

# DERECHO PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO



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

94

ÉTICA PROFESIONAL  
EN LA ABOGACÍA



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO  
EDITORIAL

# DERECHO PUCP

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

94  
2025

ÉTICA PROFESIONAL  
EN LA ABOGACÍA



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2025  
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú  
Teléfono: +51 6262650  
feditor@pucp.edu.pe  
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

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

- Índices: Scopus, Emerging Sources Citation Index (Web of Science), Redalyc, SciELO Perú, Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP), ERIH PLUS, Dialnet, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB).
- Base de datos: Hein Online, CLASE, EbscoHost.
- Directorios: BASE, JournalTOCS.
- Catálogos: Primo Central, WorldCat, Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas Universitarias (Catálogo REBUIIN), 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](http://www.pesopluma.net) | [contacto@pesopluma.net](mailto:contacto@pesopluma.net)

Coordinadora editorial: Angie Orihuela Jesús

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

e-ISSN: 2305-2546

Primera edición: noviembre 2024

## EDITORA GENERAL

Ingrid Díaz Castillo  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## CONSEJO EDITORIAL

Marisol Anglés Hernández  
Universidad Nacional Autónoma de México

Reynaldo Bustamante Alarcón  
Universidad del Pacífico

Rémy Cabrillac  
Universidad de Montpellier

Nadia de Araujo  
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

Marina Gascón Abellán  
Universidad Castilla-La Mancha

Michele Graziadei  
Universidad de Turín

Claudia Carolina Mejías Alonzo  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Roger Merino Acuña  
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervías  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Claudio Nash Rojas  
Universidad de Chile

Martha Neme Villarreal  
Universidad Externado de Colombia

Alba Ruibal  
Universidad Nacional de Córdoba

## CONSULTOR TEMÁTICO

Fernando Del Mastro

## CONSEJO CONSULTIVO

Robert Post  
Universidad de Yale

Jemima García-Godos  
Universidad de Oslo

Manuel Atienza  
Universidad de Alicante

Guido Calabresi  
Universidad de Yale

Francisco Fernández Segado  
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss  
Universidad de Yale

Juan Gorelli Hernández  
Universidad de Huelva

Peter Häberle  
Universidad de Friburgo

Mônia Clarissa Hennig Leal  
Universidad de Santa Cruz do Sul

Antonio Ojeda Avilés  
Universidad de Sevilla

Luis Prieto Sanchís  
Universidad Castilla-La Mancha

Umberto Romagnoli  
Universidad de Bolonia

César San Martín Castro  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco  
Universidad de Cádiz

# CONTENIDO

## ÉTICA PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA

- 9 En contra de la ratificación judicial: el caso peruano  
ROCÍO VILLANUEVA
- 53 ¿Mejor que no lo creas? La relevancia moral de la mentira para la ética profesional a la luz de la defensa técnica en el proceso penal acusatorio  
WILFREDO CONCHA-CAMACHO / LUCIANO D. LAISE
- 85 La tesis de la conexión intrínseca entre derecho y moral: sus consecuencias para la ética profesional del abogado  
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO
- 107 Perspectiva de género en la profesión jurídica: revisión de la actuación de los colegios de abogados en casos de violencia de género relacionados con el ejercicio profesional  
RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO
- 135 Confidencialidad procesal en juicios públicos: una teoría para el manejo procesal de disputas de confidencialidad  
THOMAS VOGT GEISSE

## MISCELÁNEA

- 179 Los usos de la motivación en el acto administrativo: un análisis crítico de sus exigencias argumentativas básicas  
DÚBER ARMANDO CELIS VELA
- 203 Las medidas cautelares personales en el contexto de la corrupción organizada transnacional: algunas propuestas y reflexiones a partir del análisis comparado  
RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA / CRISTIAN CONTRERAS ROJAS / ENRIQUE L E TELIER LOYOLA

- 253 El control de convencionalidad no jurisdiccional en las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: una tendencia al alza  
DÚBER ARMANDO CELIS VELA

## INTERDISCIPLINARIA

- 297 El Estado apático y la explosión de las huelgas en el sector público peruano  
RENZO VITO SALVADOR F LORIAN

# ÉTICA PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA

---

DERECHO  
PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO





# En contra de la ratificación judicial: el caso peruano

## Against Judicial Performance Revalidation: The Peruvian Case

ROCÍO VILLANUEVA\*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

**Resumen:** Este artículo plantea que la ratificación judicial sea eliminada de la Constitución peruana porque viola el principio de independencia judicial y el derecho de las personas a ser juzgadas desde el derecho. La autora sostiene que es una institución problemática e irrazonable. En el artículo se revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues a lo largo de más de veinte años ha ido variando en cuanto a la naturaleza jurídica de la ratificación judicial, a los derechos de los magistrados sometidos al procedimiento de ratificación y a las consecuencias jurídicas en la carrera judicial de la decisión de no ratificación. El artículo también contiene una revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la independencia judicial, poniendo especial énfasis en que tal principio trata de controlar los motivos por los que los jueces resuelven los casos. Asimismo, presenta el procedimiento de ratificación, especialmente en lo relativo a los aspectos que se evalúan, a la documentación que se solicita a los jueces y a algunos de los criterios que se utilizan en la evaluación. También contiene cifras sobre la ratificación en el periodo 2001-2021 y analiza si cumple sus fines constitucionales o si, por el contrario, es irrazonable y contribuye a que los jueces resuelvan por los motivos incorrectos.

**Palabras clave:** Ratificación judicial, independencia judicial, razones justificativas, razones explicativas, razonabilidad

**Abstract:** This article proposes that judicial performance revalidation be eliminated from the Peruvian Constitution because it violates the principle of judicial independence and an individual's right to be judged according to the law. The author sustains that it is a problematic and unreasonable institution. In the article, the jurisprudence of the Constitutional Tribunal is reviewed, since over the course of more than twenty years it has varied with respect to the legal nature of the judicial performance revalidation process, the rights of magistrates subjected to that process and the legal consequences in the judicial career of the decision against judicial performance revalidation. The article also contains a review of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on judicial independence, emphasizing that the principle tries to control the reasons based on which judges decide cases. Additionally, it presents the judicial performance revalidation procedure, especially in relation to the aspects being evaluated, to the documentation asked of

---

\* Abogada y doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú).  
Código ORCID: 0000-0003-0183-6558. Correo electrónico: [mrwillan@pucp.edu.pe](mailto:mrwillan@pucp.edu.pe)

judges and to some of the criteria used in the evaluation. It also contains judicial revalidation figures for the 2001-2021 period and analyzes whether judicial performance revalidation fulfills its constitutional purposes or, on the contrary, is unreasonable and contributes to judges making decisions for the wrong reasons.

**Keywords:** Judicial ratification, independence of the judiciary, justifying reasons, explanatory reasons, reasonability

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. INDEPENDENCIA JUDICIAL, RAZONES EXPLICATIVAS Y RAZONES JUSTIFICATIVAS.- III. LA REGLAMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN JUDICIAL EN LOS PRIMEROS AÑOS.- IV. NATURALEZA JURÍDICA Y GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- IV.1. LA PRIMERA ETAPA: LA RATIFICACIÓN JUDICIAL COMO VOTO DE CONFIANZA QUE NO EQUIVALE A UNA SANCIÓN (2003-2004).- IV.2. SEGUNDA ETAPA: LA RATIFICACIÓN JUDICIAL COMO EVALUACIÓN INTEGRAL DEL DESEMPEÑO (2005-2010).- IV.3. TERCERA ETAPA: NUEVAMENTE, LA RATIFICACIÓN JUDICIAL COMO VOTO DE CONFIANZA QUE NO EQUIVALE A UNA SANCIÓN (2019 EN ADELANTE).- V. LA RATIFICACIÓN JUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y EL DERECHO A LA PERMANENCIA EN EL CARGO SEGÚN LA CORTE IDH.- VI. LA EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA E IDONEIDAD DE LOS JUECES EN EL VIGENTE PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN: QUÉ SE EVALÚA Y CON QUÉ CRITERIOS.- VII. RAZONABILIDAD, FINES DE LA RATIFICACIÓN JUDICIAL Y MÓVILES PARA LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES.- VII.1. FINES CONSTITUCIONALES.- VII.1.1. JUECES EFICIENTES.- VII.1.2. JUECES MORALMENTE SOLVENTES, CORRUPCIÓN Y CONFIANZA EN EL PODER JUDICIAL.- VII.2. DECISIONES JUDICIALES Y RAZONES EXPLICATIVAS.- VIII. CIFRAS SOBRE RATIFICACIÓN Y CONDICIÓN DE LOS JUECES.- IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

La ratificación, a grandes rasgos, es una evaluación sobre la conducta e idoneidad para el cargo que se realiza a jueces y fiscales titulares de todos los niveles cada siete años y que puede traer como consecuencia su separación del Poder Judicial y del Ministerio Público. Fue incorporada en el artículo 154, inciso 2 de la vigente Constitución de 1993, aunque también lo fue en las constituciones peruanas de 1920 (art. 152) y 1933 (art. 224). La Constitución de 1979 dispuso una ratificación excepcional (decimotercera disposición general y transitoria), pero eliminó la ratificación como mecanismo de control periódico. Sin embargo, es una institución muy problemática cuya aplicación, en el marco de la Constitución de 1993, ha dado lugar a quejas ante la Defensoría del Pueblo, a un conjunto de procesos constitucionales, así como a peticiones ante el sistema interamericano de derechos humanos.

## 11

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

A lo largo de más de veinte años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido variando en cuanto a la naturaleza jurídica de la ratificación, a los derechos de los magistrados sometidos al procedimiento de ratificación, y a las consecuencias jurídicas en la carrera judicial o fiscal de la decisión de no ratificación. Dos cuestiones en las que se ha mantenido constante el Tribunal Constitucional es en sostener que la ratificación contribuye a la independencia judicial, así como en lo relativo a los fines constitucionales que esta cumple. Por otro lado, en 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) expidió una sentencia sobre la materia que ha sido incumplida por el Estado peruano (*Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*).

Este artículo presenta una revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional pues el recorrido por esa vasta jurisprudencia evidencia de forma muy clara cuán problemática —y hasta traumática— ha sido esa institución en el país, pues ha sometido a jueces y fiscales a una serie de cambios que, como se ha dicho, incluyen las consecuencias jurídicas de la no ratificación. Por su parte, la Corte IDH, lejos de cuestionar la citada institución, ha tratado de conciliarla con el derecho de los jueces a la permanencia en el cargo y, de esta forma, con la independencia judicial.

No obstante, en mi opinión, la ratificación judicial no es solo una institución problemática, sino violatoria de la independencia judicial y del derecho de las personas a ser juzgadas desde el derecho, razón por la cual debería ser eliminada de la Constitución. La posición de la Corte IDH me ha llevado a revisar su propia jurisprudencia sobre la independencia judicial, pues a través de ella ha desarrollado el contenido de ese principio y ha resaltado, entre otras cosas, la atención que se debe prestar a los motivos o propósitos que llevan a los jueces a decidir. Por ello, también me ocupo de la distinción entre razones explicativas y justificativas, que es importante para entender el principio de independencia judicial y justificar que la ratificación lo vulnera.

En este artículo también defiendo que tanto la institución de la ratificación como el respectivo procedimiento son irrazonables. Por ello, analizo el cumplimiento de los fines constitucionales de la ratificación y me refiero a varios aspectos del procedimiento. Asimismo, incluyo las cifras de la ratificación entre 2001 y 2021, periodo que corresponde a todos los procedimientos culminados en el marco de la vigente Constitución de 1993.

Como he señalado, jueces y fiscales están sometidos a ratificación por mandato de la Constitución. Para no entrar en las distinciones entre la función judicial y la fiscal, me referiré exclusivamente a la ratificación judicial; sin embargo, la mayor parte de las ideas que se exponen son aplicables a ambos supuestos. Finalmente, si bien las constituciones de

Brasil o Paraguay incorporan alguna forma de ratificación o confirmación judicial, este artículo se limita al caso peruano.

## II. INDEPENDENCIA JUDICIAL, RAZONES EXPLICATIVAS Y RAZONES JUSTIFICATIVAS

La independencia judicial está garantizada en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución y en el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte IDH ha señalado que ese principio protege al Poder Judicial y a los jueces frente a restricciones indebidas en el ejercicio de su función, las cuales pueden provenir de parte de órganos ajenos a dicho poder o de los propios jueces que ejercen funciones de revisión o apelación (*Caso Apitz Barbera y otros —Corte Primera en lo Contencioso Administrativo— c. Venezuela*, 2008, § 55; *Caso Aguinaga Aillón c. Ecuador*, 2023, § 62). De ahí que se distinga entre independencia externa e interna (Andrés Ibáñez, 2023, p. 578; Romboli, 2005, pp. 197-198; Senese, 1996b, p. 55).

El principio de independencia tiene como objetivo que los jueces resuelvan las controversias de conformidad con el orden jurídico (*Caso Aguinaga Aillón c. Ecuador*, 2023, § 68; Senese, 1996a, p. 76). Garantiza que los jueces tomen decisiones libres de alicientes, de influencias externas y del temor a represalias (*Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, 2009, §§ 70 y 80)<sup>1</sup>, así como de presiones que puedan provenir de quienes tienen la facultad de decidir sobre las destituciones o ascensos (§ 117). Por su parte, los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* de la Organización de las Naciones Unidas (1985) establecen que la actuación de los jueces debe estar libre de todo tipo de interferencia de cualquier sector y por cualquier motivo (principio 2). La independencia judicial no solo asegura que las decisiones no sean fruto de presiones indebidas, sino la aceptación de la solución del caso por parte de los destinatarios y de la opinión pública (Romboli, 2017, p. 230). En esa misma línea, según el Consejo Europeo de Jueces (2001), no solo las partes de un litigio deben confiar en el sistema judicial, sino la sociedad en su conjunto (§ 10).

La independencia supone que los jueces cuenten con un adecuado sistema de nombramiento y con una duración establecida en el cargo (*Caso del Tribunal Constitucional c. Perú*, 2001, § 75). Es esencial a la función judicial (*Caso de la Corte Suprema de Justicia —Quintana Coello y otros— c. Ecuador*, 2013, § 144) y una condición indispensable de la democracia (*Caso Cajahuanca Vásquez c. Perú*, 2023, § 95). Tiene que ser protegida en su faceta institucional —es decir, en relación con el Poder

1 Véanse también los casos *Chocrón Chocrón c. Venezuela* (2011, § 100), *Aguinaga Aillón c. Ecuador* (2023, §§ 63 y 66) y *Cajahuanca Vásquez c. Perú* (2023, § 90).

## 13

Judicial como sistema—, así como en su faceta individual, que atañe a la persona del juez en específico (*Caso Apitz Barbera y otros —Corte Primera en lo Contencioso Administrativo— c. Venezuela*, 2008, § 55).

De acuerdo con Aguiló (2009), una correcta interpretación del principio de independencia parte de la imputación de un deber a los jueces, que consiste en decidir los casos aplicando el derecho y por las razones que este suministra. Añade que en el ideal de un juez independiente la explicación y la justificación de la conducta coinciden; es decir, el juez no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber, pues «el cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma» (pp. 29 y 42). El correlato del deber de independencia es el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y solo desde el derecho (p. 30). La independencia judicial, a su vez, es indispensable para la eficacia de los derechos de las personas (Burbank, 2008, p. 17; Simoncini *et al.*, 2024, p. 2). Aguiló (2009) recuerda que el deber de independencia también protege la credibilidad de las decisiones judiciales y de las razones jurídicas (p. 30).

Como se sabe, las razones explicativas se identifican con las causas o motivos que llevan a alguien a realizar una acción o a tomar una decisión, son de tipo subjetivo y están vinculadas, principalmente, a creencias y deseos que actúan como antecedentes causales de una acción o decisión (De Páramo, 1988, p. 97). En cambio, las razones justificativas —u objetivas— sirven para valorar una acción o decisión, para determinar si fue buena o mala (correcta o incorrecta) desde el punto de vista jurídico o moral (Atienza, 2014, p. 278; Nino, 1985, p. 126).

Cuando Aguiló (2009) se refiere a que los jueces deben decidir por las razones que el derecho suministra, alude a un determinado tipo de razón explicativa que no solo contribuye a la credibilidad de las decisiones judiciales, sino que evita que «las argumentaciones que tratan de justificarlas sean vistas como meras racionalizaciones» (pp. 31-32 y 36). Por eso, sostiene que el juez debe decidir por los motivos correctos (p. 32) y que el deber de independencia trata de controlar los móviles (o motivos) por los que el juez decide (p. 30). Aguiló señala que el que un juez tome una decisión por los motivos correctos significa que lo hace movido o motivado por el deber, porque no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento de aquel (pp. 29 y 32). En el modelo de juez ideal, este no solo debe tomar decisiones fundadas en el derecho (justificadas), sino hacerlo por los motivos correctos (razón explicativa).

La Corte IDH también ha sostenido que «el juez tiene el deber de ser independiente, deber que cumple cuando juzga únicamente conforme a —y movido por— el Derecho» (*Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, 2009,

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANO

AGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

§ 146)<sup>2</sup>. En esa medida, ha resaltado la relevancia de los motivos o propósitos por los que actúan los jueces, pues podrían llegar a demostrar que sus acciones fueron arbitrarias (*Caso Aguinaga Aillón c. Ecuador*, 2023, § 83)<sup>3</sup>.

Lo que quisiera plantear, a partir de la definición de independencia judicial de Aguiló y de lo sostenido por la Corte IDH, es que la distinción entre razones explicativas y justificativas, entre explicar y justificar una decisión, es muy relevante en la medida en que la ratificación puede traer como consecuencia que las decisiones de los jueces no se tomen desde el derecho (movidos por el deber), sino pensando en que sean valoradas positivamente en la ratificación judicial. Y aunque, en la práctica, no sea posible evitar toda posible influencia en la actividad judicial, la independencia judicial sí debe impedir ciertas fuentes de influencia (Pérez Ragone & Vitorelli, 2023, p. 157). Sobre este tema volveré más adelante.

Sin embargo, los cuestionamientos a la ratificación judicial no tienen solo que ver con los motivos incorrectos que llevarían a un juez a tomar decisiones, sino también con los cambios que se han producido en el procedimiento y en sus consecuencias a lo largo de más de veinte años. Para entender tales cambios es preciso no solo hacer una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino una breve referencia a las primeras reglas que regularon el procedimiento de ratificación.

### III. LA REGLAMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN JUDICIAL EN LOS PRIMEROS AÑOS

El artículo 154, inciso 2 de la Constitución de 1993 estableció como una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura la de ratificar a jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Además, añadió que los no ratificados no podían reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público y que el procedimiento de ratificación era independiente de las medidas disciplinarias<sup>4</sup>.

En 1994 se aprobó la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante, CNM), cuyo artículo 30 estableció que la ratificación de jueces y fiscales evaluaba «la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista personal en cada caso».

2 Según la Corte IDH, el deber de motivación protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra (*Caso Apitz Barbera y otros — Corte Primera en lo Contencioso Administrativo — c. Venezuela*, 2008, § 77; *Caso Cajahuanca Vásquez c. Perú*, 2023, § 99).

