejil/chn043

Menke, C. (2015). Dignity as the right to have rights: Human dignity in Hannah Arendt. En M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword y D. Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives* (pp. 332-341). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511979033.039

Ratti Mendaña, F. (2021). *Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (en prensa).

Santiago, A. (2017). La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional. *Prudentia Iuris*, (83), 95-108.

Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA). (1960). *Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf

Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA). (1969). *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos.* OEA/Ser.K/XVI/1.2. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf

Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA). (1972). *La Organización de los Estados Americanos y los derechos humanos. 1960-1967*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r18937_1967.pdf

Waldron, J. (2013). *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* NYU School of Law, Public Law Research Paper N° 12-73. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2196074

## Jurisprudencia, normas y otros instrumentos legales

Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención de Belém do Pará» (OEA, 1994).

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969).

*Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 394 (Corte IDH, 21 de noviembre de 2019).

*Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Serie C N° 91 (Corte IDH, 22 de febrero de 2002).

*Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 213 (Corte IDH, 26 de mayo de 2010).

*Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 232 (Corte IDH, 31 de agosto de 2011).

*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 110 (Corte IDH, 8 de julio de 2004).

*Caso Espinoza González vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 289 (Corte IDH, 20 de noviembre de 2014).

*Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 215 (Corte IDH, 30 de agosto de 2010).

*Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 315 (Corte IDH, 31 de agosto de 2016).

*Caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 253 (Corte IDH, 20 noviembre de 2012).

*Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 405 (Corte IDH, 24 de junio de 2020).

*Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 112 (Corte IDH, 2 de septiembre de 2004).

*Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 329 (Corte IDH, 30 de noviembre de 2016).

*Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 275 (Corte IDH, 27 de noviembre de 2013).

*Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 362 (Corte IDH, 26 de septiembre de 2018).

*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Serie C N° 252 (Corte IDH, 25 de octubre de 2012).

*Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 250 (Corte IDH, 4 de septiembre de 2012).

*Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Serie C N° 105 (Corte IDH, 24 de abril de 2004).

*Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 265 (Corte IDH, 22 de agosto de 2013).

*Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 375 (Corte IDH, 6 de marzo de 2019).

*Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 371 (Corte IDH, 28 de noviembre de 2018).

*Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 309 (Corte IDH, 25 de noviembre de 2015).

*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 349 (Corte IDH, 8 de marzo de 2018).

*Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 287 (Corte IDH, 14 de noviembre de 2014).

*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 216 (Corte IDH, 31 de agosto de 2010).

*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 318 (Corte IDH, 20 de octubre de 2016).

*Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 193 (Corte IDH, 27 de enero de 2009).

*Caso Valenzuela Ávila vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 386 (Corte IDH, 11 de octubre de 2019).

*Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 307 (Corte IDH, 19 de noviembre de 2015).

*Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 341 (Corte IDH, 31 de agosto de 2017).

*Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 364 (Corte IDH, 20 de noviembre de 2018).

*Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 350 (Corte IDH, 8 de marzo de 2018).

*Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 325 (Corte IDH, 22 de noviembre de 2016).

Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

Recibido: 19/04/2021
Aprobado: 17/09/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.013
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 433-468
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Garantismo y publicismo en el proceso civil: un enfoque analítico*

## Garantism and Publicism in Civil Procedural Law: An Analytical Approach

RENZO CAVANI**
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ÁLVARO CASTILLO***
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

**Resumen:** El presente texto echa mano de una metodología analítica para diferenciar tres discursos en el clásico debate entre publicismo y garantismo en el contexto del derecho procesal civil en la tradición continental: el histórico, el filosófico y el institucional. Se muestra que cada uno de ellos tiene diferentes premisas de discusión y, también, que permiten a llegar a consecuencias particulares. Así, defendemos una propuesta para distinguir el modelo publicista del garantista en el discurso filosófico identificando las premisas teórico-políticas que les sirven de base. En el caso del modelo publicista, la función del Estado es la de ser un prestador para la tutela de los derechos fundamentales o garantías y de ahí se desprende que el proceso sea visto como herramienta de la jurisdicción para concretar sus fines. Por su parte, en el caso del modelo garantista, la función del Estado asume un papel de abstención a fin de respetar los derechos fundamentales o garantías y, por ello, el proceso, lejos de ser un instrumento del poder jurisdiccional, es asumido como una garantía del ciudadano orientada a controlar dicho poder.

**Palabras clave:** Publicismo, garantismo, modelo constitucional de proceso, constitucionalismo, garantía constitucional

***Abstract:*** This essay uses an analytic methodology in order to differentiate three approaches in the classical debate between activist (publicist) and adversarial (guarantee) models in the continental tradition of civil procedural law: the historical, philosophical and institutional approach. It is showed that

* Los autores agradecen a Antonio do Passo Cabral, Antônio Carvalho Filho, Diego dei Vecchi, Eduardo José da Fonseca Costa, Eugenia Ariano y Giovanni Priori por el intercambio de ideas, así como por la lectura y corrección de algunas versiones preliminares del presente trabajo. Agradecemos también a Carlo Vittorio Giabardo, Enrique Sotomayor y Betzabé Marciani por el diálogo sobre algunos puntos específicos del texto y por sus valiosas recomendaciones. Los comentarios de todos(as) ellos(as) sirvieron para modelar nuestras ideas, aún imperfectas e inacabadas. Este texto también fue objeto de discusión con algunos miembros del Grupo Prodejus-PUCP, del cual los autores forman parte, a quienes también agradecemos sobremanera.

** Profesor ordinario auxiliar en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente a tiempo completo. CEO y cofundador de Evidence Lab. Miembro del Grupo de Investigación Prodejus-PUCP y de la Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona (UdG) (España). Doctorando en el Programa en Dret, Economia i Empresa de la UdG. Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Código ORCID: 0000-0001-8040-8185. Correo electrónico: renzo.cavani@pucp.edu.pe

*** Bachiller en Derecho por la PUCP. Fue adjunto de docencia en los cursos Sistema de Justicia y Fundamentos Constitucionales del Proceso, Postulación del Proceso y Revisión e Impugnación Judicial en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación Prodejus-PUCP. Código ORCID: 0000-0003-4605-3370. Correo electrónico: alvaro.castillo@pucp.edu.pe

each one of them has different premises of discussion and also allows to reach particular consequences. We defend a proposal to distinguish between the activist model and the adversarial model from a philosophical point of view by identifying the political theory premises that are in their foundations. In the activist model, the State's function is to be a provider for the protection of fundamental rights and, therefore, the judicial process is conceived as an instrument of the jurisdiction in order to achieve its public goals. On the other hand, in the adversarial model, the State's function assumes an abstentionist-type in order to preserve fundamental rights and hence, far from being an instrument of judicial power, the judicial process is conceived as a citizen's guarantee oriented to control that very power.

***Key words:*** Activist model, adversarial model, publicist model, guarantee model, constitutional model of procedure, constitutionalism, constitutional guarantee

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. TESIS PUBLICISTAS Y GARANTISTAS.- III. DISCURSO HISTÓRICO.- IV. DISCURSO FILOSÓFICO.- V. *EXCURSUS*: EL «GARANTISMO PUBLICISTA» DE FERRAJOLI.- VI. DISCURSO INSTITUCIONAL.- VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El debate entre garantismo y publicismo ha sido un tema recurrente en el derecho procesal civil[1]; no obstante, pese a los grandes esfuerzos teóricos que se han realizado al respecto, parece que todavía continúa siendo necesario llevar adelante trabajos con una pretensión aún más analítica, a fin de centrar debidamente el objeto del debate.

En ese sentido, a partir de la identificación de diversas posiciones defendidas por algunos juristas contemporáneos, en el presente trabajo buscamos identificar tres discursos diferentes bajo los cuales se podría abordar el debate publicismo/garantismo en el contexto del derecho procesal, a fin de evidenciar que cada uno presenta características particulares, premisas diferentes y, también, conclusiones que no necesariamente son compatibles entre sí. En efecto, no es poca la cantidad de juristas que han abordado este debate asumiendo uno, dos o los tres discursos, e inclusive alternando entre teorías descriptivas y

1 Este debate también ha sido planteado en materia procesal penal, donde el rol del juzgador y del proceso ha sido analizado a partir de los modelos de actuación inquisitivo y acusatorio. Si bien Montero Aroca (2003, p. 210) ha señalado que el llamado «proceso inquisitivo» no es un verdadero proceso, puesto que el único que realmente podría serlo sería el «acusatorio», no debe omitirse que, cuando menos fácticamente, hubo países que normalizaron la existencia de procesos de corte inquisitivo con amplios poderes para el juez, tal como ocurrió en el Perú con el Código de Procedimientos Penales de 1940. Dado que nuestro texto no pretende abarcar el proceso penal (que tiene muchas particularidades a nivel histórico y dogmático), buscaremos profundizar sobre este punto en un artículo posterior, donde, esperamos, quedarán más claras las relaciones entre el modelo inquisitivo y la corriente publicista que ahora caracterizamos.

prescriptivas. Para ello, emplearemos un método fundamentalmente analítico, sin comprometernos con ninguno de los modelos descritos.

Defenderemos una propuesta de enmarcar el debate a nivel del discurso filosófico a partir de la identificación de dos premisas de teoría política que son las que caracterizan a los modelos del publicismo y el garantismo: la función del Estado y la función del proceso. En cuanto a la función del Estado para el modelo publicista, este debe desempeñarse como un prestador a fin de tutelar los derechos fundamentales/garantías procesales y, para ello, el proceso pasa a ser visto como herramienta de la jurisdicción para concretar sus fines. Por su parte, en el caso del modelo garantista, la función del Estado reside fundamentalmente en abstenerse de afectar derechos fundamentales/garantías procesales y, por ello, el proceso, lejos de ser un instrumento del poder jurisdiccional, se orienta fundamentalmente a controlarlo, pasando a configurarse como una garantía del ciudadano.

## II. TESIS PUBLICISTAS Y GARANTISTAS

En el debate publicismo/garantismo es posible encontrar diversas tesis similares entre sí, pero inclusive en una misma corriente es posible identificar posturas contradictorias. Estas tesis se distribuyen a lo largo de la historia del derecho procesal, desde sus orígenes en el siglo XIX hasta la época actual. Sin perjuicio de que más adelante procuremos esclarecer las diferencias entre uno y otro modelo (que, a nuestro juicio, residen en el marco del discurso «filosófico»), a continuación describiremos brevemente las tesis de algunos autores que, desde nuestro punto de vista, son relevantes para comprender este fenómeno.

Cândido Dinamarco (2013)[2] desarrolla una tesis sobre la jurisdicción y el proceso que reivindica ideales en donde se aprecia un nítido privilegio del papel del Estado, defendiendo que la teoría del derecho procesal debe reubicar su centro de atención hacia la jurisdicción y, así, dejar de trabajar a partir de la acción, entendido esto como reminiscencia de un modelo privatístico ya superado (pp. 90 y ss.). Con ello, el Estado, mediante la función jurisdiccional, cumpliría diversos fines u objetivos que, según Dinamarco, son sociales, políticos y jurídicos —destacando que son «sus» fines (pp. 90-91)—; y que ni siquiera el proceso podría cumplir un rol central dado que

> no es una fuente sustancial ni un blanco de convergencia de las ideas, principios y estructuras que integran la unidad del derecho procesal. Dentro de un sistema que en sí mismo es instrumental, [el proceso] es el instrumento por excelencia, prestándose al ejercicio de una función

2 Para ensayos críticos sobre esta teoría en donde, previamente, se identifican los puntos centrales, ver Abboud y Oliveira (2008), y Abboud y Pereira (2019).

> que también está al servicio de ciertos objetivos (exteriores al sistema) (p. 93).

De esta forma, el proceso pasa a ser entendido, desde una perspectiva teleológica, como «instrumento» para alcanzar aquellos objetivos, siendo, por tanto, una herramienta al servicio del poder público para cumplir con sus fines[3].

Las premisas de teoría política no están ocultas en la tesis de Dinamarco: él parte de una doctrina (de gran apogeo en el siglo XIX) según la cual la sociedad no existía antes del Estado. Este, a través de las leyes, les otorga derechos a sus ciudadanos, mientras que estos —según la interpretación de Georges Abboud y Rafael Oliveira (2008)— serían súbditos del poder estatal que nada podrían hacer para evitar tal sumisión[4]. De ahí que el juez, encomendado con la misión de realizar los fines del Estado para sus ciudadanos y lograr la efectividad de las decisiones, deba poseer amplios poderes de dirección, instrucción y, en el contexto de la decisión judicial, podría llegar al punto de dejar de lado a la disposición legal y privilegiar los valores de la nación y el sentimiento de justicia (Dinamarco, 2013, pp. 335-351).

De otro lado, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010) caracteriza a su propia teoría del proceso (denominada por él como «formalismo-valorativo») como una fase siguiente al instrumentalismo «dinamarquiano» a partir de tres aspectos generales: a) la jurisdicción no tiene un papel meramente declarativo, sino más bien uno reconstructivo del ordenamiento jurídico; b) la relación entre proceso y Constitución trasciende a la positivización de las garantías procesales, puesto que exige que el propio proceso sea pensado a partir de los valores de la efectividad y seguridad, y desde los derechos fundamentales; y c) la jurisdicción no debe estar en el centro de la teoría del proceso pues ignora el papel que tienen la participación y la cooperación entre los sujetos procesales (pp. 20-23). En ese sentido, el autor parte de resaltar el importante papel que cumple el «formalismo», entendido como el conjunto de formas y formalidades de los actos procesales y las propias situaciones jurídicas de los sujetos (o sea, el propio procedimiento) en el equilibrio y delimitación de la discusión entre los sujetos del proceso, dado que impide que el proceso sea libremente conformado por el juez y asegura el ejercicio de los poderes de las partes (pp. 28-30). El formalismo, pues, trasciende a la mera técnica y se constituye como una restricción al poder estatal y, por tanto, una garantía de libertad (pp. 87 y ss.).

3 Como tal, la construcción de los actos de poder (siendo el principal, en el proceso, la sentencia) debe estar legitimada por sus destinatarios. Dinamarco (2013, p. 105) encuentra dicha legitimación en la participación de las partes mediante el contradictorio.

4 Esto queda demostrado en la idea que Dinamarco defiende sobre la «imperatividad» (2013, pp. 112-116).

Alvaro de Oliveira (2010) defiende la idea de que el formalismo procesal no es un cúmulo de reglas adoptado arbitrariamente por el legislador, sino que su estructura está condicionada por ciertos valores a partir de elecciones políticas, reflejando cómo el Estado considera el derecho y la justicia (p. 94). Pero, de la misma manera, defiende que «debe» estar axiológicamente orientado por los valores que emergen de los factores histórico-culturales (pp. 93) que, a su vez, dan paso a los derechos fundamentales[5]. El autor deja muy claro que el proceso no constituye un fin en sí mismo y, por tanto, que tiene un «carácter esencialmente instrumental» (p. 262). De esa manera, el fin del proceso, según dice, no se debe limitar a buscar la realización del derecho material, sino más bien lograr la justicia material y la paz social (los dos grandes valores que orientan la función de la jurisdicción), siempre según las particularidades del caso concreto. Finalmente, para el autor los problemas entre formalismo y justicia deben resolverse de conformidad con el «sentimiento de justicia» del juez, lo cual, a su vez, conduce a que el juez aplique la equidad, sea *extra legem*, *secundum legem* o, inclusive, *contra legem.*

Por su parte, Luiz Guilherme Marinoni (2006) elabora una teoría de la jurisdicción de la cual extrae diversas consecuencias para una teoría del proceso. El autor sostiene que, en el contexto del Estado constitucional, la jurisdicción no se limita más a tener una función declaratoria ni a crear la norma individual (algo propio del principio de supremacía de la ley y del «positivismo acrítico»), sino que ahora tiene por función proteger los derechos, en especial los derechos fundamentales y, aun de manera más particular, el derecho del ciudadano de obtener tutela jurisdiccional para sus derechos (pp. 138-142)[6]. A partir de ahí, según este autor, se reconfigura el papel del juez y la función del proceso. El Estado-juez, además de construir la norma jurídica para resolver el caso, debe tutelar el derecho material reconocido adecuando el procedimiento legalmente diseñado, supliendo lagunas normativas y empleando cualquier técnica procesal que tenga a su disposición para efectivizar dicha protección según las particularidades del caso concreto (pp. 142 y ss.)[7]. En el caso de la función del proceso, este se consagra con mayor énfasis como un instrumento de la jurisdicción para la protección de derechos, el cual

5 Aquí el autor hace explícita su premisa sobre el papel de los valores en el derecho: «El mundo jurídico lidia con *valores*, y el efecto (jurídico) de la norma no es ni el simple valor ni el simple hecho, sino el valor atribuido al hecho, según el encuadramiento realizado por la norma. En esto reside el *specificum* del fenómeno jurídico, constituido siempre de un hecho valorado por la regla jurídica. Bajo ese ángulo, tampoco se puede dejar de reconocer que los valores humanos no pertenecen solamente al mundo ideal, sino que tienen un fundamento real, que es una realidad de la experiencia histórica y social, no una realidad metafísica. Solo así será posible estudiar la positividad del derecho como realidad empírica de los valores de acción expresados por las proposiciones normativas (realidad empírico-formal) y predispuestas en función de los intereses eminentes de la sociedad (realidad empírico-sustancial)» (Alvaro de Oliveira, 2010, p. 93).

6 Ver, en general, el ítem 7 del libro.

7 Esto es defendido con mayor detalle en Marinoni (2004, pp. 192 y 202).

debe tener por característica fundamental el estar estructurado a la luz de los derechos fundamentales y que el poder jurisdiccional sea ejercitado de forma democrática y legítima, lo cual solo podría lograrse a través de la promoción de la participación de las partes en el procedimiento (pp. 415 y ss.). Concretamente, para Marinoni, el proceso en el marco del Estado constitucional es entendido como «el procedimiento que, adecuado a la tutela de los derechos, otorga legitimidad democrática al ejercicio del poder jurisdiccional» (p. 414).

De lo reseñado hasta el momento, en estas tesis se puede verificar que, si bien cada una posee matices que las diferencian entre sí, existe un punto común a todas ellas: la idea del proceso como «instrumento» para el cumplimiento de los fines «del» Estado (aplicación del derecho, justicia material, paz social, tutela de los derechos, etc.).

Existen autores cuyas tesis rechazan las posturas anteriormente referidas, aunque no es fácil encontrar auténticas «teorías sobre el proceso». Es más, estos autores parten de premisas muy distintas entre sí e, inclusive, emprenden metodologías de trabajo bastante particulares.

A modo de ejemplo, tenemos a Franco Cipriani (2003a, 2003b, 2003c, 2003d, 2006), cuyo propósito, más allá de crear una auténtica teoría, fue desenmascarar ideológicamente al Codice di Procedura Civile (CPC) italiano de 1940, analizando las bases históricas e ideológicas que subyacen a ese cuerpo normativo para concluir que es antiliberal, autoritario y fascista (2006, pp. 59-60)[8]. Por su parte, Juan Montero Aroca (2001), como profundo seguidor de Cipriani, también elabora de un análisis histórico-comparativo para identificar las ideologías inspiradoras de ciertos ordenamientos jurídicos, como es el caso del propio Codice di Procedura Civile de 1940 y la Ley de Enjuiciamiento Civil española[9]. El discurso de Montero Aroca (2006) también está lejos de buscar construir una «teoría del proceso» y se orienta, más bien, a elaborar una serie de críticas contra las legislaciones y un sector de la doctrina, centrándose en el rol de la «ideología» en el derecho procesal[10]; más específicamente, en el aumento de los poderes del juez, criticando la intención de ocultar las preferencias políticas a través de decisiones técnicas (p. 148).

Un discurso distinto, aunque manteniendo el mismo rechazo hacia la posición contraria, es el de Adolfo Alvarado Velloso (2005). El modelo

8 Cipriani (2006) llegó a confesar su sorpresa al verificar que su pensamiento es conocido por procesalistas no italianos, pese a que su discurso era visto por él mismo como uno dirigido fundamentalmente hacia Italia. En adición a esto, Cipriani cuestiona los argumentos de la doctrina publicista, caracterizándolos como «negacionistas» (p. 56), precisamente porque se «niegan» a reconocer los orígenes autoritarios del CPC italiano.

9 En esa misma línea es posible encontrar, por ejemplo, en el caso de Portugal, a Luís Correia de Mendonça (2002, 2007).

10 Para un análisis del papel de la ideología en la obra de Montero Aroca, ver Pereira (2018).

que él defiende —concebido como un *tertium genus* entre los viejos modelos clásicos de dispositivismo e inquisitivismo (p. 306)— entiende al proceso a partir de dos perspectivas que podríamos llamar «funcional» y «estructural»: a) funcionalmente, el proceso es una garantía en sí mismo, consagrada por la Constitución para la defensa de las libertades de las personas; y b) estructuralmente, el proceso es un método de «discusión dialógica» cuya «causa» es el conflicto intersubjetivo y su «razón de ser» es la erradicación, la fuerza ilegítima para promover la paz social (2009, p. 25; 2013, p. 14). Esto sería, según este autor, el modelo que guardaría mayor conformidad con la Constitución y que favorecería en mayor medida las garantías procesales como la imparcialidad, la independencia y la igualdad[11].

Estas tesis no se agotan con lo descrito hasta el momento, pues existen otras que parten de premisas diferentes y, además, se caracterizan por explicitarlas. Nos referimos al así llamado «garantismo brasileño», dentro del cual destaca Eduardo José da Fonseca Costa. El autor construye una teoría del garantismo calificada por él como una «teoría dogmática» (2019a), remitiéndose al concepto de «dogmática» defendido por Tércio Sampaio Ferraz Jr.[12]. Esta precisión conduce a la teoría de Costa, llamada por él de «garantística» (2018a). Se trata de una teoría sofisticada que parte del entendimiento del constitucionalismo como un fenómeno jurídico y político que, a su vez, se asienta en una tesis de teoría política que ve al poder (público) como algo que debe ser limitado a partir de su triple fraccionamiento horizontal (*check and balances*) y, a nivel vertical, mediante las «garantías»[13]. Dado que se trata de una lectura histórico-filosófica del constitucionalismo, la garantística es una «constitucionalística especializada en las garantías de los ciudadanos» que reclama la necesidad de una estructuración conceptual de plantear bases metodológicas para una teoría de la interpretación específica y de fórmulas prácticas para la efectivización de las garantías («analítica

11 Aquí Alvarado Velloso (2013, pp. 14-19) se remite al *Diritto e ragione* de Ferrajoli (1995) para encontrar el origen del término «garantismo». Sin embargo, no queda claro cómo sería posible vincular la teoría garantista de Ferrajoli con aquello que es defendido por Alvarado Velloso, sobre todo porque este último, según observamos, tendría que rechazar el rol que Ferrajoli le otorga a la búsqueda de la verdad y al papel del Estado en la actuación de las garantías secundarias. Sin perjuicio de ello, parecería que la tesis «alvaradiana» pasa, fundamentalmente, por una cerrada defensa de las garantías de la Constitución, pero sin explicitar debidamente sus premisas filosóficas.

12 Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, pp. 39 y ss.), con base en la lección de Theodor Viehweg, contrapone dos visiones de derecho: una «zetética» y otra «dogmática». La primera tiene una función más «informativa» y especulativa, mientras que la segunda busca ser más «directiva»; esto es, enfocada en la acción, orientando comportamientos, pero partiendo de premisas ya prefijadas. En esta línea, una teoría dogmática jurídica (como las disciplinas —o ciencias— del derecho procesal o constitucional) se caracteriza, antes que nada, por partir de un sistema jurídico vigente, a pesar de que un jurista teórico pueda valerse, también, de aspectos de la zetética jurídica, que privilegiaría discusiones más filosóficas (enfocadas, por tanto, en las premisas) (pp. 47 y 50).

13 Para Costa (2018a), «*GARANTIA* es toda y cualquier situación jurídica activa, simple o compleja, atribuida a los ciudadanos mediante norma constitucional, cuyo ejercicio tiende a prevenir o eliminar los efectos nocivos del abuso del poder cometido por el Estado o por quien haga de sus veces».

garantística», «hermenéutica garantística» y «pragmática garantística», respectivamente).

Por cierto, Costa no es el único procesalista que, para defender sus visiones sobre el derecho procesal, procura trazar (e incluso edificar) con bastante claridad sus premisas filosóficas e, inclusive, elaborar una teoría propia. Roberto González Álvarez es otro ejemplo. Este autor tiene como pretensión explicar cómo sería posible compatibilizar las ideas de eficientismo y garantismo, y, partiendo de esa preocupación, construye una teoría del modelo constitucional del proceso (que él denomina «neoprocesalismo»), aunque con base en las premisas filosóficas del «integrativismo trialista» elaborado por Werner Goldschmidt. González Álvarez (2013) señala que el objeto de derecho es la «interacción litigiosa eficaz» a partir del análisis ontológico de la eficacia, la efectividad y la eficiencia, pasando por distinguir a las dimensiones de finalidad (teoría de justicia), fundamentalidad (teoría del neoconstitucionalismo y del garantismo) y funcionalidad (la teoría del eficientismo, que envuelve al análisis económico del derecho y a la argumentación jurídica). Todas estas, a su vez, están enfocadas a partir del propio modelo integrativista. El concepto de «eficacia» es clave para este autor, pues expresa cómo es que el derecho aspira a justificarse racionalmente, para lo cual no se limita a «describir» la interacción humana, sino que también la dota de una finalidad, conjugando el plano óntico (descripción del ente, a cargo de la teoría del derecho) con el ontológico (prescripción de lo que el ente debe ser, a cargo de la filosofía del derecho) (pp. 42 y ss.). Todo ello sirve para dar soporte a los conceptos de «garantismo» y «neoconstitucionalismo» que González Álvarez desarrolla posteriormente.

Pasando al plano político-constitucional, bajo la perspectiva de González Álvarez (2013), el neoconstitucionalismo también es analizado «trialísticamente». En ese análisis, su eficacia está dada por la justicia (que comprende dignidad y libertad), su efectividad está asegurada por un catálogo de derechos fundamentales/principios y su eficiencia depende de la existencia de límites al poder público, que generan el contenido de los derechos fundamentales y la actuación de las garantías (pp. 305 y ss.). Precisamente en ese contexto es que surge el «garantismo», entendido por González Álvarez como una «teoría de la efectividad de los derechos fundamentales» (por tanto, en un plano superior al derecho procesal) y, a su vez, también susceptible de ser analizado desde una perspectiva trialista. Todo esto, aplicado al derecho procesal, revela que el proceso no es propiamente visto como una garantía, sino como un «método sistémico de interacción principal eficaz» donde interactúan los sujetos y los principios fundamentales (p. 230)[14]. Así, González Álvarez

14 Para González Álvarez (2013) el proceso no sería una garantía porque «la garantía al igual que el derecho al que asiste tiene contenido deóntico, el proceso no es derecho y, por tanto, no vincula garantías, tampoco es garantía porque carece *per se* de carga deóntica, el proceso es un

reelabora el concepto de «principio» para entender a los «principios fundamentales» como una estructura compleja que, a su vez, comprende en su contenido a los derechos, las garantías y también a las normas que los reconocen (por ejemplo, de acuerdo con este autor, el «principio de acción» contiene al «derecho de acción» y a las correlativas «garantías» de jurisdicción, tutela jurisdiccional y debido proceso) (pp. 230 y ss.)[15]. Esta conjunción de ideas y teorías, afirma el autor, acabaría superando tanto el dispositivismo como el publicismo, dando paso a una teoría neoconstitucionalista/garantista (pp. 33, 156, 221, 251 y 334 ), aunque muy diferente, por ejemplo, de las tesis tradicionales del garantismo y, también, de la teoría de Eduardo José da Fonseca Costa.

Pues bien, luego de esta breve reseña de tesis (que bien podrían clasificarse como publicistas y garantistas sin perjuicio de lo que diremos más adelante), pasaremos a abordar los discursos «histórico, filosófico e institucional»[16]. La importancia de esta tripartición radica en la necesidad de que cualquier debate entre garantismo y publicismo esté libre de superponer estos tres discursos sin realizar una debida diferenciación entre ellos. Pero, además, como hemos advertido, distinguirlos también contribuye a delimitar con mayor claridad las premisas teórico-políticas de ambos modelos.

## III. DISCURSO HISTÓRICO

El discurso histórico (que puede llegar a ser, más precisamente, historiográfico) se caracteriza por describir los principales modelos existentes a partir de la identificación de las características más relevantes de las legislaciones y de la doctrina del pasado[17].

simple método —ordenación de actos y de sus exigencias de interacción— por el que discurren sistémicamente los derechos y las garantías de estos, y como método que es resulta tan maleable por las garantías procesales fundamentales de eficiencia, que transitan en él, que a final de cuentas estos le dan forma y el proceso forjado así es, a no dudarlo, efectivo (no por sí mismo, sino por la realización de la principialidad fundamental de eficacia y efectividad que fluye a su través); algo mejor, constitucional; mejor aún, método sistémico de interacción principial fundamental. Entonces, proceso civil efectivo no es proceso como garantía, sino proceso consumado por principios (derechos y garantías) fundamentales actuados» (p. 129).

15 Sobre el contenido del principio de acción, el autor comenta lo siguiente: «A primera vista el principio de acción comprende el derecho de acción y su correlativa garantía de la jurisdicción, es más, son sus contenidos los derechos procesales fundamentales comprendidos en el derecho de acción y sus garantías correlativas contenidas en la garantía de la jurisdicción, entre las que destacan la de la tutela jurisdiccional y del debido proceso. Pero el derecho de acción, como tal, tiene un contenido conformado por otros derechos fundamentales que tienen vinculación directa con los contenidos de las garantías de la acción que, como es de fácil deducción, son otras garantías fundamentales, todo esto en un escenario de contenidos y subcontenidos que aparecen de la Constitución o de las leyes, en la medida en que también fluyen reglas de la Constitución y principios de las leyes» (González Álvarez, 2013, p. 738).

16 Otras reconstrucciones del debate fueron hechas por Taruffo (2009, 2020), Picó i Junoy (2006) y Pérez Ragone (2014, pp. 543 y ss.), cuestionando la tensión entre eficacia/eficiencia del proceso y de las garantías procesales que, al menos según estos autores, sería propuesta por los «garantistas». Para una reconstrucción a partir de la identificación de las ideologías políticas, ver Costa (2013). Para una percepción crítica sobre ambos bandos, ver González Álvarez (2013, pp. 568 y ss.).

17 Sobre el asunto, ver Tarello (1989), Van Rhee (2005), Carratta (2017), y Raatz y Anchieta (2018).

Una aproximación muy típica en el contexto del debate entre garantismo y publicismo es distinguir entre dos grandes modelos o vertientes partiendo del criterio de la división del trabajo entre el juez y las partes, vinculado a la ideología subyacente a la época[18]. Así, una primera vertiente, desarrollada fundamentalmente en Francia, parte de premisas filosóficas del liberalismo de los siglos XVIII y XIX, en donde la importancia de la autodeterminación del individuo ante el Estado y la libertad contractual llevaron a visualizar a la ley como el único límite para la restricción de la autonomía de las personas, sobre todo en lo concerniente a la rama del derecho privado. De esta forma, en el ámbito del proceso civil, habiendo nacido el conflicto de una relación meramente privada, se entendía que el medio para su resolución también debía ser estrictamente privado. Un ejemplo de esto puede ser apreciado en el Code de Procédure Civile de 1806, que autorizó a las partes a fijar plazos, formas y modos de realización de los actos procesales; en tanto que la desconfianza sobre el juez como auténtico funcionario del rey, a causa de la revolucionaria ruptura del Ancien Regime, provocó que este tuviese que limitarse principalmente solo a sentenciar.

Una segunda vertiente, radicalmente distinta, fue la austro-prusiana, con especial destaque de las ordenanzas prusiana y austríaca de fines del siglo XIX[19]. En ambas se verificó una corriente fuertemente estatista: el proceso era secreto y escrito, mientras que el juez tenía amplísimos poderes, principalmente en la admisión de la demanda, en el impulso del proceso y en los medios probatorios, buscando siempre la verdad real. El juez, según lo previsto en estas legislaciones, podía ir más allá de los hechos alegados por las partes. Dentro de esta tradición se encuentra la famosa Zivilprozessordnung (ZPO) de Franz Klein (1985)[20], la cual, con fuerte influencia social, proponía una renovación de la confianza en el poder estatal, concibiendo al juez como el protector de las partes y el principal responsable de la tutela de los derechos, y asumiendo un rol «asistencialista». Entendiendo el proceso como un mal social que debía ser resuelto velozmente y con el menor costo posible, Klein intentó diseñar un proceso oral, público, simple, barato y rápido, prohibiéndose así la prórroga de plazos pactada por las partes y privilegiándose la concentración de los actos procesales y los poderes de oficio[21].

La importancia de investigar los «modelos históricos» repercute en el hecho de que son fuentes de inspiración para muchos sistemas jurídicos

18 Al respecto, ver Cipriani (2003), Abreu (2014) y Pereira (2018).

19 Se trata de la Allgemeine Gerichtsordnung de 1781 (de José II de Austria) y la Allgemeine Gerichtsordnung für die Preuβischen Staaten de 1793 (de Federico Guillermo II de Prusia).

20 Sobre el asunto, ver Cipriani (2003), Picardi (2012) y Pérez Ragone (2014).

21 Como es sabido, a nivel doctrinario y, específicamente, en cuanto al sesgo ideológico, la ZPO kleiniana tuvo una influencia «decisiva» en Chiovenda, fundador de la Escuela Italiana del Proceso. Ello, conjuntamente con los trabajos dogmáticos de la doctrina alemana, llevó a la construcción de la ciencia «dogmática» del proceso con el elemento inescindible de la preponderancia del rol del Estado en este. Ver Raatz y Anchieta (2018).

antiguos y actuales, resultando esto muy útil para comprender doctrinas, legislaciones y prácticas jurídicas del presente[22]. No obstante, el discurso histórico tiene sus límites, ya que con el paso del tiempo los sistemas jurídicos también tuvieron sus propias conformaciones e influencias culturales, que determinaron no solo una edificación diversa en la legislación y la administración de justicia, sino también una práctica jurídica particular[23].

De esta manera, si bien el elemento histórico es innegablemente parte del debate entre publicismo y garantismo por parte los juristas del derecho procesal, pues siempre se suele tener presente esta confrontación entre «proceso liberal» y «proceso autoritario», pensamos que la reconstrucción y reencuadramiento del debate contemporáneo debe hacerse a partir de argumentos que se diferencien nítidamente de aquellos propios de los modelos históricos[24]. Ello se hace más necesario cuando, como veremos, el debate con tintes históricos poco tiene que ver con modelos filosóficos contemporáneos más clásicos como el de Luigi Ferrajoli.

## IV. DISCURSO FILOSÓFICO

Además del discurso histórico, es posible entrar al plano propiamente teórico y distinguir entre un discurso «filosófico» y otro «institucional». Cuando hablamos de «discurso filosófico» queremos aludir simplemente a los enfoques (meta)teóricos con una pretensión fundamentalmente conceptual, y que busca trascender a un sistema jurídico específico. Por su parte, el «discurso institucional» es uno metodológicamente diferente que centra su análisis en las normas, prácticas y/o características pertenecientes a un sistema jurídico determinado.