3 Véase también *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador* (2013, § 210).

4 Este artículo se modificó en el año 2019, como se explicará luego.

## 15

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

Los dos primeros Reglamentos del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público fueron aprobados en los años 2000 y 2002, respectivamente. De acuerdo con lo establecido en la primera disposición final y transitoria de la Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y complementa el proceso de ratificación de magistrados, los primeros procedimientos se iniciaron a partir de enero del año 2001.

El artículo 2 de los reglamentos estableció que jueces y fiscales debían remitir al CNM su *curriculum vitae* actualizado y documentado, copia de las declaraciones anuales de bienes y rentas, así como una declaración jurada a través de la cual debían informar sobre lo siguiente: a) si habían sido sancionados o procesados por responsabilidad penal, civil o disciplinaria, precisando —de ser el caso— la sanción aplicada, el motivo y la autoridad que la había aplicado; b) la fecha de ingreso a clubes sociales y deportivos; c) si tenían parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo por afinidad o por razón de matrimonio con trabajadores o funcionarios que laboraran en el Poder Judicial y el Ministerio Público, así como en otros organismos del ámbito de su influencia; y d) si poseían aptitud física y mental.

Por su parte, el artículo 3 de los mencionados reglamentos estableció que la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, conformada por tres miembros del CNM designados por el Pleno del Consejo, recabaría de la Corte Suprema y de la Fiscalía de la Nación informes sobre cada uno de los evaluados en relación a los siguientes puntos: a) la concurrencia y puntualidad al centro de trabajo; b) el número de licencias concedidas, con indicación del motivo y de su duración, así como de las inasistencias sin aviso o inmotivadas; c) las ausencias del lugar donde se ejercía el cargo; d) la producción jurisdiccional, con estadística que indicara el porcentaje de resoluciones revocadas o confirmadas por las instancias superiores; e) la relación de jueces y fiscales que tenían a su cargo procesos penales con plazo vencido, el número de estos, así como la indicación del tiempo; y f) la relación de jueces y fiscales que tuvieran en su despacho causas pendientes de resolver, con indicación del tiempo desde el momento en que se hallaban expeditas.

La citada comisión estaba facultada para pedir información adicional a cualquier institución pública o privada, así como a los colegios o asociaciones de abogados (art. 5). El evaluado era oído en una entrevista personal en la que podía presentar pruebas sobre sus logros personales, académicos y funcionales (art. 8). Si existían cargos vinculados a conducta funcional, falta de idoneidad en el cargo o aparente desbalance entre ingresos y bienes, el Pleno del Consejo podía disponer una entrevista especial con el evaluado (art. 7). Para la ratificación se requería el voto de la mayoría simple de los consejeros asistentes



(art. 15). Contra el resultado de la votación no cabía recurso alguno (art. 17), pues el artículo 142 de la Constitución establece expresamente que no cabe ningún recurso contra las resoluciones del CNM en materia de ratificación.

El artículo 43 del Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura prohibía dar información a los particulares y a las autoridades sobre el procedimiento de ratificación, prohibición que alcanzaba a los jueces no ratificados, quienes no podían, por ejemplo, acceder a la copia del acta de la entrevista personal o de la que contenía la votación de no ratificación.

La aplicación de estos dos primeros reglamentos del procedimiento de ratificación dio lugar a un conjunto de quejas ante la Defensoría del Pueblo y de demandas de amparo de los jueces y fiscales no ratificados por violación de sus derechos constitucionales, como se explicará a continuación<sup>5</sup>.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA Y GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia más numerosa en torno a la ratificación judicial se originó por las demandas de amparo presentadas por los magistrados no ratificados, aunque aquella también incluye sentencias expedidas a propósito de demandas de inconstitucionalidad y *habeas data*.

A fin de explicar los cambios producidos por la jurisprudencia constitucional en materia de ratificación, la he dividido en tres etapas. La primera corresponde a las demandas presentadas por la aplicación de los dos primeros reglamentos de ratificación judicial, a los que antes aludí; mientras que la segunda corresponde a la aprobación de un nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces y Fiscales (2005) y a los cambios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección de los derechos de los magistrados sometidos a ratificación. La tercera etapa corresponde a demandas de amparo presentadas por jueces y fiscales no ratificados entre los años 2010 y 2017, así como a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia (2019). De otro lado, en esta tercera etapa se aprueba el vigente Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público (2023).

<sup>5</sup> Sobre los cuestionamientos a las ratificaciones llevadas a cabo antes de la Constitución de 1993, puede verse Siles (2024). Sobre la historia de la ratificación judicial, vinculada a la cultura autoritaria en el Perú, véase Gonzales Mantilla (2022, pp. 204-225).

#### IV.1. La primera etapa: la ratificación judicial como voto de confianza que no equivale a una sanción (2003-2004)

17

En esta primera etapa, el Tribunal Constitucional desconoció los derechos constitucionales de los jueces sometidos a ratificación<sup>6</sup>. Las demandas de amparo presentadas por magistrados no ratificados contra el CNM cuestionaron que el procedimiento de ratificación vulnerara el derecho constitucional a la permanencia en el cargo, la debida motivación y la imparcialidad. Asimismo, algunos de los magistrados que presentaron quejas ante la Defensoría del Pueblo afirmaron que, en las entrevistas personales llevadas a cabo en el procedimiento de ratificación, se les preguntaba sobre sus relaciones afectivas y se indagaba sobre los motivos de su soltería, separación o por sus compañías ocasionales, sin que hubiera una relación clara con la suficiencia profesional o la idoneidad en la función. Añadieron que el CNM les había negado el acceso a la documentación que servía de base a la decisión de no ratificación y a las videograbaciones de las entrevistas personales (Defensoría del Pueblo, 2002).

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANO

AGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

Desde las primeras sentencias que expidió, el Tribunal Constitucional señaló que la ratificación judicial no era un procedimiento sancionador, aunque pudiera culminar en la separación del magistrado (2003a, fundamento 14; 2003c, fundamento 5). Más bien, sostuvo que era un procedimiento interno, en la medida en que no participaba ningún administrado ni era un acto que le ocasionara directamente un perjuicio en la esfera subjetiva (2003a, fundamento 16; 2003d, fundamento 10).

Dado que el Tribunal Constitucional consideraba que la no ratificación no era una sanción derivada de una «conducta disvaliosa» para el ordenamiento jurídico (actos u omisiones antijurídicas), no tenía que sustentarse en pruebas que incriminaran a su autor ni respetar todas las garantías (2003a, fundamentos 13-14). Así, la decisión se adoptaba en función de una convicción de conciencia por parte de los integrantes del CNM a partir de un conjunto de indicios (2003a, fundamentos 14 y 17).

Al mismo tiempo que el Tribunal Constitucional afirmaba que la decisión de no ratificación no obedecía a ninguna conducta considerada «disvaliosa», sostenía que tal decisión constaba de un voto de no confianza, una muestra de desconfianza sobre la forma en la que el juez había ejercido el cargo durante los siete años (2003d, fundamento 7; 2003e, fundamento 17). El voto de no confianza era una expresión de la apreciación personal de conciencia que se objetivaba en los votos

6 En una entrevista dada en mayo de 2002, el entonces presidente del CNM señaló que veintiséis jueces y fiscales habían presentado demandas de amparo contra las resoluciones de no ratificación del CNM. Por otro lado, a finales del año 2001 se presentaron las primeras quejas de jueces y fiscales no ratificados ante la Defensoría del Pueblo (2002).

desfavorables que emitían los consejeros con reserva. El voto era secreto y sin deliberación (2003a, fundamento 17). En consecuencia, el magistrado no ratificado no era alguien a quien se había sancionado, sino a quien se le había retirado la confianza.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional sostuvo que, en el proceso de ratificación, el respeto al debido proceso requería únicamente la realización de una audiencia con el juez o fiscal y no exigía una pluralidad de instancias (2003b, fundamento 19)<sup>7</sup>. Como el artículo 154, inciso 2 de la Constitución no hacía ninguna mención expresa a la exigencia de motivación, el Tribunal Constitucional sostuvo que se había constitucionalizado la no motivación de la decisión de no ratificación (2003a, fundamento 20; 2003e, fundamento 14). Tal decisión, a diferencia de la destitución por falta disciplinaria, no requería ser motivada (2003b, fundamento 22); por lo tanto, su validez no dependía de la motivación, sino de que hubiera sido adoptada por el órgano competente: el CNM (2003c, fundamento 3; 2004b, fundamento 3). En cuanto al derecho a la defensa, el Tribunal Constitucional afirmó que tampoco debía exigirse pues la ratificación no era un procedimiento sancionatorio (2003b, fundamento 16; 2003d, fundamento 8).

Es importante mencionar que, desde esta primera etapa, el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la permanencia en el cargo, regulado en el artículo 146, inciso 2 de la Constitución, tenía dos límites: uno de carácter interno y otro externo. El primero de ellos se traducía en el derecho a permanecer en el cargo mientras el juez observara conducta e idoneidad propias de su función; y el segundo era de carácter temporal porque tal derecho estaba prefijado en el tiempo por siete años, culminados los cuales la permanencia en el cargo estaba sujeta a la condición de que el magistrado fuera ratificado por el CNM. Según el Tribunal Constitucional, vencidos los siete años, el derecho se relativizaba (2003a, fundamentos 10-11; 2003b, fundamentos 10-11; 2003d, fundamentos 4-5).

Asimismo, hay que mencionar que el Tribunal Constitucional, contra el texto expreso de la Constitución (art. 154, inc. 2), señaló que los magistrados no ratificados sí podían volver a postular o reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público, pues era absurdo que alguien a quien se le retiraba la confianza con una decisión que no era motivada no pudiera volver; mientras que la persona sancionada sí podía hacerlo, ya que en este último caso la Constitución no incluía ningún impedimento (2003d, fundamento 18; 2003e, fundamento 18). Los no ratificados

<sup>7</sup> En este primer periodo, el Tribunal Constitucional resolvió un *habeas data* de una jueza no ratificada a quien no le entregaron la información sobre el procedimiento seguido en su caso. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó que se le entregara cierta documentación (2004a).

estaban impedidos de volver solo si la resolución así lo establecía y estaba suficientemente motivada (2003b, fundamento 26)<sup>8</sup>.

Del mismo modo, contra el texto expreso del artículo 142 de la Constitución, el Tribunal Constitucional afirmó que las decisiones del CNM sí eran materia de control, pues aquel evitaba el ejercicio antijurídico de sus competencias, violando valores y principios constitucionales (2003a, fundamento 6; 2003b, fundamento 7; 2004b, fundamento 1, lit. b).

Durante esta primera etapa, la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus, 2004), creada por ley, recomendó la eliminación de la ratificación, pues se había convertido en el ejercicio del poder discrecional absoluto. En efecto, al no exigirse que las decisiones de no ratificación estuvieran motivadas y al desconocerse ciertos derechos básicos, se abrió la puerta a la subjetividad en tales decisiones.

#### IV.2. Segunda etapa: la ratificación judicial como evaluación integral del desempeño (2005-2010)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se modificó sustancialmente a partir de una sentencia dictada el 12 de agosto de 2005 (2005a), al protegerse los derechos de los magistrados sometidos a ratificación. Los cambios introducidos por la mencionada sentencia fueron considerados como precedentes vinculantes para los procedimientos de ratificación judicial que se llevaran a cabo con posterioridad a esa sentencia (fundamento 8)<sup>9</sup>. En 2005, también se aprobó un tercer Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces y Fiscales, que estableció la obligación de motivar las decisiones de ratificación y no ratificación (art. 33), así como los criterios de la evaluación (art. 20).

En esta segunda etapa, el Tribunal Constitucional abandonó la idea de que la ratificación era un voto de confianza que se relacionaba a la forma en que se había ejercido el cargo y reconoció que la ratificación evaluaba el rendimiento jurisdiccional, la capacitación y la conducta funcional del magistrado (2005a, fundamento 9), así como la calidad de las resoluciones y de las publicaciones de este (fundamento 20).

8 Debe resaltarse que en este primer periodo uno de los integrantes del Tribunal Constitucional disintió de estos fallos señalando que, al ser la ratificación un procedimiento en el que se podía tomar una decisión de no ratificación traumática y severa, debía estar rodeado de garantías como el derecho a la defensa, la reconsideración y la motivación escrita. También opinaba que los no ratificados no podían volver al Poder Judicial o al Ministerio Público (2003c, 2004b, votos singulares del magistrado Manuel Aguirre Roca).

9 El mencionado cambio en la jurisprudencia obedeció a la aprobación del Código Procesal Constitucional (CPC), que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004 y cuyo artículo 5, inciso 7 establecía que no procedían los procesos constitucionales contra las resoluciones definitivas del CNM en materia de destitución y ratificación si estas habían sido motivadas y dictadas previa audiencia del interesado. Este código ya no se encuentra vigente.

Sostuvo que se trataba de una evaluación integral del desempeño (2010, fundamento 58), cuya medición fundamental debía centrarse en la producción jurisdiccional y en la calidad de los argumentos de las sentencias (fundamento 60). La ratificación era un procedimiento administrativo *sui generis*, no sancionador, que evaluaba el desempeño del magistrado al cabo de siete años y que se refería a la conducta e idoneidad para el cargo (2006, fundamento 14). La no ratificación debía darse siempre que hubiera causa justa (2005a, fundamento 12).

En esta segunda etapa, como se ha afirmado, el Tribunal Constitucional admitió que la ratificación debía contar con las garantías de la tutela procesal efectiva, como el derecho a la motivación de las resoluciones (2005a, fundamentos 19, 37 y ss.), la pluralidad de instancias (fundamento 46), contar con un evaluador independiente e imparcial (fundamentos 31 y ss.), así como permitir que los magistrados sometidos a ratificación pudieran acceder a la información del procedimiento (fundamento 30).

El Tribunal Constitucional insistió en que la inamovilidad en el cargo no era absoluta debido a la necesidad de «contar con una magistratura responsable, honesta, calificada y con una clara y contrastable vocación a favor de los valores de un estado constitucional» (2005a, fundamento 14; 2007, fundamento 4). Por ello, reiteró que el derecho a la permanencia en el cargo estaba garantizado solo por siete años (2007, fundamento 4)<sup>10</sup>, pero estableció como precedente vinculante que los no ratificados no estaban impedidos de regresar a la carrera judicial o fiscal (2006, fundamento 25, lit. b)<sup>11</sup>.

También es importante mencionar que el Tribunal Constitucional sostuvo que la evaluación a la que se sometía el juez no violaba la independencia; más bien, la ratificación era un medio a través del cual se pretendía la realización de tal principio (2005b, fundamento 49). Lo que afectaba la independencia —y la inamovilidad en el cargo— no era la posibilidad de que los jueces pudieran ser separados, sino que la decisión del CNM no fuera motivada; es decir, que no se supieran las razones de aquella (2005a, fundamento 14).

En el año 2009, el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en una sentencia (2005a), en relación a los procedimientos de ratificación llevados a cabo antes de su expedición,

10 En esta sentencia, dictada en 2007, se afirma que la no ratificación constituía un voto confianza que no requería de motivación. Esta afirmación se explica porque el proceso de ratificación del demandante había tenido lugar en 2002, antes de la dación de la sentencia (2005a).

11 Esta sentencia fue dictada ante una demanda de un juez no ratificado en el año 2002. La decisión de no ratificación se dio sin motivación alguna y, a causa de aquella, había sido impedido de postular en las convocatorias a concursos públicos, en 2003 y 2004, para reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público. Cuando el Tribunal Constitucional resolvió la demanda, la violación invocada por el demandante era irreparable (2006, fundamento 15).

## 21

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

señalando que todas las decisiones de ratificación tenían que ser motivadas sin importar el tiempo en el que hubieran sido dictadas, criterio que obligatoriamente tenían que considerar los jueces para resolver las demandas sobre la materia (2009, punto resolutivo 3).

Algo que me parece importante resaltar de esta segunda etapa es que el Tribunal Constitucional cuestionó que el CNM tercerizara los procesos de evaluación de los magistrados sometidos a ratificación, cuando es «una función que le correspondería con exclusividad a sus miembros, con la colaboración de los funcionarios de la institución; es como si un juez contratara consultores externos para que colaboren con él en la elaboración de sentencias» (2010, § 65). El artículo 20 del mencionado tercer reglamento de evaluación y ratificación había establecido que, para la evaluación y calificación de los méritos y documentación de los magistrados, el CNM podía asesorarse con profesores principales de las universidades que tuvieran facultades de derecho de treinta años de antigüedad o más<sup>12</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional llamó la atención sobre el problema de la calificación de los currículos señalando, por ejemplo, que no todos los estudios de posgrado eran equivalentes, pues en el país había universidades de muy distinto nivel académico; que había que tener cuidado con la calificación de las publicaciones; y que lo central de la evaluación debía ser la medición de la producción jurisdiccional (2010, § 60).

Finalmente, en esta segunda etapa, el Tribunal Constitucional señaló de forma muy clara cuáles eran las finalidades constitucionales de la ratificación judicial, tema sobre el que volveré más adelante.

Cabe subrayar que los cambios jurisprudenciales ocurridos en este periodo en favor de la protección de los derechos de jueces y fiscales sometidos a ratificación contribuyeron a la disminución del número de magistrados no ratificados y, en consecuencia, al de demandas de amparo. Esto explica que considere que la tercera etapa de la jurisprudencia constitucional se inicia después de la reforma constitucional del año 2019.

#### IV.3.Tercera etapa: nuevamente, la ratificación judicial como voto de confianza que no equivale a una sanción (2019 en adelante)

En esta tercera etapa, el Tribunal Constitucional resolvió procesos de amparo iniciados por algunos de los jueces y fiscales no ratificados en

12 En los tres reglamentos del procedimiento de ratificación que aprobó el CNM entre 2009 y 2016 se reguló el apoyo que podían dar los especialistas en la evaluación de distintos aspectos de la ratificación.

los años 2010, 2013 y 2017, quienes demandaron al CNM aduciendo que las respectivas decisiones de no ratificación estaban indebidamente motivadas. El Tribunal Constitucional las declaró infundadas (2019, 2020, 2022), recordando que la ratificación judicial cumplía los fines establecidos en la sentencia del año 2005 (2019, fundamento 14).

Por otro lado, en el año 2021 el Tribunal Constitucional expidió una sentencia especialmente importante que confirmó la constitucionalidad de Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia. Mediante esa reforma constitucional, dada en 2019, el CNM fue reemplazado por la citada junta (en adelante, JNJ). La reforma fue gatillada por el destape de hechos de corrupción judicial en el año 2018, que involucraron a jueces y fiscales supremos, así como a integrantes del CNM; y que incluían algún caso de intercambio de favores en la ratificación judicial<sup>13</sup>.

Como resultado de esa reforma constitucional, a la JNJ se le encargó la ratificación «mediante voto público y motivado» de jueces y fiscales cada siete años, y se le añadió una nueva función: la evaluación parcial del desempeño de jueces y fiscales, que debe realizarse conjuntamente con la Academia de la Magistratura, cada tres años y seis meses (Constitución Política del Perú, 1993, art. 154, inc. 2). En consecuencia, en la actualidad los jueces y fiscales peruanos tienen que someterse a una evaluación parcial del desempeño y a la ratificación, pero solo la segunda puede traer como consecuencia la separación del cargo. De otro lado, la reforma constitucional reiteró la prohibición de reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público para los no ratificados e incluyó a los magistrados destituidos en esa prohibición.

La mencionada ley de reforma constitucional fue materia de una demanda de inconstitucionalidad, entre otras razones por la violación de los principios de independencia judicial y de inamovilidad de los jueces (Ilustre Colegio de Abogados de Sullana, 2020). La demanda señaló que se violaban tales principios al imponer el Poder Legislativo un sistema de vigilancia permanente a jueces y fiscales, tanto a través de la ratificación como de la evaluación parcial del desempeño<sup>14</sup>. La demanda también cuestionó la constitucionalidad de los artículos 36 al 40 de la Ley Orgánica de la JNJ, que regulan la ratificación judicial y la evaluación parcial del desempeño.

<sup>13</sup> A propósito del escándalo de corrupción en el ámbito de la justicia, el Poder Ejecutivo formuló una consulta popular de cuatro autógrafas de leyes de reforma constitucional, una de ellas sobre la conformación y las funciones de la JNJ, que reemplazaría al CNM.

<sup>14</sup> En la demanda también se cuestionó que en la consulta popular la pregunta sobre las funciones de la JNJ había sido muy genérica y no había incluido la evaluación parcial del desempeño. La pregunta fue la siguiente: «¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)?».



## 23

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

La demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia fue declarada infundada. El Tribunal Constitucional reiteró que la garantía de la permanencia en el cargo tiene un límite constitucional de carácter temporal de siete años, terminados los cuales el derecho a la permanencia en el cargo se relativiza y se somete al juez a ratificación (2021, fundamentos 81-82 y 84-85). Durante esos siete años, el juez permanece en el cargo, a menos que incurra en alguna conducta impropia de la función (fundamento 85).

Asimismo, en la sentencia de 2021 (fundamento 87), el Tribunal Constitucional volvió a referirse a los fines constitucionales de la ratificación judicial establecidos en el año 2005, afirmando que la ratificación judicial evalúa tanto el mérito personal como la capacidad profesional, a la par que tiene por objetivo lograr la eficiencia en el desempeño de la función jurisdiccional y mejorar el rendimiento en la impartición de justicia (fundamentos 86 y 88).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional sostuvo que la ratificación judicial no menoscababa la independencia judicial porque no subordina al juez a ninguna autoridad (2021, fundamento 90). Sin embargo, nada dijo sobre las implicancias de someter al juez a dos evaluaciones del desempeño (una cada tres años y seis meses, y la otra cada siete años), pues para el mencionado tribunal parece no haber ningún problema en evaluar a los jueces permanentemente, como lo sostuvo hace años (2010, fundamentos 55-58). Más bien, el Tribunal Constitucional recordó que la constitucionalidad de la ratificación judicial había sido confirmada en múltiples ocasiones (2021, fundamento 90).

En esta tercera etapa, el Tribunal Constitucional dictó otra sentencia importante y problemática en 2023 a propósito de una demanda de amparo presentada contra la JNJ por un exjuez no ratificado en 2013, a quien se le excluyó de participar en el concurso de selección de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial y del Ministerio Público, de acuerdo al impedimento establecido en la Constitución y en el reglamento del concurso aprobado en 2020.

Podría afirmarse que en esta sentencia el Tribunal Constitucional (2023) vuelve a considerar que la ratificación judicial es una evaluación para la renovación (o pérdida) de confianza a los magistrados que se sustenta en un conjunto de indicios, pues no es una sanción respecto de la forma, el proceder y la gestión decisional de los jueces; es decir, sobre cómo desarrollan sus competencias y funciones (§§ 36 y 65). Es, pues, un voto de confianza que debe cumplir con diversas garantías del debido proceso (fundamentos 28, 29 y 57).



El uso del condicional en el párrafo anterior se explica porque en esta última sentencia el Tribunal Constitucional hace afirmaciones abiertamente contradictorias, incluyendo las relativas a la naturaleza jurídica de la ratificación. En efecto, en un gráfico señala que es un procedimiento no reglado, sin garantías y sancionatorio (fundamento 32). No obstante, también sostiene: a) que «de ninguna manera puede asimilarse a una sanción» (fundamento 36); y b) que «la ratificación hoy en día no es la misma concebida por el constituyente, sino el proceso de evaluación de desempeño reglado sobre la base de la idoneidad» (fundamento 60).

Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma que la ratificación es una evaluación integral del desempeño que tiene por objetivo conciliar el fortalecimiento de la independencia judicial con la necesidad de evitar el abuso del poder y garantizar la idoneidad de los jueces (fundamentos 24 y 34). Sostiene que la JNJ evalúa a los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público, y se pronuncia respecto de la confianza ciudadana y social sobre ellos cada siete años (§ 40). Añade que no es posible que los jueces o fiscales no ratificados reingresen al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues la reforma constitucional del año 2019 había ampliado esa prohibición a los magistrados destituidos por falta disciplinaria (fundamentos 46 y 66), por lo cual el precedente vinculante establecido en 2006 quedaba sin efecto (fundamentos 48, 70 y 71).

Como se verá a continuación, en esta última sentencia no solo son preocupantes las contradicciones en las que incurre el Tribunal Constitucional sobre la ratificación, sino el hecho de que se haya apartado de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Cuya Lavy y otros* al insistir en que la ratificación es un voto de confianza y en que los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público (fundamentos 38-48).

## V. LA RATIFICACIÓN JUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y EL DERECHO A LA PERMANENCIA EN EL CARGO SEGÚN LA CORTE IDH

En efecto, la Corte IDH ha resuelto un caso sobre ratificación que involucra a dos jueces y dos fiscales no ratificados en los años 2001 y 2002 (*Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, 2021). Se trata de procedimientos ocurridos antes de que se modificaran las reglas sobre la ratificación y de que el Tribunal Constitucional modificara su jurisprudencia en el año 2005. Hay otros cuatro casos peruanos que citaré porque la Corte IDH se pronuncia sobre el derecho a la permanencia en el cargo de los funcionarios judiciales.

Como era previsible, en el *Caso Cuya Lavy y otros* la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado peruano por no haber respetado las garantías del debido proceso en los procedimientos de ratificación a los que se sometieron los mencionados jueces y fiscales, lo que afectó su derecho a la permanencia en el cargo (§§ 161-162)<sup>15</sup>. Lo primero que quiero resaltar es que, a diferencia de lo afirmado por el Tribunal Constitucional peruano, la Corte IDH sostiene que la ratificación judicial es un proceso sancionatorio. En efecto, reiterando su jurisprudencia, la Corte IDH señala que cuando un proceso de evaluación concluye en que la calificación del desempeño de un funcionario no fue satisfactoria y, por lo tanto, debe ser separado de su cargo, «se convierte en un proceso materialmente sancionatorio, pues la desvinculación de la persona evaluada es una sanción a su bajo desempeño» (*Caso Moya Solís c. Perú*, 2021, § 69<sup>16</sup>; *Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, 2021, § 131). Si bien coincido con la Corte IDH en que el procedimiento de ratificación es materialmente sancionatorio, eso no altera mi posición de que deba eliminarse de la Constitución.

En el *Caso Cuya Lavy y otros*, la Corte IDH no señala que la ratificación judicial vulnere el derecho de los jueces a la permanencia en el cargo o la independencia judicial. Si bien la Corte IDH ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que para salvaguardar la independencia judicial es preciso garantizar la estabilidad o inamovilidad en el cargo (*Caso Rico c. Argentina*, 2019, § 52; *Caso Martínez Esquivia c. Colombia*, 2020, § 88; *Caso Casa Nina c. Perú*, 2020, § 79; *Cordero Bernal c. Perú*, 2021, § 72; *Caso Cajahuanca Vásquez c. Perú*, 2023, § 87), también ha afirmado que ese derecho no se vulnera si es que las causales de separación o destitución están preestablecidas (*Caso Casa Nina c. Perú*, 2020, § 69).

De acuerdo con la Corte IDH, la inamovilidad en el cargo implica que: a) si se separa a un juez o fiscal del cargo, esa separación obedezca a causales permitidas por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque el juez ha cumplido el término de su mandato; b) los jueces y fiscales solo pueden ser destituidos por faltas disciplinarias graves o incompetencia; y c) todo proceso se resuelva con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley (*Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, 2009, § 77)<sup>17</sup>. No obstante, ha añadido que el derecho a la permanencia en el cargo se respeta cuando

15 Entre otros, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la violación del deber de debida motivación y de los derechos a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, así como a contar con los medios adecuados para la defensa, en perjuicio de Jorge Luis Cuya Lavy, Jean Aubert Díaz Alvarado, Marta Silvana Rodríguez Ricse y Walter Antonio Valenzuela Cerna.

16 El *Caso Moya Solís c. Perú* es sobre la ratificación de una secretaria judicial, un proceso que se regía por normas distintas a las de la ratificación judicial.

17 También pueden verse los casos *Casa Nina c. Perú* (2020, § 80), *Cordero Bernal c. Perú* (2021, § 72), *Cuya Lavy c. Perú* (2021, § 129), *Ríos Avalos y otro c. Paraguay* (2021, § 88) y *Aguinaga Aillón c. Ecuador* (2023, § 64).

los criterios y procedimientos para la destitución sean razonables y objetivos (*Caso Del Tribunal Constitucional —Camba Campos y otros— c. Ecuador*, 2013, § 194; *Caso Aguinaga Aillón c. Ecuador*, 2023, § 91).

En el *Caso Cuya Lavy y otros*, la Corte IDH ordena al Estado que adecúe su ordenamiento jurídico interno a fin de que los jueces no ratificados a) puedan reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público, y b) puedan recurrir las decisiones de no ratificación (*Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, 2021, §§ 132-133 y 206; *Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, 2022, § 22).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano, incumpliendo lo sostenido por la Corte IDH, insiste en que la ratificación judicial no es un procedimiento sancionatorio y que trae como consecuencia la prohibición de reingresar al Ministerio Público así como al Poder Judicial (2023). En síntesis, el Tribunal Constitucional ha cuestionado que la Corte IDH desconozca y limite la voluntad y opción del constituyente —originario refundacional en 1993 y constituido en 2019— sobre el modelo de control a los jueces y la evolución de la regulación de la ratificación judicial (2023, fundamentos 46-47, 57, 60 y 65).

No es objetivo de este artículo analizar el apartamiento del Tribunal Constitucional de lo decidido por la Corte IDH en materia de ratificación<sup>18</sup>; no obstante, es un hecho a tomar en cuenta para insistir en cuán problemática es la institución de la ratificación. En lo que coinciden ambos tribunales es en que la ratificación, si cumple determinados requisitos, no viola la independencia judicial ni el derecho a la permanencia en el cargo, pues es una causal de separación de jueces preestablecida en la Constitución.

## VI. LA EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA E IDONEIDAD DE LOS JUECES EN EL VIGENTE PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN: QUÉ SE EVALÚA Y CON QUÉ CRITERIOS

Como acabo de señalar, la Corte IDH ha sostenido que la destitución de los jueces debe ser el resultado de procedimientos objetivos y razonables a fin de no violar el derecho a la permanencia en el cargo y, en consecuencia, la independencia judicial. Veamos, lo más brevemente posible, en qué consiste el vigente procedimiento de ratificación judicial.

El artículo 36 de la Ley Orgánica de la JNJ señala que la ratificación evalúa la conducta e idoneidad de los magistrados, tomando en cuenta la eficacia y la eficiencia en el desempeño funcional, así como la calidad de las resoluciones emitidas. Por su parte, según el vigente Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación

<sup>18</sup> Al respecto, puede verse *Caso Cuya Lavy y otros c. Perú* (2023).

## 27

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público de 2023 (en adelante, el reglamento), en la ratificación se evalúa de forma cualitativa la conducta del juez (art. 44) y su idoneidad de forma cuantitativa (art. 46), otorgando valoración y puntaje a cada componente (art. 55). Además, los jueces deben pasar por pruebas psicológicas y psicométricas (arts. 57 y ss.). El mencionado reglamento regula los componentes, aspectos, criterios, escala y porcentajes de la evaluación.

De acuerdo con el reglamento, para evaluar la idoneidad la JNJ otorga porcentajes a la evaluación de lo siguiente: a) la calidad argumentativa de las decisiones (30 %), b) la calidad en la gestión de los procesos (20 %), c) la celeridad y el rendimiento (30 %), d) la organización del trabajo (10 %), e) la calidad de las publicaciones (5 %) y f) el desarrollo profesional (5 %) (art. 46).

Para que la calidad argumentativa de las resoluciones sea evaluada, los jueces deben subir a una plataforma, en los tres primeros meses del año siguiente al que corresponda la muestra, a través de una ficha única, muestras digitalizadas de a) una decisión por cada uno de los seis primeros años y b) dos decisiones por el séptimo año del procedimiento de ratificación (art. 17). Estas decisiones pueden ser sentencias definitivas (firmes), medidas cautelares, autos de sobreseimiento, etc., y no pueden ser reemplazadas por los jueces.

En segundo lugar, para la evaluación de la gestión de los procesos, los jueces deben subir anualmente a la plataforma muestras digitalizadas de copias certificadas de las piezas principales de un expediente físico por cada año y hasta seis muestras relativas a procesos judiciales. Deben hacerlo, igualmente, en los tres primeros meses del año siguiente al que correspondan las muestras. Una vez presentadas, no pueden ser reemplazadas por otras muestras (art. 18).

En tercer lugar, los jueces deben subir informes ejecutivos anuales referidos a la dirección, gestión y organización del trabajo (art. 19) durante los tres primeros meses del año siguiente al que corresponda el informe. Tampoco pueden reemplazar estos informes.

En cuarto lugar, una vez que son convocados al proceso de ratificación, deben remitir, en el plazo de cinco días hábiles, lo siguiente (art. 20, incs. 2-3):

1. Los libros, capítulos de libros o publicaciones en revistas especializadas de su autoría. Entre otros requisitos, se solicita que el artículo sea publicado en una revista indexada que «cuenta con un comité editorial». Sobre estos trabajos se valora «su relevancia

jurídica, nivel de aporte al derecho nacional y su valor crítico» (art. 20, inc. 2)<sup>19</sup>.

2. Copias simples de las constancias o certificados que acrediten su participación en cursos de capacitación (con el detalle del número de horas y los estudios realizados) que hayan sido organizados por las instituciones que indica el reglamento. Estos cursos deben incluir de forma obligatoria las materias de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, derechos humanos e interculturalidad (relacionada con las mujeres e integrantes del grupo familiar).

En quinto lugar, para evaluar la calidad de las decisiones y la gestión de los procesos judiciales, la JNJ, con la colaboración del Poder Judicial, el Ministerio Público y los propios jueces, toma muestras aleatorias de ocho decisiones y seis expedientes adicionales (art. 21).

En sexto lugar, para evaluar la celeridad y el rendimiento, la JNJ solicita al Poder Judicial y/o al magistrado en proceso de ratificación que presente informes actualizados en un plazo de quince días sobre, entre otros, el número de a) procesos ingresados, b) los no concluidos desde el periodo anterior y que fueron reactivados, c) procesos en trámite, d) autos y sentencias definitivas (firmes) en el periodo a evaluar, e) el número de procesos devueltos a la instancia por el superior por no haberse admitido el recurso correspondiente o porque se ha resuelto un incidente, e) audiencias y diligencias realizadas, f) veces que la expedición de una sentencia o una diligencia se difirieron injustificadamente, g) audiencias frustradas por decisión del juez y h) procesos considerados de alta complejidad (art. 22).

Adicionalmente, la JNJ puede pedir información a la Academia de la Magistratura y a las entidades públicas y privadas (por ejemplo, universidades), así como recibir información (con un mínimo de verosimilitud fáctica y jurídica) de cualquier persona sobre la conducta e idoneidad de los jueces sometidos a ratificación (arts. 29 y ss.).

Como se señaló, el reglamento contiene otro conjunto de disposiciones que establecen los criterios para evaluar la calidad argumentativa de las decisiones (art. 49), la eficiencia en la gestión de los procesos (art. 50), la celeridad y el rendimiento (art. 51), la organización del trabajo (art. 52), la calidad de las publicaciones y el desarrollo profesional (art. 54). Por ejemplo, uno de esos criterios para evaluar la eficiencia en la gestión de los procesos es el número de procesos con conclusión o terminación anticipada (art. 49, num. 1, inc. 5).

19 La nota al pie de página 4 del fundamento del voto del magistrado Domínguez Haro en la sentencia de 2023 señala que las publicaciones de los jueces no deberían ser tomadas en cuenta en la ratificación judicial o que habría que reducir su peso en la calificación final (fundamento 12).

## 29

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

De otro lado, el mencionado reglamento también regula los distintos componentes y aspectos para evaluar la conducta (un total de veinte, entre los que se incluyen las quejas, la puntualidad, la valoración de la participación ciudadana, el registro de la trayectoria democrática, su labor de proyección social y promoción de la administración de justicia, antecedentes policiales o penales, y la observancia y el respeto a la interculturalidad de los pueblos indígenas o a las normas sociales éticas, sociales o jurídicas sobre protección a la mujer) (art. 43), así como los criterios para hacerlo (un total de once, entre los que se incluyen las medidas disciplinarias impuestas, el buen trato a los justiciables o la buena imagen que proyecta un juez). La conducta se valora de acuerdo a la siguiente escala: a) excelente, b) bueno, c) insuficiente y d) deficiente (art. 44).

Debe mencionarse que el pleno de la JNJ, adicionalmente, aprueba los parámetros de la evaluación (art. 55). Con base en la información recabada, la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de la JNJ elabora un informe individual cuyas conclusiones son publicadas y notificadas al juez, quien tiene acceso al expediente. La ratificación requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de la JNJ, mientras que la decisión de no ratificación es motivada y se ejecuta inmediatamente (art. 63). Contra esa decisión cabe un recurso de reconsideración ante el Pleno, el mismo que agota la vía administrativa (arts. 65 y ss.).

El reglamento señala en su artículo 56 que la JNJ puede contar con el apoyo de especialistas para realizar las distintas evaluaciones reguladas en el procedimiento de ratificación. No obstante, es una disposición de dudosa constitucionalidad, pues la ratificación —la evaluación de la conducta e idoneidad de un juez— es una función que la Constitución le encarga a la JNJ.

En aplicación del mencionado artículo 56 del reglamento, la JNJ contrata los servicios de terceros para la evaluación y calificación de los magistrados sometidos a ratificación. Por ejemplo, para la ratificación que se llevó a cabo en 2024 a 200 jueces y fiscales, las instituciones que contrató la JNJ tuvieron que evaluar y calificar: a) la calidad argumentativa de hasta 3200 decisiones; b) la calidad de la eficiencia en la gestión de los procesos e investigaciones de hasta 2400 expedientes judiciales y/o carpetas fiscales, aproximadamente, a través de 200 formatos de calificación; c) la calidad de hasta 200 publicaciones de jueces y fiscales; y d) hasta 2400 informes de organización del trabajo.