No puede perderse de vista que en ambos discursos es perfectamente posible encontrar «tesis descriptivas» y «tesis prescriptivas»; esto es, de un lado, pretensiones que fundamentalmente buscan destacar las características de un modelo para, a partir de allí, extraer diversas conclusiones; y, de otro lado, pretensiones que, por el contrario, ofrecen una serie de razones que, desde una perspectiva justificativa, buscan demostrar que un modelo defendido sería preferible a otros. Una estrategia

22 La influencia francesa se sintió con mucha fuerza en la legislación italiana del siglo XIX (Taruffo, 1980). Por su parte, la influencia de la ZPO austriaca fue bastante notoria en diversas legislaciones del siglo XX (por ejemplo, en Alemania, Portugal, Brasil y América Latina en general). En el caso de los países de lengua española en América Latina, esta influencia se debió, en gran parte, al trabajo de traducción realizado por Santiago Sentís Melendo de autores como Chiovenda, Calamandrei, Liebman y Carnelutti. Todos ellos, por cierto, claramente pueden ser considerados como publicistas.

23 Por ejemplo, es innegable la influencia del derecho común español en la legislación del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX en los sistemas latinoamericanos. Incluso, sería posible identificar al modelo español como distinto de las vertientes francesas y austriacas, por lo menos hasta antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Ver Taruffo (2001, pp. 40 y ss.).

24 Por ello, entre otras razones, resulta cuestionable tildar simplemente como «neoprivatismo», tal como lo hace Barbosa Moreira (2007), a las teorías o tesis que buscan cuestionar el poder probatorio de oficio, como si ellas fuesen un mero *aggiornamento* de alguna vertiente histórica.

del enfoque descriptivo podría ser, por ejemplo, identificar cuáles son los modelos de proceso y revelar sus conexiones con diversos valores como la seguridad jurídica, la libertad o la democracia, habiéndoles previamente establecido un contenido. Por su parte, el enfoque prescriptivo, partiendo de la existencia de dichos valores (plasmados en mayor o menor medida en ciertas normas constitucionales), se orientaría a defender un modelo de proceso como el mejor posible y, con ello, plantearía cómo «debería» conformar la legislación o la práctica jurídica para efectivizarlo.

Pues bien, en lo que corresponde al discurso filosófico sobre el debate publicismo/garantismo en el ámbito del derecho procesal, brilla con luz propia la contribución de Mirjan Damaška (1986). El autor distingue dos modelos ideales de Estado: el «Estado activista» y el «Estado reactivo», y reconstruye sus características partiendo de los modelos más extremos. El primero tiene una función predominantemente gerencial pues busca «perseguir e imponer visiones particulares de la sociedad ideal y dirigirla hacia fines deseables» (p. 72), no existiendo ámbito de la vida social que, potencialmente, no «pueda ser evaluada en términos de política estatal y modelada a sus demandas» (p. 80). Así, los ciudadanos deben cooperar entre sí para lograr objetivos comunes, los cuales, a su vez, están subordinados a los intereses del Estado. El segundo modelo, por el contrario, parte de la premisa de que la sociedad debe quedar inmune de cualquier tipo de dirección gubernamental, buscando así crear un marco en el cual los ciudadanos puedan perseguir sus propios objetivos. Para ello, se busca un modelo de Estado mínimo (*minimal government*) que sea capaz de preservar la autonomía de las personas.

La función de ambos modelos de Estado tiene una importante repercusión en el papel de la jurisdicción (*administration of justice*). En el caso del Estado activista, el conflicto entre dos privados es contemplado como un pretexto para que el Estado encuentre la mejor solución para resolver un problema social, con el riesgo de que el litigio entre el Estado y un particular se decante a favor del primero por titularizar siempre un interés prevalente frente a este (Damaška, 1986, p. 86). Asimismo, dado que el derecho es un instrumento para la implementación de políticas públicas, el proceso no puede tener otro objetivo que aplicar el derecho a fin de elegir las medidas que favorezcan el interés estatal. De ahí que se justifique una injerencia estatal en la conducción del procedimiento, dando paso a modelos inquisitoriales.

En el caso del Estado reactivo, por el contrario, la manutención del orden presupone simplemente la resolución de los conflictos, privilegiando la solución amistosa y, solo como último recurso, llevando el conflicto al Estado (el cual solo actúa cuando un privado se lo requiere). El proceso se entiende como una competición entre dos partes en donde el juzgador debe intervenir lo menos posible, manteniendo su

neutralidad a fin de preservar la legitimidad de su decisión. Con ello, un juez del Estado reactivo se asemeja más a la figura de un árbitro.

De esta explicación es posible concluir que el objetivo del proceso judicial en el Estado activista es la aplicación del derecho a fin de imponer los fines estatales, justificándose, de ahí, los poderes del juez. Por otro lado, en el Estado reactivo se privilegia un mayor equilibrio entre las partes y el ejercicio irrestricto de sus poderes, con la consecuente neutralidad y pasividad del magistrado, siendo que la aplicación del derecho se da rigurosamente en función de los ciudadanos[25]. Esta debida delimitación entre ambas funciones que puede asumir el Estado y su impacto en la jurisdicción es muy relevante respecto de la identificación de las premisas teórico-políticas que caracterizan a los modelos publicista y garantista, tal como veremos más adelante.

Otro gran enfoque dentro del discurso filosófico del debate garantismo/publicismo se centra en la vinculación entre Constitución y proceso o, más específicamente, en determinar cómo es que el fenómeno del «constitucionalismo» ha impactado en el derecho procesal. En ese punto, el discurso adquiere una particular complejidad porque existen diversas formas de entender el concepto de «constitucionalismo». Por ejemplo, al menos en lo que concierne a Europa continental, con las constituciones de la postguerra se asumió la prevalencia de los derechos, elevados a rango constitucional, como limitación al poder de las mayorías parlamentarias y del poder público en general, otorgando un papel fundamental al poder jurisdiccional a efectos de realizar este control, aunque con grados e intensidades diferentes. Empero, hace algunas décadas existe un fuerte debate en el seno de la filosofía política en el cual esta postura ha sido puesta en jaque al revelar una tensión entre el «constitucionalismo» y la «democracia», defendiendo la prevalencia del autogobierno de las personas de una comunidad política mediante una representación en los órganos mayoritarios y, con ello, la posibilidad de decidir sobre los derechos, no siendo esos últimos precondiciones de la democracia (todo esto a partir de la idea de libertad como no dominación)[26].

Así, la concepción del «constitucionalismo de derechos» se muestra particularmente compatible con el rol estelar del juez en la protección de los derechos, echando mano del control de constitucionalidad para

25 Sobre el asunto, trabajando de cerca con Damaška y extrayendo conclusiones sobre el fin del proceso, ver Ferrer Beltrán (2017). Nótese que, a partir de estos dos grandes modelos, Damaška identifica —desde una perspectiva descriptiva— características específicas de uno de ellos concernientes al inicio de la causa, a la introducción de alegaciones de hecho y de derecho, a la conducción del proceso, etc. Al final de su trabajo, discurre sobre algunos modelos «reales» del proceso penal y civil de las tradiciones angloamericana y continental, graficando cómo es que ellos pueden encajar en los modelos ideales previamente reconstruidos.

26 Sobre el asunto, ampliamente, ver Bayón (2000, 2004). Es en este ámbito de autogobierno que se desenvuelven, por ejemplo, las diversas teorías de la democracia deliberativa. Ver Martí (2006).

alejarse de la aplicación de la ley y hacer prevalecer las garantías procesales; mientras que la concepción de «constitucionalismo democrático» se mostraría particularmente favorable al respeto o deferencia que debe guardar el juez frente al legislador, quedando fuertemente limitado el propio control de constitucionalidad con la correspondiente sujeción a la ley democráticamente instituida[27].

Pues bien, la doctrina procesal asume como premisa incuestionable al «constitucionalismo de derechos»; es decir, haciendo énfasis en la dimensión de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y en el papel de la jurisdicción como contralora de la Constitución a fin de proteger dichas situaciones. No es poco común, inclusive, referirse al «modelo de Estado constitucional» o al «paso del Estado de derecho hacia el Estado constitucional», aunque estos sean términos muy polisémicos y con profundas implicancias en la teoría y filosofía del derecho del siglo XX que, cuando mínimo, merecen ser aclaradas[28]. De cualquier manera, es bastante usual encontrar por detrás de diversas tesis, así llamadas publicistas y garantistas contemporáneas, el entendimiento ya asentado de que el constitucionalismo, fundamentalmente, presupone un «control del poder estatal» y que esto habría abierto el paso para la llamada «constitucionalización del proceso», la cual involucra dos dimensiones: a) la jurisdicción constitucional (esto es, acciones o procesos judiciales que buscan directamente la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos o, en general, la supremacía normativa de la Constitución)[29]; y b) la elevación a rango constitucional de las garantías de las partes (defensa, contradictorio, cosa juzgada, etc.)[30].

Nótese, pues, que tanto los autores «publicistas» como los «garantistas» reivindican que el modelo de proceso defendido por ellos debe ser pensado a partir de la Constitución y, por ello, existiría un compromiso de respeto y/o protección de los derechos fundamentales o garantías constitucionales. Esto, a primera vista, podría ser paradójico, pero veremos que no es así.

A partir de esta conexión entre poder público, constitucionalismo y derechos fundamentales/garantías procesales es posible —aunque no sea la única opción teórica— distinguir dos grandes «modelos filosóficos» en torno a los cuales se reúne un amplio conjunto de teorías diversas y tesis sobre el «modelo constitucional del proceso». Estos modelos pueden asumir el nombre de «publicismo» y «garantismo», y

27 Ver Linares (2008). Este filón de análisis, sin embargo, no es frecuente en la doctrina procesalística y sí, más bien, a nivel de filosofía política y derecho constitucional.

28 Esto no será realizado en esta oportunidad, pero para un buen esclarecimiento al respecto, ver Sotomayor (2020). En nuestra opinión, las alusiones al «Estado constitucional», sin una justificación sobre las premisas filosóficas en las que se basa el concepto elegido, corren el serio riesgo de no pasar de ser un mero *slogan*.

29 Para una exposición bastante completa, ver Abboud (2019, pp. 439 y ss.).

30 Por ejemplo, ver los clásicos textos de Couture (1948) y Comoglio (1970).

las diferencias que puedan tejerse entre ambos radican en las premisas teórico-políticas asumidas. De manera específica, las dos premisas son las siguientes: a) la función del Estado en el contexto del proceso y b) la función del proceso frente a la extensión del control del poder público[31]. La asunción de alguno de estos modelos conduce, a nuestro juicio, a una comprensión diferente de los sistemas jurídicos y, también, de la práctica jurídica, pues es el modelo escogido el que llevará a interpretar de una cierta manera las disposiciones normativas de un sistema jurídico.

Dentro del modelo publicista es posible encontrar una serie de entendimientos diversos entre sí, pero en buena medida complementarios. Se trata de un conjunto de tesis que sostienen que el proceso busca (o debe buscar) la efectiva tutela de las situaciones jurídicas sustantivas, la actuación de la voluntad de la ley, la (correcta)

31 No desconocemos que en el ámbito del *common law*, desde hace algunas décadas, se ha trabado un debate filosófico en términos que parecerían próximos a los aquí expuestos; no obstante, existen diversas particularidades que vale la pena resaltar. En efecto, los juristas angloamericanos que escriben sobre el sistema de justicia civil no hablan en términos de «modelo constitucional de proceso», más propios de la tradición continental. Lo que se constata, más bien, es que la discusión ha girado en torno a argumentos de «política del derecho procesal» y, además, de «filosofía del derecho procesal». Ya Owen Fiss, desde fines de la década de 1970, por ejemplo, incidiendo sobre las decisiones estructurales (como el caso *Brown vs. Board of Education*), entendía a la toma de decisiones por el Poder Judicial (la *adjudication*) como el «proceso social mediante el cual los jueces otorgan sentido a nuestros valores públicos» (1979-1980, p. 2), en donde las sentencias de los jueces son vistas como una «parte integral de un sistema político más amplio» (1982, p. 125; 1985). Fiss parecía entender que lo que él denominaba «modelo de resolución de disputas», en el que simplemente se resolvía un conflicto individual, a diferencia del litigio estructural, no perseguía valores sociales o públicos. No obstante, en su clásico ensayo «Against Settlement», Fiss (1983-1984) le otorga una dimensión pública a la *adjudication* en general: «La *adjudication* usa recursos públicos y no emplea a extraños elegidos por las partes, sino funcionarios públicos elegidos en un proceso en el que el público participa. Estos funcionarios, al igual que los miembros de los poderes legislativo y ejecutivo, poseen un poder que ha sido definido y conferido por el derecho público, no por acuerdo entre privados. Su trabajo no sólo es maximizar los intereses de las partes, ni tampoco simplemente asegurar la paz, sino explicar y darle fuerza a los valores incorporados en los textos autoritativos como la Constitución y las leyes: es decir, interpretar dichos valores y hacer que la realidad se muestre de conformidad con ellos» (p. 1085). El lema de su crítica a la proliferación de los mecanismos de solución de controversias (ADR, por sus siglas en inglés) por sobre la resolución de estos por la jurisdicción se condensaría en su frase «Justicia en vez de paz». De cualquier manera, en las diversas tesis de Fiss nos parece inocultable que el entendimiento de la *adjudication* está vinculado a que los jueces hagan efectivos ideales progresistas y que, con ello, sean auténticos transformadores de la realidad. He ahí, pues, un discurso propiamente de política del derecho procesal.
De otro lado, una profunda seguidora de Fiss en la crítica a los ADR ha sido Judith Resnik (1986, 1994, 2002-2003, 2014a), quien ha llegado a afirmar que «hoy en día, buena parte de la *adjudication* viene siendo removida del panorama público, ocasionando que el ejercicio y las consecuencias del poder público y privado sean difíciles de determinar. Este movimiento que aleja la *adjudication* pública es un problema *para* las democracias porque la *adjudication* tiene contribuciones importantes que hacer *para* la democracia» (2014a, p. 21). Indudablemente, esta posición refleja una tesis filosófico-política, pues se valora positivamente la función del proceso como espacio de discusión pública respecto de los derechos y debates sobre la interpretación de los textos autoritativos y la redistribución del poder (en el mismo sentido de preferir la *adjudication*, ver Genn [2012] y Giabardo [2017]; para una posición contraria, ver Menkel-Meadow [1995]). En línea similar a la de Resnik, Alexandra Lahav (2016) defiende que, más allá de la legitimidad sociológica (propia de la aproximación de Fiss), en el proceso judicial se practican importantes valores democráticos como la producción de argumentos jurídicos o la promoción de la transparencia a partir de la incorporación de información; y, por eso mismo, la litigación sería determinante para el propio funcionamiento de la democracia estadounidense, dado que a través del proceso judicial se van resolviendo continuamente los conflictos en una sociedad heterogénea al impedir el uso de la violencia (Lahav, 2017).
Para una contextualización del debate en el ámbito del *common law*, tomando una posición al respecto, ver Giabardo (2020).

aplicación del derecho objetivo, la averiguación de la verdad[32], la protección del interés público, la justicia material o la paz social. No obstante, una premisa compartida es que se concibe la función del Estado como el gran prestador de tutela (protección) en el contexto de un servicio público (la justicia estatal), siendo esto, precisamente, una «condición necesaria» para la protección de los derechos fundamentales de las partes y la efectivización de las situaciones jurídicas materiales llevadas al proceso. Dentro del entendimiento de esta función del Estado no hay duda de que existen muchos matices que permiten identificar, por ejemplo, modelos muy rígidos en los que abiertamente se coloca a la jurisdicción en el centro de la actividad de adjudicación (tesis de Dinamarco); otros un poco más moderados en los que se hace mayor énfasis en el respeto a los derechos fundamentales y las garantías, clamando por un modelo más dialógico entre el juez y las partes para la realización de los valores constitucionales (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira); y otros que, más bien, se orientan a destacar la protección de las situaciones jurídicas subjetivas (del demandante) como finalidad última del proceso y el deber del Estado de prestar dicha tutela a través del proceso (como es el caso de Marinoni)[33].

Empero, la premisa filosófica que relaciona a las tesis anteriormente descritas sobre el fin del proceso (de las cuales son consecuencia varios de los poderes del juez consagrados en las legislaciones procesales) es que, más allá del mayor o menor énfasis que se quiera hacer en la importancia del respeto de los derechos fundamentales/garantías de las partes, se acepta que el Estado, a través del ejercicio del poder jurisdiccional, debe ejercitar una función «prestacional» (y, por tanto, «activa», en el sentido damaskiano) para cumplir ciertos fines, ya sean políticos, jurídicos y/o sociales.

Precisamente, para el cumplimiento de estos fines, el proceso se muestra como un «instrumento»[34] que habilita el ejercicio del poder

32 El discurso sobre la verdad en el proceso es particularmente complejo debido a los debates en torno al propio concepto de verdad (por ejemplo, si es por consenso o por correspondencia); por la discusión sobre el tipo de conexión entre verdad y prueba (si es «conceptual» y/o «teleológica»; y, de ahí, si el objetivo «institucional» de la prueba en el proceso sería la verdad); y, también, por la posibilidad de que exista alguna confluencia entre la verdad como objetivo institucional del derecho (y, de ahí, la conformación del proceso privilegiando la investigación criminal, la flexibilización en la producción de pruebas y la propia relevancia de la valoración racional de la prueba, así como del control intersubjetivo del raciocinio probatorio), pero admitiendo restricciones ante el privilegio de otros valores, tales como la propia libertad o la estabilidad de las decisiones judiciales. El tema es extremadamente complejo y lo dejaremos para otra ocasión. Para una discusión sobre el asunto, ver Haack (2016), Ferrer (2005), Dei Vecchi (2016; 2020, p. 15) y Sotomayor (2019).

33 Siguiendo de cerca a Marinoni, ver Mitidiero (2013, 2016) y Marinoni *et al*. (2017, pp. 546 y ss.).

34 Cuando se habla de «instrumentalismo», normalmente se le asocia, en Brasil, a la tesis elaborada por Cândido Rangel Dinamarco (como veremos más adelante, claramente construida sobre rígidas premisas publicistas). Según Raatz (2019), sin embargo, sería errado afirmar que esa doctrina pertenece a Dinamarco, ya que la tesis construida por él se mostraría solamente como uno de los varios reflejos del modelo publicista en la ciencia del derecho procesal. Sin perjuicio de ello, consideramos que es posible verificar en Dinamarco algunos puntos específicos como, por ejemplo, la identificación, conformación y categorización de los fines de la jurisdicción (y, por lo tanto, del

del Estado (en específico, el «poder jurisdiccional»)[35]. Nótese que las tesis publicistas no desconocen que el poder ejercitado por el Estado debe tener límites, pero —he aquí lo relevante— «el proceso no es visto como uno de estos límites»; más bien, este se configura como una herramienta que no es «de» las partes ni (únicamente) «para» las partes, sino (exclusiva o principalmente) «para» el Estado o, inclusive, «para» la sociedad, debido a la necesidad de la tutela del interés público de todos los ciudadanos en la resolución de la controversia mediante el respeto del orden jurídico. Así, si bien es verdad que existe un interés privado del ciudadano envuelto en la controversia, este interés cede (o «debería» ceder) ante el interés público/social/de la nación[36].

De esta premisa se deriva la segunda, también desde una perspectiva de teoría política, que termina conectando las teorías publicistas. Dado el papel renovado de la jurisdicción en el contexto del constitucionalismo y la necesidad de protección de los derechos fundamentales a través de ella, se asume que el proceso también puede servir para realizar un control del poder. Empero, el poder que puede y debe ser controlado en el contexto de un proceso es aquel que se ejerce mediante la función estatal administrativa (revisión judicial de actos administrativos), la función estatal legislativa (control constitucional de actos legislativos) y, eventualmente, el poder privado. El proceso, por lógica consecuencia, no puede existir para controlar «el poder jurisdiccional» porque aquel es instrumento de este[37]. En otras palabras, para el modelo publicista, el proceso, bajo el fenómeno del constitucionalismo, no tiene por función proteger a los ciudadanos de los eventuales excesos del poder ejercitado por la propia jurisdicción. En efecto, si es que el Estado-jurisdicción concreta sus propios fines a través del proceso (efectivizando los derechos fundamentales, tutelando el interés social, etc.) y, con ello, se constituye como el poder público que por antonomasia protege a los ciudadanos a través de comportamientos prestacionales, entonces no es contra este poder que los ciudadanos deberían cuidarse. La jurisdicción, pues, no puede proteger a los ciudadanos de sí misma; esta, más bien, sería (o debería ser) un aliado y no podría ser vista como una enemiga.

La consecuencia natural de adoptar este modelo es la elevación del papel del sujeto que representa al Estado en el proceso (el juez) y, en

proceso, entendido como instrumento de esta), que convierten a su teoría en una particular y no simplemente en una adaptación de otra precedente. Sobre el asunto, ver Abboud y Pereira (2019).

35 Como queda claro en el entendimiento de muchos juristas, como Dinamarco (2009) y Nieva Fenoll (2014, pp. 62 y ss.). Sobre el asunto, ver Carvalho (2019).

36 Carvalho (2019), caracterizando el núcleo de las tesis publicistas.

37 Ciertamente, hay un discurso en pro de los derechos fundamentales/garantías procesales que tiene como «destinatario» al Estado (incluyendo, por supuesto, a la jurisdicción). Son estas garantías, por tanto, las que delimitan la actuación de la jurisdicción en el marco de un proceso; pero este, «en sí mismo», no es visto como una contención del poder público. ¿Cuáles son los problemas que pueden originarse a partir de esto? Que, al final, como defienden autores como Dinamarco, Alvaro de Oliveira o Marinoni, deban prevalecer los fines del Estado, aun al margen, por ejemplo, de la legislación democráticamente instituida.

consecuencia, la intensificación de sus poderes. Solo de esta manera es que el Estado cumpliría su rol prestacional de tutela de derechos fundamentales y, de esa forma, el proceso sería «efectivo». Al respecto, a partir de un análisis empírico en diversas legislaciones procesales, pueden identificarse algunas características (aunque no las únicas, por cierto) que adopta, explícita o implícitamente, este modelo:

- «Control inicial (*in limine*) de la petición inicial», en donde el juez pasa a tener poderes discrecionales para impedir el trámite de demandas condenadas al fracaso.
- «Posibilidad de corrección de las postulaciones», traducido en el *iura novit curia*, recalificando jurídicamente los hechos alegados en la demanda o en la «suplencia de queja deficiente» en el ámbito del proceso constitucional, lo que permite una auténtica adición o sustitución oficiosa de los pedidos[38].
- «Juez director», con el correspondiente deber de impulso de oficio del proceso.
- El deber de «colaboración procesal» del Estado-juez hacia las partes y de las partes entre sí, pudiendo ser objeto de sanción si no lo cumplen (Crevelin, 2017; 2020; Raatz, 2019).
- «Poderes oficiosos», los cuales podrían llegar a ser ejercidos aun sin la promoción del contradictorio.
- «Poderes probatorios» mediante la incorporación de pruebas no ofrecidas ni producidas por las partes y la dinamización de la carga de la prueba (por ejemplo, en los casos de dificultad de probanza)[39].
- «Adaptabilidad procedimental», permitiendo que el juez pueda modificar el procedimiento legalmente previsto, adecuándolo, según su criterio, a las necesidades del derecho material (Marinoni, 2004, pp. 222 y ss.).
- «Restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes» a través de la consagración de normas que, a su vez, disponen que las normas procesales son de orden público o que son imperativas, inmodificables y, en general, una supresión de la posibilidad de negociación entre las partes.

38 Por ejemplo, los artículos III y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de Perú.

39 Defendido, entre otros, por Taruffo (1997), a partir de la premisa de tener que llegar a una decisión justa/correcta, que presuponga el verdadero conocimiento de los hechos, siendo esta una condición necesaria de aquella, pero aclarando, sin embargo, que esa finalidad epistémica no es la «única» perseguida por el proceso (2010, p. 156). De ahí que el juez pueda producir «todas las pruebas que las partes —por cualquier razón— no hayan solicitado» (2009, p. 375).

- «Ablandamiento o flexibilización en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas» siempre que sea necesario para obtener una decisión justa y adecuada (Barcellos & Delfino, 2019).
- «Paridad de oportunidades/armas de las partes», teniendo el juez el deber de detectar desigualdades y, frente a ello, realizar comportamientos activos para equilibrarlas o igualarlas.

Tal como se advirtió anteriormente, no es raro que todos estos poderes del juez sean comprendidos precisamente para proteger al ciudadano y tutelar sus derechos fundamentales, sobre todo por parte de los tribunales de justicia.

En la orilla contraria a estas ideas encontramos al modelo del «garantismo»[40], que, tal como el publicismo, como mencionamos anteriormente, también posee una gran cantidad de teorías y tesis no siempre del todo homogéneas entre sí. Por ejemplo, es muy usual vincular las tesis garantistas con el llamado modelo del «liberalismo procesal». Tal como señala Costa (2018c), este modelo puede entenderse de la siguiente manera:

> El liberalismo procesal es el molde procesal de los valores liberales. Es la ideología liberal hecha proceso. Es la primacía del *individuo* y, en consecuencia, de la libertad de las partes (que ejercitan sus posiciones procesales con irrestricta autosuficiencia) sobre la autoridad del Estado-juez (que ejerce la jurisdicción con absoluta neutralidad funcional). Propone menos juez y más partes. Se trata, en efecto, de una teoría *político-liberal* del proceso. Nada tiene de jurídico-dogmática. No construye un sistema normativo procesal a partir de textos de derecho positivo vigentes. Simplemente proyecta sobre el plano microprocesal los valores a los cuales rinde culto en el plano macrosocial (individualismo, libertad negativa, razón, tolerancia, etc.). Si "el mejor gobierno es el que menos gobierna" ("*the government is best which governs least*") [Thomas Jefferson], entonces el mejor juez es el que menos juzga. De allí el culto al "juez mínimo", el "juez inerte", el "juez enano", el "vigilante nocturno", el "policía de tránsito", el "árbitro pasivo", el "mandatario de las partes"[41].

Este elemento del «liberalismo procesal» hace precisamente que existan muchos matices en las teorías consideradas garantistas. Hemos

40 Es bueno anticipar desde ya que no asumimos el «garantismo» como lo entiende Ferrajoli. Tal como explicaremos más adelante, la función de la jurisdicción y del proceso diseñada en su teoría lo aproximan más a un modelo «publicista», en los términos que exponemos en el cuerpo del texto.

41 A partir de esta reflexión, el autor distingue el liberalismo procesal de su entendimiento sobre el garantismo procesal, defendiendo que este no tiene una ideología, no es consecuencia del primero, puede haber simplemente coincidencias en sus propuestas —como la defensa de la libertad por ser el proceso garantía de ella—, pero tiene bases epistémicas y filosóficas muy diferentes.

evidenciado que existen tesis que parten de discursos fundamentalmente históricos (Cipriani y Montero Aroca) y otras que se centran en sistemas de derecho positivo (como el caso de Glauco Gumerato Ramos o Eugenia Ariano, como veremos más adelante). Empero, sí es verdad que muchas veces las posturas garantistas son planteadas en términos claramente ideológico-políticos. Así, reivindicando los ideales del liberalismo clásico, existen tesis que defienden que el proceso es (o debe ser) de «propiedad» de las partes, defendiendo, a su vez, que el rol del juez debe ser mínimo, volcado principalmente a emitir sentencias[42]. Aquí, pues, una tesis como esta no pasa de ser un modelo «privatista».

Consideramos, sin embargo, que el delineamiento del debate entre publicismo y garantismo debe centrarse más en la filosofía del derecho constitucional y en la teoría política y, con ello, despercudirse del factor ideológico-político que se le ha atribuido[43]. En efecto, en contraste a lo que se señaló al caracterizar el modelo filosófico publicista, el modelo filosófico garantista parte de premisas enteramente diversas en cuanto a la función del Estado y la del proceso frente a la extensión del control del poder.

Las tesis sobre garantismo procesal suelen partir de una premisa fuerte de constitucionalismo liberal clásico, consistente en la necesaria «abstención» del Estado en las libertades ciudadanas. El propio fundamento en la teoría política es indispensable para las tesis garantistas, ya que el discurso sobre la «garantía» se remite directamente a la relación entre Estado y ciudadano. Por ello es que se muestra como necesario asumir una cierta teoría de poder. En este caso, parecería defenderse un entendimiento clásico; esto es, una concepción «relacional» entre sujetos: el poder de A implica la no-libertad de B, mientras que la libertad de A implica el no-poder de B (Bobbio, 1985, p. 68)[44]. Así, a fin de cuentas, el poder se reduciría a

42 Estas tesis son defendidas, por ejemplo, por Alvarado Velloso y, de hecho, es contra este tipo de tesis que, mayoritariamente, los juristas adscritos a la concepción publicista han dirigido sus principales críticas (Taruffo, 2020, pp. 21 y ss.). De cualquier manera, vale la pena indicar que existen tesis garantistas que, por el contrario, defienden que el proceso no sería «de las» partes, sino «para las» partes, destacando que el proceso se desenvuelve necesaria e innegablemente en un ambiente público. Ver Costa (2016).

43 Verdad sea dicha, no cabe duda que si los autores garantistas soliesen fijar con mayor nitidez las premisas filosóficas de las cuales (in)conscientemente parten, podría evidenciarse el telón de fondo auténticamente conceptual. Aun así, el debate iniciado por las posturas garantistas está lejos de simplemente pretender «politizar» una cuestión «simplemente técnica», como lo sería la conducción del proceso por el juez o por las partes, y la solución tampoco pasa por buscar alguna compatibilidad entre eficiencia y garantías. No tiene razón, por ello, Picó i Junoy (2006).

44 Se trata, como es claro, de la clásica lección de Robert Dahl (1957), para quien «*A* tiene poder sobre *B* al punto que puede hacer que *B* haga algo que, de otra manera, no haría» (p. 202). Por su parte, Searle (2010) tiene una explicación más analítica: «Existe, por tanto, un elemento contrafáctico en la noción del ejercicio del poder: Es un ejercicio de poder si el agente A obliga que el sujeto S haga el acto B aun cuando S no quiera hacer B, o no habría querido hacer B sin que A le haya obligado a hacer B, o no habría querido hacer B si A no hubiera dejado de informar a S sobre las opciones alternativas disponibles» (p. 147), enfatizando que el poder reside en la «aptitud» de que el otro haga algo. Para una problematización sobre las teorías del poder, ver Lukes (2007, pp. 24, 63 y 83), mostrando las discusiones que buscan cuestionar el concepto consistente en que «*A* ejerce

la «posibilidad» del ejercicio de la fuerza y, siendo el Estado el principal detentor del poder, este tiene la capacidad de afectar gravemente a la esfera de los ciudadanos[45]. Precisamente por ello es que el poder, para ser contenido y controlado, es distribuido por la Constitución entre los órganos que lo ejercen y, además, instituye garantías para que el ejercicio del poder, cualquiera que este sea, solo pueda ser materializado respetando los cauces constitucionales[46].

De esta manera, visualizando el proceso, antes que nada, como una «garantía de libertad» para los ciudadanos, necesariamente es rechazada la premisa de que el Estado deba tener una función «prestacional» (o, al menos, que esta sea la más importante para el respeto de las garantías), lo cual sería más propio, por ejemplo, de los derechos sociales[47]. Desde esta visión, pues, el proceso no es una herramienta «para» el Estado ni tampoco «para» la sociedad y, como consecuencia de ello, se niega (o se reduce) cualquier preponderancia del interés público o social sobre el interés privado, enfatizándose la importancia de la protección de la libertad como límite al ejercicio del poder público en general. El proceso, de esta forma, no es un instrumento de la jurisdicción ni sirve para la imposición de sus fines, pues, según afirman los defensores de las posiciones garantistas, esa concepción sería un signo de autoritarismo. Frente a ello, la administración de la justicia debe conducirse en pleno respeto por las garantías, dentro de las cuales

poder sobre *B* cuando *A* afecta a *B* en sentido contrario a los intereses de *B*» (destacando, por supuesto, a Foucault). Para un enfoque que busque conciliar los diversos significados de «poder», ver Forst (2015).

45 Una teoría alternativa a esta reside en ver al Estado no como un enemigo, sino como un auténtico prestador que, como se dijo, es más propio de las teorías sobre derechos sociales y también de los derechos humanos. Por ejemplo, Alexy (2000, p. 32) habla de un «derecho humano al Estado» por ser necesario para efectivizar el cumplimiento de los derechos humanos en general. Y ante la paradoja de que sea necesaria la existencia de un Estado a pesar de que sea contra este que deban protegerse los derechos, Alexy responde diciendo que esta, mal que bien, es una condición necesaria para la existencia del «Estado constitucional democrático», entendido este como un modelo que consagra a) la separación de poderes, b) el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución, c) el control del legislador mediante el proceso democrático y, además, d) un control por parte de un tribunal constitucional que pueda insertarse eficientemente en el proceso democrático y, por tanto, en la reflexión sobre los asuntos públicos, buscando una sintonía con la opinión pública (es decir, aprobación racional ciudadana de las decisiones de la jurisdicción constitucional).

46 Esto no quiere decir que las tesis publicistas ignoren las teorías del poder o, inclusive, que no compartan el concepto de poder que puedan asumir las tesis garantistas. Prueba de ello, por ejemplo, es la amplia exposición que Dinamarco (2013) realiza sobre el tema y su definición de «poder» como la «*capacidad de producir los efectos pretendidos* (o simplemente la posibilidad de alterar esos efectos), sea sobre la materia o sobre las personas» (p. 99), citando, inclusive, a Robert Dahl. El punto aquí es que una teoría «descriptiva» sobre el concepto del poder no es capaz de dar una respuesta a la pregunta sobre cuál «es» (ni mucho menos cuál «debería ser») el límite del poder jurisdiccional. Pero —nótese bien— tampoco puede decirnos si el proceso es un instrumento para viabilizar dicho poder (una cosa enteramente diversa sería demostrar que, en un contexto dado, el proceso «realmente» es usado para tal propósito). Para defender, por ejemplo, que todo poder tiene una garantía correlativa y que en el caso del poder jurisdiccional esta garantía es el proceso, se requiere elaborar una teoría prescriptiva en el seno de la «teoría política» o, eventualmente, «en» la «filosofía política».

47 Por ejemplo, se ha llegado a defender que, a partir de la diferenciación entre *liberty* (libertad negativa) y *freedom* (libertad positiva), el proceso, sobre el estandarte garantista, también es una garantía para el individuo de poder autodeterminarse «espontáneamente», no debiendo el juez afectar o injerir en sus espacios de autonomía. El garantismo, por lo menos en esa perspectiva particular, asume otro concepto de libertad, el cual es mucho más propio del liberalismo moderno. Ver Costa (2018b).

destacan primordialmente la libertad y la imparcialidad, promoviendo la aplicación del derecho sin desvíos ni excesos.

De aquí es de donde se deriva la segunda premisa. Si el Estado, en el contexto de la impartición de justicia, ejercita un poder que afecta la esfera jurídica de los ciudadanos (específicamente, mediante la restricción de la libertad y los bienes), la principal forma de mantenerla a salvo es abstenerse de afectarla y podría hacerlo únicamente a través del proceso. De esta manera, el proceso se constituye como una «garantía» para el ciudadano «contra» el Estado y, principalmente, «contra el poder jurisdiccional». Por ese motivo, se ha llegado a afirmar que el propio proceso es una «garantía individual contrajurisdiccional» (Costa, 2018a).

La consecuencia de adoptar alguna tesis garantista (aun cuando venga impregnada de «liberalismo procesal») es defender la necesaria disminución de los poderes del juez y, como consecuencia de ello, buscar el aumento de los poderes y espacios de autonomía de las partes[48]. De esta manera, contra los poderes que pueden verificarse en diversas legislaciones procesales, las tesis garantistas podrían oponer los siguientes cuestionamientos:

- «Restricción de los espacios de discrecionalidad judicial» al momento de calificar las postulaciones (prevalencia de la legalidad, entendida esta también como garantía de las partes)[49].
- «Fuerte prevalencia por un contenido más exigente de imparcialidad», diferenciando rígidamente entre la función de postular y de juzgar (que implica la prohibición de «auxiliar a las partes» y de interferir en la postulación de la prueba), inclusive preocupándose por evitar que el juzgador pueda verse afectado por sesgos cognitivos[50].
- «Toda decisión judicial está sujeta al contradictorio», forzando al juez a desarrollar un proceso más dialógico con una mayor exigencia en la motivación, no pudiendo fallar sobre una cuestión no debatida.
- «Se comprende al procedimiento legalmente establecido como garantía de las partes», razón por la que el juez pasa a estar sujeto a la construcción procedimental realizada por el legislador.
- «Se incrementa la posibilidad de negociación procesal» en lo referido a las situaciones jurídicas de las partes y, en general, a

48 De esta forma, entender que el debate entre «eficientistas» y «garantistas» depende de la mayor o menor amplitud de los poderes del juez (como parece entender Priori Posada [2019, p. 25]) es, en realidad, confundir causa con consecuencia.

49 Carvalho resalta que con ello no se debe llegar al extremo de que el juzgador pase a ser «boca de la ley» (2019).

50 Algunos autores que han profundizado en los nexos entre garantismo, imparcialidad y vicios cognitivos son Delfino y Crevelin (2018), y Costa (2018, 2020).

la conformación del procedimiento, siempre que sean solamente ellas las que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, lo realicen, quedando prohibida al juez la posibilidad de alterar dicho procedimiento (de nuevo: por ser este entendido como una garantía de legalidad)[51].

- «Paridad de oportunidades/armas para las partes», pero bajo el entendido de que el juez no debe favorecer a ninguna de ellas con sus actuaciones de oficio (en perjuicio de la otra) ni tener ningún papel en la isonomía o el equilibrio. El mecanismo de igualación corre a cargo de otras instituciones, como la defensoría pública o el propio Ministerio Público.

Como advertimos, tanto en el modelo publicista como garantista puede existir una convergencia en el destaque de la necesidad de protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales; empero, la diferencia es bastante nítida en torno a «cómo» es que la jurisdicción debe protegerlas. La divergencia en las premisas de teoría política no solo determina, a nuestro juicio, la propia edificación de los modelos; sino también, ya a un nivel de discurso institucional, al menos los siguientes factores: a) la interpretación de la Constitución y el contenido normativo de las garantías en un sistema jurídico dado; y b) la conformidad de la legislación infraconstitucional al modelo constitucional de proceso de dicho sistema jurídico, específicamente en cuanto a la extensión de los poderes del juez y los espacios de autonomía de las partes.

Antes de pasar a nuestro tercer discurso, sin embargo, corresponde hacer un *excursus* respecto del garantismo ferrajoliano.

## V. *EXCURSUS*: EL «GARANTISMO PUBLICISTA» DE FERRAJOLI

La reconstrucción del modelo de garantismo «procesal» que hemos realizado se aleja de una importante y consagrada teoría filosófica construida también sobre el rótulo del «garantismo», como la de Luigi Ferrajoli, surgida en un contexto muy particular (Andrés Ibáñez, 2013, pp. 20 y ss.) y que también predica por el privilegio de las libertades frente al poder público. Sin embargo, la tesis ferrajoliana es plenamente compatible con el modelo procesal publicista que hemos descrito hace poco.

51 No desconocemos que la negociación procesal también ha sido defendida por tesis que no necesariamente podrían ser calificadas como garantistas, como las de Didier Jr. (2020, pp. 155 y ss.), Nogueira (2016) y Cabral (2018). Sin embargo, bajo la perspectiva garantista, la negociación se plantea un contexto distinto: resulta necesario respetar las esferas de autonomía de voluntad de las partes (garantías de libertad) porque, de lo contrario, no existirá legitimidad del Estado para afectar la esfera jurídica de los ciudadanos.

En efecto, la idea de «garantía», según Ferrajoli, encierra una necesidad de «tutela contra la frustración» generada en los casos de vulneración a los derechos reconocidos por las normas del sistema jurídico (Costa, 2019b). Para este autor, cuando las «garantías de primer grado» (*v. gr.*, obligaciones de prestación, deber de no lesionar), destinadas a la inmediata satisfacción del derecho, no son respetadas, se hace uso de las «garantías secundarias» (o instrumentales) para efectivizar las primeras y, de esa manera, reparar el derecho, reduciendo el daño causado o sancionando al responsable. Así, estas son garantías de «justiciabilidad» dirigidas a las autoridades públicas (Ferrajoli, 1995, p. 917; 2013, p. 630) y su actuación requiere una «intermediación» que resulta ser el propio «proceso», en cuyo seno se encuentran las subgarantías secundarias como el derecho de acción, el contradictorio, la imparcialidad, la defensa, etc.

Un detalle importante, además, es que la obligación de instituir un debido proceso es una obligación/garantía «primaria» por parte del Estado, y si aquella no es debidamente resguardada, existe entonces la garantía «secundaria» de reparación a favor de los ciudadanos (Andrés Ibáñez, 2013, p. 27). Por consiguiente, esta obligación de construir un procedimiento de conformidad con el debido proceso no se confunde con la propia garantía del debido proceso: aquella es primaria; esta, secundaria.

Nótese que en la teoría de Ferrajoli (1995) también es de gran relevancia la premisa liberal clásica de la «minimización del poder» para lograr privilegiar las libertades (pp. 931 y ss.). No obstante, este papel abstencionista se manifiesta fundamentalmente en las garantías primarias (por ejemplo, de prohibición de vulnerar las normas penales primarias que protegen derechos), pero ciertamente no en las garantías secundarias, en donde el Estado tiene un papel de «prestador». Es por ello que, en el contexto de la actuación de las garantías secundarias, también llamadas «procesales» o «jurisdiccionales», Ferrajoli coloca particular énfasis a la importancia de la correcta aplicación sustancial de la ley, lo cual, a su vez, lleva a la aceptación de la decisión como verdadera desde una perspectiva procesal o aproximativa (pp. 50 y ss.) y, con ello, a que la jurisdicción, como «institución de garantía», consiga legitimidad democrática (2013, pp. 828-829).

Cabe concluir que siendo la jurisdicción una garantía a favor de los ciudadanos, esta se vale del proceso para la actuación de las garantías primarias que habrían sido violadas. El proceso, aquí, no pasa de ser un instrumento de la jurisdicción en el que recae la obligación primordial de hacer respetar las normas del sistema jurídico. Los ciudadanos, por tanto, no son titulares de garantías (primarias) contra el poder jurisdiccional. El papel del Estado para Ferrajoli, en el contexto del proceso judicial,

responde exactamente a un modelo publicista, tal como lo hemos descrito.

## VI. DISCURSO INSTITUCIONAL

Un discurso metodológicamente diferente a los dos anteriores es el «institucional». Aquí, si fuera el caso de tesis descriptivas, interesa responder preguntas como las siguientes: ¿cuál es el modelo adoptado en un sistema jurídico dado (SJ)? ¿Cuáles son las normas jurídicas pertenecientes al SJ que permiten reconocerlo? ¿Cuál es el contenido normativo de las garantías consagradas por las normas del SJ? ¿Qué contradicciones normativas existen entre la legislación infraconstitucional procesal del SJ y las garantías o normas constitucionales? ¿Cómo es posible resolver tales contradicciones? ¿Qué tan ajustada se encuentra la práctica jurídica a las garantías procesales reconocidas por el SJ?

De otro lado, tratándose de tesis «prescriptivas», las interrogantes podrían ser: ¿cuál debería ser el modelo adoptado por un SJ? ¿Cuál debería ser la regulación del SJ en cuanto a la legislación infraconstitucional para una mayor compatibilización con las garantías constitucionales? ¿Cuál es la mejor forma de resolver las contradicciones normativas entre legislación constitucional y legislación infraconstitucional procesal? ¿Cómo debería conformarse la práctica jurídica a fin de promover un mayor respeto de las garantías procesales?

Como podemos ver, la amplitud del discurso institucional es vasta e, inclusive, puede ser enfrentado mediante tesis jurídico-dogmáticas descriptivas o prescriptivas[52]. Lo que es cierto es que la interpretación de la Constitución de un sistema jurídico específico tiene como condición necesaria la asunción previa de algún modelo filosófico de proceso (publicismo o garantismo). Teniendo en cuenta la caracterización hecha precedentemente, esto significa partir de algunas de las premisas de teoría política respecto de la función del Estado y la del proceso frente al control del poder jurisdiccional. Más allá de que la elección de dichas premisas sea explícita o implícita —o, inclusive, consciente o inconsciente—, el hecho de partir de algunos de estos modelos conducirá, a su vez, a construir interpretaciones sobre un sistema jurídico procesal específico. En primer lugar, el modelo filosófico permite reconstruir el subsistema constitucional y, en segundo lugar, hacer lo propio con el subsistema infraconstitucional a fin de contrastarlo con el primero.

Un ejemplo muy claro de ello, haciendo referencia al ordenamiento brasileño, es el aporte de Glauco Gumerato Ramos (2013). La lectura que

52 Inclusive podría ser abordado desde enfoques ajenos a la ciencia del derecho, tales como la sociología o antropología.

Ramos hace de la Constitución Federal brasileña de 1988 sostiene que esta coloca en el mismo nivel jerárquico a la jurisdicción (poder), a la libertad y al debido proceso (garantía). Esta dimensión «semántica» constitucional, a criterio del autor, consagra un auténtico modelo garantista, republicano y democrático, buscando que el poder jurisdiccional no sea ejercido subjetivamente o con arbitrariedad. Sin embargo, contrariamente a esta semántica constitucional, Ramos denuncia la existencia un modelo «pragmático» activista (y, por lo tanto, «político»), plasmado tanto en el Código de Proceso Civil brasileño como en la práctica jurídica de dicho país, que termina subyugando el modelo propuesto por su Constitución (p. 256)[53]. Al menos, en este trabajo, se observa que la propuesta de Ramos es fundamentalmente descriptiva, defendiendo contradicciones entre ambos subsistemas jurídicos.

En el contexto de la doctrina peruana, Giovanni Priori (2019) parte de un modelo claramente publicista al afirmar que la finalidad del proceso sería la tutela de las situaciones subjetivas de los ciudadanos y, además, defendiendo que también se trata de un instrumento de la jurisdicción. El discurso de Priori aquí puede ser calificado como «prescriptivo», pues argumenta sobre cómo «debería» ser visto el proceso (no solo en el sistema peruano, sino en general) en el marco del Estado constitucional de derecho, paradigma que, según el autor, es presentado como el máximo y mejor punto alcanzable para un Estado contemporáneo. Así, la propuesta de Priori pasa por desarrollar un modelo de proceso en el marco del Estado constitucional que busque la realización plena de los valores constitucionales y la protección de las situaciones materiales de las personas. Para ello, en opinión del autor, es absolutamente determinante el rol de la jurisdicción, tanto en el control de la constitucionalidad (evitando excesos del resto de poderes estatales) como en el respeto a los derechos fundamentales y en la protección de las situaciones jurídicas de ventaja (pp. 41 y 61).

A partir de este modelo, Priori (2003) pasa a defender un discurso «descriptivo» cuando, a partir de la interpretación del artículo 139, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, construye el diseño conceptual del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual sería capaz de explicar la función prestadora que el Estado debe tener en el proceso judicial[54]. En efecto, según el autor, este derecho tiene un contenido específico: a) acceder a un órgano jurisdiccional solicitando protección, b) a través de un proceso dotado de garantías

53 Ramos (2013) define al garantismo de la siguiente manera: «Movimiento dogmático orientado a estudiar y proponer que la utilización y el manejo del proceso civil por el juez y por el justiciable sea en la perspectiva de las garantías *prescritas* en el modelo *semántico* constitucional del proceso jurisdiccional, sin que por otras razones que no sean las expresamente previstas en la Constitución la *jurisdicción* (= poder) pueda subyugar, tergiversar o apartarse del riguroso cumplimiento del *debido proceso legal* (= garantía)» (p. 252).

54 Con algunas variaciones, su posición sigue siendo sustancialmente la misma. Ver Priori (2019).

mínimas, c) a fin de obtener una decisión fundada en derecho y d) con posibilidad de ejecución o efectivización. A partir de aquí, Priori asigna una doble dimensión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: a) como un derecho fundamental macro, capaz de comprender a todo el conjunto de garantías procesales; y, de otro lado, b) la dimensión de la efectividad[55].

En la doctrina peruana también vale la pena destacar la contribución de Eugenia Ariano, para quien el modelo de proceso de la Constitución peruana contrasta radicalmente con el modelo infraconstitucional del Código Procesal Civil peruano de 1993. Ariano (2006) afirma que este último no habría sido construido a la luz de las garantías procesales y que, partiendo de los amplios poderes otorgados al juez (para calificar la ineptitud de la demanda de forma liminar, los poderes probatorios oficiosos, etc.), habría consagrado un desequilibrio que termina perjudicando a los ciudadanos (pp. 378-379). Es notorio que Ariano está profundamente influenciada por el discurso de Cipriani, no solo respecto a sus ideas sobre la experiencia jurídica italiana, sino también por su metodología de trabajo. Por ello, lejos de elaborar alguna tesis filosófica sobre el garantismo procesal, la autora emprende la labor de deconstruir histórica e ideológicamente el Código Procesal Civil peruano y la doctrina que ha defendido insistentemente las tesis publicistas asumidas por dicha legislación (2003), buscando demostrar sus contradicciones e incoherencias con las garantías constitucionales.

Finalmente, Eduardo José da Fonseca Costa, partiendo de su propia «garantística» (que, como se dijo, es una teoría filosófica «prescriptiva» del constitucionalismo), elabora otro discurso, esta vez «descriptivo», respecto al sistema jurídico brasileño, centrado en el ámbito del derecho procesal. Uno de los grandes objetivos del autor es proponer una reinterpretación o relectura de la Constitución Federal brasileña de 1988 y, a partir de allí, analizar críticamente la conformación institucional del sistema procesal infraconstitucional brasileño, la doctrina dominante, y la práctica jurídica y jurisprudencial de dicho país[56]. Consecuentemente, en el caso de Costa, son discursos estrechamente vinculados, pero inconfundibles: uno pasa a ser manantial conceptual y filosófico del

55 Priori también dedica algunas páginas para afirmar que el «debido proceso legal» (categoría también reconocida en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución) proviene de la tradición del *common law* y que, al menos en Perú, no sería aplicable en el ámbito jurisdiccional. Esto muestra que la preocupación académica de Priori es diseñar un concepto para el proceso ante la jurisdicción y no, por ejemplo, para otros procesos, como el administrativo, parlamentario, etc., para los cuales sí podría aplicarse el debido proceso legal. De otro lado, en trabajos posteriores, Priori entiende que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional contiene el derecho fundamental a la tutela cautelar, que también estaría reconocido en el sistema jurídico constitucional e infraconstitucional peruano. Al respecto, ver Priori (2005, p. 185). De hecho, el trabajo conceptual sobre este derecho es una de las contribuciones más importantes de este autor.

56 Entre los muchos textos que revelan esta conjunción entre el modelo filosófico y la teoría dogmática, ver Costa (2019a).

segundo. Precisamente ello hace que esta teoría sea muy diferente de otras posiciones garantistas, acaso más conocidas.

## VII. CONCLUSIONES

El debate publicismo/garantismo es extremadamente rico, primero porque posee diversos discursos que hunden sus raíces en complejos fenómenos históricos y modelos teóricos de naturaleza filosófico-constitucional. Precisamente esta riqueza, no siempre percibida por los contendores de una orilla o de otra, ni por aquellos que buscaron reconstruir las premisas del debate, ha dificultado y complejizado la discusión al punto de que podría considerarse obsoleta o pasada de moda. De allí nuestra propuesta (no exhaustiva) de distinguir los discursos histórico, filosófico e institucional —y, en estos dos últimos, los discursos descriptivos y prescriptivos—, mostrando que estos no pueden ni deben ser confundidos.

Los entendimientos teóricos sobre lo que significa el constitucionalismo, la relación entre Estado e individuo y, también, las «preferencias ideológicas de los juristas», pueden generar que tanto el discurso publicista como el garantista sean «discursos posibles sobre el modelo filosófico-constitucional del proceso». Es cierto que existen razones que pueden llevar a demostrar mayores o menores inconvenientes en uno u otro, pero el punto esencial es que se trata de un debate que, en el fondo, por el hecho de profundizar en complejas teorías filosóficas respecto de la visión del rol del Estado ante el ciudadano, sigue vigente y permanente. No obstante, para juzgar la idoneidad de una teoría en el contexto de este debate, lo primero que debe hacerse, en nuestra opinión, es diferenciar las diversas tesis publicistas y garantistas, revelar sus premisas y dilucidar la coherencia de sus conclusiones.

De esta manera, la riqueza del debate exige también que el jurista especializado en derecho procesal no limite su campo de análisis a los argumentos que comúnmente son levantados. Dialogar en términos de filosofía del derecho (específicamente, de filosofía del derecho constitucional), teoría política y filosofía política al menos garantizará esclarecer el nivel del debate y, en consecuencia, se obtendrán mejores y más prolíficos acuerdos y desacuerdos.

## REFERENCIAS

Abboud, G. (2014). *Discricionariedade administrativa e judicial* (2da ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Abboud, G. (2015). Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira em Direito Constitucional*, *7*(12), 196-214.

Abboud, G. (2019). *Processo constitucional brasileiro* (3ra ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Abboud, G., & Oliveira, R. T. (2008). O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de processo*, (166), 27-70.

Abboud, G., & Pereira, M. C. (2019). O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível. En M. C. Pereira (coords.), *Processo e liberdade: Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa* (pp. 343-367). Londrina: Thoth.

Abreu, R. S. (2014). Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade da sua discussão. *Revista de Processo*, (229), 89-112.

Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático (M. C. Añaños, trad.). *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 5(8), 21-42.

Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal. Garantía de libertad* (vol. I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Alvarado Velloso, A. (2013). O garantismo processual. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.), *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 13-34). Salvador: JusPodivm.

Alvaro de Oliveira, C. A. (2010). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (4ta ed.). São Paulo: Saraiva.

Andrés Ibáñez, P. (2013). Jurisdicción y Estado constitucional en Luigi Ferrajoli. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (29), 13-33.

Ariano, E. (2003). Un Código de fin de siglo. El Código Procesal Civil peruano de 1993. *Problemas del proceso civil* (pp. 3-11). Lima: Jurista.

Ariano, E. (2006). En los abismos de la "cultura" del proceso autoritario. En J. Montero Aroca (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 357-379). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ávila, H. (2009). "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, (17). https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595

Barbosa Moreira, J. C. (2007). O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual - nona série* (pp. 87-101). São Paulo: Saraiva.

Barcellos, A., & Delfino, L. (2019). Reflexões acerca do processo como garantia das garantias. *Empório do direito*. https://emporiododireito.com.br/leitura/34-reflexoes-acerca-do-processo-como-garantia-das-garantias

Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y Constitución. *Discusiones*, (1), 65-94.

Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Botegón, F. J. Laporta, L. Priet y J. R. de Páramo (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bobbio, N. (1985). *Stato, governo e società. Per una teoria generale della politica.* Torino: Einaudi.

Cabral, A. (2018). *Convenções processuais* (2da ed.). Salvador: JusPodivm.

Carratta, A. (2017). Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo. En F. Macario y M. N. Miletti (*a cura di*), *La funzione soziale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* (pp. 87-138). Roma: RomaTre Press.

Carvalho, A. (2019). Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/7-pequeno-manual-pratico-para-o-debate-instrumentalistas-e-afins-vs-garantistas-processuais

Cipriani, F. (2003a). Piero Calamandrei, la "*Relazione al Re*" y el apostolado de Chiovenda. En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 88-105). Lima: Cultural Cuzco.

Cipriani, F. (2003b). Los abogados italianos y la "experiencia fallida" (el Código Procesal Civil de 1942). En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 132-149). Lima: Cultural Cuzco.

Cipriani, F. (2003c). El proceso civil italiano entre eficiencia y garantías. En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 166-181). Lima: Cultural Cuzco.

Cipriani, F. (2003d). En el centenario del Reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad). En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 57-87). Lima: Cultural Cuzco.

Cipriani, F. (2006). El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. En J. Montero Aroca (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 51-64). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Comoglio, L. P. (1970). *La garanzia costituzionale di azione ed il processo civile.* Padua: Cedam.

Costa, E. J. F. (2013). Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.), *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 171-186). Salvador: JusPodivm.

Costa, E. J. F. (2016). O processo como instituição de garantia. *Consultor Jurídico. Conjur.* https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia

Costa, E. J. F. (2018a). Notas para uma garantística. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica

Costa, E. J. F. (2018b). Processo: garantia de liberdade [freedom] e garantia de "liberdade" [liberty]. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty

Costa, E. J. F. (2018c). Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo

Costa, E. J. F. (2018d). *Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.* Salvador: Juspodivm.

Costa, E. J. F. (2019a). Garantia: dois sentidos, duas teorias. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias

Costa, E. J. F. (2019b). Processo e razões de estado. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/36-processo-e-razoes-de-estado

Costa, E. J. F. (2020). Juiz de garantias e viés de confirmação. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao

Couture, E. (1948). Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil* (vol. I, pp. 18-95). Buenos Aires: Ediar.

Crevelin, D. (2017). O caráter mítico da cooperação processual. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa

Crevelin, D. (2020). El carácter mítico de la cooperación procesal. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, *8*(1), 71-142.

Correia de Mendonca, L. (2002). *Direito processual civil. As origens em Alberto dos Reis.* Lisboa: Quid Juris.

Correia de Mendonca, L. (2007). Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, (1), 67-98.

Dahl, R. A. (1957). The Concept of Power. *Behavioral Science*, *2*(3), 201-215. https://doi.org/10.1002/bs.3830020303

Damaška, M. (1986). *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process.* New Haven: Yale University Press.

Dei Vecchi, D. (2016). La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. En J. Ferrer y C. Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 269-291). Madrid: Marcial Pons.

Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio.* Puno: Zela.

Delfino, L., & Crevelin, D. (2018). Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual*, (101), 49-69.

Didier Jr., F. (2020). Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. *Curso de direito processual civil* (22da ed., vol. I). Salvador: Juspodivm.

Dinamarco, C. (2013). *A instrumentalidade do processo* (15ta ed.). São Paulo: Malheiros.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (P. Andrés y otros, trads.). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la Democracia* (P. Andrés y otros, trads.; vol. I [*Teoría del Derecho*]). Madrid: Trotta.

Ferraz Jr., T. S. (2003). *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação* (4ta ed.). São Paulo: Atlas.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2da ed.). Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (36). https://doi.org/10.7203/cefd.36.10632

Fiss, O. (1982). The Social and Political Foundations of Adjudication. *Law and Human Behavior*, 6(2), 121-128. https://doi.org/10.1007/bf01044858

Fiss, O. (1983-1984). Against Settlement. *The Yale Law Journal*, *93*(6), 1073-1092. https://doi.org/10.2307/796205

Fiss, O. (1985). Two Models of Adjudication. En R. A. Goldwin y W. A. Schambra (eds.), *How Does the Constitution Secure Rights?* (pp. 36-49). Washington, D. C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research.

Forst, R. (2015). Noumenal Power. *The Journal of Political Philosophy*, *23*(2), 111-127.

Genn, H. (2012). What is Civil Justice for Reform, ADR, and Access to Justice. *Yale Journal of Law & the Humanities*, *24*(1), 397-418.

Giabardo, C. V. (2017). Private Law in the Age of the "Vanishing Trial". En K. Barker, K. Fairweather y R. Graham (eds.), *Private Law in the 21st Century* (pp. 547-570). Londres: Bloomsbury Publishing. https://doi.org/10.5040/9781509908615.ch-026

Giabardo, C. V. (2020). Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law. *Wolverhampton Law Journal*, (4), 14-31.

González Álvarez, R. (2013). *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara.

Haack, S. (2016). La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. En J. Ferrer y C. Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 311-339). Madrid: Marcial Pons.

Lahav, A. (2016). The Roles of Litigation in American Democracy. *Emory Law Journal*, (65), 1657-1704.

Lahav, A. (2017). *In Praise of Litigation*. Nueva York: Oxford University Press.

Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* Madrid: Marcial Pons.

Lukes, S. (2007). *El poder. Un enfoque radical* (2da ed. español; J. Deike y C. M. Ramírez, trads.). Madrid: Siglo XXI.

Marinoni, L. G. (2004). *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marinoni, L. G. (2006). *Teoria geral do processo* (5ta ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., & Mitidiero, D. (2017). *Novo curso de processo civil* (3ra ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia.* Madrid: Marcial Pons.

Menkel-Meadow, C. (1995). Whose Dispute is it Anyway: Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases). *Georgetown Law Journal*, *83*(7), 2663-2696.

Mitidiero, D. (2013). *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice: Cortes superiores y cortes supremas (R. Cavani, trad.). En M. Taruffo, L. G. Marinoni y D. Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-120). Madrid: Marcial Pons.

Montero Aroca, J. (2001). *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Montero Aroca, J. (2003). El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Ius Et Veritas*, *16*(33), 208-219.

Montero Aroca, J. (2006). El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. En J. Montero Aroca (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 129-165). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Nieva Fenoll, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción.* Madrid: Marcial Pons.

Nogueira, P. H. (2016). *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm.

Pérez Ragone, A. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XLII), 523-551. https://doi.org/10.4067/s0718-68512014000100016

Pereira, M. C. (2018). Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, (103), 283-296.

Picardi, N. (2012). Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, (2), paper 16, 1-28.

Picó i Junoy, J. (2006). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 109-127). Valencia: Tirant lo Blanch.

Priori Posada, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas,* (26), 273-292.

Priori Posada, G. (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites. *Ius et Veritas*, (30), 171-200.

Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Raatz, I. (2019). O juiz defensor da moral, o juiz defensor da verdade e o juiz defensor da lei: instrumentalismo, cooperativismo e garantismo processual [1]. *Empório do direito*. https://emporiododireito.com.br/leitura/6-o-juiz-defensor-da-moral-o-juiz-defensor-da-verdade-e-o-juiz-defensor-da-lei-instrumentalismo-cooperativismo-e-garantismo-processual-1

Raatz, I., & Anchieta, N. (2018). Uma "teoria do processo" sem processo? A breve história da uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Processual*, (103), 173-192.

Ramos, G. G. (2013). Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 245-253). Salvador: JusPodivm.

Resnik, J. (1986). Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline. *University of Chicago Law Review*, (53), 494-560. https://doi.org/10.2307/1599648

Resnik, J. (2003-2004). To Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *University of Miami Law Review*, (58), 173-200.

Resnik, J. (2004). Migrating, Morphing, *and* Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, *1*(3), 783-842. https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2004.00024.x

Resnik, J. (2014a). The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75. *University of Pennsylvania Law Review*, *162*(7), 1793-1838.

Resnik, J. (2014b). Reinventing Courts as Democratic Institutions. *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, *143*(3), 9-27. https://doi.org/10.1162/daed_a_00284

Sarlet, I. W., Marinoni, L. G., & Mitidiero, D. (2012). *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Searle, J. R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso bl/9780195396171.001.0001

Sotomayor, E. (2019). La búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En R. Cavani (coord.), *Garantías procesales y poderes del juez* (pp. 194-219). Puno: Zela.

Sotomayor, E. (2020). *Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. https://www.academia.edu/42883709/Una_perspectiva_cr%C3%ADtica_sobre_el_paso_del_Estado_de_Derecho_al_Estado_Constitucional

Tarello, G. (1989). La riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile. En R. Guastini y G. Rebuffa (*a cura di*), *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (pp. 7-109). Bolonia: Il Mulino.

Taruffo, M. (1980). *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi.* Bolonia: Il Mulino.

Taruffo, M. (1997). Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (2), 315-329.

Taruffo, M. (2001). Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, (36), 27-48. https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v36i0.1780

Taruffo, M. (2009). Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio. *Páginas sobre justicia civil* (M. Aramburo, trad.; pp. 365-277). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino, trad.). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2020). Riflessioni su garantismi e garanzie. *Verso la decisione giusta* (pp. 15-26). Torino: Giappichelli.

Van Rhee, C. H. (2005). Introduction. En C. H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure* (pp. 3-23). Oxford: Intersentia.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Allgemeine Gerichtsordnung ([Austria], 1781).

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preuβischen Staaten ([Prusia], 1793).

*Brown vs. Board of Education, 347 U.S. 483*. Sentencia (Corte Suprema [Estados Unidos], 17 de mayo de 1954).

Code de Procédure Civile ([Francia], 1806).

Codice di Procedura Civile ([Italia], 1940).

Código de Processo Civil ([Brasil], 2015).

Código Procesal Civil ([Perú], 1993).

Constituição da República Federativa ([Brasil], 1988).

Constitución Política ([Perú], 1993).

Ley de Enjuiciamiento Civil ([España], 2000).

Zivilprozessordnung (ZPO) ([Alemania], 1895).

Recibido: 30/11/2020
Aprobado: 10/09/2021

# INTERDISCIPLINARIA

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.014
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 471-497
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# Justicia de familia y victimización secundaria*: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados

## Family Justice and Secondary Victimization: An Applied Study with Children, Judges and Lawyers

FRANCESCO CARRETTA**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

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

**Resumen:** La Convención Internacional de los Derechos del Niño, establecida hace ya más de treinta años, instituye el derecho de cada niño, niña o adolescente (NNA) a participar en todos los asuntos que los afecten. En la justicia de familia se toman decisiones que afectan directamente las vidas de los NNA involucrados en dichos procesos. Paralelamente, se encuentra el fenómeno ampliamente estudiado de la victimización secundaria (VIC) en justicia penal, que implica ciertos resguardos o límites a la participación de los NNA en dichos procesos. El presente artículo analiza críticamente la existencia de la VIC en el contexto de los tribunales de familia. En un estudio cualitativo, se exploran las opiniones de jueces (n = 10), abogados (n = 10), y niños y niñas (n = 6) sobre la participación infantil en las causas de familia. El análisis de los datos suministrados por las entrevistas de jueces y abogados se hizo en base a diez dimensiones de análisis; y, además, se utilizó el método dogmático con la descripción y el análisis comparativo y crítico del derecho, el cual se confrontó a los aspectos recogidos en el trabajo empírico. El análisis de datos de los participantes niños y niñas fue realizado mediante un análisis categorial basado en tres categorías: ser informados, ser escuchados y ser considerados en la toma de decisiones. Adicionalmente, se extrajeron de manera inductiva factores facilitadores y obstaculizadores acerca de su experiencia en tribunales de familia. Los resultados indican que jueces y abogados muestran interés por la participación infantil, pero limitada por la opinión de que podría existir una VIC similar a la existente en procesos penales. Esto contrasta con las percepciones de niños y niñas, quienes señalan su interés en ser informados y escuchados, y proponen algunos elementos para

* El presente estudio es parte de los proyectos Fondecyt Regular N° 1190329: «Estudio sobre las formas de producción de la declaración de los niños, niñas y adolescentes. De cara a su adecuada regulación y aplicación en la justicia de familia chilena» (IR Francesco Carretta); Fondecyt Iniciación Nº 11190298: «Participación de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones en sistemas de protección en cuidados alternativos: incorporando las voces de distintos actores del proceso» (IR Manuela García-Quiroga); y DI Emergente PUCV N° 039.376/19: «Participación Infantil en los Sistemas de Protección» (IR Manuela García-Quiroga).

** Académico en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Abogado, PhD en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
Código ORCID: 0000-0002-2552-8552. Correo electrónico: francesco.carretta@pucv.cl

*** Académica en la Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Psicóloga, PhD por la Universidad de Birmingham (Reino Unido).
Código ORCID: 0000-0002-4211-8889. Correo electrónico: manuela.garcía@pucv.cl

que esta experiencia resulte favorable, como la menor presencia de adultos en la sala, el conocer previamente a abogados y jueces, y el trato amable hacia ellos y ellas. Finalmente, se elaboran sugerencias para los contextos de la justicia de familia con el fin de garantizar el respeto al derecho a la participación de todos los niños, niñas y adolescentes en los temas que les afectan, evitando vulneraciones.

**Palabras clave:** Infancia, participación, Chile, procesos judiciales, victimización

***Abstract:*** Abstract: The International Convention on the Rights of the Child establishes their right to participate in all matters affecting them. Alongside, there is the widely studied phenomenon of secondary victimization (SV) in criminal justice. This article critically analyses the existence of SV in the context of family courts. In a qualitative study, the opinions of judges (n = 10), lawyers (n = 10) and children (n = 6) regarding child participation in family cases are explored. The analysis of the data provided by the interviews of judges and lawyers was made based on ten dimensions of analysis; and, in addition, the dogmatic method was used, with the description and comparative and critical analysis of the law, which was confronted with the aspects collected in the empirical work. The data analysis of the child participants was carried out by means of a categorical analysis based on three categories: to be informed, to be heard and to be considered in decision-making. Additionally, facilitating and hindering factors about their experience in family courts were extracted inductively. Results indicate that judges and lawyers show interest in child participation, but are limited by the view that there could be similar SV to that which exists in criminal proceedings. This contrasts with the perceptions of children, who indicate an interest in being informed and listened to, and suggests some elements for this experience to be favorable, such as the reduced presence of adults in the courtroom, getting to know the lawyers and judges beforehand, and the friendly treatment of children. Finally, suggestions are made to guarantee respect for the right to participation in an adequate context.

***Key words:*** Children, participation, Chile, judicial processes, victimization

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- I.1 CONSIDERACIONES.- I.2. PREMISAS.- I.3.- ¿QUÉ SUCEDE EN LA JUSTICIA DE FAMILIA?.- I.4. ¿ES POSIBLE HABLAR DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LA JUSTICIA DE FAMILIA?.- II. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS.- II.1. DISEÑO METODOLÓGICO.- II.2. ASPECTOS ÉTICOS.- II.3. MUESTRA.- II.4. PRODUCCIÓN DE DATOS DEL TRABAJO DE CAMPO.- II.5. PROCEDIMIENTOS DE ANÁLISIS DE INFORMACIÓN.- III. RESULTADOS.- III.1. LA OPINIÓN Y PERCEPCIÓN DE JUECES Y ABOGADOS.- III.2. LA OPINIÓN Y PERCEPCIÓN DE LOS NNA.- IV. DISCUSIÓN.- V. SUGERENCIAS.- VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. Consideraciones

La victimización segundaria (VIC) puede ser definida como los efectos nocivos que se producen en una persona al enfrentarse al sistema de justicia cuando debe concurrir a él porque ha sido víctima de un acto ocasionado por un tercero, lesivo para su integridad física o psíquica. Esto puede deberse a la despersonalización del sistema y/o a la rememoración de aquel acto dañoso que en dicha instancia se promueve con la finalidad de averiguar la circunstancia de su ocurrencia y los culpables (Gutiérrez de Pineres Botero *et al.*, 2009, pp. 50-51). Además, según algunos autores, este fenómeno puede gestarse en distintas áreas y estamentos, y no solo con personas menores de edad. Por ejemplo, alude también a la mala intervención psicológica o médica de la que puede ser víctima un sujeto (p. 51). Es por ello que es bueno aclarar que este estudio se enfocará únicamente en la ocurrencia de la VIC en personas menores de 18 años dentro del sistema de justicia de familia, en comparación a su homólogo penal.