Para llevar a cabo la selección y contratación de terceros, la JNJ se dirige a la Academia de la Magistratura, así como a las entidades del Estado y universidades licenciadas que cuenten con docentes «de amplio prestigio y trayectoria», pidiendo cotizaciones sobre el costo

de los distintos servicios mencionados<sup>20</sup>. De esta forma, por ejemplo, a los postores interesados en evaluar la calidad argumentativa de las 3200 decisiones de jueces y fiscales, la JNJ les exige tener equipos de trabajo compuestos por 11 abogados, los cuales deben realizar el servicio en 60 días calendario y tienen 20 días adicionales para absolver las observaciones que jueces y fiscales formulen a las calificaciones.

De esta forma, la institución o las instituciones que se encarguen de evaluar parte muy importante de la documentación de la que depende la ratificación de los jueces no serán, necesariamente, las que cuenten con los mejores especialistas en derecho del país, sino las que presenten cotizaciones.

Al regular los diferentes aspectos, componentes o criterios de la evaluación de la conducta e idoneidad de los magistrados, el reglamento persigue que el procedimiento de ratificación sea objetivo; sin embargo, la cantidad de información que se requiere para la evaluación lo convierte en un procedimiento irrazonable y en una evaluación asfixiante (Monroy, 2022, p. 441). Pero no solo el procedimiento es irrazonable, lo es la propia institución de la ratificación. Veamos por qué.

## VII. RAZONABILIDAD, FINES DE LA RATIFICACIÓN JUDICIAL Y MÓVILES PARA LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES

La razonabilidad es un criterio de corrección que supone el rechazo a dos ideas: por un lado, a que solo aquello que puede ser materia de verificación empírica es controlable racionalmente; y, por el otro, a que la determinación de lo justo o correcto es una cuestión de opiniones subjetivas (Garzón Valdés, 1998, p. 150). Es un criterio de corrección asociado a la proporcionalidad, a la prohibición de sacrificios injustificados, así como a la interdicción de la arbitrariedad (Prieto Sanchís, 2001, p. 33). El juicio de razonabilidad es holístico, pues tiene en cuenta todos los elementos de la situación (Atienza, 2014, p. 564). En un sentido amplio, la racionalidad incluye a la racionalidad sustancial; es decir, lo moralmente bueno o razonable (Cuno, 2023, pp. 197 y 206).

De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, la razonabilidad de una medida debe apreciarse en relación a los fines constitucionales que persigue y a sus efectos (2005b, § 22). Es útil recordar que la noción de razonabilidad también se vincula a la eficiencia, así como al adecuado balance de los costes y beneficios de una medida o decisión; es decir, está

<sup>20</sup> Las distintas solicitudes de la JNJ se realizan a través de correos electrónicos, que tienen como anexos los términos de referencia para el «ofertante» o «contratista». Los correos a los que se refiere este artículo fueron enviados los días 18, 19 y 20 de julio de 2024, en el marco de la Convocatoria N.º 002-2024/RATIFICACIÓN/JNJ. La JNJ reiteró el pedido de los servicios a contratar los días 24 y 25 de julio, pues el plazo para presentar cotizaciones vencía el 30 de julio.



asociada a la idea de equilibrio (Atienza, 2014, p. 564). Según el Tribunal Constitucional, la noción de razonabilidad no puede desligarse de la de proporcionalidad o prohibición de exceso (2005, fundamento 27; 2004c); por ello, resalta la importancia del eficaz cumplimiento de los fines constitucionales que persiguen las normas y medidas, pues de lo contrario se sacrifica injustificadamente principios constitucionales (2011, fundamento 20).

A continuación, me referiré a los fines de la ratificación judicial y analizaré si se han cumplido o si, por el contrario, es una medida ineficaz para alcanzarlos y, por tanto, irrazonable.

### VII.1. Fines constitucionales

La ratificación judicial se ha aplicado en el Perú desde hace más de veinte años, lo que permite tener claridad e información de si, efectivamente, cumple con sus fines constitucionales en lugar de hablar de meras probabilidades sobre su eficacia (Alexy, 2013 pp. 82 y ss.; Tribunal Constitucional, 2011, fundamentos 22 y ss.).

Tal como adelanté, el Tribunal Constitucional estableció, en la segunda etapa de su jurisprudencia, las funciones o fines constitucionales de la ratificación judicial. Estas funciones o fines constitucionales son los siguientes: a) renovar el compromiso y la responsabilidad de la magistratura, un compromiso que va desde la lealtad a los valores de la Constitución hasta la imprescindible solvencia moral con la que deben actuar los magistrados; b) ser un mecanismo de control respecto del ejercicio de la función pública del magistrado pues «las garantías de independencia y permanencia en el cargo no pueden imponerse para mantener una magistratura ineficiente, irresponsable o corrupta»; c) incentivar la sana competencia en la carrera judicial; y d) fomentar la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia a fin de que se pueda acusar, con las pruebas debidas, a un juez incapaz o corrupto (2005a, fundamentos 15-16).

Las cuatro finalidades constitucionales de la ratificación judicial pueden resumirse en dos: contar con jueces eficientes y moralmente solventes, pues los jueces deshonestos son desleales a la Constitución y no actúan responsablemente (Villanueva, 2024).

Contar con una justicia eficiente y con jueces honestos son fines que atraviesan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de ratificación pues, desde la primera etapa, este se refirió a la necesidad de contar con jueces que observaran la conducta e idoneidad propias de su función (2003a, fundamento 10). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, los fines constitucionales de la ratificación están



orientados al fortalecimiento de la independencia judicial (2005a, fundamento 16, lit. a).

El vigente Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público también establece que la finalidad de la ratificación es mejorar el sistema de administración de justicia, promoviendo, entre otros objetivos, un servicio público de justicia independiente, eficiente y libre de corrupción (art. 1).

#### VII.1.1. Jueces eficientes

A pesar de lo señalado por el Tribunal Constitucional en cuanto a los fines de la ratificación, el problema de la ineficiencia de la justicia peruana —que se asocia, entre otros factores, al alto volumen de demandas que año a año ingresan al Poder Judicial— es de larga data y no se ha solucionado (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021, pp. 116-118 y 131)<sup>21</sup>. En 2009, Wilson Hernández señalaba que la evolución de la carga había mostrado una tendencia al alza, a excepción de los años 2006 y 2007, y se debía al aumento de los expedientes pendientes, así como a la ineficiencia en el avance de la resolución de casos (p. 70)<sup>22</sup>. La ineficiencia del sistema de justicia genera retrasos sustanciales en la resolución de los casos, aumenta el costo de los procesos judiciales, crea inseguridad jurídica y contribuye a la desconfianza en el Poder Judicial (OCDE, 2024, p. 141).

De la ineficiencia del sistema judicial siguen dando cuenta diversos documentos que hacen referencia a la carga procesal y a la demora excesiva en la tramitación de los procesos<sup>23</sup>. Citaré principalmente dos de ellos por ser recientes y especialmente importantes: el *Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial 2021-2030* (Poder Judicial del Perú, 2021), en adelante, *PEI 2021-2030*; y la *Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia* (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021). No obstante, los planes de gobierno de los distintos presidentes de la Corte Suprema, por lo menos desde 2012, también hacen referencia a la excesiva carga procesal como un problema que afecta la eficiencia de la administración de justicia (Poder Judicial del Perú, 2012-2023).

21 En el año 2018, mediante Resolución Suprema N.º 142-2018-PCM, se creó la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia, que elaboró el informe titulado *Hacia un Sistema de Justicia Honesto y Eficiente* (2018). Una de sus recomendaciones fue la creación de un Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. El citado consejo fue creado en el año 2019, mediante la Ley N.º 30942. La disposición complementaria final de la mencionada ley dispuso que tal consejo, a los noventa días calendario de su instalación, remitiría al Poder Ejecutivo la propuesta de política pública en materia de justicia.

22 De acuerdo con la OCDE (2024), los principales indicadores para monitorear la eficiencia de los sistemas de justicia son «la duración de los procesos (número promedio de días necesarios para resolver un caso), la tasa de resolución (el número de casos resueltos respecto al número de casos entrantes) y el número de casos pendientes (que quedan por resolver a finales de año)» (p. 22).

23 La carga procesal es definida como «la gestión de las causas pendientes provenientes del año anterior más las causas ingresadas en el año menos las causas resueltas en el año» (Poder Judicial del Perú, 2021, p. 93).

## 33

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

Empezaré señalando que los dos primeros objetivos estratégicos del *Plan Estratégico Institucional 2021-2030* del Poder Judicial (2021) tienen que ver con los fines constitucionales de la ratificación judicial y son los siguientes: a) la celeridad de la administración de justicia y b) los mecanismos de la lucha contra la corrupción (p. 8).

El primer objetivo del PEI 2021-2030 está vinculado a las acciones que deben tomarse sobre la carga procesal. De acuerdo con la *Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia* (2021), el número de casos ingresados en 2019 aumentó en casi 100 000 y ese incremento se vio exacerbado por la pandemia de COVID-19 (Barrios, 2022, p. 7; Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021, pp. 119 y 121). Según el PEI 2021-2030, el ingreso de causas nuevas presenta un aumento del 8 % año a año, por lo que, de persistir ese aumento, el número de causas que ingresan se duplicaría en diez años (p. 89). A marzo de 2024, la carga ascendía a casi dos millones y medio de procesos (Poder Judicial, 2024, p. 13). Cabe señalar que hay 3683 jueces en todo el país (p. 10).

En el plan de gobierno del presidente de la Corte Suprema de Justicia para el periodo 2023-2024 se señala como algunas de las causas de la sobrecarga procesal, además del aumento de la demanda, a la falta de sistemas informáticos que apoyen la gestión, de criterios para asignar la carga<sup>24</sup>, de sistemas de supervisión y control, de compromiso de algunos jueces para incrementar la producción de resoluciones o el tiempo que emplean los jueces en participar en comisiones administrativas (Arévalo, 2023, p. 10). Según el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia (2021), los jueces ocupan alrededor del 69 % de su tiempo en labores de carácter administrativo (p. 123) como la participación en comisiones, además de las funciones de gestión, dirección, control del despacho y supervisión del personal a su cargo (Hernández, 2009, p. 82).

Frente al problema de la sobrecarga procesal, la *Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia* propone un conjunto de medidas, entre las que figuran: adoptar procesos legales más ágiles, promover mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, crear más juzgados corporativos, contar con información estadística, la implementación de tecnología o combatir el formalismo (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021, pp. 118 y ss.). En cualquier caso, lo que me interesa resaltar es que en ninguno de los listados, en los que incluso se reiteran propuestas que datan del año 2004, se incluye a la ratificación judicial como una medida para lograr una justicia más eficiente. Por el contrario, en el PEI 2021-2030 la eliminación del proceso de ratificación judicial, «privilegiando un proceso de evaluación más exigente y la

24 La OCDE (2024) ha cuestionado que el criterio para la asignación de casos a los jueces sea solo cuantitativo, sin analizar qué tipos de casos requieren una cantidad de tiempo y un esfuerzo diferente en su tramitación (p. 153).

meritocracia», figura como una de las propuestas para fortalecer la independencia judicial (Poder Judicial del Perú, 2021, pp. 8 y 132). En 2018, el Poder Judicial, mediante el Proyecto de Ley N.º 2902-2017, solicitó la eliminación de la ratificación como función del CNM por afectar la independencia del Poder Judicial.

Asimismo, tanto la Ceriajus (2004, pp. 30, 39 y 248) como la Defensoría del Pueblo (2006, pp. 62, 116 y 133) recomendaron hace varios años la eliminación de la ratificación. De manera más tímida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sostenido que es preferible que los jueces no sean sometidos a procedimientos de ratificación, «especialmente cuando la posibilidad de confirmar en el cargo o no al operador de justicia puede ser discrecional» (2013, § 87). En 2016, el Acuerdo Nacional también propuso eliminar el proceso de ratificación de jueces, manteniendo «la posibilidad de sancionar o destituir a un juez ante la comisión de cualquier infracción legalmente prevista» (p. 384).

En cualquier caso, lo que queda claro es que la ratificación no ha contribuido en lo absoluto a tener jueces más eficientes; todo lo contrario, ahonda el problema de una justicia ineficiente. En efecto, si por exigencias del procedimiento de ratificación, los tres primeros meses del año los jueces deben dedicarse a elegir las sentencias o muestras de expedientes que proporcionarán a la JNJ, a elaborar documentos con una detallada información sobre la gestión de sus despachos (que no pueden reemplazar), o si están atravesando por el mencionado procedimiento y deben recopilar más documentos, es inevitable que dediquen gran parte de la jornada laboral a seleccionar o elaborar cuidadosamente esas decisiones e informes, así como a recabar información, sacrificando el tiempo destinado a la labor jurisdiccional.

Como ha señalado el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (2014), la independencia judicial no implica que los jueces no rindan cuentas sobre su trabajo (§§ 4 y 23); sin embargo, con la ratificación judicial no se ha logrado contar con jueces eficientes. Es, en suma, una medida ineficaz para alcanzar el mencionado fin constitucional.

#### VII.1.2. Jueces moralmente solventes, corrupción y confianza en el Poder Judicial

El problema de la corrupción judicial es también de larga data en el país. Por ello, no es extraño que el segundo objetivo estratégico del PEI 2021-2030 del Poder Judicial (2021) sea contar con mecanismos de lucha contra la corrupción, que incluye a la que tiene lugar en el sistema de justicia.

En el año 2002, el Acuerdo Nacional señalaba que se establecería un mecanismo para erradicarla (p. 40); y, dos años más tarde, la Ceriajus

(2004), a partir de un diagnóstico realizado, sostenía que, además de la lentitud en los procesos, la ineficiencia o el ritualismo, la corrupción era un problema muy importante a enfrentar (pp. 550 y ss.). En 2006, el Banco Mundial afirmó que la excesiva carga procesal contribuía a la corrupción y recordaba las frecuentes noticias que aparecían en los medios de comunicación sobre los sobornos que reciben los funcionarios judiciales por demorar o acelerar los casos, realizar notificaciones o tomar declaraciones (p. 800)<sup>25</sup>.

Dada la gravedad del problema de corrupción en el sistema de justicia peruano, se han propuesto distintas medidas para combatirla, como la creación de una unidad de investigación patrimonial y financiera para revisar el movimiento patrimonial de jueces y fiscales (Ceriajus, 2004, p. 49), la elaboración de mapas de riesgo de corrupción (Acuerdo Nacional, 2016, p. 75), la creación de un sistema de rendición de cuentas en la administración de justicia, introducir la práctica del *compliance* en el sistema de justicia, la formación ética en las facultades de derecho (Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia, 2018, pp. 10, 23, 30, 40 y 63), el establecimiento de mecanismos de prevención o la mejora continua de los sistemas de control interno (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021, pp. 245 y ss.). En ninguno de tales documentos, la ratificación es considerada como una medida que contribuya a combatir la corrupción judicial.

De otro lado, en el año 2017 el Poder Judicial era percibido por la población como la institución más corrupta del país (Proética, 2017). En 2019, ocupó el segundo lugar (Proética, 2019) y, en 2022, el tercero (Proética, 2022) entre las instituciones más corruptas del país, de acuerdo con la percepción ciudadana.

Lamentablemente, uno de los efectos de la corrupción es la disminución de la confianza ciudadana en el sistema de justicia. Según la encuesta del Latinobarómetro, en 2017 el Perú figuraba como uno de los países con la más baja confianza en el Poder Judicial, que alcanzaba al 18 % (Corporación Latinobarómetro, 2017, pp. 24-25); porcentaje que, en 2018, se redujo al 16 % y que se mantuvo en 2021 (Corporación Latinobarómetro, 2018, p. 51; 2021, pp. 69-70).

En el reciente y exhaustivo estudio de la OCDE (2024) sobre el sistema de justicia peruano se da cuenta del problema de corrupción del sector público, incluida la justicia (pp. 27 y 34). De acuerdo con la OCDE,

25 Pizzorusso (2005) menciona la violación de la independencia judicial que supuso la corrupción del empresario y político Silvio Berlusconi, que involucró a algunos magistrados que ocupaban cargos de gran relieve en el sistema judicial italiano con el objetivo de asegurarle absoluciones, declaraciones de improcedencia en las denuncias penales o suspensión de los procesos *sine die* (pp. 183-200). Este autor se refiere a tales hechos como una anomalía de la década de los noventa del siglo pasado e inicios del siglo XXI. Por su parte, Shapiro (2013) sostiene que ahí donde el crimen organizado es poderoso, la corrupción judicial puede anticiparse (p. 261).

que toma datos del Latinobarómetro (2021), la mitad de los peruanos considera a los jueces como corruptos, percepción que podría haberse agravado debido a los recientes casos de corrupción que implican a jueces y fiscales (OCDE, 2024, pp. 24-25). Asimismo, precisa que si bien la Ceriajus (2004), el Acuerdo Nacional (2016) y la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia (2018) han constituido esfuerzos estatales para combatir la corrupción en el sistema de justicia, sus logros han sido muy limitados (OCDE, 2024, pp. 34 y ss.). El mencionado estudio añade que las empresas consideran a la corrupción como un obstáculo para su actividad y señalan a «los tribunales como una gran limitación para los negocios» (p. 27).

La corrupción afecta severamente la independencia judicial al traer como consecuencia que los jueces decidan por motivos incorrectos. Es entendible que cuando los jueces son percibidos como independientes, sean mejor valorados por la ciudadanía; mientras que ocurre lo contrario cuando la independencia es socavada o debilitada (Magalhães *et al.*, 2024, p. 2752). Sin embargo, la ratificación tampoco ha sido una medida eficaz para prevenir o combatir la corrupción judicial.

Por otro lado, aunque de acuerdo con el artículo 29 del Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público cualquier persona puede enviar información a la JNJ sobre los magistrados sometidos a ratificación, especialmente en materia de corrupción judicial (Tribunal Constitucional, 2005a, fundamentos 15-16), este mecanismo de participación ciudadana no ha contribuido de manera significativa a combatirla.

Es bueno recordar que la lucha contra la corrupción no debería usarse como excusa para menoscabar la independencia judicial (Consejo Consultivo de Jueces Europeos, 2018, § 18). Además de las medidas de prevención mencionadas, la corrupción debe ser combatida penalmente, o incluso de manera disciplinaria si se advierte el incumplimiento grave de los deberes judiciales (Villanueva, 2022)<sup>26</sup>. No obstante, se ha sostenido que evaluar a un juez cada siete años, como establecen las reglas de la ratificación, significa que al sistema disciplinario jamás le interesó lo que este hizo durante ese periodo (Monroy, 2002, p. 441).

Cuestionar la ratificación judicial no supone estar en contra de todo mecanismo de rendición de cuentas de los jueces, pues esta juega un papel central en la independencia judicial (Burbank, 2008, p. 17). Independencia y rendición de cuentas son las dos caras de la moneda judicial (Shapiro, 2013, p. 254).

<sup>26</sup> Sobre el vínculo entre la corrupción judicial y la violación del deber de imparcialidad, pueden verse los artículos que he publicado en 2021 y 2022. Próximamente, publicaré un trabajo sobre el tema.