Ahora bien, cuando un niño, niña o adolescente (NNA) debe asistir a un juzgado a exponer sus puntos de vista para la solución de un conflicto familiar que le aqueja, es factible que las personas encargadas de citarlos sean reticentes a ello para evitar revictimizarlos. El problema con esto es que las investigaciones sobre la victimización secundaria en personas menores de edad no están situadas primariamente dentro del contexto de los asuntos que competen regularmente a la judicatura de la infancia, sino dentro de los problemas que conciernen a la justicia criminal. En este sentido, es posible que las ideas sobre la VIC que poseen quienes trabajan habitualmente en los tribunales de familia sean una cortapisa no del todo efectiva para entrevistar a los niños, o que incluyan matices que deben ser aclarados.

En este orden de ideas, este estudio parte de la base de que los fines, objetivos y la estructura orgánica de la justicia penal en su mayoría no son coincidentes con los de la justicia de familia y, por lo tanto, es factible que el fenómeno en esta área deba ser examinado con un prisma distinto. A partir de ello se plantean algunas hipótesis: es probable que algunos operadores estén familiarizados con el concepto de la VIC como un elemento nocivo que acontece a los NNA cuando comparecen al sistema de justicia en general, y que aquello se produzca porque la idea que evoca la VIC se conecta fácilmente con el sentido común e induce a pensar que la asistencia de un NNA a un tribunal es de por sí vulneradora. Asimismo, es dable que aquella generalización no tome en cuenta los matices que existen en los diversos tipos de competencia judicial; y que, a partir de lo señalado en los tres puntos anteriores, algunos operadores de la justicia de familia impidan que los NNA sean

llamados a expresarse las veces que sea necesario. También es viable que a los NNA no les resulte traumático *per se* asistir a las instituciones de protección de la infancia a dar a conocer sus puntos de vista sobre los conflictos que les aquejan; y, finalmente, es probable que esta temática posea otras variables no tenidas en cuenta en estudios previos realizados en la justicia penal y que es necesario analizar en los contextos de la justicia de familia para el adecuado tratamiento de los problemas que envuelve. Adicionalmente, son escasos los estudios en los que se incluye la voz de los NNA en estas materias (García-Quiroga *et al.*, 2018, p. 2; García-Quiroga & Salvo, 2020, p. 2; Vergara *et al.*, 2015, p. 56), por lo que el explorar sus visiones puede entregar nuevos elementos a considerar en la toma de decisiones.

### I.2. Premisas

En estudios anteriores sobre otros tópicos relacionados a este se recogieron opiniones de jueces y abogados que ejercen sus funciones habitualmente en el área de observación de esta pesquisa, quienes dejaron entrever que cuando se veían enfrentados a la posibilidad de citar a un NNA a la presencia judicial, una de las razones para evitar hacerlo era la victimización secundaria (Carretta, 2018a, pp. 109-115; 2018b, pp. 125-128; 2019, pp. 326-328). El problema de este proceder, que además ha motivado esta pesquisa, es que, de un lado, el costo de esta elección puede significar que, para tomar una decisión que afecta los intereses de un NNA, no se contará con su opinión las veces que sea necesario, lo que puede de alguna manera ser contraproducente. Del otro, si se recurre a las disciplinas experimentales para verificar aquella ideación, sucede que la victimización secundaria se gesta principalmente en el marco de la comisión de hechos de carácter punible, en particular aquellos que transgreden la esfera de la sexualidad de los niños. No hay muchas investigaciones que se refieran a este fenómeno en la justicia de familia, donde si bien se abren causas de protección por atentados sexuales en contra de los NNA, su competencia se amplía a muchos otros conflictos no delictivos que se les presentan a estos en su entorno.

En este orden de ideas, en los estudios criminológicos sobre esta materia se concluye con toda claridad que la victimización secundaria es un factor nocivo que se debe tener en cuenta a la hora de evaluar la concurrencia de los NNA al sistema de justicia penal. De igual forma, se ha identificado que uno de los elementos más relevantes en el fenómeno sería el actuar frío y despersonalizado del sistema judicial y sus operadores, como policías, jueces, forenses y fiscales (Guerra & Bravo, 2014, p. 73). Además, se mencionan otros factores, como la falta de apoyo materno al momento de las declaraciones, la ausencia de evidencias que corroboren el delito y la cercanía familiar con el acusado (Ben-Arieh & Windman, 2007, p. 324). Adicionalmente, la exposición de la declaración del

NNA frente a una audiencia podría generar niveles incrementales de ansiedad y vergüenza (Crenshaw *et al.*, 2016, p. 6). En Chile, muchos de esos factores motivaron la dictación de la Ley N° 21.057, que regula las entrevistas grabadas en video, así como otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.

La justicia penal chilena, desde que se reformó el año 2001 y pasó de un procedimiento escrito e inquisitivo a manos del Poder Judicial a otro oral de carácter contencioso a cargo de dos instituciones —los tribunales de justicia, por una parte, y las fiscalías dependientes del Ministerio Público, por la otra—, ha ido desarrollado constantes cambios en aras de su eficiencia. Precisamente la oralidad trajo ventajas en ese sentido, en la publicidad y transparencia de los actos procesales; y tanto las audiencias de la etapa de control de la investigación como las de juicio poseen esta virtud. Sin embargo, a juzgar por los antecedentes tenidos a la vista en la historia de la ley en referencia, este cambio dejó al descubierto algunos inconvenientes que esta reforma y el enjuiciamiento delictivo en general reportaba a los NNA. Esto abrió el camino a un análisis más completo de la situación por parte de los legisladores, que dio cuenta de que estos contrasentidos se extendían a un campo amplio de factores dañinos que el sistema de justicia penal puede ocasionar en la infancia, como los mencionados en el párrafo anterior, que la literatura ha denominado en su conjunto como victimización secundaria, la cual incluso se expande a instancias previas al juzgamiento (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2014, pp. 4-5). Así, el año 2018 esta normativa finalmente se promulga y en su exposición de motivos se señaló:

> Mediante la prevención de la victimización secundaria se busca evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los niños, niñas y adolescentes con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos (Ley N° 21.057, 2018).

En esta ley no se define la VIC, sino que se enumeran sus formas de prevención. Aparte de las publicaciones antes mencionadas, al momento de su elaboración probablemente se tuvo en cuenta un estudio empírico hecho en Chile unos años antes de su vigencia. En este la VIC es definida como «el sufrimiento que experimenta la víctima en su paso por las diferentes instancias del sistema procesal penal y por las reacciones de su entorno social» (Orellana *et al.*, 2015, p. 62). Esta definición es acorde al contexto que señalan otras investigaciones sobre el fenómeno en estudio, en las que se reitera que la victimización secundaria se refiere a las secuelas que a los niños abusados sexualmente les produce el contacto con el sistema de justicia (Gutiérrez de Pineres Botero *et al.*, 2009, p. 50; Powell & Snow, 2007; Snow *et al.*, 2009; Powell, 2005;

Chana *et al.*, 2002, p. 1; Echeburúa *et al.*, 2004, pp. 234-235; Hirschberger, 2006, pp. 832-844).

De esta manera, cuando los NNA han sido víctimas de delitos de connotación sexual, lo primero que estos deben hacer es concurrir a un órgano policial o judicial a prestar testimonio acerca del atentado ocurrido en su contra y de ahí se iniciará un largo camino hasta que todo el proceso termine. Todo ese peregrinar implica un costo adicional que injustamente deben pagar. Hay investigaciones que dan a conocer cómo los oficiales de justicia muestran respuestas inadecuadas en la atención de víctimas (Hirschberger, 2006, pp. 832-844). Luego, aparte del interrogatorio de inicio, es probable que se sometan a algún tipo de examen físico o psicológico; en este último caso, no solo para evaluar su estado emocional, sino para apreciar la credibilidad de su relato (Catanesi & Amerio, 2000, pp. 299-320; Jiménez Cortés & Martín Alonso, 2006, p. 92). Posteriormente, deben esperar la comparecencia en un juicio que implica enfrentarse a la estructura de un tribunal de justicia penal —no adecuado estructuralmente para NNA— y a los funcionarios administrativos que trabajan en él, que no necesariamente están capacitados para recibirlos.

Finalmente, el NNA prestará su declaración ante fiscal, defensor y juez. Es probable que ninguno de estos haya sido capacitado para dicha labor y, aunque lo fueren, persiguen en su indagatoria la comprobación del hecho punible y la condena o absolución del culpable, no indagar ni saber cómo se siente el NNA. Esto se produce porque los fines del sistema penal apuntan en la práctica al descubrimiento del delito, la sanción de los culpables y también a fines más abstractos, como la prevención general de los delitos, y no al bienestar de los niños (Welzel, 2002, p. 7).

### I.3. ¿Qué sucede en la justicia de familia?

Es distinto visualizar las secuelas que dejará en un niño o niña concurrir a los entes policiales y peritos a describir el abuso sexual del que fue víctima, para luego relatar lo mismo en un juicio, aunque sea con todas las precauciones descritas en el apartado anterior para la justicia penal; que las consecuencias que se producirán al asistir a un tribunal especializado en temas de familia a contarle a un consejero o juez los problemas de higiene, educación, salud o crianza que tiene al interior de su familia. En efecto, en Chile, desde las reformas que se produjeron el año 2004 a través de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, se generó un órgano —el Consejo Técnico— encargado de asesorar a los jueces y que está conformado por trabajadores sociales, psicólogos y orientadores familiares. Estos profesionales, según el artículo 7 de la referida ley, deben «acreditar experiencia profesional idónea y formación especializada en materias de familia o de infancia de a lo menos dos

semestres de duración». Por su parte, los jueces de familia no pueden ser ungidos como tales mientras no aprueben un curso de habilitación en temas de familia e infancia impartido por la Academia Judicial, de acuerdo con la disposición del artículo 6, transitorio 5, de la misma ley. Luego, tanto jueces como consejeros, que son los encargados de recibir a los NNA en los tribunales y hablar con ellos, son capacitados permanentemente a través de cursos que tratan sobre las diversas materias que les toca resolver habitualmente, impartidos por la misma entidad, conforme al artículo 14 de la Ley N° 19.346 que la creó. Ello está en sintonía con los estándares establecidos por las Naciones Unidas para este efecto (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 6).

Hay que considerar que en el sistema de justicia familiar no se habla de víctimas, por lo menos no con la connotación que dicho adjetivo posee en la justicia penal, sino solo de NNA. Estos llegan generalmente a él por una problemática no delictiva que se da al interior de su familia. Frecuentemente, se trata de disputas por el cuidado personal, el establecimiento de un régimen de relación directa y regular, o una medida de protección que puede obedecer a múltiples causas, como la vulneración del derecho a la educación; la desprotección por parte de los padres en la salud, higiene y alimentación de los niños; la falta de habilidades en el rol protector de los padres; problemas en las dinámicas familiares; etc.

En aquellos casos en los que hay una serie de actos de ocurrencia actual y respecto de los cuales se puede efectuar una prognosis, será imprescindible hablar con los niños las veces que sea necesario porque les asiste un derecho fundamental: su derecho a ser escuchados. A partir de este derecho, se busca entender el conflicto que les aqueja para resolverlo de la mejor manera posible. En este afán, la justicia de familia no solo se centra en el problema, sino en un examen mayor que intentará afianzar todos los derechos de los NNA, que emanan de su interés superior. Asimismo, la instancia de audiencia reservada no tiene como fin exclusivo interrogar al NNA y también posibilita la entrega de información al mismo para que esté en conocimiento respecto de lo que va a opinar, el curso del proceso y los efectos que podría tener en su propia vida (Vergara & Wilson, 2014, pp. 93-95).

Entiéndase esto de la siguiente manera: en la justicia de familia el NNA es un fin en sí mismo, a diferencia de lo que acontece en un proceso punitivo, que es principalmente un medio para satisfacer los objetivos de la justicia penal. Esto quiere decir que en sede penal el niño deberá declarar principalmente para la develación del delito y el castigo de sus responsables. En ese escenario, el foco de atención no está puesto en su bienestar general, sino en el hecho de que declare para que no se frustre la persecución criminal. Incluso, considerando que sus entrevistas sean

videograbadas, esto solo beneficia el hecho de que su declaración sea hecha en el mejor ambiente posible, pero no otros aspectos, como su salud o educación, por ejemplo. En cambio, en el ámbito de la justicia de familia, el niño puede asistir por una problemática específica, pero esto no quiere decir que el tribunal va a indagar unidireccionalmente sobre la tutela de ese problema en particular, sino que debe efectuar un análisis general donde pueden generarse hallazgos que hagan meritorio el análisis de otros problemas que le afectan, sus causas y soluciones (Carretta, 2018b, p. 133; 2018a, pp. 112-113).

Ahora bien, también se puede producir un cruce de competencias cuando el NNA llega a un tribunal de familia porque su causa es derivada de un juzgado del crimen o una fiscalía, o viceversa. En estos casos, que no son la mayoría, los operadores de la justicia de familia deben tener en cuenta lo que comprobadamente se sabe de la victimización secundaria para adecuar sus protocolos a dicho fenómeno. En Chile esto no está resuelto puesto que no existen directrices sobre el particular, sino lo que cada operador pueda saber del tema. Sin embargo, aún en estos casos, vuelve a acontecer que el análisis de la problemática que envuelve a un NNA no se va a restringir al delito del que fue víctima, alcanzando muchos otros aspectos que pueden estar aconteciendo en su vivir diario.

En todos los contextos señalados en este apartado es posible que surja una sana necesidad de hablar con el NNA más de una vez. Siempre será necesario hacerlo al principio de un procedimiento, pero también puede que surja la necesidad en el transcurso o al final del mismo para saber cómo las cosas han cambiado o mejorado.

### I.4. ¿Es posible hablar de victimización secundaria en la justicia de familia?

La VIC, como fue definida en la introducción de este trabajo, evoca la idea de que quien ha sufrido un daño, lo vuelve a experimentar mediante su rememoración posterior, unido al hecho de que las secuelas no solo se producen por lo lesivo que resulta recordar una experiencia traumática en un contexto no terapéutico, sino además por todo el camino que debe recorrer en los entes oficiales después de ocurrido el hecho.

La causa de que un NNA enfrente al sistema de justicia penal y familiar obedece a la ocurrencia de un hecho gravoso; sin embargo, si se considera que una violación o un abuso sexual no resulta comparable con alguno de los problemas que suceden al interior de una familia, los puntos de encuentro entre ambas competencias no son muy cercanos, salvo en el caso de que se produzca el cruce reseñado en al acápite anterior y teniendo en cuenta las mismas prevenciones dichas a propósito de aquello. Luego, como también se dijo en el párrafo precedente, si se tiene en cuenta que en un tribunal de justicia penal el NNA es

interrogado para satisfacer los fines de la justicia penal, mientras que en la justicia de familia presta su declaración como una expresión de su derecho a ser oído para que se revisen todos los aspectos que le puedan ser vulneradores, se debe concluir que la semejanza es muy tenue. Esto no quiere decir que el derecho del niño a ser escuchado se contraponga a la revictimización; por el contrario, en ambas competencias aquel principio —uno de los vértices de la Convención sobre los Derechos del Niño— debe ser garantizado (Comité de los Derechos del Niño, 2009, p. 5).

El punto más importante de la comparativa es que si resulta incuestionable que rememorar un episodio tan traumático como un atentado en la esfera de la sexualidad produce una severa afectación en la emocionalidad del NNA, pudiendo impactar en su desarrollo psicológico si no se otorgan los apoyos adecuados, ¿se puede llegar a la misma conclusión en el contexto de un problema familiar? A esto se suma saber si efectivamente enfrentar todos los aspectos involucrados en la asistencia de los NNA al sistema de protección familiar, como la infraestructura o la atención por parte de los oficiales de justicia, les produce un pesar similar al que genera el asistir a un órgano encargado de la persecución y el juzgamiento criminal.

Hasta donde se pudo indagar en este trabajo, no hay estudios orientados exclusivamente a dar respuesta a esas interrogantes. No obstante, unas cuantas investigaciones sobre temas puntuales que acontecen en el contexto de las disfunciones familiares arrojan algunos indicios de la imposibilidad de hablar de la VIC en el sistema de familia, tal como la ha concebido la literatura criminológica.

Algunas indagaciones han intentado medir las percepciones que pueden tener los NNA cuando deben hablar con un juez sobre algún asunto que les atañe. Contrariamente a lo que se puede suponer, los NNA refieren que les satisface contribuir a la resolución del conflicto entre sus padres en el caso de la determinación sobre su custodia (Savoury, 2012, pp. 1-19). Llama la atención que uno de los aspectos disruptivos de estas entrevistas sea la vestimenta formal de los jueces (Reinhardt, 2011, p. 90).

Sí es consustancial a las asistencias que los NNA sientan algún grado de ansiedad antes de las entrevistas; pero, una vez efectuada la reunión, valoran aquella experiencia como provechosa y tienen la percepción de que existe un beneficio envuelto en la entrevista judicial que influirá en su bienestar (Savoury, 2012, p. 10).

De esta manera, si lo que el NNA dice es valorado y este así lo percibe, se cumplen las aspiraciones que tiene el Comité de Derechos del Niño en cuanto a que el derecho del niño a ser oído sea afianzado en aras

de tomar una resolución que satisfaga la mayor cantidad de intereses y derechos de los NNA (Landsdown, 2011, p. 5; Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 18-19).

En concordancia, se ha identificado que la participación de NNA en la toma de decisiones posee un valor intrínseco basado en la relevancia que esta tiene en su dignidad y autoestima. En un estudio realizado en Australia con jóvenes en cuidados alternativos, se identificó que los participantes se sentían bien con ellos mismos y valorados cuando los profesionales y cuidadores los escuchaban. De manera inversa, la ausencia de participación generaba la sensación de ser ignorado o despreciado, produciendo en ocasiones síntomas de angustia (Bessell, 2011, pp. 498-500). En el mismo sentido, los estudios que se han realizado con el objetivo de conocer los puntos de vista de niños y jóvenes en cuidados alternativos respecto a su participación señalan que, en general, desearían haber estado más involucrados en las decisiones que fueron tomadas respecto a temáticas que les afectan, en especial respecto a los lugares donde vivir y la frecuencia con que visitaban a sus familiares (Cashmore, 2002, pp. 839-840).

También se han explorado los acuerdos en torno al régimen de relación directa y regular con los padres luego de un divorcio, a los cuidados personales y al lugar de residencia. Todas estas son temáticas en las que los niños están involucrados y donde pueden proporcionar puntos de vista relevantes, ya que son los expertos en su propia experiencia de vida familiar. Se identifica una preocupación por parte de los NNA sobre tener algún grado de control en el proceso de decisión y la necesidad del respeto y el reconocimiento por parte de sus padres (Cashmore, 2011, p. 515). En la misma dirección, un estudio reciente destaca que los niños tienen la capacidad de formar sus propios juicios respecto a sus vidas y que su participación facilita la consideración de una diversidad de situaciones y necesidades, a la par que ayuda al logro de mejores trayectorias en los sistemas de protección (Kriz & Roundtree-Swain, 2017, p. 36). En específico, en casos donde hay situaciones de abuso o violencia que perturbaron la confianza de los niños respecto a sus padres, los NNA desean un mayor grado de involucramiento en la decisión (Cashmore & Parkinson, 2009, p. 20). Desde la perspectiva descrita, es primordial avanzar hacia un sistema que involucre prácticas participativas en todos sus niveles, fundamentado en un marco legal que considere los derechos de los niños como ciudadanos (Gal, 2017, p. 61).

En este contexto, el objetivo de la presente investigación fue explorar tanto teórica como empíricamente las percepciones de los NNA sobre su participación en tribunales de familia, así como las opiniones de jueces y abogados al respecto.

## II. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

### II.1. Diseño metodológico

El diseño de esta investigación es de tipo cualitativo, ya que tiene como fin explorar e interpretar las percepciones, motivaciones y significados propios de los participantes e intentar acercar al lector a la realidad que se propone evidenciar (Mejía, 2004, p. 277). Para la exploración de las perspectivas de los participantes adultos, se optó por un diseño que contempla un enfoque descriptivo y otro exploratorio. Desde el primer enunciado, se busca examinar en profundidad los dichos de jueces y abogados a partir de su experiencia laboral y los conocimientos que poseen en el área en que habitualmente desempeñan sus funciones profesionales. Complementariamente, el enfoque es de carácter exploratorio, puesto que la investigación pretende abordar una serie de aspectos próximos o vinculados a la problemática principal propuesta —los que, sin embargo, no son totalmente evidentes dada la falta de estudios al respecto— que se procura entrelazar dialécticamente con los aspectos teóricos para entregar una perspectiva más amplia sobre su impacto social y jurídico. En el caso de los NNA, el diseño cualitativo contempló una metodología de análisis descriptivo de las narrativas de niños y niñas que se encuentran formando parte de algún proceso en tribunales de familia respecto al concepto de participación, y a su percepción sobre los niveles y formas de participación que han tenido en los procesos judiciales en los tribunales de familia.

### II.2. Aspectos éticos

Los aspectos éticos comprometidos en la investigación están cubiertos por la aprobación del Comité de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Antes de la pesquisa, se entregaron consentimientos informados a los participantes adultos y se les explicaron detalladamente los fines de la investigación y el desarrollo de la actividad en la que participarían. En el caso de los NNA participantes, se resguardó en todo momento su libre participación, confidencialidad y bienestar. Asimismo, se realizó un consentimiento informado para los padres y un asentimiento informado para los niños.

### III.3. Muestra

Los participantes adultos de la investigación son jueces (n = 10) y abogados (n = 10) especialistas en justicia de familia. La elección se hizo en base a la experiencia que dichos actores poseen en la participación de NNA en proceso judiciales (al menos diez años), donde diariamente se tiene la posibilidad de interactuar con niños en aras de mejorar los diversos problemas presentados. Su número se estimó como suficiente

para los fines del tipo de investigación ofrecida, lográndose una adecuada saturación de los temas y las categorías estudiadas.

En la muestra de niños, de acuerdo con el diseño metodológico escogido, no se plantea un número prefijado de participantes ya que lo que interesa es tener una comprensión lo más rica y profunda posible de la subjetividad de los niños. Para este efecto, se opta por un diseño muestral propositivo de casos típicos (Martínez-Salgado, 2012, p. 616). El número de niños y niñas incluidos en el taller de títeres y la entrevista grupal posterior fue de seis casos, tres niñas y tres niños, con edades entre 7 y 10 años, todos vinculados a procesos de juzgados de familia en causas relacionadas con la custodia y las visitas.

### II.4. Producción de datos del trabajo de campo

En cuanto a los instrumentos de recolección de información con participantes adultos, se optó por entrevistas semiestructuradas en ambos grupos. Cada pauta de entrevistas constó con once preguntas, generadas en base a las dimensiones elaboradas para el análisis. Las respuestas fueron recopiladas por los investigadores responsables mediante grabaciones de audio que luego fueron transcritas. Cada entrevista duró aproximadamente treinta minutos.

Para la producción de información con los NNA se optó por una metodología amigable. Muchos de los estudios realizados con niños y niñas utilizan instrumentos metodológicos tipo cuestionarios con respuestas previamente construidas por los adultos. Esto puede limitar la participación plena de los niños y la capacidad de recoger sus experiencias y perspectivas, por lo que resulta fundamental incorporar metodologías adaptadas a los modos de expresión de los niños y las niñas, con un formato flexible, visual y dialógico (García-Quiroga & Salvo, 2020; Spyrou, 2011; Alldred & Bouman, 2006).

Siguiendo estas recomendaciones, se realizaron entrevistas grupales facilitadas por la metodología del taller de títeres. El taller presenta el caso hipotético de un niño que debe asistir a tribunales por temas de custodia relacionados al divorcio de los padres. En este, los niños y las niñas construyen su propio títere y pueden, además, asumir diferentes roles (juez, abogado, psicólogo, niño o niña, etc.). Tanto el taller como las entrevistas fueron realizadas por la investigadora principal con ayuda de dos asistentes de investigación. La metodología de taller de títeres recoge lo lúdico como medio de expresión privilegiada en la infancia y permite la expresión libre y espontánea de las opiniones y creencias de los niños, a la vez que aporta una distancia necesaria a través de los personajes (por lo que el niño no se ve forzado a hablar explícitamente de su experiencia personal, pudiendo proyectarla en los personajes ). Por otro lado, se privilegió la entrevista grupal con el fin de

aminorar la relación de poder que se puede producir en una situación de entrevistador-adulto/entrevistado-niño. Las entrevistas grupales facilitan la aparición de dinámicas propias del mundo infantil de forma más espontánea y con mayor libertad. Al inicio del taller, los niños y las niñas construyen y decoran su propio títere; luego, se presenta la historia incompleta de un niño que debe asistir a tribunales por el divorcio de sus padres y los niños voluntariamente toman un rol para completar la historia según sus percepciones e ideas. Los niños asumen libremente el rol de niños, jueces, abogados, psicólogos u otra figura adulta neutra a la que ellos pueden asignar un papel. Posteriormente, se realiza una entrevista grupal en la cual se intercambian ideas acerca del rol de cada figura y las experiencias que ellos han tenido en contextos judiciales. Se termina la entrevista dejando la posibilidad de que los niños entreguen un consejo y hagan una pregunta dirigida a las figuras adultas.

El diseño metodológico con los participantes, niños y niñas, se construyó teniendo en consideración resguardos éticos para cautelar que la experiencia no fuera revictimizante. En particular, se procura hablar «del caso hipotético de un niño» más que preguntar directamente por las propias experiencias, de forma que los participantes puedan proyectar en otro personaje sus visiones y opiniones. La entrevista grupal, por su parte, contribuye a minimizar la diferencia de poder entre los niños y las niñas y el adulto que la conduce, generando un ambiente de expresión más libre y espontáneo. Adicionalmente, se finaliza la actividad situando a los niños y las niñas en un rol de expertos desde el cual pueden dar un consejo a los adultos jueces o abogados, lo que contribuye a un sentido de control y agencia.

### II.5. Procedimientos de análisis de la información

El examen de los datos suministrados por las entrevistas de jueces y abogados se hizo tomando en cuenta las siguientes dimensiones de análisis de contenido:

- Pertinencia, beneficios y perjuicios de la declaración de los NNA en tribunales.
- Finalidad(es) de la audiencia reservada con los NNA.
- Contexto, ambiente y condiciones de la audiencia reservada.
- Iteración (1) de audiencias con los NNA, determinación de cantidad óptima.
- Iteración (2) de audiencias con los NNA según materia de litigio. Diferencias.
- Concepto, características y contexto de la victimización secundaria.

- Alcances de la victimización secundaria en tribunales de familia y penales.
- Integración del derecho del NNA a ser informado en el proceso judicial.
- Participación y protección del NNA, interacciones y efectos.
- Limitación del derecho a opinar del NNA en el proceso judicial; efectos e impacto en su derecho a la defensa adecuada.

A partir de estos parámetros se procedió a discernir, dentro de la información recabada en las entrevistas, los aspectos mayormente atingentes a los objetivos de este trabajo, que fueron aislados para interrelacionarlos con las ideas matrices. También se utilizó el método dogmático propio de las ciencias jurídicas, que consistió en la descripción y el análisis comparativo y crítico del derecho vigente chileno y comparado, y se le confrontó a los aspectos fácticos recogidos en el trabajo empírico (Alexy, 1997, p. 241).

El análisis de datos recolectados en el taller de títeres y las entrevistas grupales con niños fue realizado mediante un análisis temático categorial basado en las dimensiones de participación significativa referidas al ser informado, ser escuchado y ser considerado en la toma de decisiones (Bouma *et al.*, 2018, pp. 281-282). De manera inductiva, se extrajeron del relato de los niños otros temas relevantes en relación con su participación, tales como factores facilitadores y obstaculizadores en su experiencia con los tribunales de familia. Por último, los temas extraídos del relato fueron triangulados entre los integrantes del equipo de investigación con la finalidad de asegurar un mayor rigor metodológico en la interpretación y el nálisis del material.

## III. RESULTADOS

### III.1. La opinión y percepción de jueces y abogados

Lo primero que se puede observar es la percepción favorable que los entrevistados tienen sobre la posibilidad de que, con ocasión de un proceso judicial, se pueda hablar con los NNA. Al respecto, una opinión resume en buena medida las demás: «La participación de menores es buena porque aporta al desarrollo personal y a la expresión de uno, de sus emociones y vivencias que son distintas […] que ellos digan lo que quieren […] que normalicen la situación de ser oídos» (juez 9). Este aspecto es plenamente compartido por ciertos abogados, que consideran como imprescindible que los NNA expresen libremente sus opiniones «porque están ejerciendo un derecho que costó muchísimo que se tomara en cuenta como tal» (abogado 7). Otro abogado señala: «Esta ponencia en juicio viene a constituir un derecho de los niños en relación

a manifestar su voluntad de ser oído[s] y que el tribunal pueda tomar en consideración su voluntad» (abogado 5).

Se aprecia también un empoderamiento de jueces y abogados en la función que desempeñan como entes tutelares de los derechos de los NNA: «La opinión de un niño, el contacto con un niño, para mí como juez, para resolver es tremendamente importante. Muchas veces lees ciertos informes y te imaginas una situación familiar horrorosa, espantosa, y finalmente no es tan así» (juez 1). Los matices de esto se aprecian a la hora de repensar el motivo por el cual resulta importante tener en cuenta las expresiones de un NNA: «en general la convocatoria es para que el niño declare, cuente y sugiera» (juez 6).

No obstante, la primera limitante que surge para que aquello ocurra es el lugar físico donde las entrevistas se pueden llevar a cabo: «este espacio es un mecanismo para que la entrevista pueda lograr sus objetivos […] debe ser un instrumento de ayuda, desde ahí insisto que sea cómodo, que sea tranquilo, que sea estable» (juez 6). En este punto llama la atención que si bien todos los jueces entrevistados tienen acceso a salas Gesell con espejo unidireccional, que están especialmente acondicionadas en los tribunales donde ejercen su oficio, la mayoría de ellos las considera poco útiles y prescindibles.

> No me gusta la sala Gesell [...] porque es inhóspita, hay mucho ruido, los niños se sienten intimidados porque es un ambiente como súper falso [... y tampoco me gusta] lo que se produce en la sala de audiencias porque hay mucha gente y entonces los niños pueden sentirse intimidados [...] no todas las salas [Gesell] son iguales, algunas permiten tener un ambiente de más confianza porque son más pequeñas, pero tenemos otras que tienen una gran distancia, el niño se sienta por allá [...] algunos funcionarios se quedan más por acá, entonces tampoco es lo ideal (juez 3).

En cuanto al número de veces que un niño debe ser entrevistado, la opinión mayoritaria es que debería ser solo una. La razón de aquello se refleja cabalmente en esta opinión: «venir al tribunal no es un evento agradable y no debiese ser experiencia, y venir a dos experiencias con dos personas desconocidas que, aunque sean cuidadosas, le hacen venir en un momento complicado, no debería ser ni es necesario» (juez 2).

Algunos magistrados dan por hecho que los NNA desconfían del sistema judicial, lo que constituye un nuevo factor para repensar la necesidad de entrevistar a un NNA más de una vez. A continuación, se ven algunos comentarios que refrendan aquello:

> Yo creo que tiene que ver con la confianza en el sistema, en la confianza que tiene el niño, porque el niño no confía en el sistema judicial, el niño

> confía en el juez, como debe ser [... El sistema] los trata como inhábiles, si lo claro es que el niño debe confiar en el trabajo que hace el juez. Ahí, independientemente del colega que tome la audiencia, son súper capaces dentro de sus formas, pero sí creo que la confianza que tiene el niño [se basa] no en cómo va a resolver, sino que ese juez en alguna medida conoce un poco de su historia (juez 7).

> Me gustaría tener un poco más de control sobre lo que pasa afuera de la sala cuando llega el niño, cómo se identifica, porque todo es súper rudo para cualquier persona, el guardia pide el carné, hay un libro de registro, para llegar a la sala hay mucha gente [... Además,] no tengo cómo controlar si hay mucho conflicto entre las familias, el papá que no lo ve hace seis meses se le tira encima, es lo normal, pero le puede generar problemas (juez 2).

> El niño muchas veces tiene susto de comparecer ante un tribunal porque lo asimilan a un castigo. Entonces cuando viene, y dependiendo de la forma como se den las preguntas que le hacen, se sentirá participando en decisiones que le van a afectar y va a poder ver al juez y al tribunal como algo que lo puede ayudar (juez 8).

Los aspectos reseñados hasta aquí, que constituyen una cortapisa para traer a los NNA al sistema de justicia, no son identificados por los entrevistados como aspectos que se encuadren nítidamente dentro de la VIC. Para ellos, este fenómeno se centraliza en el perjuicio que produce en los NNA revivir su experiencia traumática a través del relato que podrían prestar más de una vez en dicha instancia. «El sistema judicial en esencia puede resultar victimizador para personas que tienen daño [porque hace] reflotar y recordar los mismos hechos que produjeron este daño» (juez 6). Para otro significa «volver a vivir una experiencia desagradable y traumática para él» (juez 10).

Es por eso que cuando se les pide una definición de lo que ellos entienden por la VIC, algunos expresan:

> A la victimización secundaria la puedo definir como el volver a relatar o tratar de revivir o ser consultado sobre hechos sobre los que ya se ha sido consultado, intervenido o evaluado, y que significan —en un momento en que se ha avanzado quizás en el proceso de reparación— volver a revivir en un tribunal la situación inicial por la cual se generó la causa (juez 2).

Otro juez señala: «Es el efecto negativo que se produce en los niños por exceso de entrevistas o interrogaciones que se dan en distintas instancias de una tramitación de una causa [… y que puede causar] ansiedad, inseguridad o incluso bajar la autoestima» (juez 3).

Los abogados consultados poseen una noción similar que se puede resumir en esta opinión: «la victimización secundaria es someter a un NNA a una nueva instancia donde podría verse afectada de alguna u otra forma su integridad psíquica […] ya sea en una instancia de evaluación o en el contexto de una audiencia reservada» (abogado 1). Aunque uno de ellos hace una diferenciación:

> en una causa donde no hay involucrado un aspecto emocional propiamente tal, no estaríamos viéndonos en una victimización secundaria, porque esta [… apunta a que] se reviva episodios de su vida donde de alguna forma sufrió una afectación de su integridad psíquica o física (abogado 1).

### III.2. La opinión y percepción de los NNA

Una primera dimensión examinada es el impacto que a primera vista pueden causar los órganos de justicia en los NNA. Se observa la falta de información por parte de los órganos judiciales sobre los motivos de requerir la comparecencia de los NNA en la mayor parte de los relatos de los niños. Esto se refleja en las siguientes citas:

> La primera vez yo era chiquitita, tenía como 3 o 4 años y, de repente, me llamaron a la sala y mi mamá no me había dicho qué era y yo no entendía bien lo que era, ni quién era un juez (niño 2).

En la misma línea, otro niño entrevistado indica: «Yo no entendía bien, yo pensé que un juez era como esos jueces de las competencias deportivas» (niño 3).

Frente a esto, los niños manifiestan interés y necesidad por saber más acerca del rol de los distintos actores del proceso judicial y el sentido de las acciones que se llevan a cabo. Así, por ejemplo, en relación a la figura del juez, un participante señala: «yo le preguntaría al juez: "¿Qué haces?"» (niño 1); y otro indica: «necesito que cuente todo lo que vea, lo que hace en los tribunales de familia, ¿¡qué es lo que hacen!?, ¿¡qué es lo que hacen!?» (niño 3). Los niños participantes expresan, asimismo, la necesidad de ser informados, manifestando cierta desconfianza en los procesos: «es que juez, mire, necesito que usted diga la verdad, que no mienta» (niño 5).