## 37

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

Entre los mecanismos de rendición de cuentas pueden citarse la crítica en artículos académicos a las sentencias judiciales (Griffen, 1998, p. 75)<sup>27</sup>, la gestión del desempeño (De los Cobos, 2015, p. 21; OCDE, 2024, p. 116), la transparencia o la publicidad de indicadores de gestión (De los Cobos, 2015, p. 99; OCDE, 2024, p. 21). En el caso estadounidense, se admite como medio de rendición de cuentas ciertos pedidos de información adecuados por parte del Congreso a la justicia federal, los que en ningún caso pueden referirse a las decisiones de un juez en particular, a la forma en la que resuelve los casos (Burbank, 2008, p. 21).

Un sistema judicial de rendición de cuentas supone la existencia de datos que permitan rastrear el desempeño de jueces y tribunales, así como de sistemas de información sólidos, lo que aún es una tarea inacabada en nuestro sistema de justicia (OCDE, 2024, pp. 169-176).

## VII.2. Decisiones judiciales y razones explicativas

Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional y la Corte IDH coinciden en que la ratificación, cumplidos ciertos requisitos, no vulnera la independencia judicial. Sin embargo, esa posición es equivocada, y no solo porque la ratificación no cumpla con sus fines constitucionales.

Al iniciar el artículo, citando a Aguiló, se ha sostenido que el deber de independencia de los jueces consiste en decidir los casos desde el derecho y que, en el ideal de un juez independiente, este no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber (motivos correctos). De acuerdo con Atienza (2014), en la motivación de las decisiones los jueces no pueden perseguir propósitos ajenos a las normas y los valores del sistema jurídico; es decir, no pueden actuar instrumentalmente (p. 278)<sup>28</sup>. También al iniciar el artículo, se citó la jurisprudencia de la Corte IDH que coincide con los planteamientos de Aguiló sobre la relevancia de los motivos por los que el juez decide.

Las ideas de Aguiló y de Atienza responden a un modelo ideal de juez pues, en la práctica, es difícil pensar que este decide motivado *exclusivamente* por el cumplimiento del deber. Los jueces pueden justificar sus decisiones de acuerdo a derecho y con base en buenas razones, motivados por el deber, sin que ese motivo pueda excluir otros, como la búsqueda de prestigio (Posner, 2008, pp. 21, 22 y 143). No obstante, la distinción entre razones explicativas y justificativas sigue siendo muy

27 En el caso peruano, las personas tienen el derecho de analizar y criticar las decisiones judiciales, de conformidad con el artículo 139, inciso 20 de la Constitución.

28 Pizzorusso (2005) describe a los jueces como personas que se pasan la vida «demostrando la verdad o falsedad de hechos históricos o la racionalidad de determinadas argumentaciones por puro amor a la verdad, sin dejarse condicionar por otro tipo de finalidades» (p. 200).

útil para cuestionar que los jueces decidan por motivos claramente incorrectos, como influencias externas del órgano que decide sobre la ratificación, pues ello viola el principio de independencia judicial que protege la pureza de la actividad jurisdiccional (Romboli, 2005, p. 196).

Nadie desconoce la dificultad de probar los motivos por los que decide un juez (Aguiló, 2009, p. 35). Sin embargo, la ratificación conduce a que los jueces tomen decisiones de forma instrumental, pensando en el tipo de sentencias definitivas (firmes), medidas cautelares o autos de sobreseimiento que serán evaluados positivamente en ese procedimiento. Asimismo, si de acuerdo con el reglamento el número de procesos que son devueltos a la instancia por el superior por no haberse admitido el recurso correspondiente o porque se ha resuelto un incidente (art. 22, inc. 8), o el número de procesos de conclusión anticipada (art. 50, inc. 5), son elementos o criterios para evaluar la celeridad y eficiencia en la gestión de los procesos, los jueces no resolverán desde el derecho, sino motivados por lo que la ratificación les exige; por ejemplo, que el proceso concluya rápidamente. En cualquier caso, las decisiones judiciales se tomarán por influencias extrañas al derecho por ese tipo de influencia que, precisamente, trata de controlar el principio de independencia. En ese sentido, la CIDH (2013) ha sostenido que un juez sometido a procesos de ratificación «corre el riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión» (§ 88).

Un dato importante a tener en cuenta sobre la influencia de la ratificación en las decisiones judiciales es que, de acuerdo con los propios jueces, una de las causas de la demora en la emisión de sentencias es la extensión que le dan a la motivación, pues estas son evaluadas en el procedimiento de ratificación (Poder Judicial del Perú, 2021, p. 130). Esa extensión responde no a las necesidades del caso, sino a una razón instrumental —como la de conseguir la ratificación—, lo que viola la independencia judicial, que se dirige a situar al juez en una posición de imparcialidad (Romboli, 2017, p. 230).

## VIII. CIFRAS SOBRE RATIFICACIÓN Y CONDICIÓN DE LOS JUECES

A pesar de la cantidad de información que la ratificación exige presentar a los jueces y de los diversos aspectos de la evaluación, la gran mayoría de jueces y fiscales logra ser ratificado, tal como lo demuestran las cifras desde 2001, año en que tuvieron lugar los primeros procedimientos de ratificación, en el marco de la Constitución de 1993. Debe señalarse que en 2018, mediante la ley que declaró en emergencia el CNM y suspendió



su ley orgánica, fueron suspendidos los procedimientos de ratificación, los mismos que se reiniciaron en 2021<sup>29</sup>.

Si se considera el total de magistrados convocados a ratificación entre 2001 y 2021 (4457), se tiene que el 80,12 % fue ratificado (3571), el 13,12 % no lo fue (585) y un 6 % fue excluido (269)<sup>30</sup>. Sin embargo, si es que los procedimientos de ratificación se dividen en dos periodos, uno antes de la protección de los derechos de los magistrados sometidos a ratificación (2001-2004) y otro desde que el procedimiento fue revestido de garantías (2005-2021), se tiene que en este segundo periodo el porcentaje de ratificados asciende casi al 85 %.

Tabla N.º 1. Procedimientos de ratificación en el periodo 2001-2005

N.º	Año	Magistrados convocados	Magistrados excluidos	Magistrados ratificados	Magistrados no ratificados	Magistrados suspendidos	En trámite
1	Ratificación 2001	364	0	221	143	-	-
2	Ratificación 2002	357	0	250	107	-	-
3	Ratificación 2003	92	0	45	47	-	-
4	Ratificación 2004	72	0	36	36	-	-
	Subtotal	885	0	552	333		

Fuente: elaboración propia con base en Junta Nacional de Justicia (2024b).

Como se aprecia de la primera tabla, entre los años 2001 y 2004 el 62,37 % de magistrados fue ratificado (552) y un 37,62 % (333) no lo fue. Incluso en el año 2003, la mayoría de magistrados no fue ratificado (47) y, en 2004, solo el 50 % (36) de ellos logró la ratificación.

29 En 2023 la JNJ convocó a 300 magistrados al proceso de ratificación. De ellos, 16 fueron excluidos y 284 continúan en el trámite del procedimiento (Junta Nacional de Justicia, 2024a). Como se señaló anteriormente, en 2024 la JNJ convocó a otros 200 magistrados al proceso de ratificación.

30 Son aquellos magistrados inicialmente convocados, pero que posteriormente son excluidos por causal de renuncia al cargo, fallecimiento, enfermedad, límite de edad o por no alcanzar el periodo efectivo, entre otras (Junta Nacional de Justicia, 2024b).



Tabla N.º 2. Procedimientos de ratificación de los años 2005-2021

N.º	Año/convocatoria	Magistrados convocados	Magistrados excluidos	Magistrados ratificados	Magistrados no ratificados	Magistrados suspendidos	En trámite
5	Ratificación 2005	5	0	3	2	-	-
6	Ratificación 2006	11	0	6	5	-	-
7	Ratificación 2007	44	0	27	17	-	-
8	Ratificación 2008	68	1	51	16	-	-
9	Ratificación 2009	58	3	50	5	-	-
10	Ratificación 2010	349	32	284	33	-	-
11	Ratificación 2011	622	33	537	52	-	-
12	Ratificación 2012	761	66	628	67	-	-
13	Ratificación 2013	561	40	485	36	-	-
14	Ratificación 2014	43	4	35	4	-	-
15	001-2015-RATIFICACIÓN/CNM	27	3	22	2	0	0
16	002-2015-RATIFICACIÓN/CNM	37	5	31	1	0	0
17	001-2016-RATIFICACIÓN/CNM	58	4	52	2	0	0
18	002-2016-RATIFICACIÓN/CNM	83	5	78	0	0	0
19	004-2016-RATIFICACIÓN/CNM*	95	2	92	0	0	1**
20	001-2017-RATIFICACIÓN/CNM	97	15	82	0	0	0
21	002-2017-RATIFICACIÓN/CNM	110	2	107	1	0	0
22	003-2017-RATIFICACIÓN/CNM	12	1	10	1	0	0

23	004-2017-RATIFICACIÓN/CNM	121	4	115	1	0	1*
24	001-2018-RATIFICACIÓN/CNM	112	7	104	1	0	0
25	002-2018-RATIFICACIÓN/CNM	98	23	48	0	0	27**
26	001-2021-RATIFICACIÓN/JNJ	200	19	172	6	3	0
Subtotal		3572	269	3019	252	3	29

41

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANO

AGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

Fuente: elaboración propia con base en Junta Nacional de Justicia (2024a, 2004b).

\* La convocatoria N.º 003-2016-CNM no corresponde a la ratificación de magistrados, sino a la del jefe de la ONPE (Junta Nacional de Justicia, 2024a).

\*\* Procedimientos suspendidos en mérito a la Ley N.º 30833 y reiniciados de acuerdo a la octava disposición complementaria, final y transitoria del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público.

De la segunda tabla se desprende que en el periodo comprendido entre 2005 y 2021, el 84,51 % de magistrados fue ratificado (3019), el 7,05 % no lo fue (252), el 7,53 % fue excluido (269), en un 0,08 % de casos el procedimiento fue suspendido (3) y en el 0,81 % estaba en trámite (29). La cantidad de excluidos del procedimiento es incluso mayor al de no ratificados en este segundo periodo. A partir de 2005 es muy bajo el número de magistrados no ratificados, incluso hay convocatorias en las que todos los magistrados fueron ratificados o solo uno no lo fue.

Algo que también merece la pena mencionar es que no todos los jueces pasan por el procedimiento de ratificación. A marzo de 2024, de un total de 3683 jueces en todo el país, el 41,5 % son titulares (1530), 40,1 % son supernumerarios (1476) y 18,3 % (677) son provisionales (titulares que ocupan el nivel superior inmediato vacante) (Poder Judicial del Perú, 2024, p. 10). Como los jueces supernumerarios son abogados que asumen el cargo de jueces sin ser titulares y de manera temporal (Ley de la Carrera Judicial, 2008, art. 65, num. 3), no están sometidos a ratificación. A partir de 2024, en la Resolución Administrativa N.º 0000115-2024-CE-PJ se establece que los jueces supernumerarios deben ser evaluados cada seis meses, pero nada se dice sobre quién se encargará de la evaluación.

Lo que sí se establece en la mencionada resolución administrativa es que los jueces supernumerarios son seleccionados por comisiones que convocan y ejecutan los respectivos concursos públicos, las mismas que están integradas por jueces de distintos niveles de los distritos judiciales

del país. De más está decir que la selección de los jueces supernumerarios (40,1 % de todos los jueces del país) es una tarea que también quita tiempo a los jueces titulares y que no contribuye a la celeridad del sistema de justicia.

#### IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En más de veinte años de aplicación de la ratificación, el Tribunal Constitucional no ha logrado una jurisprudencia uniforme en cuestiones tan importantes como su naturaleza jurídica o las consecuencias de la decisión de no ratificación. En 2023, ha vuelto a considerar que se trata de un voto de confianza (como resultado de una evaluación integral) y que los magistrados no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial. No obstante, ambos planteamientos se apartan de lo sostenido por la Corte IDH, para quien el procedimiento de ratificación judicial tiene naturaleza sancionatoria y un magistrado no ratificado no puede ser impedido de reingresar al Poder Judicial.

La ratificación no es solo una institución problemática, sino violatoria de la independencia judicial y del derecho de las personas a ser juzgadas desde el derecho, pues el deseo o expectativa de la ratificación judicial es un motivo incorrecto en la toma de decisiones de los jueces. Esta influencia indebida viola la independencia judicial, que prohíbe que los jueces resuelvan por alicientes externos y, más bien, reclama que lo hagan movidos por el derecho y por las razones que este suministra. Como la ratificación judicial es una influencia indebida en todos los jueces, afecta no solo la independencia en su faceta individual, sino al sistema de justicia en su conjunto.

Es también una institución irrazonable porque no cumple con sus fines constitucionales. En efecto, la ratificación no ha logrado que el país cuente con jueces eficientes ni solventes moralmente. La información disponible pone de manifiesto que la demora en los procesos judiciales y la corrupción en el sistema de justicia siguen siendo problemas pendientes, sin que las distintas propuestas de mejora incluyan a la ratificación como una de sus soluciones. Al no cumplir sus fines constitucionales, sacrifica injustificadamente la independencia judicial y el derecho de las personas a ser juzgadas desde el derecho.

Por otro lado, en un esfuerzo por garantizar la objetividad del procedimiento de ratificación, desde el año 2005 se han protegido los derechos de los magistrados y se han incorporado criterios de evaluación para erradicar la enorme discrecionalidad que caracterizó la primera etapa de la aplicación de la ratificación. Ese esfuerzo ha conducido a una reglamentación con exigencias irrazonables (desproporcionadas) que se convierten en motivos claramente incorrectos para decidir y cuyo

## 43

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

cumplimiento toma un tiempo considerable que los jueces deberían dedicar a la actividad jurisdiccional, ahondando el problema de la falta de celeridad en la justicia. Dado que el procedimiento de ratificación es irrazonable, viola el derecho a la permanencia en el cargo de los jueces y, en consecuencia, la independencia judicial.

Lo irrazonable de las exigencias de la ratificación, que no se aplican al 40,1 % de jueces supernumerarios, también se expresa en el volumen de la documentación que debe ser evaluada, como la cantidad de sentencias y de informes de gestión que los magistrados deben subir a la plataforma de la JNJ o recopilar, tanto año a año como durante el procedimiento de ratificación. Es preocupante, igualmente, que la evaluación y calificación de esa documentación sea hecha por terceros pues la ratificación es una función de la Junta Nacional de Justicia, de acuerdo a lo que establece el artículo 154, inciso 2 de la Constitución. Sin embargo, aunque se cambiara el procedimiento, la ratificación seguiría siendo violatoria de la independencia judicial pues no cumple con sus fines constitucionales. Son otras las medidas que hay que tomar para tener jueces honestos y un sistema de justicia más eficiente.

A luz del análisis holístico realizado, no es posible sostener —como ha insistido el Tribunal Constitucional— que la ratificación sea un medio para realizar la independencia judicial o que la refuerce. Garzón Valdés (1998) nos ha enseñado que la razonabilidad es un criterio de corrección que impide que el mundo se convierta en un infierno moral (p. 164). La eliminación de la ratificación de la Constitución no solo contribuirá al fortalecimiento de la independencia judicial, sino evitará que los jueces transiten —innecesariamente— por el infierno de esa evaluación, aunque un porcentaje muy alto logre vencer sus enormes llamas.

## REFERENCIAS

Aguiló, J. (2009). Imparcialidad y concepciones del Derecho. *Jurídicas*, 6(2), 27-44.

Alexy, R. (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

Andrés Ibáñez, P. (2023). La independencia del juez frente a los poderes fácticos. En E. Oteiza y G. Priori Posada (coords.), *Independencia judicial en el tercer milenio. Relatos generados del XVIII Congreso Mundial de Derecho Procesal* (pp. 577-591). Lima: Palestra, PUCP.

Atienza, M. (2014). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.

Burbank, S. B. (2008). Judicial Independence, Judicial Accountability & Interbranch Relations. *Daedalus*, (137), 16-27. <https://doi.org/10.2139/ssrn.922091>

Cuno Cruz, H. (2023). Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 183-220. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.8>

De los Cobos Sepúlveda, C. A. (2015). La rendición de cuentas en el Poder Judicial: una visión actual desde el Consejo de la Judicatura Federal en el contexto de gobierno abierto. *Revista Consejo de la Judicatura Federal*, (39), 93-109.

De Páramo Arguelles, J. R. (1988). Razonamiento jurídico e interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(22), 89-119.

Garzón Valdés, E. (1998). ¿Puede ser la razonabilidad un criterio de corrección moral? *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 2(21), 145-166. <https://doi.org/10.14198/doxa1998.21.2.12>

Gonzales Mantilla, G. (2022). Jueces y ratificación judicial en el Perú: la persistencia autoritaria. En C. Landa y P. Grández (dirs.), *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos. 25 años del Tribunal Constitucional* (pp. 204-246). Lima: Palestra, UNMSM.

Griffen, W. L. (1998). Judicial Accountability and Discipline. *Law and Contemporary Problems*, 61(3), 75-77. <https://doi.org/10.2307/1192417>

Hernández Breña, W. (2009). La información y la toma de decisiones en la política pública judicial: una reflexión a partir del análisis de la carga procesal en el Perú. *Derecho PUCP*, (62), 69-85. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200901.003>

Magalhães, P. C., & Garoupa, N. (2024). Populists governments, judicial Independence, and public trust in the courts. *Journal of European Public Policy*, 31(9), 2748-2774. <https://doi.org/10.1080/13501763.2023.2235386>

Monroy Gálves, J. (2022). *El Poder Judicial en el Bicentenario*. Lima: Palestra.

Nino, C. S. (1985). *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Pérez Ragone, A., & Vitorelli, E. (2023). Judicial Independence, Impartiality, and Judicial Decision-Making. En E. Oteiza y G. Priori Posada (coords.), *Independencia judicial en el tercer milenio. Relatos generados del XVIII Congreso Mundial de Derecho Procesal* (pp. 141-222). Lima: Palestra, PUCP.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Pizzorusso, A. (2005). *Justicia, constitución y pluralismo*. Lima: Palestra, PUCP.

Posner, R. (2008). *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts; y Londres: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674033832>

Romboli, R. (2005). *El juez preconstituido por ley. Estudio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional italiano*. Lima: Palestra, PUCP.

Romboli, R. (2017). *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Palestra.

Senese, S. (1996a). El gobierno de la justicia en Italia. En E. Pedraz Penalva (coord.), *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial* (pp. 75-81). Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León, 28-30 de septiembre de 1994. Universidad de Valladolid.

Senese, S. (1996b). Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del Poder Judicial. En P. Andrés Ibáñez (coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción* (pp. 40-58). Madrid: Trotta.

Shapiro, M. (2013). Judicial Independence: New Challenges in Established Nations. *Indiana Journal of Global Studies*, 20(1), 253-277. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.20.1.253>

Siles, A. (2024). Evolución histórica de las ratificaciones judiciales en el ordenamiento constitucional peruano del siglo XX. *Historia Constitucional*, 1(25), 1337-1380. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i25.1011>

Simoncini, G., Sorci, G., Piazza, R., & Trenz, H.-J. (2024). Is the rule of law a European concern? Mediatized rule of law conflicts and the contestation of the independence of the judiciary in France and Italy. *Journal of Contemporary European Studies*, 32(4), 1-17.