A pesar del desconocimiento y la falta de información respecto al rol y la función de los distintos actores, se evidencia con claridad en los relatos de los niños la autoridad que presenta el juez y su poder de decisión en los procesos. «Los jueces hacen cuando que alguien que dice algo y dicen corte» (niño 5). «¡Tengo que acabar el juicio y tendremos que hablar con los papás, cerrar el caso con una orden, ¡orden en la corte!» (niño 2).

En comparación, algunos niños sí evidencian tener mayor claridad sobre el proceso. Se trata de niños que son informados y a los que se les ha explicado previamente sobre el sentido de asistir a tribunales de familia. Estos niños muestran diferencias importantes en el relato que elaboran durante la actividad, donde destaca la figura del juez como alguien que ayuda a los niños en el proceso. Uno de los niños participantes escoge representar la figura del juez en el taller de títeres y señala a otro niño, quien toma el rol de uno que asiste a los tribunales: «Te ayudo a tomar una decisión que tú quieres» (niño 2).

La segunda dimensión pesquisada se refiere a la escucha y consideración. Los niños consideran que es importante ser escuchados en tribunales, pues estiman que su voz puede posibilitar que sean protegidos en situaciones de vulneración. Así, por ejemplo, señalan que «serviría que el juez hablara con los niños» (niño 2); «Sí, porque algunos jueces pueden decidir sí o no, porque es diferente en cada país» (niño 3); «serviría mucho, porque si uno de los padres la trata mal, se queda con el padre que no la trata mal» (niño 4). Adicionalmente, algunos niños consideran que el ser escuchados puede ayudar al juez a tomar una decisión adecuada en cada caso, ya que ellos pueden proporcionar información relevante que no necesariamente será proporcionada por los adultos:

> Sí, porque pueden decirle, la hija o el hijo, por qué lo sacaron. La niña puede decirle "Mi papá nos sacó porque mi mamá ya no está con él, está enamorada de otra persona", y así el juez sabe lo que pasó (niño 1).

En una tercera dimensión, se indagó sobre los factores facilitadores y obstaculizadores para la participación. Los niños mencionan ciertos factores que, desde su perspectiva, facilitarían su experiencia en tribunales de familia, listados a continuación:

- Menor cantidad de personas durante la audiencia: en general, los NNA refieren que se sienten más cómodos y les resulta más confiable un ambiente en el que estén presentes menos adultos. En este sentido, mencionan la sala Gessell como un ambiente favorable, descrito de la siguiente manera por uno de los participantes: «Mmm era chiquitita amarilla, bonita […] me encantó […] es mejor así porque así nadie más lo sabe que el juez […] no hay otras personas, había pocas, que estaba el puro juez y estaba una abogada» (niño 2).
- Conocimiento previo del juez y/o abogado: «Conocer antes al juez y al abogado, saber qué hacen» (niño 3).
- Trato amable: los niños refieren que es importante, desde su experiencia, que los adultos tengan un trato amable que

disminuya su ansiedad frente a la situación: «que el juez no sea tan enojado» (niño 1).

Asimismo, los niños mencionan algunos factores que pueden obstaculizar o dificultar la experiencia, listados a continuación:

- Número de adultos presentes: «Que haya muchas personas en la sala, emmm, muchos grandes, había muchos grandes en la sala» (niño 5).
- Desconocimiento de los adultos presentes en la sala: «No hubiera hablado si [al abogado] no lo conocía de antes» (niño 2).
- Ser excluidos del proceso y no recibir explicaciones: finalmente, mencionan que su presencia o ausencia es un factor que les produce incomodidad y sentimientos negativos: «Que te dejen afuera de la sala y hablen solo los adultos» (niño 4); o «no me explicaron y no me gustó, yo tuve que esperar a mis papás, porque yo no estuve ahí, tuve que estar afuera esperando, viendo videos en el celular de mi papá» (niño 1).

## IV. DISCUSIÓN

Los resultados de esta investigación señalan que para los adultos entrevistados la VIC es un fenómeno que podría estar presente en la justicia de familia y, además, contiene consecuencias prácticas relevantes. Para ellos, actúa como un obstáculo a la hora de evaluar la asistencia de los NNA a los tribunales a raíz de lo lesiva que puede resultar para estos la rememoración del hecho que motiva su asistencia y, en menor medida, lo pernicioso que puede ser que los NNA se enfrenten al sistema de justicia con todos los aspectos que involucra. Según se aprecia, habría una concepción similar, en términos generales, a la que se describe en la doctrina penal sobre el fenómeno en cuestión.

Sin embargo, hay que agregar algo más. Puede entenderse que los adultos que participaron en la investigación empírica poseen un entendimiento del fenómeno de la victimización acorde con cómo creen ellos que los niños piensan acerca de esta. Con esto, se presenta una arista que no es posible tratar aquí en toda su extensión y profundidad sin salir de los objetivos focales de este trabajo, que es la relación con el adultocentrismo (Calderón, 2015, p. 133). Ocurre que, en ocasiones, los adultos construyen una realidad que no les pertenece en base a estereotipos que incluyen una mirada paternalista de la infancia, razón por la que esta pesquisa ha querido tomar en cuenta las opiniones y los puntos de vista de los NNA. Por cierto, es probable que gran parte del sistema de normas que conforman un proceso judicial se haya creado a partir de la mirada de los adultos, quienes, sin preguntarles a los NNA, consideran adecuado hacer ciertas cosas y dejar de hacer otras. De esta

manera, algunas de las experiencias que los NNA tendrán en este contexto se configuran a partir de los elementos obstaculizadores que impone el mundo adulto. En este sentido, se destaca que los marcos legales de tendencia proteccionista pueden anular las opiniones de los niños en un intento de protegerlos del conflicto paterno que se presenta en los tribunales de familia (Smart, 2002, p. 309).

Al contrario de lo que señalan estas evocaciones, si se observan los resultados del trabajo de campo desde la recopilación de la información con los NNA, se apreciará que estos denotan de forma inmediata que los temores que los adultos tienen sobre su participación en los procesos judiciales de familia no tienen muchos puntos de contacto con las percepciones de los niños, quienes, si bien mencionan algunos elementos que dificultan la experiencia, también señalan con claridad que desean ser incluidos, informados y escuchados en estos procesos. Así, el coartar la participación de NNA en los procesos bajo el supuesto de VIC conlleva un obstáculo significativo para el ejercicio del derecho de los NNA a ser escuchados en un medio tan relevante como su propia familia. La problemática no se basa en quién está mejor preparado para escuchar y apoyar a los niños, sino en que ellos desean tener una voz sin estar restringidos por los obstáculos legales y sociales que presenta el sistema (Birnbaum & Saini, 2012, p. 408), y en que tienen el derecho de ser oídos y a que su voz sea considerada en temas que los afectan. Por lo tanto, se trata más bien de poder considerar de qué forma y con qué herramientas se garantiza su participación de manera segura y amigable.

A estos argumentos, que han tomado la mirada de los NNA como punto de referencia, se suma una probable explicación de la razón por la que se produce el traslado del conocimiento general que los adultos involucrados en la prospección poseen acerca del fenómeno en referencia desde el área delictiva a la familiar. Esta puede ser abordada desde dos puntos de vista, el fáctico y el psicológico, en los que puede estar latente una relación causa-efecto.

Desde el punto de vista fáctico, en el caso de los magistrados, esto puede deberse a que en el Poder Judicial chileno estos se cambian de una competencia a otra en aras de desarrollar una carrera judicial que les permita ascender en la jerarquía judicial. Así, es plausible que un juez comience a desempeñar su cargo en la justicia penal y después pase a la justicia de familia. Incluso, puede darse que el mismo juez ejerza ambas labores en los tribunales de competencia común que se encuentran en algunos sectores geográficos limítrofes o aislados del territorio chileno. Cuestión similar se produce en el caso de los abogados. Si bien los que fueron parte de la muestra se especializan en materias extrapatrimoniales, esta especialización no implica exclusividad; es decir, algunos de ellos

también ejercen su oficio residualmente en otras materias, sobre todo en lo concerniente a la defensa de causas de niños involucrados en el sistema penal.

Desde el punto de vista psicológico, puede deberse —entre otros factores— a la generación de un sesgo cognitivo en sus métodos de pensamiento (Tversky & Kahneman, 1974, p. 1126). En efecto, si se considera el contexto en que se toman las decisiones que buscan la tutela de la infancia en una buena cantidad de casos de fuerte tensión a raíz del daño inminente que puede ser ocasionado a un grupo humano vulnerable, estas deben tener una resolución rápida para que sean eficaces. En este orden de ideas, es factible sostener que una súbita ideación sobre el significado de la VIC le hace más fácil al operador tomar una decisión expedita sobre la posibilidad de que un NNA comparezca a los estamentos judiciales, sin saber específicamente en qué consiste el fenómeno y si resulta o no aplicable a los juicios de familia. A esto se suma la preconcepción que algunos de ellos poseen sobre la VIC desde el campo del derecho penal, que puede teñir los fundamentos de sus decisiones en el área del derecho de familia para visualizar la concurrencia de los NNA a los estamentos oficiales y sus posibles efectos.

No se está diciendo que los sesgos sean algo erróneo; sino que, por el contrario, para los fines de esta investigación, dan luces de que el fenómeno de la VIC está presente por lo menos en las conciencias de los encargados de defender los derechos de la infancia. En ese sentido, solo habría que encausarlo hacia parámetros más específicos y operativos dentro de la justicia de familia, algunos de los cuales se pretende subrayar aquí a partir de las sugerencias que se citan a continuación.

## V. SUGERENCIAS

Los resultados de este estudio hacen necesario plantearse los vacíos que los operadores de la justicia de familia pueden tener en temas de aprendizaje específico sobre esta materia, más allá de las capacitaciones generales que algunos reciben, reseñadas al inicio de este trabajo (acápite I.3). Esto encuentra un correlato general comprobable en las observaciones que la Organización de las Naciones Unidas hizo el año 2018 al Estado de Chile. En aquel informe se reprocha el hecho de que la mitad de los funcionarios que ejercen sus labores en el sistema de protección a la infancia señaló que no había recibido adiestramiento específico sobre ciertos temas. En este orden ideas, aquel documento señala que

> los jueces tienen encomendada la adopción de todas las medidas de protección, desde las ambulatorias a las residenciales. Pero no tienen

> un conocimiento preciso de los recursos alternativos a la internación, ni el tiempo necesario para el estudio de cada caso individual, ni la capacitación para saber cuál es la medida social más adecuada para cada NNA. Los tribunales tienen poco personal especializado de apoyo (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pp. 18-19).

De lo recogido desde el relato de los niños, es posible observar que existe una diversidad de experiencias; es decir, la forma en que los niños son informados e involucrados en las audiencias depende en gran medida del criterio que aplica cada juez y no tanto de protocolos o guías de acción definidas previamente para garantizar la consecución del derecho a ser informado y escuchado. Los niños manifiestan interés por participar de los procesos y la necesidad de ser informados, se visualizan a sí mismos como actores relevantes en el proceso y perciben que pueden aportar información valiosa para la toma de decisiones. Considerando estos aspectos, sería relevante que la participación de los NNA en los procesos de los tribunales de familia estuviera garantizada y sustentada en protocolos o guías de acción, y acompañados por la debida capacitación de los profesionales involucrados en estos procesos. Los niños señalan que contar con información previa y el poder conocer a los abogados antes de la audiencia los ayuda a tener una percepción más positiva y confiable de los jueces y otras figuras; en este sentido, resulta importante informar claramente y en términos simples a los niños sobre el sentido de la audiencia, ofrecerles la oportunidad de conocer previamente al abogado y aclarar los roles. Asimismo, es fundamental darles la posibilidad de expresar sus visiones a lo largo del proceso. Finalmente, desde la perspectiva de los niños, sería positivo reducir el número de adultos presentes en la audiencia y reconsiderar el uso de las salas Gessell, ya que las asimetrías de poder entre adulto y niño se acentúan debido al contexto y al número de adultos, generando un posible efecto intimidatorio que puede reducir la posibilidad de expresión de los niños en estos contextos.

La mayor parte, sino la totalidad de las normativas relativas a los mecanismos de resolución de problemáticas que afectan a la infancia en contextos judiciales, ha sido elaborada y construida desde y por adultos. Esto ha producido una interpretación de las posibles consecuencias de la inclusión de los NNA en estos procesos que no ha considerado sus opiniones y perspectivas, generándose normas que muchas veces los excluyen de procesos y de la toma de decisiones en temas que los afectan. Para evitarlo, sería muy positivo que los órganos del Estado consideren consejos consultivos u otras formas de participación de los NNA en la construcción de los marcos normativos para garantizar efectivamente el respeto y la garantía de su derecho a participar en todos los temas que los afectan.

## VI. CONCLUSIONES

Las hipótesis planteadas al inicio han encontrado algún grado de corroboración en el contexto de los límites de una investigación como la propuesta. Efectivamente, los jueces y abogados entrevistados perciben el concepto de la VIC como un elemento nocivo que les acontece a los NNA cuando comparecen ante el sistema de justicia de familia. El problema es que esta ideación parece no tomar en cuenta los matices que existen en los diversos tipos de competencia judicial, ni la posibilidad de generar condiciones específicas en los tribunales de familia que faciliten la experiencia de los NNA en estos contextos. No obstante, el contrapunto mayor con esto son las consecuencias prácticas que produce esta problemática. En efecto, los operadores consultados, a pesar de mirar con buenos ojos la posibilidad de hablar con los NNA para encontrar una solución a sus problemas, son reticentes a hacerlo en su experiencia cotidiana con base en aquella preconcepción. Sin embargo, en el marco de esta exploración, fue posible observar que a los NNA que participaron en las actividades que fueron desarrolladas no les resulta *per se* traumático asistir a un tribunal y hablar con las autoridades para darles a conocer sus puntos de vista sobre los conflictos que les aquejan; por el contrario, manifiestan interés por participar de estos procesos. Más bien, lo que los NNA plantean es que hay ciertas condiciones específicas que pueden facilitar u obstaculizar su deseo de participar y su sensación de bienestar en estos contextos. Es decir, la participación no es traumática por sí misma, sino que está fuertemente condicionada por la modalidad y las condiciones específicas en que esta se da.

Resultó transversal a toda esta investigación plantearse la idea de que la victimización secundaria, por todas las razones dichas, no concurre en la justicia de familia de la misma forma que en la justicia penal, por lo que no podría hablarse de ella en dicha área sin correr el riesgo de que la asimilación conceptual haga que alguien que conoce el fenómeno traspase los mismos patrones y miedos desde el sistema criminal al de familia. Sin embargo, a estas alturas es posible que la asimilación sea tal que no sea viable sacar de la mentalidad de los adultos involucrados en la resolución de los conflictos de la familia y la infancia la idea de que el fenómeno sí concurre. En dicho caso, deberían considerarse nuevos y diversos patrones, además de los que ya se han asentado en base a publicaciones en el campo de la criminología. Esto, por cierto, debe ser materia de mayores estudios.

Por lo pronto, es posible concluir que los NNA no tienen un temor exagerado por asistir a los tribunales de familia a exponer sus opiniones, por lo que los operadores no deberían limitar *per se* su participación en procesos de decisiones que afectan significativamente sus vidas cotidianas. A los NNA tampoco les resulta necesariamente traumático expresar sus visiones y deseos sobre la situación familiar, siempre y

cuando se den ciertas condiciones mencionadas por ellos como contar con información y conocimiento previo, facilitar un ambiente con menos adultos presentes en la sala, y un trato amable y cordial. Esto se puede ver facilitado por adultos capacitados en temáticas de desarrollo infantil y formas alternativas de expresión más gráficas y lúdicas. Dadas estas condiciones, los niños valoran que su opinión sea escuchada en estas instancias de decisión para aquellos temas que los afectan.

## REFERENCIAS


Alldred, P., & Bouman, E. (2006). Analysing children´s account using discourse analysis. En S. Greene y D. Hogan (eds.), *Researching children´s experience: Approaches and methods* (pp. 175-198). Londres: Sage.

Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos.

Ben-Arieh, A., & Windman, V. (2007). Secondary Victimization of Children in Israel and the Child´s Perspective. *International Review of Victimology*, *14*(3), 321-336. https://doi.org/10.1177%2F026975800701400303

Bessell, S. (2011). Participation in decision-making in out-of-home care in Australia: What do young people say? *Children and Youth Services Review*, *33*(4), 496-501. https://psycnet.apa.org/doi/10.1016/j.childyouth.2010.05.006

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2014). *Historia de la Ley N° 21.057*. https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7481/

Birnbaum, R., & Saini, M. (2012). A Qualitative Synthesis of Children's Participation in Custody Disputes. *Research on Social Work Practice*, *22*(4), 400-409. https://doi.org/10.1177/1049731512442985

Bouma, H., López, M., Knorth, E., & Grietens, H. (2018). Meaningful participation for children in the Dutch child protection system: A critical analysis of relevant provisions in policy documents, *Child Abuse & Neglect*, *79*, 279-292. https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.02.016

Calderón, D. (2015). Los niños como sujetos sociales: Notas sobre la antropología de la infancia. *Nueva Antropología*, *28*(82), 125-140. https://www.redalyc.org/pdf/159/15943065007.pdf

Carretta, F. (2018a). Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído: A propósito de un estudio empírico. *Revista de Derecho*, *86*(243), 93-119. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000100093

Carretta, F. (2018b). Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena. *Revista CES*, *1*(9), 118-142. http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.1.7

Carretta, F. (2019). Una aproximación al estudio sobre la confidencialidad de la declaración de los niños, niñas y adolescentes en la justicia de familia chilena. En X. Marcazzolo y M. Santibañez (ed.), *La Prueba en los procedimientos* (pp. 325-337). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Cashmore, J. (2002). Promoting the participation of children and young people in care. *Child Abuse & Neglect*, *26*(8), 837-847. https://doi.org/10.1016/S0145-2134(02)00353-8

Cashmore, J. (2011). Children's participation in family law decision-making: Theoretical approaches to understanding children's views. *Children and Youth Services Review*, *33*(4), 515-520. https://psycnet.apa.org/doi/10.1016/j.childyouth.2010.05.008

Cashmore, J., & Parkinson, P. (2009). Children's participation in family law disputes: the views of children, parents, lawyers and counsellors. *Family Matters*, (82), 15-21. Legal Studies Research Paper N° 09/81. http://ssrn.com/abstract=1471693

Chana, F., Vilas, R., & López, B. (2002). La victimización secundaria en los menores testigos de violencia doméstica. *Cuadernos de Política Criminal*, (76), 143-186.

Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51o. período de sesiones (CRC/C/GC/12)*. Ginebra: Naciones Unidas. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N°. 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/c/gc/14)* . Ginebra: Naciones Unidas.

Comité de los Derechos del Niño. (2018). *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (CRC/c/chl/inq/1)*. Ginebra: Naciones Unidas.

Crenshaw, D., Stella, L., O'Neill-Stephens, E., & Walsen, C. (2016). Developmentally and Trauma-Sensitive Courtrooms. *Journal of Humanistic Psychology*, 59(6), 1-17. https://doi.org/10.1177%2F0022167816641854

Echeburúa, E., De Corral, P., & Amor, P. (2004). Evaluación del daño sicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 4, 227-244. https://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf

Gal, T. (2017). An ecological model of child and youth participation. *Children and Youth Services Review*, *79*, 57-64. https://psycnet.apa.org/doi/10.1016/j.childyouth.2017.05.029

García-Quiroga, M., López, V., Calquín, C., & Salvo, I. (2018). Editorial Sección Temática: Infancia, poderes, subjetividades. *Psicoperspectivas*, *17*(2). https://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/1408

García-Quiroga, M., & Salvo, I. (2020). Too vulnerable to participate? Challenges for meaningful participation in research with children in alternative care and adoption. *International Journal of Qualitative Methods*, *19*. https://doi.org/10.1177%2F1609406920958965

Guerra, C., & Bravo, C. (2014). La víctima de abuso sexual infantil versus el sistema de protección a la víctima: Reflexiones sobre la victimización secundaria. *Praxis*, *16*(26), 71- 84. http://www.praxis.udp.cl/index.php/praxis/article/view/26

Gutiérrez de Piñeres Botero, C., Coronel, E., & Pérez, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liber*, *15*(1), 49-58.

Hirschberger, G. (2006). Terror management and attributions of blame to innocent victims: Reconciling compassionate and defensive responses. *Journal of Personality and Social Psychology*, *91*(5), 832-844. https://doi.org/10.1037/0022-3514.91.5.832

Jiménez Cortés, C., & Martín Alonso, M. (2006). Evaluación de la validez del testimonio de víctimas de abuso sexual en la infancia. *Cuaderno de Medicina Forense*, *12*(43-44), 83-102.

Kriz, K., & Roundtree-Swain, D. (2017). "We are merchandise on a conveyor belt": How young adults in the public child protection system perceive their participation in decisions about their care. *Children and Youth Services Review*, *78*, 32-40. https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2017.05.001

Landsdown, G. (2011). *Every child´s right to be heard: A resource guide on the UN Committee on the Rights of the Child. General comment N° 12.* Londres: Save the Children.

Mejía, J. (2004). Sobre la investigación cualitativa. Nuevos conceptos y campos de desarrollo. *Investigaciones Sociales*, *8*(13), 277-299. https://doi.org/10.15381/is.v8i13.6928

Orellana, D., Arredondo, V., Carrasco, C., & Guerra, C. (2015). Significados asociados a la participación en juicios orales en niños y niñas víctimas de delitos sexuales. *Praxis. Revista de Sicología*, *27*(S.1), 61-81. http://www.praxis.udp.cl/index.php/praxis/article/view/19

Powell, M. (2005). Improving the realiabity of child witness testimony in court: The importance of focusing on questioning techniques. *Current Issues in Criminal Justice*, *17*(1), 137-143. https://doi.org/10.1080/10345329.2005.12036342

Powell, M., & Snow, P. (2007). Recommendations for eliciting a disclosure for abuse from a young child. *Australian Police Journal*, *61*(2), 76-80.

Snow, P., Powell, M., & Murfett, R. (2009). Getting the story in forensic interviews with child witnesses: exploring the application of a story grammar framework. *Psychology, Crime & Law*, *15*(6), 555-568. https://doi.org/10.1080/10683160802409347

Spyrou, S. (2011). The limits of children's voices: From authenticity to critical, reflexive representation. *Childhood*, *18*(2), 151-165. https://doi.org/10.1177/0907568210387834

Reinhardt, P. (2011). El uso de asistencias testimoniales en tribunales adaptados a los niños: la experiencia canadiense. En *Acceso a la justicia de niños/as víctimas* (pp. 83-112). Santiago de Chile: Jufejus, ADC, Unicef.

Savoury, C. (2012). A voice for "the small": Judicial "meetings" in custody and access disputes. *Canadian Journal of Family Law*, *28*(2), 1-19.

Smart, C. (2002). From children's shoes to children's voices. *Family Court Review*, *40*(3), 307-319. https://doi.org/10.1111/j.174-1617.2002.tb00842.x

Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, *185*(4157), 1124-1131. https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124

Vergara, A., Peña, M., Chávez, P., & Vergara, E. (2015). Los niños como sujetos sociales: El aporte de los Nuevos Estudios Sociales de la infancia y el Análisis Crítico del Discurso. *Psicoperspectivas*, *14*(1), 55-65. https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol14-Issue1-fulltext-544

Vergara, M. T., & Wilson, C. P. (2014). Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: Una aproximación psicojurídica. *Praxis*, *16*(25), 89-105. http://www.praxis.udp.cl/index.php/praxis/article/view/33

Welzel, H. (2002). *Derecho penal alemán* (4ta ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Ley N° 21.057, Ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales (Congreso de la República [Chile]). *Diario Oficial de la República de Chile*, 9 de enero de 2018.

Recibido: 03/05/2021
Aprobado: 02/08/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.015
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 499-522
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# La reflexión de la práctica de docencia como estrategia para la innovación en la formación jurídica

## Reflection on Teaching Practice as a Strategy for Innovation in Legal Training

MARÍA FRANCISCA ELGUETA*
Universidad de Chile (Chile)

ERIC EDUARDO PALMA**
Universidad de Chile (Chile)

**Resumen:** La praxis reflexiva es un instrumento relevante para la permanente innovación en el proceso formativo. Fortalecer la capacidad de preguntar y resolver problemas pedagógicos, utilizando a la investigación como herramienta para la reflexión del propio quehacer, sería una contribución para el abordaje integral de cambios de las prácticas docentes de los profesores de derecho. Nos proponemos, por lo tanto, destacar el valor de la creación de una cultura de la investigación del propio quehacer docente y presentar, a grandes rasgos, una estrategia de implementación de una praxis reflexiva. La práctica docente en la formación jurídica se estructura en un marco pedagógico, disciplinar-valorativo y curricular en relación con el contexto en el que se produce y a las creencias y visiones del docente que la ejecuta. Además, es producto de la concepción que tengan los docentes en torno a lo que es el derecho, pudiendo ser formalista, crítica-realista o argumentativa-democrática.

**Palabras clave:** Práctica docente, modelos de práctica de docencia, investigación, reflexión de la práctica, educación legal, innovación

***Abstract:*** Reflective praxis is a relevant instrument for permanent innovation in the training process. Strengthening the ability to ask questions and solve pedagogical problems, using research as a tool for reflecting on one's own work, would be a contribution to the comprehensive approach to changes in the teaching practices of law professors. We propose, therefore, to highlight the value of the creation of a research culture of the teaching profession itself and to present a strategy, in broad strokes, for the implementation of a reflective praxis. Teaching practice in legal training is structured in a pedagogical,

* Doctora en Educación por la Universidad de Valladolid (España); diplomada en Docencia Universitaria por la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Chile); diplomada en Gestión Universitaria por la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación; y diplomada en Diseño e Implementación de Encuestas por la Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Investigadora de la Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
Código ORCID: 0000-0002-4212-3960. Correo electrónico: cpudd2@derecho.uchile.cl

*** Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid; magíster en Historia por la Universidad de Chile; diplomado en Docencia Universitaria por la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación; y profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
Código ORCID: 0000-0002-8804-6278. Correo electrónico: epalmag@derecho.uchile.cl

disciplinary, evaluative and curricular framework in relation to the context in which it occurs and the beliefs and visions of the teacher who executes it. In addition, it is the product of the conception that teachers have about what law is and can be formalistic, critical-realistic or argumentative-democratic.

***Key words*:** Teaching practice, teaching practice models, research, reflection on practice, legal education, innovation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. INNOVACIÓN Y PRÁCTICAS DOCENTES.- II.1. REFORMA CURRICULAR E INNOVACIÓN.- II.2. LA PRÁCTICA DE DOCENCIA.- III. EL PROCESO DE REFLEXIÓN DE LA PRÁCTICA DOCENTE.- IV. LA IDEA DE DERECHO Y LA RELACIÓN TEORÍA-PRÁCTICA EN LA PRÁCTICA DE LA DOCENCIA JURÍDICA.- V. REFLEXIÓN DE LA PRAXIS DE LA DOCENCIA COMO ESTRATEGIA PARA EL CAMBIO.- VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Recurriendo a un estudio exploratorio de tipo documental, nos proponemos en esta investigación demostrar las ventajas que trae contar con la reflexión de la práctica de docencia como herramienta para una permanente innovación en el quehacer áulico durante la formación jurídica.

Vamos a definir y a caracterizar modelos de práctica de docencia en la formación jurídica, y sostendremos que la investigación y reflexión de la praxis contextualizada de la profesora o el profesor de derecho es un mecanismo de transformación de la formación jurídica. Así, sostenemos como hipótesis que reflexionar e investigar la práctica de la docencia es una forma de contribución permanente a la innovación en la formación jurídica.

La reflexión e investigación de la práctica docente debe realizarse considerando tres campos de interacción que están unidos de manera indisoluble: el de la pedagogía, que responde a cómo enseñar; el del derecho, que responde a qué enseñar; y el del proyecto educativo curricular, que responde a para qué enseñar. Cada uno de estos campos tiene diversa preponderancia en las escuelas de derecho, pero siempre sirven de marco estructural de las prácticas de docencia. De hecho, interactúan y sirven de soporte, ya sea para condicionar la mantención de lo establecido o para facilitar procesos de innovación.

En la interacción de estos tres campos el qué enseñar (espacio del contenido disciplinar-valorativo), que obedece a la concepción que se tenga del derecho, prima como mecanismo que fundamenta la práctica (Brígido *et al.*, 2009; Cardinaux, 2010a; 2015b; Duro, 2014; Elgueta & Palma, 2014; Gómez, 2007; González *et al.*, 2014; Kennedy, 2004; Pérez Perdomo, 2016; Pérez Lledó, 2006; Vásquez, 2007). Dicho de otra

forma, la práctica docente se estructura en un contexto pedagógico, de contenido disciplinar-valorativo y curricular, primando en el quehacer del docente en el aula la concepción de qué es el derecho y todas las creencias que acarrea una determinada opción.

Por lo tanto, primero realizaremos una sintética aproximación al fenómeno de la innovación del quehacer docente; luego, analizaremos la práctica de docencia; y, después, caracterizaremos modelos de práctica de docencia en la formación jurídica. Finalmente, procuraremos explicar por qué el fomento de la reflexión e investigación de la praxis del didacta del derecho (Palma & Elgueta, 2019, p. 31) es un instrumento que puede servir para la innovación permanente en la formación jurídica. En ese sentido, este estudio propone que se debe avanzar hacia una reforma permanente, utilizando la investigación de las prácticas de docencia como una herramienta para la innovación.

## II. INNOVACIÓN Y PRÁCTICAS DOCENTES

### II.1. Reforma curricular e innovación

Una gran reforma curricular implica abordar desde un marco político-institucional el desafío de impulsar una nueva cultura académica en la que se entiende de manera distinta el qué conocer y cómo conocer, y qué actitudes y relaciones sociales se promoverán en el contexto de la formación de un abogado. En esa línea,

> se producen en ella diferentes intervenciones directas e indirectas, externas e internas, centralizadas o descentralizadas, que activan formas de participación y control, objetivos y objetos de modificación, juegos de posiciones y oposiciones, generatrices de tensiones y conflictos diversos alrededor de enfoques, intereses, expectativas, compromisos, alianzas, prospectivas y retrospectivas (Díaz, 2007, p. 58).

Al reformar, se promueve una nueva cultura institucional que deja a la luz lo que se quiere mantener y lo que se quiere cambiar, no estando el proceso libre de conflictos, tensiones, divergencias, alianzas y metas.

En el avance hacia una reforma curricular se presentan dos grandes fuerzas que no necesariamente se articulan, y que en algunos casos se contraponen: el contexto externo y el contexto interno, ambos enfocados en el tipo de abogado que se quiere formar.

Gráfico N° 1. Resistencia interna y externa a la reforma

Fuente: elaboración propia.

El contexto externo está constituido por las demandas de la profesión y de organismos como el Poder Judicial, el gobierno de turno o las diversas profesiones jurídicas; y el contexto interno por la comunidad y organización que implementará la reforma, vale decir: infraestructura, directivos, académicos, estudiantes y funcionarios. Estas dos fuerzas no siempre convergen y fortalecen procesos de reforma; es más, muchas veces actúan de manera contrapuesta, ofreciendo resistencia tanto al interior de cada uno de los contextos como entre ellas.

Además de ello, toda reforma curricular está sometida a dos tensiones: a) la de las instituciones nacionales e internacionales, incluyendo las fuerzas económicas, políticas, sociales y culturales que se manifiestan en estructuras de poder como los ministerios de Educación y de Economía, o los presupuestos para la educación superior que se pueden visualizar en un «discurso pedagógico oficial»; y b) la facultad de derecho, en la que cada uno de los actores (profesores, estudiantes, directivos) de la reforma encara los cambios, surgiendo así diversas hegemonías, posiciones y estrategias (Díaz, 2007, p. 60).

La investigación de las reformas curriculares ha seguido una línea de análisis cercana ya sea a la sociología jurídica o a la pedagogía jurídica. En una línea de investigación de reformas curriculares con enfoque sociológico, Silvina Pezzetta (2017, p. 147) analiza en un estudio cualitativo el contexto y las limitaciones que impone para las innovaciones curriculares a causa de las diferencias políticas de la comunidad, situación que provoca un divorcio entre lo nuevo,

impulsado por quienes tienen el poder; y la voluntad de la comunidad educativa, que se propone avanzar en torno a qué, cómo, cuándo y para qué reformar.

La investigación ha analizado también de manera empírica las características nacionales de los currículos de derecho y todos sus problemas, impactos y tendencias (González, 2017, p. 129; Solari *et al.*, 2017, p. 181; Wanderlei, 2019, p. 11). Esta manera de abordar la investigación permite conocer tendencias curriculares de formación jurídica entre países, con enfoque pedagógico y sociológico.

La investigación de las reformas con una visión pedagógica se ha centrado en proponer metodologías docentes innovadoras y activas (Padilla & Espín, 2018, p. 9; Pavó, 2016, p. 85) que estén en concordancia con un modelo curricular; por ejemplo, el de competencias alineado con el Proyecto Tuning (Garay, 2019, p. 79) o el proyecto de Wisconsin en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Zolezzi, 2017, p. 86; Rubio, 1998, p. 958).

Que el contexto de la práctica de docencia sea cambiante significa que, como fenómeno histórico y divergente, se van haciendo adaptaciones en las que confluyen diversas fuerzas y tensiones en relación con aspectos como las políticas públicas, las institucionales, las curriculares, la gestión de la docencia, el modelo formativo institucional, el tipo de estudiantes, el programa de curso, y su relación con nuevas investigaciones y publicaciones disciplinares.

Creemos que son los docentes reflexivos innovadores de ambos sexos quienes por medio de la investigación pueden ir haciendo modificaciones de su quehacer pedagógico para enfrentar progresivamente el escenario cambiante, manteniendo esta actitud de manera sostenida en el tiempo. Sostenemos que es el profesor o la profesora quien, de manera permanente, debe estar reformando su quehacer, lo que se traducirá en una innovación sistemática de su práctica de docencia, teniendo el conjunto de pequeños y grandes cambios el efecto de la innovación permanente.

Como hemos dicho, en este estudio proponemos avanzar hacia una reforma permanente, utilizando para ello la investigación de las prácticas de docencia como herramienta para la innovación. En ese sentido, entenderemos por «innovación docente» al proceso mediante el cual se introduce alguna novedad a lo que se está realizando pedagógicamente para cambiar algo, produciéndose con ello una adecuación temporal-institucional y a los estilos de enseñanza.

La innovación de la docencia para que sea exitosa debe considerar aspectos como el apoyo institucional (Cubero, 2009), el tipo de estudiante

y cambios en los métodos, el material didáctico, el contenido o las lecturas de un curso (López & Heredia, 2017). Además, influyen en su éxito tanto factores contextuales como los conocimientos, habilidades, destrezas y valores del docente.

No obstante lo señalado, resulta necesario distinguir el tipo de innovaciones posibles de implementar. Así, López y Heredia (2017, p. 19) distinguen cuatro tipos de innovaciones: la disruptiva, la revolucionaria, la incremental y la continua.

La innovación disruptiva se caracteriza por implementar cambios drásticos y muy diferentes a como se venía practicando la docencia, modificando a los actores, el entorno y las formas de hacer las cosas. Por otro lado, la innovación revolucionaria aplica un nuevo paradigma educativo en el que se establece cómo debe ser la docencia, teniendo como factor clave un cambio de contexto (nuevas políticas educativas, por ejemplo). La innovación incremental, por su parte, se caracteriza por refinar y mejorar permanentemente una reforma ya realizada, en la que se trabaja innovando para ir desarrollando la línea institucional de mejora. Y, por último, la innovación como mejora continua se introduce cuando se hacen cambios parciales a un aspecto puntual durante la implementación de una reforma (López & Heredia, 2017, p. 19).

Nosotros sostenemos una perspectiva un tanto diferente, pues creemos que la innovación realizada utilizando la investigación educativa como herramienta permite hacer cambios en la docencia no en función de lo establecido en una reforma curricular, sino en función del aprendizaje reflexivo del docente respecto de su quehacer, que se hace teniendo en consideración la mejora de la práctica para fortalecer los aprendizajes de los y las estudiantes de derecho, asumiendo una actitud crítica reflexiva en relación a los contextos históricos cambiantes.

Serán los docentes con sus praxis reflexivas investigativas quienes aportarán para que el camino en la formación jurídica sea de permanente reforma, sin perder de vista que su contribución debe fortalecer una formación en derechos humanos, el cuidado del Estado de derecho, y una mayor equidad y justicia.

Por lo tanto, cuando se innova haciendo investigación educativa de la práctica docente, se tiene por resultado nuevas prácticas reflexivas que se van adaptado a los cambios contextuales, en función del aprendizaje del estudiante. Esto implica que lo novedoso es lo que no se había hecho antes en ese contexto, y que es producto de la reflexión durante la investigación. Por lo tanto, la innovación es situada, pudiendo ser nueva en un contexto, pero antigua en otro.

### II.2. La práctica de docencia

La noción de «práctica» es un concepto de amplia significación. La Real Academia la define como «el modo de hacer algo […], diestro en algo […], que comporta utilidad […], contraste experimental de una teoría» (RAE, s.f.), pero con base en ejecutar una determinada acción. Históricamente, ha sido entendida como opuesta a la teoría (Palladino, 2002, p. 20); sin embargo, sostenemos que en el ámbito de la pedagogía jurídica, como consecuencia de los tres campos de interacción a que nos hemos referido, la práctica de la docencia debe tratarse como una conjunción entre teoría y práctica.

La conjunción entre teoría y práctica ha sido entendida históricamente de forma contrapuesta. En Grecia, la teoría era tratada por Platón como un conocimiento abstracto, permanente, eterno y esencial, a diferencia de la materia, que concebía como lo accidental o circunstancial. En cambio, Aristóteles concibe desde la teoría de las formas que la sustancia se compone tanto por la esencia como por la materia, surgiendo con ello dos visiones que abrieron un debate filosófico de siglos: uno centrado en la esencia (lo teórico) y otro en el accidente (lo práctico). Luego, «algunos filósofos como Kant y Levy-Bruhl asocian práctica con acción moral y abordan el problema de cuáles son las relaciones más apropiadas entre los hombres» (Latorre, 2002, p. 47).

Nancy Cardinaux (2015) sostiene que existe una crisis en el binomio teoría y práctica debido a que no deben ser vistas como opuestas; muy por el contrario,

> El clivaje teoría-práctica quizás no sean parte más que de un estereotipo y poco tengan que ver con los hechos […] En el campo de la investigación científica, es muy difícil diferenciar teoría de práctica; la "teoría pura" tiene consecuencias muy prácticas […] Nada más práctico que una buena teoría […] como sostenía Kant, y acaso nada más necesitado de teorización que una buena práctica (pp. 21-22).

Entenderemos que la práctica docente es una acción caracterizada por ser intencional, enmarcada en un contexto en el que se desenvuelven estrategias de enseñanza que, idealmente, deben planificarse e implementarse en función de los aprendizajes de los estudiantes y en articulación con formas de evaluación. Este proceso se da en «un contexto que condiciona y establece los marcos referenciales del trabajo de docencia del profesional académico» (Elgueta, 2007, p. 92).

Para ser un buen práctico no basta con conocer teóricamente qué es la práctica y cómo mejorarla (Atienza *et al.*, 2017, p. 17), se necesita investigarla, desarrollar una praxis reflexiva y transformarla; así como reflexionar sobre la concepción de derecho que se tenga y contextualizarla considerando el capital cultural.

La práctica de docencia de los profesores de derecho se produce a partir de la homologación entre discursos pedagógicos y discursos jurídicos (Bianco & Carrera, 2010, p. 163) en los que la práctica concreta de enseñanza debe ponerse en diálogo con el proyecto educativo en que se produce. Se conjugan en ella teoría y práctica, en las que el contexto de las profesiones jurídicas enmarca tendencias y posibilidades.

Por otro lado, en el quehacer formativo universitario, el capital cultural entre clases sociales se reproduce y distribuye entre las elites, siendo el quehacer del aula un factor clave que explicaría formas de dominación de las elites culturales y económicas. Las prácticas educativas reproducen estructuras de poder y profundizan intereses materiales y simbólicos (Bourdieu *et al.*, 1979, p. 27). A través de la práctica de docencia, los profesores de derecho enseñan a los estudiantes concepciones de qué es el derecho, cómo debe ser ejercido y qué es ser abogado. Así, se aprende lo explícito declarado en el currículo, pero también formas de pensar, sentir, actuar y ser frente al derecho.

## III. EL PROCESO DE REFLEXIÓN DE LA PRÁCTICA DOCENTE

El proceso de reflexión de la práctica implica considerar tres momentos: el primero da cuenta del conjunto de acciones que configuran la práctica; el segundo es la reflexión de la propia práctica; y el tercero, la aproximación a una teoría que permita comprender y transformar la práctica reflexionada. Se trata de una conjunción práctico-teórica que permite nuevas teorizaciones de la praxis de docencia. El tercer momento es el del campo de la investigación, en el que, a partir de la evaluación de lo realizado, surge una nueva propuesta. Así el «profesor reflexivo es capaz no solo de analizar su práctica sino de proponer y teorizar nuevas formas de pensar y de realizar procesos de enseñanza y aprendizaje, podría dar el giro que la educación hace tanto tiempo requiere» (López & Vasto, 2010, p. 282).

La práctica pasa a ser entendida como praxis —es decir, una actividad reflexionada— cuando en este proceso analítico se considera el rol que tiene el contexto en el quehacer práctico; vale decir, el papel de las tensiones y opciones disciplinares-valóricas, las opciones didácticas (metodologías de enseñanza, tipos de estudiantes, momento de la formación, articulación de acciones del aula con la gestión de la docencia y formas de evaluación), las opciones curriculares y los sentidos formativos, y la comprensión de las demandas de las políticas públicas para la formación de las diversas profesiones jurídicas.

Al respecto, Latorre (2002, p. 17) sostiene que una práctica de docencia reflexiva e investigativa debe cuestionar la tradición cultural que

permanece implícita, que en el caso del derecho obedece a la concepción de qué es el derecho y, por ello, para qué y cómo formo.

Abordar la reflexión de la práctica implica orientar el quehacer para mediar la acción práctica con el fin de que sea contextualizada y pertinente, reconociendo los diversos componentes que interactúan al momento de ejercer una acción. Este proceso de dialectización puede perseguir diversos fines, como continuar con el sistema tradicional o transformar el quehacer. Por ejemplo, si se quiere mantener el sistema dominante, se pueden tener prácticas de calidad, pero destinadas a la reproducción de un sistema imperante; en cambio, si se busca transformar el quehacer, se pueden implementar prácticas docentes crítico-realistas que tienen como propósito cuestionar una formación para la jerarquía. Ambas opciones ocurren y están presentes en instituciones de calidad.

Para comprender el significado y la importancia de la práctica de docencia, Wilfred *et al.* (2003, p. 128) sostienen que se deben considerar las intenciones de quien la realiza y los significados que cobran sentido, considerando el contexto social, histórico y político. La práctica observable es solo un aspecto para analizar, pues también se deben considerar las creencias, percepciones y el sentir, integrando lo implícito y lo explícito.

Se desprende de lo anterior que el acto pedagógico se da en el seno de una cultura jurídica de la que no siempre las profesoras y los profesores son plenamente conscientes en la medida en que representa algo más que conocer el ordenamiento jurídico (Fuenzalida, 2003, p. 195; Pérez Perdomo, 2013, p. 3). Por ello, se hace necesario distinguir los diversos tipos de práctica reflexiva según sus propósitos.

Tabla N° 1. Práctica reflexiva

| Objetivo de la práctica reflexiva | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Práctica reflexiva académica | Práctica reflexiva para la eficiencia social | Práctica reflexiva evolutiva | Práctica reflexiva para la reconstrucción social | Práctica reflexiva genérica |

Fuente: Zeichner y Conklin (2009).

Cuando el propósito de la reflexión es generar conocimiento disciplinar, estamos en presencia de una práctica reflexiva académica. Se puede también reflexionar para un conocimiento externo a la práctica, como puede ser un proyecto institucional; o por indicaciones preestablecidas en las políticas públicas, y este tipo de reflexión de práctica es para la eficiencia social. Además, se puede reflexionar en función del estudiante

y sus necesidades, en cuyo caso sería una reflexión evolutiva; mientras que la reflexión para la reconstrucción social acentúa la deliberación sobre los contextos institucionales, sociales y políticos, procurando que en el aula se generen capacidades para contribuir a una mayor igualdad y justicia. Por último, tenemos la práctica reflexiva genérica, en la que no se especifican los propósitos deseados ni el contenido de la reflexión.

Cabe subrayar que la práctica de docencia se da en un contexto o conjunto de circunstancias que rodean una situación y sin las cuales no se puede comprender correctamente.

Gráfico N° 2. Contexto y reflexión de la práctica

Fuente: elaboración propia.

La reflexión de la práctica que analiza y evalúa los contextos se denomina «reflexión de la práctica contextualizada». Esta considera a la práctica de la docencia en conexión con elementos que la rodean y que influyen sobre ella, siendo la práctica el resultado de una situación, un espacio y un tiempo.

La reflexión de la práctica no opera de forma aislada, muy por el contrario, lo que sucede en el aula se da en relación directa al contexto internacional, nacional, institucional, local (facultad de derecho) y considerando el espacio del aula, en el que el proceso didáctico se configura en la confluencia del quehacer del docente, los estudiantes y su diversidad; el espacio físico; y la forma en que se gestiona la

docencia (horarios, material didáctico, material de apoyo a la docencia, plataformas virtuales institucionales, reglamentos de carrera y evaluación de aprendizajes). Por lo tanto, la reflexión contextualizada de la práctica docente necesariamente debe considerar cada uno de los aspectos señalados, además de incluir el necesario conocimiento pedagógico. Este último aspecto exige avanzar de la figura del profesor a la del didacta del derecho; esto es, un académico o una académica que, junto con el dominio disciplinar, cuente con el conocimiento pedagógico y la comprensión de los supuestos epistémicos de su disciplina (Palma & Elgueta, 2019, p. 51).

## IV. LA IDEA DE DERECHO Y LA RELACIÓN TEORÍA-PRÁCTICA EN LA PRÁCTICA DE LA DOCENCIA JURÍDICA

El acto de enseñanza-aprendizaje implica comunicación y acción en torno a un contenido disciplinar, procedimental o valórico; en ese sentido, la elección del qué decir no es baladí y dependerá de la concepción del derecho del profesor. Por ende, dado que no se puede divorciar la idea de derecho de la labor pedagógica, el profesor o la profesora siempre enseña una forma de convivir con los otros.

Robert Gordon (2004, pp. 91-104), Rodolfo Vásquez (2007, pp. 99-100) y Duncan Kennedy (2004, p. 284) identifican modelos de educación jurídica en los que se constata la relación entre enseñanza y visión del derecho en función de las condiciones sociales en que se apoyan, tomando como experiencia referencial la norteamericana.

Gordon (2004) afirma que los modelos tradicionales se deben clasificar en:

> a) capacitación de aprendices […], b) enseñanza del derecho positivo […], c) enseñar a pensar a los estudiantes […], d) educación en la ciencia legal [… Otra perspectiva es la del derecho como política que se materializa en] a) la política como suplemento de la educación tradicional, b) la política como técnica instrumental, c) la política como el arte de gobernar, d) el desinteresado estudio del derecho científico-social, e) perspectivas críticas, f) educación de una vanguardia de activistas para el cambio social (pp. 91-92).

La capacitación de aprendices practicantes da cuenta de la formación que adoptan las universidades en una primera etapa. El propósito formativo de estas instituciones radicaba en que los jóvenes abogados o aprendices debían ejecutar las mismas acciones que en los estudios jurídicos. Así, se reemplaza lo que aprenden en los estudios por lo que se aprende en la universidad. Este tipo de formación fomenta un tipo de práctica en la que el aprendiz primero aprende un conjunto de prácticas rutinarias y observa a su maestro ejecutar acciones complejas;

de ese modo, gradualmente se perfecciona. Se trata, pues, de una práctica artesanal desarrollada en la universidad de Litchfield (Gordon, 2004, p. 92).

La enseñanza del derecho positivo consiste en formar a los abogados en torno a cuerpos legales para que, cuando se desempeñen en la profesión, le expliquen a los clientes cuáles son las reglas que aplican a su situación. En palabras de Robert Gordon (2004), se trata de formar «un abogado-tomador pasivo más que un configurador activo o interprete imaginativo del derecho» (p. 93).

Cuando se utilizan los métodos de la retórica, el razonamiento y la argumentación estamos en presencia de un modelo destinado a enseñar a pensar a los estudiantes como un abogado. Este es un tipo de práctica que trabaja el método de caso, en el que se discuten prácticas en casos jurídicos hipotéticos, pudiendo estas ser usadas para la práctica privada, para el Estado o en el derecho de interés público. Esto produce un *ranking* entre las escuelas de derecho en torno a los mejores abogados (Gordon, 2004, p. 94).

La educación en la ciencia legal se preocupa de formar abogados en la ciencia dogmática legal en oposición a formar aprendices practicantes. Su propósito fue formar a abogados sabios y especializados que entienden el derecho como una ciencia de principios. Para formar en esta perspectiva, Langdell —decano de Harvard entre 1870 y 1895— concibe al método de caso como una manera de ilustrar los principios generales de la ciencia del derecho privado con el objeto de formar asesores jurídicos de elite (Gordon, 2004, p. 95).

Los modelos que entienden el derecho como política sostienen que la formación de los abogados se debe realizar en las ciencias políticas, adoptando a la política como suplemento de la educación tradicional, lo que consiste en comenzar a incluir argumentos políticos al *stock* de argumentos convencionales relativos al modo de aprender a pensar como abogados. Esto a veces aparece como pequeñas aproximaciones generales a un campo de la doctrina, como una justificación funcional *ad hoc* o como el fundamento de peso para hacer prevalecer una postura (Gordon, 2004, p. 96).

La política como técnica instrumental promueve argumentos de autoridad nacidos de otras disciplinas auxiliares como la psicología, la economía o la sociología. Esto se materializa en que, para aproximarse a la solución de algún problema jurídico, es conveniente hacerlo utilizando ciencias auxiliares (Gordon, 2004, p. 97).

La política, como la arquitectura social del sistema jurídico, sostiene que la educación de los abogados debe centrarse en el arte de gobernar

y que la formación debe considerar en su base al derecho como una ciencia política, de manera que el quehacer del abogado sería un modo de ejecutar políticas. Se produce así una relación entre el quehacer del abogado y el Estado, siendo estos con ello garantes del sistema constitucional, creadores de leyes, reformadores, asesores expertos del Poder Ejecutivo y del Legislativo, o funcionarios designados (Gordon, 2004, p. 99).

El desinteresado estudio del derecho científico-social lo entiende en relación directa con los problemas sociales, constituyéndose en ramas de los estudios culturales como la historia, la sociología, los estudios comparativos, la antropología, la economía o la filosofía. Para ello, se propone revisar lo que otras disciplinas han investigado acerca del derecho con la finalidad de comprender cómo funciona, fortaleciendo la interdisciplinariedad. De esa forma, se encuentran nuevos modelos, no presentes en la educación legal (Gordon, 2004, p. 103).

La educación del derecho como una oportunidad para inculcar la crítica y programas para reformar el actual orden jurídico social es un modelo de educación jurídica que se propone inculcar un rol crítico. En este rol, el estudiante debe aprender a utilizar el estudio y análisis legal y extralegal no solo para optar por mantener o reformar prácticas legales, sino para —en determinados casos— decir la verdad al poder y denunciar lo injusto, además de explorar incluso alternativas de solución radicales (Gordon, 2004, p. 103).

Finalmente, la educación de una vanguardia de activistas para el cambio social se fundamenta en un tipo de práctica de los profesores que se propone organizar acciones con los estudiantes ante la resistencia a la transformación, y esto a través de la preparación de cuadros que litigarán en casos emblemáticos, el *lobby* para cambios transformativos en la legislación en la política administrativa o la ayuda a grupos con agendas de cambio. Este trabajo se implementó en algunas clínicas jurídicas para trabajar temáticas como pobreza, derechos de la seguridad social, derechos humanos y medio ambiente (Gordon, 2004, p. 104).

Por otro lado, en el contexto latinoamericano, analizando la enseñanza del derecho mexicano, Rodolfo Vásquez (2007) propone la existencia de modelos teóricos que se materializan en formas de enseñar el derecho. Él clasifica los modelos en: a) formalista o positivista ortodoxo, b) crítico-realista y c) democrático-argumentativo (p. 100).

Brígido *et al.* (2009), en un estudio cualitativo de la educación legal argentina, identificaron con claridad la educación formalista. Para ello, analizaron los trabajos de estudiantes de la carrera de un curso, encontrando que las estrategias de solución se limitan a la búsqueda del derecho aplicable, siendo su labor localizar la norma y aplicar la sanción

bajo la lógica de que este procedimiento genera orden normativo y una solución a conflictos, pero desconociendo el contexto en que se producen. El modelo jurídico dominante es: «el análisis lógico, la abstracción y la deducción que remplazan el análisis sustantivo y material del derecho, y al estudio de las condiciones institucionales, de sus efectos sociales, económicos y políticos a la investigación histórica» (p. 60).

Según los autores recién mencionados, se configura lo pensable y lo impensable. Lo pensable es el orden del sistema jurídico, que reduce los fenómenos jurídicos a la legalidad vigente, siendo los textos jurídicos autónomos y suficientes por sí mismos; y lo impensable es lo que está fuera de la esfera de acción, lo poco legítimo, lo cercano a las prácticas sociales y costumbres, a la historia y a influencias políticas, sociales y económicas (Brígido *et al.*, 2009, p. 61).

En la concepción formalista los estudiantes no aprenden de manera práctica, en el sentido de que no reciben una formación metodológica que los capacite en las diversas profesiones jurídicas y en salir de la obsesión de comunicar contenidos en vez de comprender el funcionamiento del derecho en acción (Pérez Lledó, 2006, p. 134). La poca importancia de la práctica pierde de vista la relevancia de la labor de los tribunales de justicia, de la jurisprudencia o de la perspectiva del legislador.

La concepción crítica-realista entiende que la formación jurídica es eminentemente política y sociocultural, siendo una de las causas de la jerarquía jurídica. Cabe precisar, además, que abarca un amplio espectro de pensadores y escuelas (Vásquez, 2007, p. 99). Esta perspectiva propone que se debe considerar la dimensión histórica y social del derecho como coordenadas de reflexión, y que la interdisciplinariedad debe ser una forma de análisis de los diversos problemas jurídicos. Por ello, critican la existencia en el currículo de primacías jerárquicas de cursos considerados centrales e importantes, como los relacionados al derecho civil o derecho procesal, en desmedro de cursos de segundo orden, como los de las ciencias del derecho, que son vistos como un mero aporte a una cultura general. También critican la falta de integración y trasversalidad en la formación jurídica y proponen que el currículo se elabore de manera transversal y concéntrica, conjugando diversas visiones disciplinares en función de aportar con un perfil de egreso para la transformación social en un momento histórico determinado.

En el polo opuesto, la concepción crítica-realista se cuestiona la neutralidad valórica, pues se considera que toda norma y decisión judicial contiene una dimensión política normativa y de discurso jurídico. Siempre hay un legislador que ha tomado decisiones histórico-políticas. El derecho tiene un carácter ideológico que, como sostiene Duncan Kennedy (2004), se visualiza en «la práctica cotidiana de

jueces y juristas que construyen el derecho viéndose a sí mismos como instrumentos del mismo» (p. 284).

Desde la perspectiva de los teóricos de los *critical legal studies*, se plantea que el derecho es una herramienta de mantención del *statu quo* que dificulta la transformación estructural del sistema jurídico. Las facultades de derecho reproducen jerarquías ilegítimas que luego se materializan en las profesiones jurídicas en la sociedad. Así, nada cambia y todo se mantiene; es decir, todo ideal de transformación y de justicia social se diluye en pos de una experiencia pasiva de aula y de una actitud pasiva hacia el contenido del sistema jurídico. En paralelo, se apunta a la homogenización en las comprensiones y a las explicaciones aceptadas como correctas, objetivas.

## V. REFLEXIÓN DE LA PRAXIS DE LA DOCENCIA COMO ESTRATEGIA PARA EL CAMBIO

En las escuelas de derecho suele enseñarse de forma tradicional, formalista, dogmática, alejada de la práctica reflexiva y de la innovación. Por ello, cada cierto tiempo, y en atención a los cambios que ha venido experimentando la sociedad latinoamericana, se trata de cambiar lo existente. De cara a ello, se plantean grandes innovaciones curriculares materializadas en nuevos planes de estudio, que no siempre terminan generando una transformación del trabajo de aula en función de los fines de la reforma:

> Para algunos […] los contenidos y métodos de enseñanza se han perpetuado en el tiempo y […] necesitan ser cambiados porque están atrasados respecto de los cambios en la sociedad, de las nuevas maneras de concebir el derecho, o de las exigencias de la profesión jurídica. Para otros […] las reformas sucesivas son esfuerzos grandes, como el de Sísifo arrastrando la piedra, para que al final del día la piedra vuelva a su mismo lugar (Pérez Perdomo, 2016, p. 3).

La historia parece indicar que la idea de derecho del formalismo ha sido bastante impermeable a la crítica, lo que resulta anómalo porque los momentos de crisis de la enseñanza del derecho en el siglo XX son claramente identificables a propósito de la cuestión social, primero, y de los intentos de instauración del socialismo, después. ¿Cómo se explica esta persistencia que se transforma en la piedra que debe cargar Sísifo?, y ¿cuál es el instrumento que porta este fenómeno? Sostenemos que la práctica de la docencia es un factor que contribuye a la mantención del *statu quo*; por ende, la reflexión de la práctica de la docencia se convierte en un mecanismo para la innovación. ¿Pero acaso ello no ha ocurrido con la propuesta de la implementación de metodologías activas? ¿No implicaban las mismas una transformación

de las prácticas? Nos parece que la crítica de la clase magistral y la propuesta de su sustitución por las metodologías activas se abordó en algunos contextos desde el punto de vista de una mera habilitación para implementar otras modalidades de trabajo en el aula, pero no como una oportunidad para la reflexión del propio quehacer, reflexión que en este trabajo consideramos como una herramienta valiosa en sí misma y como camino para una permanente innovación.

Como hemos visto, a través de la práctica de la docencia, los profesores enseñan a los estudiantes concepciones de qué es el derecho, cómo debe ser ejercido y qué es ser abogado; sin embargo, no se ha destacado suficientemente que no solo se aprende lo explícitamente declarado en el currículo, sino también formas de pensar, sentir, actuar y ser. En otras palabras, opera un currículo oculto.

¿Cómo proponemos aproximarnos a la reflexión de la propia práctica? Como un práctico reflexivo (Schon, 2010, p. 55), lo que implica desarrollar en el didacta del derecho la capacidad de describir lo que hace en la docencia y de reflexionar sobre la misma acción para, luego, reflexionar nuevamente en torno a la descripción primera a la luz de la teoría. A esto se le llama «reflexión sobre la reflexión en la acción» (p. 55), siendo este un nuevo objeto de estudio denominado «conocimiento práctico de la praxis de docencia». Se trata de atender conscientemente a la propia tarea y desarrollar conocimiento en la acción, entendiendo que las teorías que conoce el docente mientras ejecuta su clase son la materia prima para la reflexión de su práctica de docencia, la cual obedece a su idea del derecho y también a sus creencias.

Al avanzar hacia una praxis reflexiva, se realiza una integración teórico-práctica. El hacerlo implica cuestionar permanentemente el quehacer práctico a la luz del contexto y en diálogo con la teoría pedagógica en función de asumir una postura en que la docencia esté día a día reformándose, para lo cual la investigación de la práctica se constituye como la herramienta que aporta a la reflexión. Es decir, la praxis reflexiva contextualizada avanza a través del permanente cuestionamiento del quehacer teórico-práctico.

Sostenemos que el desafío de cambiar la práctica de docencia y hacerla innovadora requiere que cada una de las profesoras y los profesores involucrados en el proceso refuercen la reflexión de su quehacer en el aula. Este proceso muchas veces también hace salir a la luz viejas creencias de los y las docentes que se aferran a prácticas de docencia centradas en la enseñanza, olvidando el aprendizaje como eje medular.

Pero no se trata de cualquiera reflexión, sino de una práctica reflexiva para la reconstrucción social; es decir, de una que parte de la propia práctica destinada a avanzar hacia la teoría, que regresa a la práctica

para transformarla. La reflexión y la investigación son herramientas que permiten el pequeño cambio diario, sostenido y sistemático, del quehacer. A partir de las evidencias que genera la investigación se configura una evaluación que tiene el potencial de inspirar una reforma constante. De esta manera, la suma de pequeños cambios sostenidos en el tiempo, referidos a los campos pedagógico, de contenido, de evaluación, de gestión curricular de forma contextualizada, es un importante aporte para hacer del cambio de la práctica un quehacer permanente que fortalezca los aprendizajes de los estudiantes.

Cabe preguntarse entonces: ¿cómo reflexionar la propia práctica? De cara a esta cuestión, proponemos un conjunto de asuntos que puede ser de utilidad para promover dicha reflexión:

1. Preguntar por los impactos de nuestras creencias en torno a cómo concebimos el derecho y qué rol tenemos como formadores. Así, podemos preguntar: ¿cuánto aporta al aprendizaje del estudiante el mantenerse en un espacio objetivo y alejado del devenir histórico?, ¿qué tipo de profesiones jurídicas fomenta?, ¿qué opciones tengo como formador o formadora?, ¿si tengo este tipo de práctica, la quiero continuar realizando?, ¿a quién beneficia?, ¿estoy de acuerdo con el beneficiado?, y ¿cuánto quiero aportar al cuidado de los sistemas democráticos y las formas de convivencia en el aula, y cómo impacta esto en el tipo de profesional que estamos formando?
2. Cuestionar si el currículo y los contenidos que nos proponemos transmitir en el proyecto formativo son o no coherentes con nuestras prácticas de docencia. En ese sentido, podemos preguntar: ¿formalistas, democráticas-argumentativas o crítico-realistas?, ¿a qué perspectiva teórico-pedagógica se adscriben el currículo y perfil de egreso?, ¿participé en su creación?, ¿cómo aportaré a la gradualidad formativa?, ¿cómo puedo colaborar con mi práctica de docencia para que la formación dé centralidad a valores democráticos?, ¿es medular el quehacer práctico en el aprendizaje de los estudiantes?, ¿a qué tipo de abogado contribuyo a formar, de acuerdo a la perspectiva curricular?, ¿cómo puedo articular mi práctica de docencia con el proyecto formativo?, ¿debo abordar la coherencia a través de los contenidos del curso, de las formas de evaluación y de los materiales de estudio?, y ¿debo conjugar todos estos aspectos o solo algunos?
3. Cuestionar cómo se vincula la práctica reflexiva para la reconstrucción social con las exigencias de los actuales actores que promueven el cambio social: en el aula, se debe materializar la legitimidad de la diversidad de género, étnica, cultural, política-ideológica o de creencias. La libertad de cátedra debe considerarse

como eje en el quehacer del docente de derecho. Así, podemos preguntar: ¿cómo integro en mi práctica de docencia las miradas de otras disciplinas frente a un problema jurídico establecido en el programa del curso?, ¿qué estrategias metodológicas puedo usar en el aula para promover la diversidad de género y la presencia de la mujer?, ¿qué estrategias metodológicas son mejores para fortalecer a las minorías?, ¿preparo el trabajo con otros colegas cuando planifico?, ¿qué bibliografía selecciono y si esta incluye la presencia de autoras?, ¿integro a especialistas de otras disciplinas que abordan desde otra perspectiva el problema jurídico que me propongo trabajar?, ¿cómo entiendo la libertad de cátedra?, ¿qué relación existe entre el proyecto educativo y la libertad de cátedra?, y ¿debe explicitarse la libertad de cátedra en el currículo y en mi programa?

4. Verificar que la propia revisión de mis acciones avance hacia una praxis reflexiva. En esa línea, podemos preguntar: ¿me propongo ir generando evidencias de las decisiones que voy tomando para mejorar mi práctica —diarios de campo, planificaciones, sílabos, pruebas, rúbricas, observaciones de aula, bitácoras, entrevistas y grabaciones de clase, entre otras—?, ¿converso con otros colegas en torno a mis reflexiones de la praxis?, ¿identifico aspectos a mejorar y luego los implemento?, ¿comparto los resultados de mis investigaciones con otros colegas?, ¿me propongo publicar mis reflexiones de la práctica de la docencia con la comunidad académica?, y ¿qué rol tiene la consideración del contexto en mi práctica reflexiva?

5. Asumiendo que una praxis reflexiva aporta al aprendizaje del estudiante, asunto medular y sentido final del proceso formativo, nos podemos preguntar: ¿conozco las diversas teorías psicológicas que me servirían para fortalecer el aprendizaje de los estudiantes? En relación a los aprendizajes, se pueden plantear cuestiones como: ¿qué investigaciones conozco de la pedagogía jurídica en la temática?, ¿le pregunto a mis estudiantes por su proceso de aprendizaje?, ¿me preocupo por cómo estoy evaluando los procesos y productos de aprendizaje?, ¿adapto el trabajo de aula, considerando a cada generación de estudiantes como un caso nuevo?, ¿las estrategias didácticas que selecciono consideran el aprendizaje y diversidad del aula?, y ¿estoy haciendo un seguimiento de los aprendizajes de los estudiantes durante el proceso formativo semestral en el aula?

6. En relación a la coherencia entre mi idea de derecho y mi práctica docente, podemos preguntarnos: ¿debo cambiar mi práctica de docencia si considero que la concepción que tengo del derecho

es positivista?, ¿es legítima la existencia de muchos proyectos educativos que promuevan diversas concepciones de qué es el derecho y, por lo mismo, diversas prácticas?, ¿qué profesiones jurídicas se están formando en las diversas universidades?, ¿cuánto aporto a través de mi práctica a fortalecer formas de intercambio que robustezcan la formación de un perfil de abogado que practique relaciones dirigidas a consolidar el sistema democrático y de derechos humanos?, y ¿cómo puedo fortalecer una práctica de docencia inclusiva?

7. Finalmente, sin que ello implique agotar las dimensiones del tema, y teniendo a la vista la figura del didacta del derecho y no del mero profesor, podemos inquirir: ¿qué métodos de investigación resultan mejores para investigar la práctica de docencia en la pedagogía jurídica?, ¿en qué medida mi dominio disciplinar se ve respaldado por el desarrollo de mis habilidades de investigación?, y ¿cómo influye mi comprensión de los supuestos epistémicos de mi disciplina en mi trabajo de aula y en el conocimiento de mi propia práctica docente?

La introducción de una cultura de investigación del propio quehacer docente instala a la comunidad en el desafío permanente de la adecuación del proceso formativo a los cambios contextuales históricos, siendo el salón de clase el espacio por antonomasia de reflexión de la práctica de docencia en el proceso formativo. En ese sentido, sostenemos que el desafío de cambiar la práctica docente y transformarla en innovadora implica utilizar a la investigación educativa como herramienta para la praxis reflexiva. La negociación curricular del sentido formativo queda articulada y se hace realidad en la medida en que los docentes comprenden el rol formativo que asumen, los impactos futuros en las profesiones jurídicas y el cuidado del Estado de derecho, entendiendo que la innovación no es fundante, sino permanente, pues se hace todos los días.

En tanto la comunidad de profesores de derecho reflexione sus prácticas de docencia y las mejore sistemáticamente en el tiempo, ello dará por resultado la innovación permanente en la formación jurídica en el aula. La suma de pequeños cambios sostenidos en el tiempo, referidos a los campos pedagógico, de contenido y de gestión curricular de forma contextualizada, es uno de los elementos clave de la transformación. El problema es que muchas veces ocurre que el cambio es presentado como una sustitución de la clase magistral por metodologías activas, las cuales son vistas por el profesorado como un mero dominio de una nueva técnica. Dado que dicha sustitución no implica una actuación práctica reflexiva, no se produce un análisis de la propia práctica docente

y, por ende, no hay transformación, por lo que no se experimenta la innovación como cambio permanente.

La reflexión y la investigación son herramientas que permiten el cambio diario, pequeño, sostenido y sistemático de la práctica docente. Bajo esa lógica, los profesores, a través de la investigación y la evidencia, experimentan la necesidad de ir ajustando constantemente sus prácticas de docencia en la formación jurídica.

## VI. CONCLUSIONES

La reflexión de la práctica docente es una estrategia para sistematizar el proceso de enseñanza y, a la vez, analizar y promover soluciones a las diversas dificultades didácticas; por ende, es un factor dinamizador y transformador que se manifiesta en la cotidianidad del trabajo de aula y que tiene incidencia en la formación jurídica. Al mismo tiempo, la práctica reflexiva puede realizar un aporte de importancia para enfrentar el desafío de actualización permanente propio del proceso formativo, dándose esta en relación con la concepción de derecho que tenga el docente.

Esta investigación muestra la relevancia de la reflexión de la práctica de la docencia por parte de las académicas y los académicos, tanto para la actualización permanente del proceso formativo como para la comprensión de la importancia que tiene el contexto al momento de decidir qué cambiar en la práctica docente y para qué innovar.

La práctica docente, al ser histórica y localizada, puede ser objeto de reflexión sistemática. Dicha reflexión debe ser contextualizada, permanente, colaborativa y situada, considerando las políticas internacionales y nacionales de la educación superior. Debe pensar también en el perfil de abogado que se quiere formar y sopesar las demandas institucionales. Idealmente, tiene que considerar los contextos sociales, políticos, económicos y estructurales; la concepción del derecho que la inspira; las creencias de la profesora o el profesor que la ejecuta respecto del acto pedagógico y el aprendizaje de los estudiantes; así como la diversidad de estudiantes, en conexión con las profesiones jurídicas, y las necesidades y demandas nacionales e internacionales.

Idealmente, la reflexión debe: a) darse contextualizadamente; b) ser realizada por un docente habilitado como didacta del derecho; c) utilizar la pregunta como estrategia para la mejora del quehacer didáctico; d) utilizar registros y evidencias para autoevaluar el quehacer; e) incorporar la visión de didactas expertos para iluminar la propia reflexión; f) utilizar a la investigación educativa como herramienta para el cambio; g) entender que la práctica docente siempre está cambiando

en la medida en que es contextualizada; y h) contar con una comunidad académica con la cual retroalimentar el propio proceso.

Por último, sostenemos que, para fortalecer la reflexión de la práctica y la innovación en la formación jurídica, resulta de importancia habilitar al docente y a la docente para que desarrolle sistemáticamente la investigación de su práctica y reflexione contextualizadamente no solo sobre su saber disciplinar, sino también respecto del pedagógico. De este modo, la investigación educativa se transforma en una herramienta permanente al servicio de la actualización e innovación del proceso formativo.