Villanueva Flores, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. *Derecho PUCP*, (86), 363-392. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011>

Villanueva Flores, R. (2022). La sanción del incumplimiento del deber de imparcialidad como herramienta en el combate a la arbitrariedad (corrupción). En J. E. Sotomayor Trelles (coord.) y R. P. Zafra Ramos (comp.), *Después de la reforma constitucional. Avances y retos para la Junta Nacional de Justicia* (pp. 191-204). Lima: Cicaj-PUCP.

Villanueva Flores, R. (2024). Jueces virtuosos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 519-540. <https://doi.org/10.14198/doxa2024.48.19>

Villanueva Flores, R. (2025). *Casos cénicos, contexto y deber de motivación* [en prensa].

## Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Caso del Tribunal Constitucional c. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Apitz Barbera y otros —Corte Primera en lo Contencioso Administrativo— c. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANO

AGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

*Caso Chocrón Chocrón c. Venezuela*, Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso del Tribunal Constitucional —Camba Campos y otros— c. Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso de la Corte Suprema de Justicia —Quintana Coello y otros— c. Ecuador*, Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Rico c. Argentina*, Sentencia de 2 de septiembre 2019 (Excepción Preliminar y Fondo).

*Caso Martínez Esquivia c. Colombia*, Sentencia de 6 de octubre de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones).

*Caso Casa Nina c. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Cordero Bernal vs. Perú*, Sentencia de 16 de febrero de 2021 (Excepción Preliminar y Fondo).

*Caso Moya Solís c. Perú*, Sentencia de 3 de junio de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Ríos Avalos y otro c. Paraguay*, Sentencia de 19 de agosto de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, Resolución de 7 de febrero de 2023 (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)

*Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, Sentencia de 27 de julio de 2022 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Cuya Lavy y otros c. Perú*, Sentencia de 28 de septiembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Aguinaga Aillón c. Ecuador*, Sentencia de 30 de enero de 2023 (Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso Cajahuanca Vásquez c. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 2023 (Excepciones Preliminares y Fondo).

## Tribunal Constitucional peruano

Tribunal Constitucional (2003a). Sentencia de 27 de enero de 2003. Luis Felipe Almenara Bryson (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 1941-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2003b). Sentencia de 12 de mayo de 2003. Mario Antonio Urello Álvarez (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 02209-2002-AA/TC.

## 47

EN CONTRA DE  
LA RATIFICACIÓN  
JUDICIAL: EL CASO  
PERUANOAGAINST JUDICIAL  
PERFORMANCE  
REVALIDATION:  
THE PERUVIAN  
CASE

Tribunal Constitucional (2003c). Sentencia de 11 de noviembre de 2003. Ricardo Jesús Beraún Rodríguez (demandante) c. Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 2731-2003 AA/TC.

Tribunal Constitucional (2003d). Sentencia de 15 de julio de 2003. Jorge Luis Cuya Lavy (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 1525-2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2003e). Sentencia de 16 de julio de 2003. Clara Aurora Perla Montañó (demandante) c. Consejo Nacional de Magistratura (demandado). Expediente N.º 1550-2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2004a). Sentencia de 6 de abril de 2004. Julia Eleyza Arellano Serquén (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º STC 2579-2003-HD/TC.

Tribunal Constitucional (2004b). Sentencia de 15 de abril de 2004. Javier Claudio Samamé Flores (demandante) c. Consejo Nacional de Magistratura (demandado). Expediente N.º 03484-2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2004c). Sentencia de 5 de julio de 2004. Juan Carlos Callegari Herazo c. Ministerio de Defensa (demandado). Expediente N.º 0090-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2005a). Sentencia de 12 de agosto de 2005. Jaime Amado Álvarez Guillén (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 03361-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2005b). Sentencia de 29 de octubre de 2005. Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Expediente N.º 045-2004-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia de 8 de enero de 2006. Jacobo Romero Quispe (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 1333-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia de 10 de abril de 2007. Lizardo Emiliano Suárez Franco (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 8105-2005-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2009). Sentencia de 11 de febrero de 2009. Juan de Dios Lara Contreras (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 01412-2007-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2010). Sentencia de 22 de marzo de 2010. Fiscal de la Nación, doña Gladys Margot Echaíz Ramos (demandante) c. Congreso de la República. Expediente N.º 00006-2009-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2011). Sentencia de 11 de noviembre de 2011. Más de 5,000 ciudadanos (demandantes) c. Congreso de la República. Expediente N.º 0012-2010-PI/TC.



Tribunal Constitucional (2019). Sentencia de 12 de enero de 2019. Jose Luis Azareño Cuya (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 02971-2016-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2020). Sentencia de 21 de julio de 2020. Concepción Alfonso de Lama Villar (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura (demandado). Expediente N.º 0429-2015-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2021). Sentencia de 19 de octubre de 2021. Félix Javier Silva Coloma, decano del Colegio de Abogados de Sullana (demandante) c. Congreso de la República. Expediente N.º 00013-2020-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2022). Sentencia de 12 de julio de 2022. Édgar Valencia Almonte (demandante) c. Consejo Nacional de la Magistratura. Expediente N.º 03689-2021-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2023). Sentencia del 21 de noviembre de 2023. Luciano Bernardo Valderrama Solórzano (demandante) c. Junta Nacional de Justicia (demandado). Expediente N.º 00940-2022-PA/TC.

## Documentos y acuerdos

Acuerdo Nacional. (2002). <http://portal.apci.gob.pe/marco/attach/Acuerdo Nacional.pdf>

Acuerdo Nacional. (2016). *Políticas de estado y planes de gobierno (2016-2021)*. [https://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2016/03/Politic-as-de-Estado-y-Planes-de-Gobierno-2016\\_2021.pdf](https://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2016/03/Politic-as-de-Estado-y-Planes-de-Gobierno-2016_2021.pdf)

Acuerdo Nacional por la Justicia. (2016). *Declaración conjunta de las instituciones que conforman el sistema peruano de justicia*. [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/ARCHIVO\\_ACUERDO-NACIONAL-POR-LA-JUSTICIA\\_2016.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/ARCHIVO_ACUERDO-NACIONAL-POR-LA-JUSTICIA_2016.pdf)

Arévalo Vela, J. (2023). *Plan de Gobierno 2023-2024. Hacia una justicia de calidad con rostro humano en la era digital*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3834524/PLAN-DE-GOBIERNO-AREVALO-VELA.pdf.pdf>

Banco Mundial. (2006). *Perú. La oportunidad de un país diferente. Próspero, equitativo y gobernable*. Washington D. C.: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial.

Barrios, E. (2022). *Discurso memoria de la Presidenta del Poder Judicial Elvia Barrios Alvarado-Periodo 2021-2022*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4016203/DISCURSO-ELVIA-BARRIOS-2021-2022.pdf.pdf?v=1672769755>

Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia. (2018). *Hacia un Sistema de Justicia Honesto y Eficiente*. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/176814/INFORME\\_COMISION\\_CONSULTIVA\\_REFORMA\\_DE\\_LA\\_JUSTICIA.pdf?v=1591304886](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/176814/INFORME_COMISION_CONSULTIVA_REFORMA_DE_LA_JUSTICIA.pdf?v=1591304886)

Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus). (2004). *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*. Recuperado de <https://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/archivos/plan.pdf>

Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de los y las operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>

Consejo Consultivo de Jueces Europeos. (2001). *Informe N.º 1. Sobre las normas relativas y a la inamovilidad de los jueces*. <https://rm.coe.int/1680747c9c>

Consejo Consultivo de Jueces Europeos. (2014). *Informe N.º 17, Relativo a la evaluación del trabajo de los jueces, la calidad de la justicia y el respeto a la independencia judicial*. <https://rm.coe.int/1680748215>

Consejo Consultivo de Jueces Europeos. (2018). *Informe N.º 21. Prevención de la corrupción entre los jueces*.

Consejo para la reforma del sistema de justicia. (2021). *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. La reforma del sistema de justicia de cara al bicentenario*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2016540/POLITICA%20PUBLICA%20DE%20REFORMA%20DEL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA.pdf>

Corporación Latinobarómetro. (2017). *Informe*. [https://www.google.com/search?q=Latinobarometro+2017&rlz=1C1YTUH\\_esPE1086PE1086&oq=Latino barometro+2017&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIKCAEQABiiBBiJBTIKCAIQABiiABBiiBDIKCAMQABiiBBiJBTIKCAQQABiiABBiiBNIBCTEzMjQ3ajBqN6gCCLACAQ](https://www.google.com/search?q=Latinobarometro+2017&rlz=1C1YTUH_esPE1086PE1086&oq=Latino barometro+2017&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIKCAEQABiiBBiJBTIKCAIQABiiABBiiBDIKCAMQABiiBBiJBTIKCAQQABiiABBiiBNIBCTEzMjQ3ajBqN6gCCLACAQ)

Corporación Latinobarómetro. (2018). *Informe*. [https://www.google.com/search?q=Latinobar%C3%B3metro+2018&rlz=1C1YTUH\\_esPE1086PE1086&oq=Latinobar%C3%B3metro+2018&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUyCQgAEEUYORiABDIKCAEQABiiBBiJBTIKCAIQABiiBBiJBTIKCAMQABiiABBiiBDIKCAQQABiiABBiiBKgCCLACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=Latinobar%C3%B3metro+2018&rlz=1C1YTUH_esPE1086PE1086&oq=Latinobar%C3%B3metro+2018&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyCQgAEEUYORiABDIKCAEQABiiBBiJBTIKCAIQABiiBBiJBTIKCAMQABiiABBiiBDIKCAQQABiiABBiiBKgCCLACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

Corporación Latinobarómetro. (2021). *Informe*. [https://media.elmostrador.cl/2021/10/Latinobarometro\\_Informe\\_2021.pdf](https://media.elmostrador.cl/2021/10/Latinobarometro_Informe_2021.pdf)

Defensoría del Pueblo. (2002). Resolución Defensorial N.º 038-2002/DP, de 28 de noviembre de 2002, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 30 de noviembre de 2002.

Defensoría del Pueblo. (2006). *Informe Defensorial N.º 109. Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24589.pdf>

Ilustre Colegio de Abogados de Sullana. (2020). *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de reforma constitucional y contra la Ley N.º 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*.

Junta Nacional de Justicia. (2024a). Carta N.º 000330-2014-AIP/JNJ, de fecha 10 de junio de 2024, que responde al pedido de información pública sobre los procedimientos de ratificación entre los años 2015 y 2024.

Junta Nacional del Justicia. (2024b). Carta N.º 000476-2024- AIP/JNJ, de fecha 25 de julio de 2024, que responde al pedido de información pública sobre los procedimientos de ratificación entre los años 2001 y 2014.

Naciones Unidas. (1985). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2024). *Estudio de la justicia de la OCDE en el Perú. Hacia sistemas de justicia eficaces y transparentes para un crecimiento inclusivo*. [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-justicia-de-la-ocde-en-el-peru\\_e32675d5-es](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-justicia-de-la-ocde-en-el-peru_e32675d5-es)

Poder Judicial. (2012-2023). *Planes de Gobierno del Poder Judicial*. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_poder\\_judicial/as\\_corte\\_suprema/as\\_presidencia/as\\_plan\\_de\\_gestion](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_presidencia/as_plan_de_gestion)

Poder Judicial. (2021). *Plan Estratégico Institucional 2021-2030*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4498506/PEI.pdf>

Poder Judicial. (2024). *Boletín estadístico institucional* N.º 1, enero-marzo.

Proética. Capítulo Peruano de Transparency Internacional. (2017). *Décima Encuesta Nacional sobre las percepciones de la corrupción en el Perú*. <https://www.proetica.org.pe/noticias/decima-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-2017/>

Proética. Capítulo Peruano de Transparency Internacional. (2019). *XI Encuesta Nacional sobre las percepciones de la corrupción en el Perú*. <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>

Proética. Capítulo Peruano de Transparency Internacional. (2022). *XII Encuesta Nacional sobre las percepciones de la corrupción en el Perú. 20 años tomando el pulso de la corrupción en el Perú*. <https://www.dropbox.com/scl/fi/nhvm5xe9sfnujpf46eo6/Encuesta%20Pro%C3%A9tica%202022.pdf?rlkey=naem8igtvqs5f4d3t7l5ufe6r&e=1&dl=0>

Proyecto de Ley N.º 2902-2017, enviado al Congreso de la República el 14 de mayo de 2018. [https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0290220180517.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0290220180517.pdf)

## Normativa y legislación

Constitución para la República del Perú, Asamblea Nacional (18 de enero de 1920).

Constitución Política del Perú (29 de marzo de 1933).

Constitución para la República del Perú (12 de julio de 1979).

Constitución Política del Perú, Congreso Constituyente (1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 26397. *Diario Oficial El Peruano* (7 de diciembre de 1994).

Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y Complementa el Proceso de Ratificación de Magistrados, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 27466. *Diario Oficial El Peruano* (30 de mayo de 2001).

Ley que crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 28083. *Diario Oficial El Peruano* (4 de octubre de 2003).

Ley de la Carrera Judicial, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 29277. *Diario Oficial El Peruano* (7 de noviembre de 2008).

Ley que Declara en Situación de Emergencia el Consejo Nacional de la Magistratura y Suspende su Ley Orgánica, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 30833. *Diario Oficial El Peruano* (28 de julio de 2018).

Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 30904. *Diario Oficial El Peruano* (10 de enero de 2019).

Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, Congreso de la República del Perú, Ley N.º 30916. *Diario Oficial El Peruano* (19 de febrero de 2019).

Ley que crea el Consejo para la Reforma del Sistema Nacional de Justicia. Congreso de la República del Perú, Ley N.º 30942. *Diario Oficial El Peruano* (8 de mayo de 2019).

Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio, Consejo Nacional de la Magistratura, Resolución N.º 043-2000-CNM. *Diario Oficial El Peruano* (20 de noviembre de 2000).

Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio, Consejo Nacional de la Magistratura, Resolución N.º 241-2002-CNM. *Diario Oficial El Peruano* (20 de noviembre de 2002).

Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Resolución N.º 1019-2005-CNM. *Diario Oficial El Peruano* (6 de julio de 2005).

Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de los/las Jefes(as) de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial y del Ministerio Público. Junta Nacional de Justicia, Resolución N.º 046-2020-JNJ. *Diario Oficial El Peruano* (19 de junio de 2020).

Resolución Administrativa N.º 0000115-2024-CE-PJ, aprueba Directiva N.º 001-2024-CE-PJ, denominada Gestión de Procesos de Selección de Jueces/zas Supernumerarios/as del Poder Judicial-Versión 001, Poder Judicial. *Diario Oficial El Peruano* (18 de abril de 2024).

Resolución Suprema de Creación de la Comisión Consultiva denominada “Comisión de Reforma del Sistema de Justicia” dependiente de la Presidencia de la República. Presidencia del Consejo de Ministros, Resolución Suprema N.º 142-2018-PCM. *Diario Oficial El Peruano* (13 de julio de 2018).

Texto Único Ordenado del Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia Resolución N.º 447-2023-JNJ. *Diario Oficial El Peruano* (30 de mayo de 2023).

Recibido: 29/08/2024  
Aceptado: 20/01/2025

# ¿Mejor que no lo creas? La relevancia moral de la mentira para la ética profesional a la luz de la defensa técnica en el proceso penal acusatorio\*

## Don't You Better Believe It? The Moral Significance of Lying for Professional Ethics in Light of the Technical Defense in Adversarial Criminal Procedure

WILFREDO CONCHA-CAMACHO\*\*

Universidad San Ignacio de Loyola (Perú)

LUCIANO D. LAISE\*\*\*

Universidad de Piura (Perú)

**Resumen:** Este artículo se dirige a estudiar el llamado «derecho a la mentira» en el marco del proceso penal acusatorio. Algunos suelen defender tal derecho como un desglose necesario del derecho fundamental del acusado a no autoincriminarse; otros, en cambio, sostienen que el derecho a guardar silencio o a no colaborar activamente con la investigación de la parte acusadora no implica la posibilidad de proferir mentiras. Así, una vez que la persona acusada decide hablar, pues no le quedaría más que decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad. A partir de una revisión de la obra de algunos de los pensadores más relevantes que han abordado la cuestión (por ejemplo, Agustín de Hipona, Constant, Kant y sus intérpretes contemporáneos), este trabajo defenderá una tesis conciliadora o ecléctica sobre el derecho a la mentira. Sostendremos que la discusión suele empantanarse porque se confunde el plano moral y el epistémico al momento de formular un concepto de mentira. A nivel moral, la noción de mentira se refiere a afirmaciones que pretenden inducir a error al interlocutor. Y, a nivel epistémico, la mentira consiste en afirmar intencionadamente cosas que no se corresponden con la verdad material. Así, la mentira es inaceptable desde una definición de las normas morales involucradas; pero, en su faz epistémica, la aceptabilidad de la mentira del acusado remite a la exoneración de demostrar la veracidad de lo que se afirma.

**Palabras clave:** Engaño, proceso adversarial, autoincriminación, garantías procesales, error judicial

\* Esta investigación se enmarca en el proyecto «De la interpretación a la argumentación en el proceso penal adversarial: problemas, límites y desafíos en el Estado Constitucional de Derecho» (DCT2221), financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). El orden de los autores obedece a un criterio estrictamente alfabético.

\*\* Magister en Filosofía Política y Ética por la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (Perú).

Código ORCID: 0009-0004-2446-7454. Correo electrónico: wilfredo.concha@usil.pe

\*\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). Profesor de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú).

Código ORCID: 0000-0003-4249-5948. Correo electrónico: luciano.laise@udep.edu.pe

**Abstract:** This article aims to examine whether the so-called «right to lie» exists within the framework of the accusatory criminal procedures. Some defend this right as a necessary extension of the accused's basic right not to self-incriminate; others, however, argue that the right to remain silent or not to actively cooperate with the prosecutor's investigation does not imply the possibility of telling lies. Thus, once the accused decides to speak, they are bound to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth. Based on a review of the discussion among some of the most relevant thinkers who have addressed the issue of lying (for example, Kant, Constant and Augustine of Hippo), this paper will defend a conciliatory or eclectic claim on the right to lie. We will argue that the debate often turns blurred because moral and epistemic levels are confused when formulating a concept of lying. At the moral level, the notion of lying refers to statements intended to mislead the interlocutor. At the epistemic level, lying consists of intentionally stating things that do not correspond to the actual truth. Therefore, lying is unacceptable from a definition of the moral norms involved; however, in its epistemic aspect, the acceptability of the accused's lie relates to the exoneration from having to demonstrate the truth of what is being claimed.

**Keywords:** Deception, adversarial procedure, self-incrimination, procedural guarantees, judicial error

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE LA MENTIRA, UNA CONFUSIÓN ENTE EL PLANO MORAL Y EL EPISTÉMICO.- II. ¿EL ACUSADO TIENE UN DEBER INNOMINADO A DECIR LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO?.- II.1. EL DEBER INNOMINADO DE DECIR LA VERDAD: ¿JAMÁS SE DEBE MENTIR?.- II.2. CRÍTICAS Y REINTERPRETACIONES DEL DEBER INCONDICIONADO DE DECIR LA VERDAD.- II.3. RECAPITULACIÓN.- III. EL CONCEPTO DE MENTIRA: MÁS ALLÁ DE AFIRMAR ALGO QUE SE SABE FALSO.- III.1. LA PERSPECTIVA EPISTÉMICA Y LA PERSPECTIVA MORAL DE LA MENTIRA: CLAVES PARA EVITAR UNA CONFUSIÓN CONCEPTUAL.- III.2. EL LLAMADO «DERECHO A MENTIR» FRENTE A LA FINALIDAD DE LA MENTIRA.- III.3. RECAPITULACIÓN.- IV. EL DEBER INCONDICIONADO DE NO MENTIR EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO.- IV.1. EL ALCANCE DEL DEBER INCONDICIONADO DE NO MENTIR: EL CASO DEL ACUSADO.- IV.2. EL ALCANCE DEL DEBER ¿INCONDICIONADO? DE NO MENTIR: EL CASO DEL TESTIGO.- IV.3. RECAPITULACIÓN.- V. EL ROL DEL ABOGADO DEFENSOR: ¿DEBERÍA ACONSEJAR MENTIR AL ACUSADO?.- V.1. EL ABOGADO DEFENSOR EN EL MODELO PROCESAL ADVERSARIAL.- V.2. EL LLAMADO DERECHO A MENTIR FRENTE A LA FINALIDAD DE LA MENTIRA.- V.3. EL ABOGADO JAMÁS PUEDE ACONSEJAR MENTIR.- VI. BALANCE CONCLUSIVO. UNA FALACIA DE *NON SEQUITUR*: DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO NO SE SIGUE EL DERECHO A MENTIR DEL ACUSADO.

## I. INTRODUCCIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE LA MENTIRA, UNA CONFUSIÓN ENTE EL PLANO MORAL Y EL EPISTÉMICO

55

La mentira es un juego del lenguaje, como diría Wittgenstein, del cual no podemos escapar (Tomasini Bassols, 2020, p. 216). ¿Alguien podría con sensatez imaginar que la mentira sea erradicada completamente de la existencia humana? Ahora bien, la conceptualización de esta práctica, actividad o juego del lenguaje que designamos como «mentira» es algo muy desafiante. Se trata de uno de esos conceptos morales que todas las personas hemos utilizado en algún momento de nuestras vidas; sin embargo, resulta una noción difícil de formular con precisión. En breve, la mentira es una práctica tan extendida como ardua de delimitar a nivel conceptual.

En el campo del proceso penal, en aquellos sistemas jurídicos en que la legislación positiva no prevé efectos para la mentira del acusado, se discute si el derecho a la mentira es o no es un desglose o derivación necesaria del derecho a no autoincriminarse (Asencio Gallego, 2022, p. 385; Binder, 2016, p. 181; Cubas, 2016, p. 106). Las posiciones se podrían reducir a básicamente dos: a) el acusado tiene derecho a guardar silencio y a adoptar una posición totalmente pasiva en el proceso, pero, si decide hablar, no está habilitado a proferir mentiras, pues si bien estas pueden no funcionar como parte de los elementos de cargo, inevitablemente terminarían influyendo de manera no explicitada en la sentencia condenatoria; y b) la declaración mendaz del acusado no tiene ningún efecto procesal que le resulte perjudicial, lo cual, más allá de eventuales objeciones morales, implicaría que el acusado está facultado a decir mentiras (Asencio Gallego, 2022, p. 390).

El abordaje que acometeremos estará primordialmente enfocado en la ética profesional del abogado, sin perjuicio de que ese problema sea iluminado a la luz de sus implicancias para el proceso penal. El objetivo general de este trabajo consiste en una defensa de la tesis que rechaza el derecho a mentir, pero con algunas peculiaridades y justificaciones diferentes a las que se suelen plantear en esta discusión. Más en concreto, sostendremos que las posiciones descritas por Asencio Gallego frente a la mentira tienen su punto de acierto. Entonces, ¿por qué la controversia persiste y parece no dirimirse jamás de manera definitiva?

A nuestro modo de ver, esto se debería a que ambos polos del debate abordan el problema desde planos válidos, pero distintos e incommunicados entre sí. De esta manera, desde una perspectiva moral, podría concluirse que no existe un derecho a mentir. Y, en cambio, desde un concepto de mentira elaborado a partir de una perspectiva epistémica —esto es, dirigida a esclarecer los hechos que se investigan en un proceso—,

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES



resultaría plausible defender un derecho a la mentira, tal como veremos respecto de ambas cuestiones en el curso de este trabajo.

Más aún, si la expresión «derecho a mentir» refiere a la imposibilidad de imponer una sanción coactiva al acusado que afirma algo que no puede ser probado, pues no cabría objeción alguna a la validez de tal derecho porque, de lo contrario, se terminaría imponiendo al acusado la carga de probar su inocencia. Tal extremo conculcaría una de las garantías más básicas del proceso penal: el derecho a no autoincriminarse (Laise, 2023, p. 28). Por ende, si se le exigiera al acusado que acredite la veracidad de lo que afirma, se estaría invirtiendo la carga de la prueba en su perjuicio.

Recapitulando, argumentaremos que la discusión sobre el significado y alcance del derecho a la mentira se basa en una confusión de planos o niveles de análisis. En efecto, resulta necesario distinguir con claridad entre un plano epistémico y una definición práctica-moral con el fin de clarificar en qué sentido resulta inaceptable la mentira en la ética que ha de regir en el proceso penal. Con todo, cabría rescatar un sentido en que la mentira podría tener un lugar en el proceso. No resulta necesariamente contradictorio afirmar que el acusado está obligado a no mentir y, a la vez, que puede afirmar cosas que sabe que son falsas sin que por ello operen consecuencias negativas sobre su persona<sup>1</sup>.

El recorrido que emprendaremos para defender la antedicha tesis es el siguiente: a) expondremos la doctrina del deber innominado a decir la verdad en la discusión entre Kant y Constant, b) examinaremos las críticas al deber innominado a decir la verdad con el objeto de rescatar sus aciertos y limitaciones, c) presentaremos un concepto de mentira que distinga entre un nivel moral y un nivel epistémico con el propósito de despejar muchas de las confusiones que se presentan sobre el derecho a mentir, y d) desplegaremos un argumento para delimitar el alcance del asesoramiento que el abogado ha de brindar a sus clientes respecto a la mentira. Aquí sostendremos que el abogado ha de desaconsejar la mentira porque solo así se podrían concretar los fines del proceso acusatorio y, a la postre, del derecho mismo. Finalizaremos con un balance conclusivo, en el que sistematizaremos y recapitularemos las principales contribuciones de este artículo.

<sup>1</sup> En tal sentido, cabe precisar que la noción misma de contradicción no se reduce a afirmar simultáneamente que dos afirmaciones opuestas son verdaderas, pues la contradicción presenta un matiz adicional que no siempre se advierte. Así, una proposición es contradictoria cuando se afirman cosas que no pueden ser posibles al mismo tiempo, pero bajo el mismo punto de vista (Aristóteles, 2003, libro IV, 1005b15).

## II. ¿EL ACUSADO TIENE UN DEBER INNOMINADO A DECIR LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO?

57

El derecho tiene la función de evitar o resolver problemas entre individuos en la sociedad, facilitando la cooperación social mediante la asignación de derechos y deberes correlativos (Hohfeld, 1917, p. 713; Nino, 2018, p. 3). La cooperación social resultará eficiente cuando los medios para resolver conflictos también lo sean. En este contexto, el derecho procesal se erige como el cauce institucional del Estado para la resolución de controversias que surgen de la falta de cumplimiento de estos deberes correlativos. Aún más, sin proceso el derecho no podría concretarse de manera eficaz, pero el proceso tampoco sería realizable si no fuera por el derecho (Carnelutti, 1994, p. 27)<sup>2</sup>.

Según la doctrina, el proceso tiene tres finalidades: verdad, justicia y paz (San Martín, 2020, p. 21). Estas finalidades deben conciliarse en el marco de un debido proceso. El proceso penal regula los actos destinados a investigar la existencia de un hecho punible e imponer las sanciones establecidas por la ley con el fin de ejercer el *ius puniendi* del Estado. Esto busca prevenir la criminalidad y enviar mensajes a la sociedad sobre el funcionamiento de las instituciones de justicia y el cumplimiento de las disposiciones jurídico-penales (San Martín, 2020, p. 21; Zuñiga, 2023, p. 22).

De acuerdo con una parte de la literatura especializada, el modelo procesal penal acusatorio debe buscar la verdad, lo cual se alinea con las principales finalidades del proceso. Este ideal, asumido por los órganos de justicia penal, guía cada una de sus acciones (San Martín, 2020, p. 21). Así, por medio del proceso penal se pretende encontrar la verdad material sobre los hechos considerados delitos y establecer quiénes han cometido tales acciones. Dicho de otra forma, la obtención de la verdad fáctica es lo que justifica todo juicio de atribución de responsabilidad penal.

Para otro sector de la doctrina, la verdad material o real es imposible de conocer. De esta manera, se introduce la tesis de la verdad, que son correlaciones entre las aseveraciones fácticas y la actividad probatoria desplegada en un conflicto (Zuñiga, 2023, pp. 20-21). Esto implica que la verdad se convierte en un tema central en el proceso penal y no debe ser subestimada. Se busca que la verdad esté siempre presente en todo el

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

2 Se considera acusado al sujeto sobre el cual recae la incriminación de un hecho punible y que se encuentra en etapa de juzgamiento; mientras que en las etapas de investigación se le denomina «imputado» (San Martín, 2020; Zuñiga, 2023). En este trabajo no se abordará la diferencia entre imputado y acusado; de hecho, en algunos pasajes se utilizarán como sinónimos, ya que nos referiremos tanto a las declaraciones realizadas en la etapa de investigación como en la de juzgamiento. Para nuestros fines, no es relevante explorar esa diferencia en el contexto de la presente investigación.

proceso, ya que faltar a ella significaría desatender a la finalidad misma del derecho.

Ahora bien, ya sea que el proceso penal busque la verdad material, según la doctrina clásica, o la tesis de la verdad, surge la pregunta inevitable: ¿cuál es el deber de los sujetos involucrados en el proceso penal con respecto a la «verdad»? Para abordar esta cuestión, es necesario considerar las diferencias entre los distintos sujetos procesales que interactúan en el modelo acusatorio con el fin de precisar el deber de verdad que corresponde a cada uno de ellos.

A primera vista, se puede diferenciar claramente dos grupos: aquellos que tienen un deber innominado de decir la verdad y aquellos que no lo tienen. En el primer grupo, por ejemplo, se encuentran las instituciones de administración de justicia, quien está legitimado a incoar la acción penal, el Ministerio Público Fiscal y los testigos<sup>3</sup>. En el segundo grupo se encuentran el acusado y algunos testigos, según lo que se les pregunte y su vinculación con el acusado. En esta sección del trabajo analizaremos brevemente si el acusado tiene el deber incondicionado de decir la verdad, todo ello teniendo presente que una de las finalidades del proceso es la búsqueda de la verdad.

Para cumplir con el objetivo propuesto, este segmento abordará, en primer lugar, qué es el deber incondicionado de decir la verdad, para lo cual nos serviremos de las ideas de Immanuel Kant, un filósofo que estudió de manera exhaustiva este deber. En segundo lugar, se analizarán las réplicas esgrimidas contra la idea del deber incondicionado a decir la verdad, especialmente las presentados por Benjamin Constant en su polémica con el «pietista», así como las principales reinterpretaciones sobre el deber incondicionado que Kant supo defender.

## II.1. El deber incondicionado de decir la verdad: ¿jamás se debe mentir?

Por un deber incondicionado estamos obligados a hacer algo con independencia de lo que deseemos, ya que sus exigencias son categóricas (Rachels, 2017, p. 196; Sense, 2015, p. 138). Esta es la característica central de la moralidad kantiana. Nuestras acciones se determinan a través de reglas morales que funcionan como razones necesarias y suficientes para determinar la voluntad. Así, la obligación es el resultado de lo que la ley moral declara como necesario (Sense, 2015, p. 142). La ley moral de la propia razón es la característica central que hace

<sup>3</sup> Es importante destacar que los testigos tienen una condición especial, ya que, si así lo deciden, pueden no pronunciarse sobre hechos que puedan implicarlos en la comisión de un delito, en virtud del derecho a no autoincriminarse. Además, tampoco pueden declarar sobre presuntos hechos ilícitos cometidos por sus parientes por consanguinidad o afinidad (Código Procesal Penal del Perú, 2004, Título Preliminar, arts. IX y 165).

posible a la obligación moral (p. 145). Cuando actuamos conforme a esta ley moral, estamos actuando con autonomía.

A diferencia de los deberes incondicionados, los deberes condicionados requieren incentivos para ser cumplidos. Cuando esto sucede, estamos frente a la heteronomía porque la acción estaría guiada por leyes de incentivos relativos y contingentes, y no por leyes universales y necesarias, según el pensamiento kantiano (p. 146). Así, la ética kantiana se basa en principios que nos indican qué hacer y por qué hacerlo. El bien reside en la manera de actuar de la persona, independientemente de un estado como la felicidad. Esta es la ética moderna en contraste con la ética antigua, que Kant considera inapropiada para la modernidad (Wood, 2015, p. 127).

Así entendido, para Kant (2012a) los individuos tenemos el deber incondicionado de decir la verdad, con prescindencia de si esto ocasiona daño a nosotros u a otros, incluso si se trata de un ser querido. Esto se debe a que no se puede hacer una ley universal de la mentira, ya que se destruiría a sí misma (p. 7)<sup>4</sup>. Por consiguiente, el deber de veracidad contiene una ley en sí, lo cual no depende de los efectos que puedan derivarse de decir la verdad o del temor a las consecuencias perjudiciales que podría traer la mentira.

Por su parte, siguiendo a Kant, la mentira es una declaración intencionalmente no verdadera hecha a otro individuo, sin importar el resultado (p. 29). Asimismo, la mentira es el mayor ataque que la persona humana puede hacerse a sí misma. En efecto, la mentira puede ser tanto exterior como interior. En el primer caso, otros la despreciarán; en el segundo, que es el peor, se produce la aniquilación de la propia dignidad del hombre<sup>5</sup> (Kant, 2012a, pp. 38-39; Rachels, 2017, p. 199).

La veracidad es un deber formal de toda persona en relación con cualquier otro ser humano (Kant, 2012b, p. 28). Siguiendo el pensamiento kantiano, la veracidad debe ser la base de todos los deberes derivados de un contrato. Si se permite la menor excepción, todo lo que se afirme se tornará inútil y dudoso. Esto se debe a que el fin último de la comunicación es transmitir pensamientos de manera honesta<sup>6</sup>. Por lo

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

WILFREDO CONCHA-CAMACHO Y  
LUCIANO D. LAISE

4 Kant (2012a) empieza a tratar el deber incondicionado a decir la verdad en *La fundamentación de la metafísica de las costumbres* al desarrollar el ejemplo de la promesa falsa por medio de una promesa mentirosa. Luego, desarrolla el caso de mentira en caso de una promesa falsa a la hora pedir prestado dinero, lo que para él sería tratar de volver una exigencia de egoísmo en una ley universal, lo cual la anularía al instante porque se estaría tratando de sacar provecho del otro con base en mentiras (p. 8).

5 A diferencia de lo que se cree, la dignidad no tiene un rol constitutivo en la filosofía práctica kantiana. Aparece en la tercera fórmula de concreción del imperativo categórico; es decir, en la fórmula del reino de los fines, donde se presenta la idea de autolegislación del ser humano. Esto implica autonomía o autorregulación (Von der Pfordten, 2016, pp. 51-53).

6 «Comunicar a otro los propios sentimientos, sabiendo que las palabras que los transmiten contienen afirmaciones contrarias a lo que se piensa, es un fin que va directamente contra la finalidad natural de la facultad de comunicar los pensamientos y, por consecuencia, una renuncia a la personalidad.

tanto, el hombre debe ser coherente consigo mismo en la declaración de sus pensamientos y está obligado a la veracidad (p. 40).

Con todo, resulta necesario efectuar una precisión. Kant plantea que, si no puedes guardar silencio, entonces debes decir la verdad (p. 27). Esto tiene una importante consecuencia. Decir la verdad no es un deber inmediato o directo, sino uno que funciona como *ultima ratio* (Stewart, 2019, p. 467). Ahora, este deber de no mentir no está referido a la verdad de los enunciados, sino a la sinceridad de quien afirma una proposición. Con otras palabras, el rechazo kantiano a la mentira pretende erradicar la doblez más que asegurar la primacía absoluta de la verdad.

Así, Kant entiende que permitir la mentira, incluso en casos de filantropía, afecta a todo el orden legal. El deber de la sinceridad es el requisito necesario que funciona como condición de posibilidad del propio orden jurídico. El paso del estado de la naturaleza al estado jurídico solo es posible mediante la sinceridad. Aún más, la mentira pondría en peligro la condición legal de los hombres (Mertens, 2016, p. 29). La proliferación de la mentira, en efecto, amenaza de manera silenciosa y progresiva a todos los seres humanos. En fin, quien miente socava los cimientos de la convivencia pacífica a través del derecho (Weinrib, 2008, p. 153). De esta manera, Kant rechazaba la moralidad de toda mentira e, incluso, las llamadas «mentiras benevolentes»<sup>7</sup>. Existe, pues, un deber absoluto de no mentir.

## II.2. Críticas y reinterpretaciones del deber incondicionado de decir la verdad

Luego de que Kant (1785) se pronunciara sobre el deber incondicionado de decir la verdad en *La fundamentación de la metafísica de la costumbre*, surgieron críticas a su planteamiento. Quizás la más famosa y contemporánea al «pietista» fue la esgrimida por Benjamin Constant (1796). Sin embargo, Constant no menciona de manera expresa a Kant en la versión original, sino a un «filósofo alemán» (genérico, digamos). Ahora, el pensador francés aceptó una nota aclaratoria que puso el editor germánico de su trabajo, la cual aclaró que ese «filósofo alemán» era precisamente Kant (Paton, 1954, p. 193).

No obstante, como señala Albiac (2012), la polémica entre el prusiano y el francés inicia con una cita errada que este hizo de Kant (p. LXII). En tal sentido, Constant cuestionaba que fuera correcto decir la verdad a un asesino que pregunta por la ubicación de un amigo nuestro para ir

De esta forma, el mentiroso es una simple apariencia de hombre más que un hombre mismo» (Kant, 2012a, pp. 38-39).

<sup>7</sup> Aunque anclado en otras razones, Agustín de Hipona (2007) también rechazaba tajantemente la posibilidad de mentiras bien intencionadas, pero que no dañan ni perjudican a nadie. De esta manera, el argumento agustiniano rechaza tales mentiras porque erosionan la relevancia de la verdad en las relaciones interhumanas (p. 257).

a matarlo. Esta supuesta afirmación de Kant no existe hasta la fecha en que Constant se la adjudica. Kant, lejos de evitar la polémica y cerrar el tema, la acepta como propia y la defiende en su trabajo *Acerca de un pretendido derecho a mentir por filantropía* (1797) y en *La metafísica de las costumbres* de (1797).