## REFERENCIAS

Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M.; Pásara, L; Perafán, B.; Muñoz-Segura A. M. (2017). *Reflexiones sobre la enseñanza e investigación en Derecho. Ponencias del II Seminario Internacional de Enseñanza-Aprendizaje del Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bianco, C., & Carrera, M. C. (2010). Proyecto institucional y prácticas de enseñanza en la carrera de derecho. El proceso de formación universitaria y los debates pendientes. En M. González y N. Cardinaux (comps.), *Los actores y las prácticas. Enseñar a prender derecho en la Universidad Nacional de La Plata* (pp. 153-181). Buenos Aires: Editorial de la Universidad de La Plata. https://doi.org/10.35537/10915/26659

Bourdieu, P., Passeron, J. C., & Melendres Subirats, M. (1979). *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. Barcelona: Laia.

Brígido, A. M., Lista, C., Begala, S., & Tessio, A. (2009). *La socialización de los estudiantes de abogacía. Crónica de una metamorfosis*. Córdoba: Hispania.

Cardinaux, N. (2015). Las investigaciones sobre educación legal universitaria en la Argentina: diagnósticos y perspectivas. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *2* (1), 13-39. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2015.36701

Carr, W., & Kemmis, S. (2003). *Becoming Critical: Education Knowledge and Action Research*. Nueva York: Taylor & Francis Group. https://doi.org/10.4324/9780203496626

Cubero Truyo, A. M. (2009). Dificultades para la innovación docente en las áreas jurídicas. La compatibilidad entre la adquisición de competencias profesionales específicas y el cumplimiento de los objetivos globales. *Revista de educación y derecho*, (1), 1-17. https://doi.org/10.1344/re&d.v0i01.2217

Dewey, J. (2004 [1916]). *Democracia y educación*. Madrid: Ediciones Morata.

Díaz, V. M. (2007). Reforma Curricular: Elementos para el estudio de sus tensiones. En Rita Angulo y Bertha Orozco (eds.), *Alternativas metodológicas de intervención curricular en la educación superior* (pp. 58-87). México: Plaza y Valdés.

Duro Días, R. (2014). La educación jurídica en Brasil: una lectura crítica de las directrices curriculares nacionales brasileñas para el derecho y sus formas de recontextualización a partir de las teorías de Basil Bernstein. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *1*(1), 72-87. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2015.35964

Elgueta, M. F., & Palma, E. E. (2014). Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la Facultad de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, *41*(3), 907-924. https://doi.org/10.4067/S0718-34372014000300006

Elgueta, M. F. (2007). *Las prácticas de docencia de los profesionales académicos del área de pedagogía de la Universidad Católica Silva Henríquez, en relación a los requerimientos de la Reforma Educacional Chilena para la Formación Inicial de Profesores* [tesis inédita de doctorado en Educación, Universidad de Valladolid. Valladolid].

Fuenzalida, E. (2003). Derecho y cultura jurídica en Chile. En Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización* (pp. 195-230). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Garay, T. (2019). Formación por competencias y prácticas pedagógicas: reflexiones en torno al rediseño curricular de la carrera de derecho de la Universidad de Atacama. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 6(1), 79-100. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2019.53746

Gordon, R. (2004). Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, *2*(3), 91-116.

Gómez, L. (2007). La educación jurídica como adiestramiento para la utopía. en *La enseñanza del Derecho en México. Diagnóstico y propuestas. En Alianza por la excelencia académica* (pp. 29-98). Ciudad de México: Porrúa.

González, M., & Cardinaux, N. (2010). *Los actores y las prácticas. Enseñar a aprender derecho en la Universidad Nacional de La Plata.* Buenos Aires: Editorial de la Universidad de La Plata. https://doi.org/10.35537/10915/26659

González, R. (2017). Exploración de planes de estudios de escuelas de Derecho y el desafío de cambio al enfoque por competencias. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, *15*(30), 129-152.

Kennedy, D. (2004). La educación legal como preparación para la jerarquía. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, *2*(3), 117-147.

Latorre Navarro, M. (2002). *Saber pedagógico en uso. Caracterización del saber actuante en las prácticas pedagógicas* [tesis inédita de doctorado en Educación, Pontificia Universidad Católica de Chile y Université René Descartes, Paris 5 Sorbonne].

Lista, C., & Begala, A. S. (2009). Los resultados de una socialización exitosa: la reproducción del modelo jurídico dominante. En A. M. Brígido, C. Lista, S. Begala y A. Tessio (coords.), *La socialización de los estudiantes de abogacía. Crónica de una metamorfosis* (cap. IV, pp. 129-159). Córdoba: Hispania.

Lorea Leite, M. C., & Serra Van-Dúnem, J. O. (2014). Imagens da justica produzidas por estudantes ingressantes no curso de Dereito: diálogos Brasil e Angola. En M. C. Lorea Leite (comp.), *Imágenes da justica, currículo e educacao jurídica* (pp. 169-188). Porto Alegre: Salina.

López, C., & Heredia, Y. (2017). *Marco de referencia para la evaluación de proyectos de innovación educativa - Guía de Aplicación*. Tecnológico de Monterrey. http://escalai.com/que_escalai/guia_app/

López Vargas, B., & Basto Torrado, S. (2010). Desde las teorías implícitas a la docencia como práctica reflexiva. *Educación y Educadores*, *13*(2), 275-291.

Padilla, R., & Espín, J. (2018). La carrera de Derecho en Ecuador: Análisis de los planes de estudio en el 2018. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *5*(2), 9-30. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2018.51970

Palladino, E. (2002). *La teoría y la práctica. Un enfoque interdisciplinario para la acción.* Buenos Aires, Argentina: Espacio Editorial.

Palma, E. E., & Elgueta, M. F. (2019). *Aprendizaje y Didáctica del Derecho*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.

Pavó, R. (2016). La enseñanza universitaria del derecho en Cuba, sus dilemas ante la reforma que viene: ¿cuánto se gana y cuánto se pierde? *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, *14*(28), 85-123.

Pérez Perdomo, R. (2013). *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina:* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Pérez Perdomo, R. (2016). Reformar la Educación Jurídica ¿Tarea para Sísifo? *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *3*(1),3-27. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2016.41911

Pérez Lledó, J. A. (2006). *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*. Lima: Temis.

Pezzetta, S. (2017). La enseñanza del derecho y la disputa sobre el plan de estudios. discursos sobre el curriculum legítimo. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *4*(1), pp. 146-188. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2017.46253

Real Academia Española (RAE) (s.f.). Práctica. En *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/pr%C3%A1ctico#TtEMsxJ

Rubio Correa, M. (1998). Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Derecho PUCP*, (52), 957-1010.

Schon, D. (2010). *La formación de profesionales reflexivos. Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje de las profesiones*. Barcelona: Paidós.

Solari, E., Charney, J., & Mayer, L. (2017). Tópicos acerca de los planes de estudios jurídicos en Chile: (y un nuevo currículum posible). *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, *15*(30), 181-222.

Vásquez, R. (2007). Modelos teóricos y enseñanza del Derecho. En *La enseñanza del Derecho en México. Diagnóstico y propuestas* (pp. 99-116). Ciudad de México: Porrúa.

Wanderlei, H. (2019). *Educação Jurídica no Século XXI: Novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito - Limites e Possibilidades*. Brasil: Habitus.

Zeichner, K., & Conklin, H. (2009). Teacher education programs. En M. Cochran-Smith y Zeichner (eds.), *Studying teacher education: The report of the AERA panel on research and teacher education* (pp. 645-736). Washington: Routledge.

Zolezzi Ibárcena, L. (2017). *La enseñanza del Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Recibido: 28/04/2021
Aceptado: 17/09/2021

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.016
CC BY
DERECHO PUCP
N° 87, 2021
diciembre-mayo
pp. 523-550
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

# La responsabilidad social universitaria desde el derecho administrativo*

## University Social Responsibility from Administrative Law

PAUL VILLEGAS VEGA**
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO***
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

**Resumen:** En el presente artículo, los autores tienen como objetivo visibilizar el derecho administrativo como una herramienta de responsabilidad social universitaria. Para ello, se emplea una metodología cualitativa que implica una revisión de normas y doctrina especializada que permite, por un lado, la identificación de los actores responsables del cumplimiento de los fines y/o intereses públicos como el Estado y la universidad; y, por otro lado, el desarrollo del enfoque de responsabilidad social universitaria en Perú, así como la sistematización de actividades realizadas en el marco de la ejecución de la iniciativa de responsabilidad social universitaria impulsada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en colaboración con la Municipalidad de Miraflores en Lima, Perú.

**Palabras clave:** Responsabilidad social universitaria, enfoque RSU, derecho administrativo, Administración Pública, universidad

***Abstract:*** In this article, the authors seek to make administrative law visible as a tool for university social responsibility. For this purpose, a qualitative methodology is used, which involves the review of norms and specialized doctrine that allows, on the one hand, the identification of the actors responsible for the fulfillment of public purposes and/or interests such as the State and the university; and, on the other hand, the development of the university social responsibility approach in Peru and the systematization of activities carried out in the framework of the implementation of the university

* El presente artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto «Responsabilidad Social Universitaria y Derecho Administrativo», financiado por el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en colaboración con la Municipalidad de Miraflores. Se agradece el apoyo de Marycielo Miranda Cabrera y Diana Mejía Mendoza, bachilleras de la Facultad de Derecho de la PUCP, así como de Braylyn Paredes Aranda, estudiante de la misma casa de estudios, en la elaboración del presente artículo.

** Profesor ordinario auxiliar de Derecho Administrativo de la PUCP e investigador del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA) de la misma casa de estudios. Máster Universitario en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona (España).
Código ORCID: 0000-0003-2511-7240. Correo electrónico: villegas.paul@pucp.edu.pe

*** Profesor ordinario asociado de Derecho Administrativo de la PUCP e investigador del GIDA de la misma casa de estudios. Máster en Economía y Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona.
Código ORCID: 0000-0002-9706-4910. Correo electrónico: vcairampoma@pucp.edu.pe

social responsibility initiative promoted by the Pontificia Universidad Católica del Peru, in collaboration with the Municipality of Miraflores in Lima, Peru.

***Key words*:** University social responsibility, USR approach, administrative law, Public Administration, university

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. AGENTES RESPONSABLES DE LOS FINES O INTERESES PÚBLICOS.- II.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EJECUTORA DE LOS FINES O INTERESES DE LA SOCIEDAD.- II.2. COOPERACIÓN DE OTROS ACTORES EN LA EJECUCIÓN DE LOS FINES O INTERESES DE LA SOCIEDAD.- III. RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA EN PERÚ.- III.1. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA.- III.2. RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA EN LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.- IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA EN PERÚ DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO.- IV.1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA.- IV.2. CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA A PARTIR DEL PROYECTO DE RSU EN LA FACULTAD DE DERECHO PUCP.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En América Latina y el Caribe todavía se enfrentan grandes desafíos para resolver y/o mitigar los problemas sociales, económicos, políticos, institucionales y otros que afectan a la sociedad. Y es que, conforme anota el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2020, pp. 1-156), todavía no se ha logrado alcanzar los niveles mínimos para la satisfacción de los fines o intereses públicos como los relacionados a buen gobierno, finanzas públicas y economía, empleo público, instituciones, prácticas y procedimientos presupuestarios, gestión de recursos humanos al interior de las entidades públicas, política y gobernanza regulatoria, disponibilidad de datos gubernamentales, integridad del sector público, ingresos y redistribución, desigualdades y servicios públicos, entre otros.

Frente a esta situación, el Estado peruano, a través de la Administración Pública, ha realizado diversas acciones tendientes a resolver y/o mitigar los problemas sociales, económicos, políticos, institucionales y otros que afectan a nuestra sociedad para así satisfacer el interés general en cumplimiento de su deber. No obstante, a partir de la propia realidad actual, conforme lo plasma el BID (2020, pp. 1-156), se puede observar que el Estado no viene logrando la satisfacción del interés general. De ahí que, al no darse abasto con el cumplimiento de dichos objetivos, otros actores que forman parte de la sociedad contribuyan a partir de acciones con enfoque de responsabilidad social, siendo uno de ellos el que proviene desde las universidades y es conocido como «responsabilidad social universitaria».

En efecto, la responsabilidad social universitaria se ha constituido en una herramienta que sirve para el cumplimiento de fines o intereses públicos a través de diversas acciones que representan estrategias de actuación que coadyuvan a los fines del Estado, donde la participación de las universidades tiene una especial relevancia, al punto de que se ha incorporado como una actividad que debe ser incluida de manera obligatoria como parte del quehacer de la actividad educativa. Entre estas actividades de responsabilidad social, el derecho, y en particular el derecho administrativo, se posicionan como herramientas que pueden contribuir al bienestar de la sociedad, al estar vinculados con las normas aplicables a la limitación de los derechos de los ciudadanos y al ejercicio de potestades de las Administraciones Públicas (el Estado).

El presente artículo tiene como objetivo visibilizar al derecho administrativo como una herramienta de responsabilidad social universitaria en Perú. Ello se realiza a partir del empleo de una metodología cualitativa que permita la revisión de normas y doctrina especializada para la identificación de actores responsables en el cumplimiento de los fines y/o intereses públicos, como el Estado y la universidad, y el desarrollo del enfoque de responsabilidad social universitaria en Perú, así como la sistematización de actividades realizadas en el marco de la ejecución de la iniciativa de responsabilidad social universitaria impulsada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en colaboración con la Municipalidad de Miraflores en Lima, Perú. De esta manera, se pretende brindar un aporte teórico-práctico del derecho administrativo a la responsabilidad social universitaria.

Con dicho propósito, se ha planteado el desarrollo de los siguientes tres apartados: en primer lugar, se identifican los actores responsables del cumplimiento de los fines y/o intereses públicos; en segundo lugar, se desarrolla el enfoque de responsabilidad social universitaria en nuestro país; y, en tercer lugar, se presenta al derecho administrativo como una herramienta de responsabilidad social universitaria a través del proyecto concreto «Responsabilidad Social Universitaria y Derecho Administrativo», desarrollado por la Pontificia Universidad Católica del Perú por iniciativa de profesores del Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, teniendo como ámbito de incidencia los procedimientos administrativos de la Municipalidad de Miraflores en Lima.

## II. AGENTES RESPONSABLES DE LOS FINES O INTERESES PÚBLICOS

El objetivo de este apartado es identificar a los agentes responsables de los fines o intereses públicos, dando cuenta de que no solo el Estado —principalmente, a través de la Administración pública— es

el responsable del cumplimiento de los mismos, sino que existen otros actores que provienen del sector privado que pueden coadyuvar.

### II.1. La Administración Pública como ejecutor de los fines o intereses de la sociedad

Conforme anotan Ramón Martín Mateo y Juan José Díez Sánchez (2012), la idea de administración, en términos generales, está relacionada con la gestión o manejo de medios, los cuales pueden ser empleados por un sujeto para lograr su propio interés. Y es que, según precisan los mencionados autores, se estará ante un buen administrador cuando se trate de un aceptable gestor de sus propios medios, lo cual implica la realización de una actividad lógica que esté dirigida a la «potenciación de determinados intereses, […] que son útiles y relevantes […]» (pp. 26-27) y no esté promovida por impulsos emocionales.

Esta idea de administración que se ha referido permite una aproximación a la noción de Administración Pública como gestora de los medios del Estado para la consecución de los intereses públicos, asumiendo estos últimos como suyos pese a no ser su titular. Entre las características de la Administración Pública que mencionan Ramón Martín Mateo y Juan José Díez Sánchez (2012, pp. 29-32) se puede destacar las siguientes:

1. La Administración Pública está al servicio de la sociedad, que es una comunidad organizada políticamente y limitada en su actuación por la Constitución y demás normas legales.
2. Existen órganos del Estado superiores a la Administración Pública por el poder que aquellos detentan a diferencia de esta última, quedando así subordinada a las decisiones que los titulares de los intereses públicos puedan adoptar como representantes de la sociedad.
3. La actividad de la Administración se encuentra así sometida a derecho, siendo el principio de legalidad o juridicidad uno de los principales promotores y limitantes de su desarrollo.
4. La actividad de la Administración Pública no solo es jurídica por estar sujeta a derecho, sino que también es (o debería ser) racional a fin de obtener la máxima eficiencia para la satisfacción de los intereses públicos.
5. La actividad que realiza la Administración Pública puede sostenerse en instrumentos distintos a los que pueden emplear los particulares, lo que involucra el ejercicio de potestades, generando así ventajas y una posición privilegiada frente a estos últimos.

6. La Administración Pública debe actuar conforme a los intereses públicos de la sociedad, pudiendo esta ser una actuación más amplia cuando predominen las tendencias socializadoras o más limitada cuando estén más relacionadas con los procesos de liberalización y privatización.
7. Como ya se ha mencionado, la Administración Pública realiza actividades en el marco de las potestades que le son reconocidas por la Constitución y las normas legales, quedando su actuación subordinada a los mismos. En caso dicha actuación no se enmarque en lo establecido normativamente, los administrados podrán recurrir a los órganos superiores para que ordenen el sometimiento de la Administración a la ley, siendo esto el control de la Administración.

En ese contexto, la Administración Pública debe ser entendida como parte de la estructura organizativa del Estado que dirige el Poder Ejecutivo, principalmente, para el cumplimiento de los fines o intereses públicos. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, la Administración Pública es una persona jurídica, con lo cual se consolida como un centro de imputación de normas y un sujeto de relaciones jurídicas, así como titular de potestades, derechos y obligaciones jurídicas (Cosculluela Montaner, 2014, p. 31). En ese sentido, esta Administración Pública es concebida como una persona por una visión antropomórfica derivada del mundo romano y del cristianismo (Martín Mateo & Díez Sánchez, 2012, pp. 32-34), aunque —en realidad— se trate de un conjunto de entidades públicas. De ahí que autores como Cosculluela reconozcan su pluralidad, tratándose así más bien de Administraciones Públicas (2014, pp. 31-33).

Para el cumplimiento de los objetivos del presente artículo se opta por la personificación de la Administración Pública como una sola entidad u organización del Estado que ha sido creada para satisfacer los fines o intereses públicos, convirtiéndose estos últimos en la misión y en inspiradores de las actividades de aquella (Danós Ordóñez, 2018, pp. 94-95).

Dentro de esta línea de razonamiento es que se debe reconocer que el Estado peruano y su Administración Pública, al margen de las diferentes interacciones que mantiene con los particulares, tiene la obligación de actuar como garante de los intereses públicos y los derechos individuales y colectivos de estos, de conformidad con las expectativas de la sociedad, constituyéndose como la responsabilidad social pública tal como la entienden Marta Puig i Campmany *et al.* (2008, p. 49). Sobre esto último, se debe precisar que esta responsabilidad social pública no deriva precisamente de una mera acción voluntaria del Estado, sino de la obligación de cumplir con los fines o intereses públicos de la sociedad,

pudiendo corresponderles así responsabilidad jurídica a los funcionarios públicos responsables cuando se observa incumplimiento de tales obligaciones (Ruiz-Rico Ruiz, 2014, pp. 4-6).

Ahora bien, sin perjuicio de la acción del Estado en el marco de la responsabilidad pública, se ha podido observar que, en los últimos años, otros sectores distintos al Estado se han pronunciado y mostrado su interés en coadyuvar con la labor del Estado en la consecución del bienestar social, tal como se mencionará brevemente en el siguiente apartado.

### II.2. Cooperación de otros actores en la ejecución de los fines o intereses de la sociedad

A partir de lo mencionado en los apartados previos, se debe reconocer que el cumplimiento de los fines o intereses públicos ha sido no solo por el Estado, sino también a partir de la iniciativa y acción de otros sectores que han contribuido de diversas maneras para lograr la satisfacción del bienestar de la sociedad, constituyendo en algunos casos dicha actuación en responsabilidad social.

Entre algunos de los actores que cooperan para alcanzar tal objetivo social se puede destacar a la sociedad civil, la empresa privada y la universidad, las cuales se describirán brevemente en las siguientes líneas:

1. Sociedad civil organizada y la responsabilidad social: más allá de su evidente relación, se deben destacar las formas en las que los particulares interactúan de manera organizada para lograr fines o intereses públicos y no solo individuales, siendo el caso de la constitución de asociaciones sin fines de lucro u organismos no gubernamentales (ONG), los movimientos sociales o colectivos, las rondas campesinas y los grupos de participación ciudadana, entre otros.

2. Empresa privada y la responsabilidad social: entendiéndose como responsabilidad social empresarial o corporativa, es «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores» (Correa Jaramillo, 2007, p. 93). Esta actuación debe establecerse de acuerdo con la filosofía y los principios que caracterizan a las empresas, así como involucrar a sus trabajadores en las acciones dirigidas a su actuación en un rol de responsabilidad con la sociedad, pudiendo gozar de algunos beneficios otorgados por el Estado; por ejemplo, en caso la empresa incurra en gastos en su ejecución, ello puede ser deducible de impuestos en los términos establecidos en la legislación tributaria (Belaunde Plenge, 2014, pp. 15-27).

3. Universidad y responsabilidad social: este es el enfoque que interesa, denominada como responsabilidad social universitaria, que es el medio por el cual se busca «construir y anticipar escenarios alternativos encaminados a lograr una mayor equidad y cohesión social» (Beltrán-Llevador *et al*., 2016, p. 16). Y es que, según reconocen estos autores, la universidad debe construir su propia definición de responsabilidad social de acuerdo con los elementos que determinan su forma de relacionarse con la sociedad como la formación, investigación y el liderazgo social, por enunciar algunos de los reconocidos por Beltrán-Llevador *et al*. (2016).

Como se observa en el presente apartado, además del Estado, existen otros actores que contribuyen con el cumplimiento de los fines o intereses públicos de la sociedad a través de sus acciones y, por ende, coadyuvan a la realización de los deberes del Estado, aunque desde una actuación de carácter inicialmente voluntario.

En ese sentido, se advierte que no solo el Estado se constituye como actor responsable, sino también la sociedad civil, las empresas y las universidades. En el siguiente apartado, la atención se centrará en el estudio de la universidad y la responsabilidad social (o responsabilidad social universitaria) como sector contribuyente de la labor del Estado para el cumplimiento de los fines o intereses públicos de la sociedad.

## III. RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA EN PERÚ

En el presente apartado se brinda una aproximación de lo que se debe entender por responsabilidad social universitaria, para luego advertir cómo es que el derecho administrativo puede constituirse como una herramienta para conseguir los fines que se persiguen a través de la responsabilidad social.

### III.1. Aproximación a la responsabilidad social universitaria

Antes de conocer de qué manera la universidad y las actividades de responsabilidad social pueden contribuir al cumplimiento de los fines y/o intereses públicos, resulta importante señalar qué se entiende por responsabilidad social universitaria, cuáles son los principios aplicables, los enfoques o ámbitos, así como la base normativa que la sustenta, permitiendo con ello diferenciarla de la responsabilidad social pública o del Estado.

Respecto a la conceptualización de la responsabilidad social universitaria, es importante hacer referencia al contenido de responsabilidad social en términos generales para luego analizar su aplicación en

el ámbito universitario. Vallaeys *et al*. (2009) han reconocido que, pese a que es difícil brindar una definición sustantiva y definitiva de responsabilidad social, esta comprende el concepto de desarrollo sostenible, entendiéndola como «la preocupación por las consecuencias […] sociales de la actividad humana o de las organizaciones, [… una] invitación a redefinir los modelos de gestión de las organizaciones y los territorios locales, nacionales y regionales» (p. 6); así como atributos de buena gobernabilidad de la organización, gestión de los impactos medioambientales y sociales, diálogo y rendición de cuentas a las partes interesadas y las alianzas para participar en el desarrollo sostenible (pp. 6-7). Esto, en buena cuenta, es preocuparse, sin obligación a tener que hacerlo, por los fines o intereses públicos.

Ahora bien, en la medida en que resulta importante identificar cuáles son las actividades que constituyen la responsabilidad social, surge la necesidad de saber diferenciar cuáles pueden ser calificadas como tales y cuáles no. Para Vallaeys *et al*. (2009) se pueden establecer algunos criterios para identificar a las actividades que no representan o no caracterizan a las actividades como de responsabilidad social (pp. 6-7), conforme se menciona a continuación:

1. La responsabilidad social no significa realizar acciones sociales filantrópicas al margen de la actividad principal de la organización, sino se trata de crear un sistema de gestión de la organización que comprenda las acciones sociales.
2. La responsabilidad social no significa adoptar acciones sociales de manera temporal, sino mantener dichas acciones como la obligación universal de asegurar la sostenibilidad de la producción y el consumo en una sociedad.
3. La responsabilidad social no es una mera función adicional a la organización, sino una permanente que implica que todas las funciones sean basadas en el diagnóstico y la buena gestión de los impactos directos y/o indirectos que aquella genere en la sociedad.
4. La responsabilidad social no está dirigida solo a empresas, sino a todas las organizaciones, sean públicas o privadas, con o sin fines de lucro, nacionales o internacionales, conforme ya se ha venido señalando en un apartado previo al referir que existen otros actores que cooperan para alcanzar los fines o intereses generales de la sociedad.
5. La responsabilidad social es que la organización defina y se mantenga conforme a su misión, implemente un código de ética y un comité autónomo que promueva el cumplimiento de dicho código, garantice el cumplimiento de las normas y los estándares internacionales laborales, sociales y ambientales, entre otros que

permitan las buenas prácticas de gobernabilidad y eviten el riesgo de corrupción de la organización.

6. La responsabilidad social implica que la organización internalice y evite las externalidades que pueden generarse a partir de sus actuaciones en el ámbito social, humano y ambiental.
7. La responsabilidad social sugiere que la organización debe responder a los grupos de interés, manteniendo una relación transparente y democrática, y evitando el riesgo de que la organización actúe pensando únicamente en sí misma.
8. La responsabilidad social refiere que la organización debe comprenderse como un espacio social amplio y complejo, a través del cual se forjan alianzas que permiten avanzar desde una mirada de adaptación a una de innovación.

En razón de ello, la responsabilidad social de una organización, como lo es la universidad, debe involucrar el desarrollo sostenible de las acciones que realiza en favor de la sociedad desde una perspectiva de modelo de gestión integral y no solo temporal ni complementaria, además de aquellas características de buena gobernabilidad en la propia universidad, de gestión adecuada de los impactos que generan sus actuaciones, y con un espacio de diálogo y rendición de cuentas entre los actores involucrados en las actuaciones que buscan un desarrollo sostenible.

De lo mencionado, y conforme reconocen Schwalb *et al.* (2019), se debe señalar que la responsabilidad social conlleva a que cada uno de sus actores asuma un rol importante desde sus propias posiciones (p. 15), lo cual coincide con lo expresado por Gaete Quezada (2014) cuando refiere que la responsabilidad social como enfoque de gestión de organizaciones ha venido adquiriendo relevancia y reconocimiento a partir de la actuación de los diferentes actores y las perspectivas involucradas (p. 104).

Así, el Estado tiene el deber de establecer un marco normativo e institucional que promueva la responsabilidad en todos los actores involucrados; la sociedad civil organizada deberá cumplir con vigilar y alertar ante malas prácticas e impactos negativos de los demás actores, así como presionar para que estos últimos cumplan con sus responsabilidades; las empresas deberán innovar en sus productos y servicios con enfoque social responsable; y las universidades tendrán el deber de formar profesionales socialmente responsables, así como de producir investigaciones que muestren los impactos negativos de las acciones y descubrir nuevas formas de generar impactos positivos con las mismas (Schwalb *et al.*, 2019, p. 15).

En este contexto, resulta pertinente hacer referencia a la Guía de Responsabilidad Social, ISO 26000 (ISO, por sus siglas en inglés), publicada por la Organización Internacional de Normalización en 2010, la cual establece un diseño estándar de buena gestión que puede ser adoptado a nivel mundial. En este instrumento, según refieren Schwalb *et al.* (2019, pp. 16-18) a partir de la ISO 26000, la responsabilidad social de una organización implica asumirla en los siguientes términos:

1. La finalidad de la responsabilidad social es el desarrollo justo y sostenible de la sociedad.
2. El contenido de la responsabilidad social es gestionar los impactos negativos y positivos, debiendo vigilar, mitigar o eliminar los primeros; y promover, innovar y mejorar los segundos.
3. El medio de la responsabilidad —a través del cual se realiza dicha gestión para la consecución de la finalidad— es la participación de las partes interesadas y la creación de mecanismos de mejora continua interna y externa.

Este enfoque de responsabilidad social de la ISO 26000 puede ser guía para el desarrollo del concepto de responsabilidad social de la universidad (también conocida como responsabilidad social universitaria), aunque adaptado a la finalidad humanística que persigue esta organización (Schwalb *et al.*, 2019, p. 19), en compromiso con la ética corporativa que aquella tiene en su calidad de organización (Castro Alfaro, 2013, pp. 1-13).

De hecho, se puede destacar que el desarrollo de las funciones de la universidad implica distinguir cuatro impactos universitarios: los impactos organizacionales vinculados a la gestión interna, los educativos vinculados a la función docente, los cognitivos vinculados a la investigación, y los sociales vinculados a la extensión o proyección social (Schwalb *et al.*, 2019, p. 20), entendiéndolos en el sentido expresado por Vallaeys (2016, pp. 76-77):

1. Los impactos organizacionales de la universidad son generados a partir de la actividad realizada por su personal administrativo, docente y estudiantil, así como por la contaminación medioambiental que genera el desarrollo de las actividades de estos últimos.
2. Los impactos educativos de la universidad son aquellos derivados de la formación de los jóvenes estudiantes como futuros profesionales, involucrando en ello su manera de comprender, comportarse y valorar los diversos aspectos de la vida en sociedad.
3. Los impactos cognitivos de la universidad abarcan la producción del conocimiento y las tecnologías, e incentivan o desincentivan

la fragmentación y separación de los conocimientos para diferenciar las áreas del saber.

4. Los impactos sociales de la universidad inciden sobre la sociedad y su desarrollo económico, social y político en tanto se forma a futuros actores sociales y no solo a profesionales y líderes.

A partir de estos impactos, se pueden mencionar cuatro ámbitos o ejes en los que la responsabilidad social universitaria tendría incidencia, tal como el mismo Vallaeys (2009, pp. 13-15) había ya reconocido anteriormente en otro de sus escritos:

1. Eje del campus responsable, que implica la gestión social responsable de la organización y sus procedimientos al interior de la universidad, lo que abarcaría al personal docente, administrativo y a los estudiantes. Para que la universidad cumpla con este eje, resultará pertinente promover el comportamiento organizacional responsable.
2. Eje de la formación profesional y ciudadana, que abarca la gestión social responsable desde la formación académica de sus estudiantes, tanto en su temática y su currícula académica y metodológica como con un enfoque humanístico y social. Para que la universidad valide este eje deberá preguntarse cómo esta debe organizarse para lograr la formación de sus estudiantes con tal enfoque social responsable.
3. Eje de la gestión social del conocimiento, que sugiere una gestión social responsable de la producción y difusión del conocimiento, incluyendo la investigación y los modelos metodológicos desde los espacios de aprendizaje y orientación de línea de investigación que articulen los conocimientos obtenidos con el desarrollo de la sociedad y la mejora de procesos para la prestación de servicios al ciudadano. Para que la universidad logre este propósito, deberá plantearse qué conocimientos requiere producir, además de con quiénes y cómo debería difundirlos para que la sociedad se logre beneficiar de los mismos.
4. Eje de la participación social, que comprende la gestión social responsable de la universidad con la sociedad a partir de proyectos que permitan la interacción con esta última, posibilitando establecer vínculos para el aprendizaje mutuo y desarrollo de la sociedad. Para lograr esta interacción, la universidad deberá preguntarse por el modo más eficaz de relacionarse con la sociedad con miras a promover un desarrollo humano sostenible.

Así, conforme se puede entender de lo señalado, la responsabilidad social universitaria implicaría que la universidad, como actor de esta, deberá emprender las acciones correspondientes a estos ejes o ámbitos

mencionados para generar la transformación de la sociedad desde su propio ámbito de acción (Vallaeys *et al*., 2009, p. 15). Es decir, los impactos y ejes correspondientes en referencia formarían el modelo de estrategia que la universidad debería adoptar para alcanzar el fin de la responsabilidad social universitaria.

Gráfico N° 1. Relación de los impactos de la universidad y los ejes de la responsabilidad social universitaria

Fuente: elaboración propia con base en Vallaeys *et al*. (2009).

Ahora bien, este modelo de estrategia de responsabilidad social universitaria debe adaptarse a cada contexto social e histórico en el que se encuentra la universidad como actor de responsabilidad social universitaria.

En Perú, la Dirección Académica de Responsabilidad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, DARS PUCP) ha publicado recientemente un documento con la perspectiva histórica de la responsabilidad social universitaria en el país, cuyos hitos históricos se presentarán en las siguientes líneas (2019, pp. 13-15):

1. El surgimiento de la responsabilidad social universitaria tuvo lugar con la extensión universitaria promovida en las universidades europeas durante el siglo XIX para brindar formación a los obreros de manera gratuita y solidaria, permitiendo con ello un encuentro entre los universitarios y los trabajadores. En América Latina y Perú, la misma se dio por primera vez en 1909 en la Universidad de San Antonio Abad del Cusco, cuando los estudiantes participaron en la primera huelga universitaria del Perú y del continente en apoyo al maestro norteamericano Alberto Giesecke para que este último asumiera el cargo del rector

en reemplazo del predecesor, que no atendía los requerimientos de los estudiantes. Luego, en 1919, la huelga de obreros textiles obtuvo como resultado el reconocimiento de la jornada laboral de ocho horas a partir de la alianza que tuvo con la Federación de Estudiantes del Perú.

2. Durante el siglo XX, con esfuerzo de por medio, los jóvenes provenientes de familias en situación de pobreza lograron incorporarse a las universidades; no obstante, no lograban tener oportunidades laborales ni gozar de cambios significativos, pese a las exigencias y reclamos sociales desde las aulas universitarias desarrollados durante la década de los años setenta. Así, con la reforma del gobierno militar de 1969 tuvo lugar el establecimiento de la proyección social universitaria, a través de la cual se buscaba que las universidades nacionales se unieran para movilizar al país en la lucha por el reconocimiento de espacios de inclusión. Pese a los buenos motivos que justificaban su actuación, esta fue influenciada negativamente por propuestas de la extrema izquierda por medio de discursos que movilizaban sentimientos de discriminación y agravio a los estudiantes en situación de pobreza y de provincia, sumadas a herramientas pedagógicas autoritarias empleadas por el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso (PCP-SL). Luego de varios años de los lamentables sucesos que generaron los discursos de odio por la discriminación y falta de oportunidades en mención, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) informó en 2003 que las universidades todavía requerían de una «conciencia de paz» que manifestara el respeto a los estudiantes a través de la educación que se les proporcionaba y que les permitiera liberarse de las distorsiones de la realidad social del país, siendo este el aporte que le correspondía realizar en nuestra sociedad después del conflicto armado interno.

3. En los años posteriores al conflicto armado interno, las empresas también tuvieron un rol protagónico en las nuevas políticas económicas al implementar la responsabilidad social corporativa, con lo cual aquellas se comprometían a tener conciencia de su impacto en las relaciones del entorno social y ambiental. Este enfoque también fue asumido por las universidades públicas y privadas en su calidad de organizaciones, por lo que empezaron a reconocer, reflexionar y asumir los impactos que tenían en la sociedad. A esto último se le conoció como responsabilidad social universitaria (o también por su abreviación como RSU), siendo esta incorporada en la Ley Universitaria, Ley N° 30220, en 2014. Aunque Perú no fue el primer país en Iberoamérica en plantear una legislación que incorpora la RSU, se puede destacar como uno de los primeros luego de Brasil, con su inclusión de la RSU

> en la agenda gubernamental para ser una de las diez dimensiones de evaluación de las instituciones de educación superior en 2004; y de España, con su consideración en acciones previas desde 2010 y aplicables a la Estrategia Universidad 2015 (Martí-Noguera *et al.*, 2018, pp. 109-116).

En la Ley Universitaria, a través de su artículo 124, la responsabilidad social universitaria ha sido definida como «la gestión ética y eficaz del impacto generado por la universidad en la sociedad». Y es que, conforme reconoce la misma norma, la universidad ejerce funciones relevantes en la sociedad como la académica, investigativa y la relacionada a los servicios de extensión, además de participar en el desarrollo a nivel nacional en distintos ámbitos. Esta responsabilidad social de las universidades también implica asumir y gestionar los impactos producidos a partir de la relación entre la comunidad universitaria y la sociedad. Para tal fin, en el marco de la autonomía universitaria (a nivel normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico) que el Estado les ha reconocido en el artículo 8 de la misma Ley Universitaria, las universidades deben emplear mecanismos que promuevan la responsabilidad social.

En esa línea, actualmente el artículo 125 de la Ley Universitaria ha establecido que las universidades deben tener una inversión mínima del 2 % de su presupuesto para las acciones de responsabilidad social, así como instrumentos que incentiven su desarrollo como proyectos de responsabilidad social o la creación de fondos concursables. Es así que, con la incorporación de la responsabilidad social en la Ley Universitaria, esta no solo ha sido considerada en los estándares del proceso de acreditación universitaria en las dimensiones académicas, de investigación y participación en el desarrollo social, de servicios de extensión, ambiental e institucional, sino que —también— conlleva a la necesidad de establecer espacios, políticas, enfoques y prácticas en las universidades que promuevan justamente el enfoque de responsabilidad social, conforme reconoce la DARS PUCP (2019, p. 15).

En ese sentido, se puede advertir que en el ordenamiento jurídico peruano se ha establecido que las universidades se conviertan en actores de responsabilidad social de manera obligatoria, dejando de lado la opción voluntaria. Esto involucra que las actividades de RSU se han convertido en un requisito para obtener o mantener la acreditación como centros educativos superiores, de acuerdo con lo establecido en la Ley Universitaria.

A continuación, se hace referencia al desarrollo de la responsabilidad social en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde justamente se ha planteado un proyecto que vincula la responsabilidad social con el derecho administrativo.

### III.2. Responsabilidad social universitaria en la Pontificia Universidad Católica del Perú

Con base al compromiso asumido por las universidades con la responsabilidad social universitaria que se ha referido previamente, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha venido implementando diversas acciones que promuevan una gestión responsable de los impactos que genera en la sociedad desde un enfoque de responsabilidad social universitaria (DARS PUCP, 2019, p. 20).

Según anota la DARS PUCP (2019), este enfoque de responsabilidad social universitaria implicaría realizar un conjunto de acciones que involucren los «quehaceres institucionales, formación, investigación, gestión y relación con el entorno, pero también del tipo de convivencia y prácticas institucionales, que como comunidad académica y social reproduce» (p. 20). Y es que, si bien en un primer momento la universidad como organización se orientaba solo a la gestión de sus impactos organizacionales, educativos, cognitivos y sociales, la misma reconoció que se trataba de una «institución conformada por la sociedad» que replicaría en sí misma aquellas prácticas de la sociedad de la cual forma parte y no solo una «institución que impacta en la sociedad» (p. 20), como si fuera ajena a ella. Desde esta perspectiva, se advierte la relación que se puede establecer respecto a la responsabilidad social por parte del Estado, la cual puede ser coadyuvada por la que desarrolle la sociedad, representada en este caso particular por las universidades.

A partir de lo expuesto, la DARS PUCP (2019) anota que la responsabilidad social universitaria, en los términos mencionados, enfrenta el gran desafío de incorporar la diversidad y heterogeneidad en el concepto de «ciudadanía democrática» para poder fomentar el reconocimiento, la valoración y la expansión de ser diferentes. Y es que, según resalta la misma dirección académica, no bastaría con el solo reconocimiento de la declaración de igualdad, sino que es necesaria una verdadera relación de equidad (p. 22).

Con el fin de materializar el reconocimiento descrito, la responsabilidad social universitaria implicaría que la universidad realice un trabajo conjunto que esté basado en el respeto y la sostenibilidad de una empatía equitativa, debiéndose promover la participación de todos los grupos involucrados en la medida de sus posibilidades y aprovechando los beneficios de los encuentros, conocimientos y capacidades de cada uno para transformar la sociedad. De ahí que la colaboración interdisciplinaria y equitativa de la universidad y los grupos de intereses de la sociedad sea promovida por el enfoque de RSU de la universidad, a través del cual hay una correspondencia de aprendizajes y este no es solo unilateral de parte de la última (DARS PUCP, 2019, pp. 22-23).

De manera que, confiando en las acciones de colaboración entre la universidad y los grupos de la sociedad involucrados en el marco de la responsabilidad social universitaria, se busca fomentar la participación de la mayor cantidad de actores involucrados para así tener una universidad consciente y reflexiva que logre contribuir con el bien común y que, además, aporte con cambios que mejoren las condiciones de vida en la sociedad en la cual se encuentra. Para ello, según reconoce la DARS PUCP, es propicio contar con espacios de diálogo que sean provistos de un «espíritu complejo, intersubjetivo, intercultural e interdisciplinario», a partir del cual se rompa con lo que Castro-Gómez conocería como «*pathos* de la distancia», el cual colocaba al universitario como un mero observador para mantener la objetividad en la investigación (citado por DARS PUCP, 2019, pp. 24-25).

Es en este enfoque de responsabilidad social universitaria que la Pontificia Universidad Católica del Perú ha creado una dirección que tiene por finalidad desarrollar la responsabilidad social universitaria como una actividad permanente y ha establecido acciones organizadas comprendidas como «iniciativas de RSU», que son ejecutadas bajo un método formativo como respuesta a las necesidades sociales diagnosticadas. Las principales herramientas de dicho método son el diálogo, la retroalimentación y la construcción comunitaria de iniciativas sociales pertinentes, las cuales implican que los actores involucrados sean «acompañados» desde las aulas hasta que las iniciativas sean ejecutadas, que haya «pertinencia social» al demostrar que dichas acciones son capaces de satisfacer las necesidades sociales, que haya «devolución» final de los resultados una vez culminadas las acciones, que se procure un «retorno académico» que permita la reflexión académica, y que haya «incidencia pública» de sus aprendizajes y resultados finales (DARS PUCP, 2019, pp. 27-32).

En razón de este método, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha establecido estrategias de responsabilidad social en el ámbito académico, en el de la sociedad y en el campus, así como en los relacionados a la comunicación estratégica y las estrategias administrativas, las cuales se mencionarán brevemente a continuación (DARS PUCP, 2019, pp. 37-54):

1. Ámbito académico: la universidad ha implementado las siguientes acciones: a) cursos con enfoque de RSU en los planes de estudios; b) voluntariado RSU con programas anuales que vincula a las diferentes facultades de la casa de estudios y a grupos de estudiantes autónomos que participan del diseño y desarrollo de proyectos dirigidos a comunidades y organizaciones internas y/o externas a la universidad; c) fondos concursables para estudiantes como el Concurso de Iniciativas de Responsabilidad Social para

Estudiantes (Cirse) y el Apoyo Económico para la Incorporación del Enfoque RSU en la investigación; y d) fondos concursables para docentes como el Fondo Concursable para el desarrollo de iniciativas y cursos con enfoque de RSU, y el apoyo económico para la devolución de resultados con enfoque de RSU.

2. Ámbito de la sociedad: la universidad ha realizado las siguientes acciones: a) acuerdos de colaboración social; b) talleres de vínculo; c) proyectos interdisciplinarios, investigaciones y cursos; d) alianzas estratégicas institucionales; e) colaboración con el Estado y la sociedad civil; f) el Encuentro Nacional de Responsabilidad Social Universitaria (Enarsu); g) el Encuentro Nacional de Directores de Responsabilidad Social Universitaria; h) redes a escala nacional y regional para promover el intercambio académico e institucional; i) gestión de riesgo de desastres; y j) el Programa de Respuesta ante Emergencias a través de ayuda humanitaria, brigadas logísticas, brigadas especializadas y reconstrucción.
3. Ámbito del campus: la universidad promueve las siguientes actividades: a) el reconocimiento de las diversidades dentro del campus universitario para lograr una convivencia plena, en tanto la universidad es entendida como una «institución social»; y b) el fortalecimiento de la organización estudiantil, incluyendo un trabajo con los gremios, grupos y colectivos de estudiantes para las acciones de colaboración.
4. Comunicación estratégica: la universidad requiere de una sólida propuesta comunicacional que permita transmitir las estrategias de una manera que conmueva e interpele al receptor para reconocer la diversidad, y oriente la transformación social. Para ello se consideran los siguientes apectos: a) la necesidad de generar y gestionar la información; b) la identidad, los testimonios y aprendizajes; y c) el reconocimiento a la RSU docente.
5. Estrategias administrativas: la universidad brinda capacitación básica para que puedan realizarse los procedimientos de compras, servicios, pagos, seguimiento presupuestal, selección de proveedores y procesos vinculados, haciéndose así uso ético, eficaz y transparente de los bienes y recursos a emplear en las acciones de responsabilidad social universitaria.

A estas estrategias implementadas por la universidad se suman aquellas acciones adoptadas por cada órgano, dirección, facultad, departamento académico, centro e instituto que la comprende con el propósito de afianzar el enfoque de responsabilidad social universitaria. Así, en el caso particular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se puede mencionar que la misma cuenta con una

Oficina Académica de Responsabilidad Social a través de la cual se han fomentado diversas actividades académicas como consultorios jurídicos gratuitos, concursos de investigación, programación de clínicas jurídicas, convenios interinstitucionales y pronunciamientos sobre problemáticas sociojurídicas, entre otras. Asimismo, se puede mencionar que la Facultad se ha encargado de vincular de manera transversal dicho enfoque en el aún vigente Plan de Estudios 2015 al ofrecer una dinámica comprensiva, reflexiva y diversa sobre los problemas sociales que se discuten en las aulas. Del mismo modo, se debe señalar que la Facultad ha venido promoviendo actividades académicas que busquen difundir la ciencia jurídica y comprender los impactos de la relación entre esta última y la sociedad, tales como seminarios, materiales académicos, la publicación de la revista *Derecho PUCP*, y concursos para la investigación y el desarrollo de proyectos sociojurídicos de los docentes, estudiantes y egresados, entre otros (Facultad de Derecho PUCP, 2020). Y es que, coincidiendo con la reflexión de Zolezzi (2010), es importante comprender la necesidad de formar abogados con base ética y conocimiento de los fundamentos del derecho antes que simplemente contribuir a la «sobrepoblación de abogados» e incrementar las «huestes de abogados ambulantes» que terminarían ingresando e impactando en un sentido no esperado en las distintas entidades del Estado (p. 261).

A partir de lo expuesto, se puede señalar que la responsabilidad social de las universidades involucra asumir y gestionar los impactos que esta genera en la sociedad, pero que también debe entenderse como parte integrante de la misma para así reconocer la necesidad de implementar un enfoque de responsabilidad social universitaria en el sentido que ha venido adoptando la Pontificia Universidad Católica del Perú; es decir, con un método formativo de responsabilidad social universitaria y las respectivas estrategias adoptadas con el propósito de materializar dicho enfoque en la mencionada universidad.

De todo lo señalado, se advierte que la responsabilidad social universitaria es una actividad que las universidades deben realizar de manera permanente y constituye un requisito para que estas puedan ser acreditadas. En tal sentido, resulta importante que cada universidad establezca las metas y objetivos que se van a cumplir a través de este tipo de actividades y brinde el soporte necesario que permita el desarrollo de iniciativas que puedan ser significativas en determinados contextos de lugar y tiempo.

Ahora corresponde dar cuenta del proyecto de RSU que se ha planteado desde la Facultad de Derecho, concretamente desde el Área de Derecho Administrativo, para ver cómo esta área del derecho puede constituirse en una herramienta para coadyuvar al cumplimiento de finalidades o intereses públicos.

## IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA EN PERÚ DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

### IV.1. El derecho administrativo como herramienta para la responsabilidad social universitaria

Conforme se ha mencionado previamente, la responsabilidad social de la universidad (o responsabilidad social universitaria) no se limita a esta última como organización, sino que involucra a todas las unidades participantes, como es el caso de la Facultad y el Departamento Académico de Derecho, dado que estas se involucran y asumen la responsabilidad por la formación que se brinda a los futuros profesionales y ciudadanos desde las aulas.

Ahora bien, se debe señalar que el derecho se muestra como una herramienta para alcanzar dicha formación con enfoque de RSU, sea desde el derecho laboral, civil, penal, internacional, tributario, constitucional, administrativo o desde la antropología y sociología jurídica, entre otros. El derecho administrativo, en particular, cobra mayor relevancia en cuanto se trata de la disciplina que estudia la regulación y actuación de la Administración Pública (García de Enterría, citado por Cosculluela Montaner, 2014, p. 35), que —como ya se ha indicado a inicios del presente artículo— es la encargada de ejecutar las decisiones adoptadas por el Estado para la consecución de los fines y/o intereses públicos.

Antes de proceder a presentar de qué manera el derecho administrativo puede contribuir a la responsabilidad social universitaria, resulta pertinente referirnos brevemente a dicha disciplina del derecho con el propósito comprender sus aportes a la sociedad. El derecho administrativo, en palabras de Gazzolo (1962),

> es el conjunto de normas y de principios de Derecho Público que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquellos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal (p. 19).

Por su parte, Cosculluela Montaner (2014) lo define como

> la rama del derecho público que regula las Administraciones Públicas, su organización, las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas, sus potestades y privilegios, el régimen jurídico de la actividad administrativa dirigida a la satisfacción de los intereses públicos y el sistema de garantías de los ciudadanos frente a la acción de los poderes públicos que directamente les afecta (p. 37).

En ese sentido, se puede señalar que el derecho administrativo es aquella rama del derecho que se encarga de estudiar las relaciones

entre la Administración Pública y los particulares, y en donde aquella asume el deber y la obligación de actuar como garante de los fines y/o intereses públicos, contando para ello con los instrumentos jurídicos e institucionales del ordenamiento jurídico, mientras que los últimos pueden accionar las herramientas de defensa para garantizar el cumplimiento de los fines y/o intereses públicos previamente mencionados.

El derecho administrativo descrito, según refiere Cosculluela Montaner (2014), cuenta con cuatro caracteres, siendo estos el derecho de prerrogativas y privilegios de la Administración Pública, el derecho tutor de los intereses públicos, el derecho garantizador y el derecho en permanente adaptación a la realidad que ordena. El primero de ellos reconoce «un derecho que otorga a la Administración Pública una serie de prerrogativas y privilegios que la sitúan en un plano de supremacía jurídica sobre el ciudadano» (p. 43), lo cual se ve reflejado cuando los administrados están obligados al cumplimiento de los actos administrativos. El segundo de ellos implica que la finalidad del derecho administrativo radica en la protección de los intereses públicos, cuya satisfacción es perseguida por la Administración Pública. El tercero señala que el derecho administrativo es un derecho garantizador de la protección de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado, lo cual se manifiesta a través de la posibilidad de recurrir a los tribunales en contra de la Administración Pública cuando las decisiones administrativas no se emiten de conformidad con la ley. Y el cuarto de ellos implica que el derecho administrativo es «motorizado legislativamente» en tanto comprende el ordenamiento que rige a la Administración Pública en su actuar de acuerdo a la política de cada gobierno en curso, aunque —a diferencia de lo que algunos pueden llegar a señalar sobre la inestabilidad que ello podría generar— se debe recordar que la actuación que tenga la Administración Pública en el momento será acorde a los principios legalmente establecidos y sobre los cuales se encuentra parametrada la validez de la actuación administrativa (pp. 41-45).

Estos caracteres (o características) del derecho administrativo se sustentan, por un lado, en los principios constitucionales administrativos propios del Estado garante como el principio de legalidad; en los de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad para proteger o proveer derechos fundamentales a los administrados frente a la propia Administración Pública y otros particulares; y en la fuerza normativa de la Constitución sobre el derecho administrativo (Landa, 2016, pp. 200-204); y, por otro lado, en los principios generales del procedimiento administrativo reconocidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, tales como el de legalidad, debido

procedimiento, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, verdad material, uniformidad, privilegio de controles posteriores y ejercicio legítimo del poder que, en palabras de Danós Ordóñez (2008), tienen por finalidad «acentuar el carácter servicial de la Administración en favor de los ciudadanos, que son los destinatarios o beneficiarios de la correspondiente actividad administrativa» (p. 539). En otras palabras, los principios constitucionales administrativos y los principios generales del procedimiento administrativo serán directrices de la actuación de la Administración Pública, así como del control que se le aplique.

En ese sentido, el derecho administrativo, al ser la rama del derecho encargada de estudiar las relaciones entre la Administración Pública y los particulares, brinda espacios de comprensión y análisis de la actividad administrativa que realizan las entidades del Estado y, por ende, la oportunidad de mejorar dicha actividad en beneficio de los administrados.

### IV.2. Contribución del derecho administrativo a la responsabilidad social universitaria a partir del Proyecto de RSU en la Facultad de Derecho de la PUCP

Conforme se ha mencionado, el derecho administrativo brinda la oportunidad de comprender la actividad de la Administración Pública, permitiendo así reconocer espacios de mejora para el planteamiento de cambios que redunden de manera positiva en los administrados; es decir, la población.

A partir de ello, se puede señalar que el derecho administrativo es una herramienta que impacta sobre la sociedad, tanto en la Administración Pública sobre la cual se realiza la comprensión y las mejoras correspondientes como en los administrados sobre quienes recaen los servicios que aquella brinda, por ejemplo, mediante el reconocimiento de derechos y garantías, constituyéndose así la responsabilidad social.

Ahora bien, con la finalidad de contribuir a la sociedad desde el enfoque de responsabilidad social universitaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Departamento Académico de Derecho de la misma casa de estudios promovió y financió la ejecución del Proyecto del Área de Derecho Administrativo «Responsabilidad Social Universitaria y Derecho Administrativo: Propuestas de Reforma a los Procedimientos Administrativos de la Subgerencia de Licencias de Edificaciones Privadas de la Municipalidad de Miraflores», el cual contó con la colaboración de la Subgerencia de Licencias de Edificaciones Privadas de la Municipalidad de Miraflores en Lima, Perú.

A través de este proyecto, desarrollado entre los meses de septiembre de 2019 y mayo de 2020, se realizaron diversas acciones dirigidas a la comprensión y el análisis de la actividad administrativa realizada por la Municipalidad de Miraflores en relación al otorgamiento de licencias para edificaciones privadas en el distrito de Miraflores de la provincia de Lima, Perú (Miraflores, en adelante); y, de ser el caso, plantear propuestas de reforma de los procedimientos administrativos vinculados al otorgamiento en mención que atiendan a la eficiencia y simplificación administrativa.

En atención al objeto del proyecto, se ha optado por dividirlo en cuatro fases que serán descritas brevemente a continuación. La Fase 1 supuso que el equipo de la universidad se aproxime a la Municipalidad de Miraflores, de manera que se exponga la idea planteada por la universidad y se recaben la perspectiva y las opiniones de la Municipalidad. Para efectos de la primera reunión se elaboraron tres ayudas memorias, la primera sobre los procedimientos administrativos de la Subgerencia, la segunda sobre la normativa aplicable y la tercera sobre el proyecto de RSU.

Además, a partir de reuniones de trabajo y del envío de comunicaciones, se dialogó a detalle sobre el funcionamiento de la Subgerencia, la carga laboral habitual que asume, el marco normativo aplicable, los retos y dificultades propias de su actividad, y se conversó sobre posibles escenarios de cooperación.

En la Fase 2 se evaluaron conjuntamente los procedimientos administrativos de los que es responsable la Subgerencia a efectos de determinar en qué grupo de procedimientos podría enfocarse el proyecto. Este trabajo inició por reconocer cuáles eran los principales retos que se presentaban en la Subgerencia, destacando entre ellos el trabajo vinculado al desarrollo de la fiscalización posterior y los procedimientos administrativos de aprobación automática.

Al respecto, cabe precisar que los procedimientos administrativos son de dos tipos, conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General: los procedimientos de evaluación previa y los procedimientos de aprobación automática. Estos últimos suponen que los administrados cumplan con los requisitos y la documentación requerida, debido a que su solicitud se considerará aprobada desde el momento de su presentación.

Esta situación permitió delimitar el trabajo en los procedimientos administrativos de la modalidad «A» de aprobación automática con firma de profesionales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Ley N° 29090. La elección se

debió a que, aproximadamente, el 20 % de los referidos procedimientos terminaba con un pronunciamiento de nulidad de oficio promovido por la Subgerencia. Durante esta etapa, se desarrollaron los siguientes documentos: análisis de procedimientos y causales de nulidad de oficio en procedimientos de la modalidad «A» de enero de 2018 a agosto de 2019; y se tuvo oportunidad de actualizar el plan y cronograma de trabajo.

En la Fase 3 se tuvo como objetivo elaborar un informe sobre la situación de los procedimientos administrativos de la modalidad «A», identificándose sus dificultades y los posibles escenarios de mejora. Durante la ejecución de la presente fase se mantuvo el trabajo mediante reuniones y comunicaciones, siendo posible identificar escenarios recurrentes de error por parte de los administrados que podrían evitarse al ser mencionados en el momento de su presentación, lo que permitió elaborar un documento sobre observaciones comunes a la modalidad «A».

Adicionalmente, se elaboró un cuadro comparativo del Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, tanto de su versión derogada como de la vigente (considerando fe de erratas), una propuesta de tríptico de la modalidad «A» para el supuesto de demolición total y una ayudamemoria para el folleto informativo de los procedimientos de la modalidad «A».

Por último, en la Fase 4 se tuvo como objetivo culminar los productos del proyecto y evidenciar los beneficios del mismo para la Municipalidad y la universidad. En razón de ello, se trabajó en un documento de análisis de los procedimientos de aprobación automática (revisando la información de los años 2018 y 2019), se elaboró un folleto informativo para los ciudadanos sobre los procedimientos en referencia y se propuso que la experiencia fuese recogida en un artículo académico (el presente).

A partir de la ejecución del proyecto, conforme lo expresado en la última fase mencionada, la aplicación de un enfoque de responsabilidad social universitaria permitió reconocer: a) las dificultades asociadas a la actividad administrativa de la entidad, propia de la carga que la Subgerencia debe asumir; b) las oportunidades de mejora de los procedimientos administrativos de la modalidad «A» para el otorgamiento de licencias para edificaciones privadas, al haberse evidenciado situaciones de coordinación que podrían redundar de manera positiva en la eficiencia y simplificación administrativa de los mismos; c) la posibilidad de generar espacios de diálogo y reflexión entre los funcionarios públicos que permitan una mejor toma de decisiones en función a situaciones previas; d) las oportunidades de generar espacios de colaboración entre la universidad y la Administración Pública; e) la posibilidad de contar con ejemplos prácticos para la formación de los

futuros profesionales en derecho; y f) los espacios donde se pueden generar productos que contribuyan a la sociedad, como la elaboración de folletos informativos para los administrados sobre el procedimiento administrativo para el otorgamiento de licencias.

En ese sentido, la aplicación de una metodología cualitativa, que implicó la revisión de normas y doctrina especializada para la identificación de los actores responsables del cumplimiento de los fines y/o intereses públicos y el desarrollo del enfoque de responsabilidad social universitaria en Perú; y la sistematización de actividades realizadas en el marco de la ejecución de la iniciativa de responsabilidad social universitaria impulsada por la universidad, permitieron reconocer —como lo pretende el presente estudio— el aporte teórico práctico del derecho administrativo a la responsabilidad social universitaria.

De manera que, conforme se ha comentado durante el presente apartado, se puede señalar que el derecho administrativo ha resultado ser una herramienta productiva en el desarrollo de un proyecto con enfoque de responsabilidad social universitaria debido a que, a partir de la comprensión y el análisis de la función administrativa, se ha encontrado la posibilidad de generar resultados positivos para la sociedad y la universidad.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo se ha identificado al Estado como un agente responsable del cumplimiento de los fines y/o intereses públicos, para lo cual se soporta, principalmente, en la Administración Pública y el empleo de instrumentos normativos e institucionales dirigidos a la ejecución de funciones públicas. No obstante, muchas veces el Estado no es el único agente que asume dicha responsabilidad, pues se observa a otros actores que cooperan con dicho cumplimiento, como la sociedad civil organizada, la empresa privada y la universidad, desde un enfoque de responsabilidad social.

La universidad, en particular, se presenta como un actor de la responsabilidad social capaz de generar un impacto significativo, por lo que debe asumir la gestión de sus actividades integralmente y en función a los ejes de actuación que tiene de acuerdo con su actividad. De esta manera, la universidad desarrolla la responsabilidad social universitaria, la cual, además de los impactos positivos que genera en la sociedad, ha sido reconocida en la Ley Universitaria como un requisito para el licenciamiento, debiendo contemplarse como actividades permanentes.

Es en este marco que la Pontificia Universidad Católica del Perú ha apostado por la comprensión de la universidad no solo como organización, sino también como institución social. De ahí que, como se ha mencionado,

se hayan adoptado acciones dirigidas a contribuir a la sociedad desde dentro de sí misma y fuera de ella. Para esto, emplea diversas estrategias de responsabilidad social universitaria, enmarcadas en un método formativo de la RSU propuesto por la DARS PUCP a través de los distintos órganos que forman parte de la universidad, como es el caso de la Facultad y el Departamento Académico de Derecho.

En el marco de las diversas actividades vinculadas a la RSU que desarrollan la Facultad y el Departamento, se presenta el proyecto «Responsabilidad Social Universitaria y Derecho Administrativo», que ha permitido desarrollar un trabajo colaborativo entre la universidad y la Municipalidad de Miraflores, en particular sobre los procedimientos administrativos de la modalidad «A» de aprobación automática.

Finalmente, a partir de la experiencia en mención, y considerando sus actividades y productos, resulta posible afirmar que los espacios de colaboración entre la universidad y las Administraciones Públicas que brinda el derecho administrativo desde una perspectiva de responsabilidad social universitaria, permiten obtener resultados favorables que tienen la potencialidad de redundar de manera positiva en la Administración Pública, los administrados (la población) y la comunidad universitaria.

## REFERENCIAS

Alarcón Peña, A. (2018). Economía social de mercado como sistema constitucional económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca*, *16*(2), 141-182.

Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la Constitución peruana. *Ius Et Veritas*, (48), 256-269.

Belaunde Plenge, W. (2014). Gastos de responsabilidad social: Aspectos tributarios a considerar. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*, (43), 15-27.

Beltrán-Llevador, J., Iñigo-Bajo, E., & Mata-Segreda, A. (2014). La responsabilidad social universitaria, el reto de su construcción permanente. *Revista Iberoamericana de Educación Superior de México de la Universidad Nacional Autónoma de México IISUE*, *V*(14), 16.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2020). *De estructuras a servicios. El camino a una mejor infraestructura en América Latina y el Caribe* (Eduardo Cavallo, Andrew Powell, Tomás Serebrisky, eds.). https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/De-estructuras-a-servicios-El-camino-a-una-mejor-infraestructura-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf

Castro Alfaro, A. (2013). Ética empresarial en la responsabilidad social universitaria. *Aglala*, *4*(1), 1-13. https://doi.org/10.22519/22157360.728.

Correa Jaramillo, J. (2007). Evolución histórica de los conceptos de responsabilidad social empresarial y balance social. *Semestre Económico de la Universidad de Medellín*, *10*(20), 93.

Cosculluela Montaner, L. (2014). *Manual de Derecho Administrativo* (25ta ed., pp. 21-22, 31-33, 35, 37 y 41-43). Navarra: Aranzadi.

Danós Ordóñez, J. (2008). Los principios generales del derecho en el Derecho administrativo peruano. En *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Valladolid y Salamanca* (p. 539). Valladolid: Junta de Castilla y León.

Danós Ordóñez, J. (2018). Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas para la Administración Pública. En *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo* (pp. 90 y 94-95). Lima: Universidad de Piura, Asociación Peruana de Derecho Administrativo y Palestra Editores.

Dirección Académica de Responsabilidad Social de la Pontifica Universidad Católica del Perú (DARS PUCP). (2019). *La responsabilidad social universitaria en la Pontificia Universidad Católica del Perú* (pp. 13-15, 20-25, 27-32 y 37-54). Lima: Dirección Académica de Responsabilidad Social.

Estache, A., & Trujillo, L. (2004). La privatización en América Latina en la década de los 90: aciertos y errores. *Revista Asturiana de Economía*, (31).

Esteve Pardo, J. (2015). La administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública*, (197), 13-16, 19-21, 23-24 y 26-30.

Facultad de Derecho PUCP. (2020). *Portal Web de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/

Gaete Quezada, R. (2014). La responsabilidad social universitaria como política pública: un estudio de caso. *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, *14*(22), 104.

Gazzolo, L. (1962). Apuntes de Derecho Administrativo Peruano. *Derecho PUCP*, (21), 19. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/12943

Ivanegra, M. (2008). Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y la potestad sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*, (4), 108-113.

Landa, C. (2016). La constitucionalización del Derecho Administrativo. *Themis-Revista de Derecho*, (69), 200-204.

Martí-Noguera, J., Calderón, A., & Godenzi, A. (2018). La responsabilidad social universitaria en Iberoamérica: análisis de las legislaciones de Brasil, España y Perú. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, *9*(24), 109-116. https://doi.org/10.22201/iisue.20072872e.2018.24.264

Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. (2012). *Manual de Derecho Administrativo* (29na ed., pp. 26-27, 29-34 y 375-380). Navarra: Aranzadi.

Organización Internacional de Normalización. (2010). *Guía de responsabilidad social (ISO 26000)*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2020). *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020.* París: OCDE y Banco Interamericano de Desarrollo. https://doi.org/10.1787/1256b68d-es

Puig i Campmany, M., & Martínez i Hernández, A., Dirección de la Investigación & Asociación para la Gestión Social. (2008). *La responsabilidad social de la Administración. Un reto para el siglo XXI* (p. 49). Barcelona: Diputación de Barcelona.

Ruiz-Rico Ruiz, C. (2014). Responsabilidad social pública y calidad democrática. *Revista Derecho y Cambio Social*, *11*(37), 4-6.

Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público* (pp. 191-209, 198-199 y 289-291). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Schwalb, M., Prialé, M., & Vallaeys, F. (2019). *Guía de responsabilidad social universitaria* (pp. 16-20). Lima: Universidad del Pacífico.

Vallaeys, F. (2016). *Introducción a la Responsabilidad Social Universitaria RSU* (pp. 76-77). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Vallaeys, F., De la Cruz, C., & Sasia, P. (2009). *Responsabilidad social universitaria. Manual de primeros pasos* (pp. 6-7 y 13-15). México, D. F.: McGraw-Hill y Interamericana Editores.

Viera Álvarez, C. (2014). Estado social como fórmula en la Constitución chilena. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, *21*(2).

Villar Ezcurra, J. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares: Los cauces de la actividad administrativa* (pp. 21-25). Madrid: Civitas Ediciones.

Zolezzi Ibarcena, L. (2010). La responsabilidad social en la formación de los abogados. *Derecho PUCP*, (65), 251-262, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3151

## Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente Democrático [Perú], 31 de diciembre de 1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, Decreto Supremo N° 029-2019-VIVIENDA (presidente de la República [Perú], 6 de noviembre de 2019).

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, Decreto Supremo N° 011-2017-VIVIENDA (presidente de la República [Perú], 15 de mayo de 2017).

José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera y

sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa (0048-2004-PI/TC) (Tribunal Constitucional [Perú], 1 de abril de 2005).

Ley Universitaria, Ley N° 30220 (Congreso de la República [Perú], 8 de julio de 2014).

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, TUO de la Ley N° 27444 (presidente de la República [Perú], 22 de enero de 2019).

Texto Único Ordenado de la Ley de Regulación de Habitaciones Urbanas y de Edificaciones, TUO de la Ley N° 29090 (presidente de la República [Perú], 7 de febrero de 2017).

Recibido: 22/11/2020
Aprobado: 02/09/2021

# FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho[1]

### Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel
Llerena Quevedo, José Rogelio
Montoya Anguerry, Carlos Luis
Revoredo Marsano, Delia
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
Avendaño Valdez, Juan Luis
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cabello Matamala, Carmen Julia
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordoñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor
Forno Florez, Hugo Alfieri

1 Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de noviembre de 2021.

García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Hurtado Pozo, José
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
León Hilario, Leysser Luggi
Lovatón Palacios, Miguel David
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Luna, Félix Francisco
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruda Santolaria, Juan José
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Siles Vallejos, Abraham Santiago
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Urteaga Crovetto, Patricia
Viale Salazar, Fausto David

553

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zegarra Valdivia, Diego Hernando
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio

## Asociados

Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Becerra Palomino, Carlos Enrique
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Cairo Roldán, José Omar
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto

Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
Gamio Aita, Pedro Fernando
Hernández Gazzo, Juan Luis
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
Luna-Victoria León, César Alfonso
Matheus López, Carlos Alberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
Morales Hervias, Rómulo Martín
Ortiz Sánchez, John Iván
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Revilla Vergara, Ana Teresa
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Soria Luján, Daniel
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Villagra Cayamana, Renée Antonieta
Villegas Vega, Paul
Vinatea Recoba, Luis Manuel

## Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
Alfaro Valverde, Luis Genaro
Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
Apolín Meza, Dante Ludwig
Barboza Beraun, Eduardo

555

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Barletta Villarán, María Consuelo
Benavides Torres, Eduardo Armando
Bermúdez Valdivia, Violeta
Blanco Vizarreta, Cristina María del Carmen
Campos Bernal, Heber Joel
Candela Sánchez, César Lincoln
Castro Otero, José Ignacio
Cavani Brain, Renzo Ivo
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Angel Guillermo
Díaz Castillo, Ingrid Romina
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Gago Prialé, Horacio
García Chávarri, Magno Abraham
García-Cobían Castro, Erika
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guimaray Mori, Erick Vladimir
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
León Vásquez, Jorge Luis
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Mantilla Falcón, Julissa
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Mendoza del Maestro, Gilberto
Montoya Stahl, Alfonso

Morón Urbina, Juan Carlos
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Reyes Milk, Michelle Elisa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tabra Ochoa, Edison Paul
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valencia Vargas, Arelí Seraya
Valle Billinghurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia
Zambrano Chávez, Gustavo Arturo
Zas-Friz Burga, Jhonny

# INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

## I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

## II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

## III. Forma y preparación de los artículos

### *III.1. Normas generales*

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

### *III.2. Documentación obligatoria*

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

### *III.3. Características de los artículos*

#### III.3.I. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO: en el idioma del artículo y en inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESUMEN (*abstract*): texto breve en el idioma del artículo y en inglés, en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre 200 y 400 palabras).

- CONTENIDO: se consignará en el idioma del artículo y en inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE *(key words)*: en el idioma del artículo y en inglés (mínimo 5 palabras, máximo, 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

### III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las notas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto y se ordenarán correlativamente según su aparición.

### III.3.3. Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben estar actualizadas, ser relevantes y elaborarse con la información necesaria. No deben omitirse referencias importantes para el estudio y se debe cumplir estrictamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la 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.
- KEY WORDS: in the original language of the article and in English (minimum 5 words, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

### III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes 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