Constant (2012) introduce sus objeciones al supuesto deber incondicionado de decir la verdad. Pero ¿cómo sostiene su argumento? Entonces desarrolla su idea de principios entendidos como resultado de ciertos hechos particulares (pp. 11-12). Para él, si los hechos particulares alrededor de un principio cambian, este también se modifica. De esta forma, los principios son generales, pero funcionan de manera relativa y no absoluta. En cada circunstancia, según su propio contexto, se debe buscar recurrir a los principios específicos que cada situación exige para actuar. Así, la esencia de los principios no reside en su generalidad ni en su aplicabilidad a una amplia gama de casos y su virtud consiste en su ajuste al contexto particular, pues la esencia del principio reside en su utilidad (p. 13).

De esta forma, para Constant, los principios intermediarios son los que le dan sentido a los principios. Esos principios intermediarios funcionan como su apoyo y son los que les dan contexto. El desconocimiento de dichos principios es lo que causa desorden en la comprensión y aplicación de los principios (p. 14). Así, los principios morales separados de los principios intermediarios están destinados a producir desorden en las relaciones sociales. Un ejemplo de este caso, según Constant, sería el principio moral que establece decir la verdad como un deber incondicionado y aislado de los principios intermediarios (p. 18).

Así, el principio que establece decir la verdad de forma incondicionada resulta inaplicable y destruiría la sociedad (pp. 19-20). El pensador francés indica que se debe buscar su medio de aplicación (principios intermedios) con el fin de encontrar un nuevo principio, siguiendo una cadena. Es cierto que decir la verdad es un deber y el concepto de deber es inseparable de la noción de derecho. Así, Constant llega a la conclusión de que donde no hay derecho, no hay deber. «Por consiguiente, decir la verdad es un deber, pero solamente en relación a quien tiene el derecho a la verdad. Ningún hombre, por tanto, tiene derecho a una verdad que perjudique a otros» (p. 20).

Para Constant, este nuevo principio sobre decir la verdad excluye toda la arbitrariedad e incertidumbre de la propuesta kantiana (p. 21). Así, Constant cree que no renuncia al deber de decir la verdad, sino que ahora le da un contexto, remedia sus inconvenientes y lo hace aplicable. De esta forma, podríamos mentir a la persona que nos pregunta por la ubicación de nuestro amigo al que busca para matarlo, ya que el asesino

61

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

no tendría derecho a esa verdad. Con otras palabras, al agresor no se le debe un dicho que pueda ser calificado como cierto.

Kant no tardó en responder a Constant, y, como buen polemista, califica de poco claro al principio que Constant trata de defender. Según Kant (2012b), la verdad no es una propiedad a la que se le puede conferir derechos para unos y negarlos a otros. El deber de veracidad no admite distinción entre individuos que tendrían este deber y quienes no, dado que es un deber absoluto y válido en cualquier circunstancia (p. 33). Todos los individuos tienen derecho a su propia veracidad, una verdad inherente a su persona.

Constant estaría en un error, señala Kant, porque confunde la acción en la cual alguien perjudica a otro diciendo una verdad que no puede evitar con el acto de aquel otro que comete una injusticia (el asesino que ahora sabe dónde está la persona que busca para matar). Estos dos hechos son distintos. El primero sería un efecto no intencionado del deber de veracidad, mientras que el segundo es un acto contrario a la legalidad (p. 32).

De esta forma, el deber incondicionado de decir la verdad es perfecto o estricto, de derecho. En cambio, el deber de benevolencia es imperfecto o amplio, de virtud. Cuando se presentan estos casos, se aplica la regla de prioridad, de modo que los deberes estrictos tienen prevalencia sobre los amplios (Mertens, 2016, p. 31). Así, las máximas de la mentira son violaciones a deberes perfectos que no pueden contradecirse cuando se universalizan (Korsgaard, 1986, p. 5).

Por ende, todos los hombres tienen el estricto deber de enunciar la verdad, aunque se perjudiquen a sí mismos o a otros porque el individuo no es libre para escoger, ya que la veracidad es un deber incondicionado (Kant, 2012b, pp. 32-33). Los principios intermediarios defendidos por Constant no pueden establecer excepciones al deber incondicionado de decir la verdad porque destruirían la universalidad de los principios prácticos que deben contener una verdad rigurosa (p. 36).

La defensa del deber incondicionado de decir la verdad busca establecer la veracidad como condición de posibilidad de un orden legal (Paton, 1954, p. 196). Aún más, cualquier derecho a mentir por filantropía (como no decirle al asesino dónde está la persona que este busca) debe ser rechazado por ser incompatible con el orden legal. La razón práctica nos exige entrar en un estado jurídico y abandonar el estado de naturaleza, lo cual solo será posible mediante contratos que sean veraces y que no pongan en peligro la condición legal del hombre (Mertens, 2016, p. 29).



## 63

Este postulado kantiano de decir la verdad incondicionalmente, incluso al asesino que nos pregunta por la ubicación de una persona que busca matar, genera hasta nuestros días mucho debate y reinterpretaciones que buscan equilibrar este postulado tan severo. Entre ellas destaca el trabajo de Christine Korsgaard (1986). La filósofa entiende que Kant establece un ideal alto de nuestra conducta con relación a la verdad y que este es un mandato categórico (p. 2). Para ella, el deber tiene dos partes: a) uno nunca debe mentir en ninguna circunstancia o motivo; y b) si uno miente, es responsable de todas las consecuencias que se deriven de esa mentira.

Una reflexión, dentro del marco ético kantiano, podría llevarnos a pensar que es permisible mentir a las personas que pretenden hacer el mal (como el asesino que pregunta por la ubicación de su víctima), ya que esa máxima es universalizable. El «malo» se ha puesto en una posición moralmente desprotegida por su propia intención de hacer daño, lo que crea una situación que la universalización no puede alcanzar ni recoger (Korsgaard, 1986, p. 7; Rachels, 2017, p. 200).

Para demostrar si es correcto lo antes planteado, se deben analizar las diferentes formulaciones del imperativo categórico kantiano. Sin embargo, al aplicar la fórmula de la ley universal y la fórmula de la humanidad como fin, estas arrojan respuestas diferentes. La primera parece indicar que la mentira es permisible, mientras que la segunda indica que no lo es (Korsgaard, 1986, p. 14; Mertens, 2016, p. 31).

Para resolver este conflicto, según Korsgaard (1986), es necesario apelar a la teoría ideal y no ideal de John Rawls (1971). La teoría de Kant sería de un solo nivel, que no respondería ante los dilemas de la verdad. Así, la fórmula de la humanidad es la teoría ideal que ha de gobernar nuestra conducta diaria. En cambio, ante condiciones no ideales (como la del asesino que nos pregunta por la ubicación de su próxima víctima), podemos apelar a la universalidad para evitar convertirnos en herramientas del mal. En estos casos, se permite confiar en la fórmula más permisiva de la ley universal (Korsgaard, 1986, p. 14).

### II.3. Recapitulación

La discusión entre Kant y Constant puso de relieve que la mentira es algo que, incluso cuando opera entre particulares, tiene efectos de trascendencia social. Más allá de las exageraciones retóricas de esta polémica, se pueden rescatar algunos puntos importantes para el presente trabajo:

1. La mentira está más asociada a proscribir el vicio de la insinceridad que a desterrar los yerros de nuestra convivencia comunitaria.

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES



2. La intransigencia kantiana en contra la mentira tenía un fin preventivo general; es decir, pretendía erradicar el engaño y la doblez en las relaciones humanas.
3. La erradicación de la insinceridad pretendía funcionar como un medio necesario o imprescindible para asegurar los derechos de los habitantes de una comunidad política.

Con todo, hay algunos puntos que la discusión entre Kant y Constant han omitido, como la posibilidad de que la mentira se sirva de afirmaciones que se correspondan con la realidad. Mentir con la verdad, como veremos, es una posibilidad que podría lucir como contradictoria, pero solo si nos mantenemos en un plano estricta o netamente gnoseológico. Desde un nivel moral, es posible mentir con la verdad porque el punto central, desde una perspectiva moral, no es sostener una afirmación que no se corresponde con la verdad material, sino si tenemos el deber de abstenernos de emplear un enunciado con el fin de confundir al interlocutor. Sobre este punto versará el próximo apartado.

### III. EL CONCEPTO DE MENTIRA: MÁS ALLÁ DE AFIRMAR ALGO QUE SE SABE FALSO

#### III.1. La perspectiva epistémica y la perspectiva moral de la mentira: claves para evitar una confusión conceptual

La acepción más generalizada de la mentira, a nuestro modo de ver, se encuentra sintetizada en el *Diccionario de la Real Academia Española*: «Expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se cree o se piensa». Así, resulta que mentir es una manera de ser inconsecuente con lo que sabemos o creemos saber. En efecto, algunos filósofos proponen definir a la mentira como una aseveración por la que deliberadamente se pretende no decir la verdad (Tomasini Bassols, 2020, p. 219). Llamaré a esta aproximación gnoseológica o epistémica porque lo que pretende resaltar es la adecuación de una afirmación con la realidad de las cosas.

Así, una definición de corte epistemológico podría ser interesante para desarrollar aspectos de una teoría del conocimiento. En tal plano, se podrían suscitar interrogantes relevantes e interesantes como, por ejemplo, ¿cuál es la medida para distinguir entre un hecho corroborado de manera poco diligente y el pronunciamiento de una mentira? No obstante, esta línea de respuestas no capta de manera suficiente el aspecto que nos interesa acometer en este trabajo: ¿cuál es la dimensión moral de la mentira?

En efecto, desde un punto de vista moral, la contribución de una aproximación epistémica es que la mentira no se ha de confundir con la

equivocación. No toda falta de correspondencia con la verdad material es una mentira. Si bien es cierto, como dice Agustín de Hipona (2007), que una equivocación puede comportar una falta moral, también puede ser que eso no siempre sea una mentira (p. 240). Por ejemplo, Juan afirma categóricamente algo que termina siendo incorrecto. Ahora, resulta que Juan hubiera evitado su yerro con una elemental o mínima corroboración. Al respecto, Agustín de Hipona remarcaría que tal equivocación podrá ser una falta moral porque se obró con temeridad, pero eso no constituye un caso de mentira.

De esta manera, el punto subyacente de la aproximación epistémica es que la mentira configura un tipo de acción humana. Aquí se revela el principal *insight* del pensamiento agustiniano; a saber, que la comprensión del concepto de mentira remite necesariamente a su finalidad o intencionalidad (Agustín de Hipona, 2007, p. 240; Bettetini, 2002, p. 25). Ahora, ¿cuál es tal finalidad? Pues la infidelidad a lo que se sabe, se cree o se piensa con el propósito de engañar al interlocutor. De ahí que algunos científicos expertos en el tema emplean los términos «engaño» y «mentira» de manera intercambiable (Ekman, 1992, p. 26), a pesar de que existe cierta discusión en el ámbito filosófico (Stokke, 2013, pp. 348-350).

No obstante, el punto más original del sabio de Hipona (2007) es que esa infidelidad no solo supone afirmar algo falso (p. 241), porque también se puede mentir siendo plenamente consecuente con lo que «se sabe, se cree o se piensa» a nivel material. Se puede, entonces, mentir con la verdad. ¿Pero cómo se podría hacer tal cosa? ¿No sería contradictorio sostener que se puede mentir afirmando cosas que son verdaderas? Agustín de Hipona sugiere un ejemplo interesante para ilustrar este punto, el cual reformularé parcialmente para profundizar esta explicación (p. 242).

Supongamos que le preguntan a una persona, que es reputada como mentirosa por sus propios interlocutores: ¿es seguro emprender el viaje por tal camino? La persona que habitualmente miente responde que no. Con todo, el mentiroso esta vez es plenamente fiel a la realidad de las cosas. Sabe con certeza que los atracos son muy frecuentes en tal camino, pero también conoce que su reputación le precede. Entonces el mentiroso advierte que, si dice que el recorrido es seguro, nadie iría; y si dice que no es seguro, la gente se relajará e irá por tal sendero. Ante esta circunstancia, el mentiroso ha decidido sacar provecho a su descrédito a partir de un convenio con unos atracadores ubicados en el peligroso camino. Ahí advierte que decir la verdad puede ser también un buen negocio porque los atracadores reparten un porcentaje del botín obtenido con él.

65

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

WILFREDO CONCHA-CAMACHO Y  
LUCIANO D. LAISE

Ante un caso como el relatado, ¿estamos frente a una mentira? La respuesta categórica es: sí. Porque la mentira no se define primordialmente por la intención de afirmar algo falso, sino por manipular la verdad con la pretensión de engañar. Se trata de una acción dirigida a distorsionar el mundo real a través del uso manipulativo del lenguaje con el propósito de crear una imagen falsa de él (Danesi, 2020, p. 12). Aún más, la mentira se especifica frente a otras formas de engaño por un elemento diferenciador; a saber, mentir supone la instalación y el simultáneo quiebre de la confianza previamente establecida por el emisor del mensaje (Green, 2001, p. 166).

Probablemente, la estrategia más habitual para engañar al interlocutor consista en aseverar cosas que sabemos que no son verdaderas porque, como dice Adler (1997), la mentira es el medio más sencillo y eficaz para confundir a quien tenemos enfrente (p. 440). Con todo, quizá el expediente más directo para la mentira sea la afirmación de cosas falsas, pero eso no significa que sea el único camino.

En efecto, no solo se trata de advertir la posibilidad de un cisne negro. También este análisis conceptual ha revelado un aspecto muy relevante para el proceso penal. El punto central de la dimensión moral de la mentira no radica en una acción negativa, sino en provocar un engaño (Barber, 2020, p. 146). Esto puede servirse tanto de la verdad como de la falsedad de lo que se afirma. Por consiguiente, el relieve ético de la mentira está indisolublemente asociado con el engaño.

Esas conductas engañosas han de ser determinadas y, en su caso, erradicadas en virtud del contexto ético en que se despliegan (Rhonheimer, 2008, p. 233). Porque la finalidad última de la acción llamada «mentira» se dirige a cometer lo que Rhonheimer (2008) denomina un «acto de injusticia comunicativa» (2008, p. 90; 2020, p. 363). Esto significa que mentir es una de las formas en que se defrauda lo que se le debe al otro; a saber, no ser manipulado o inducido a adoptar creencias falsas. Así, la mentira implica la erosión de la confianza en que se asientan los vínculos comunitarios, de manera tal que si del contexto no se desprende una expectativa de un mensaje sincero, pues no habría mentira alguna.

Por ejemplo, el torturador que profiere amenazas tremendamente violentas con el fin de intimidar a la persona detenida para que brinde su confesión. El sujeto que padece violencia psicológica no vio defraudadas sus expectativas de sinceridad por parte de su interlocutor porque una víctima de tortura no espera que su agresor cumpla con su palabra, sino que pretende salir cuanto antes de su padecimiento. La mentira exige un contexto comunicativo que provoque confianza entre las partes y esa confianza luego es defraudada para inducir al error a una persona que padece tales dichos mendaces.

### III.1.El llamado «derecho a mentir» frente a la finalidad de la mentira

Así, cabe preguntarse, ¿qué es el engaño? La respuesta al interrogante, desde la perspectiva moral, es relativamente más sencilla que en un plano más amplio. El engaño consiste en inducir al interlocutor a una creencia falsa (Tomasini Bassols, 2020, p. 219). Se trata de una acción deliberada porque el mentiroso pretende desinformar a la víctima (Ekman, 1992, p. 27). En efecto, la acción paradigmática por la que se configura el engaño propio de la mentira es la exposición de información (falsa o verdadera) como si fuera verdadera. Aún más, existen quienes agregan un elemento adicional al concepto de mentira; a saber, que quien miente pretende brindar garantías de lo que afirma (Carson, 2006, p. 292; Saul, 2012, p. 10).

Siguiendo la línea que venimos presentando, la mentira constituye una especie de acción positiva dirigida a inducir al error a nuestro interlocutor. Se trata de provocar un cambio a través de movimientos corporales (Lagier, 1999, p. 147). Más en concreto, mentir supone una persona que articula un mensaje con el propósito de que el interlocutor cambie de parecer o se forme uno que no se corresponde con la realidad.

En ese sentido, el acusado bien podría afirmar cosas que no se adecúan con la realidad, pero eso no equivaldría de modo necesario a un engaño. Dicho de otra forma, mentir no se define moralmente por la falta de adecuación de lo dicho con la realidad, sino por la pretensión de confundir al interlocutor (Barber, 2020, p. 146). Entonces, el reverso de la mentira no es el deber categórico de afirmar la verdad, sino el deber de abstenerse de inducir al error al interlocutor.

Pongamos un ejemplo para ilustrar esto: el comisario Juan, que trabaja en un pueblo pequeño, estuvo a cargo de una investigación que luego resultó de alto impacto mediático y de trascendencia social; a saber, el secuestro y posterior desaparición de un infante de cinco años. Sin embargo, Juan fue acusado posteriormente de encubrir los delitos que estuvo investigando.

Todo empezó cuando el comisario declaró que estaba durmiendo la siesta cuando comenzó la búsqueda del niño perdido en el pueblo. No obstante, después otros testigos manifestaron que, en realidad, Juan estaba en un restaurante en el mismo momento en el cual dijo que estaba durmiendo. Peor aún, los testigos remarcan que el comisario se la pasaba hablando por teléfono sobre el niño desaparecido. Juan habría estado, además, impartiendo directivas e instrucciones a sus subalternos con el fin de evitar que se dirijan al lugar de los hechos.

Entonces, ¿Juan afirmó algo que sabía que era falso? Sí, claro que sí. Además, Juan pretendió suscitar una creencia falsa en sus interlocutores

67

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

(fiscales del caso y jueces que dirigían la investigación preparatoria). El ejemplo representa un caso en el que coinciden perfectamente los elementos básicos de una mentira: a) afirmar algo que se sabe falso y, además, con la pretensión de b) confundir al interlocutor con la afirmación de una falsedad. Aquí, pues, coinciden de manera pacífica la perspectiva moral y la epistémica de la mentira.

El caso central de la mentira consiste en manipular los hechos con el fin de suscitar y manipular las creencias del interlocutor a través del mensaje comunicado por el mentiroso. Sin embargo, el empleo de información falsa es una de las estrategias disponibles, pero no es la única alternativa posible. De hecho, quizá la alternativa más interesante constituye el engaño de quien induce una creencia falsa a través de manifestar una verdad (Tomasini Bassols, 2020, p. 219). Esto remite a un universo de casos éticamente más significativo para la reflexión moral porque estamos en un plano en donde la afirmación de una proposición verdadera y el engaño coinciden (p. 219). Veamos esto con otro ejemplo.

Un acusado poco confiable, alguien que habitualmente miente a la Fiscalía de manera dolosa, se acerca a esta con el fin de brindar un dato que podría ser útil a una investigación de alto interés público. El acusado, reconocido por su mendacidad, sabiendo que su reputación podría confundir a los investigadores, afirma que el niño desaparecido no está en el acceso norte de la ciudad, sino en otro punto ubicado al sur. Con el dato obtenido, el Ministerio Público Fiscal decide reforzar la búsqueda en la entrada norte; es decir, lo opuesto a lo que el acusado declaró.

Siguiendo esta línea argumental, cabría preguntarse: ¿el acusado ha mentido? Pues, de acuerdo con la definición moral de la mentira que hemos elaborado, sí. De hecho, si ese acusado hubiera querido realmente salvar la vida del niño, si pretendía evitar confusiones —es decir, si pretendía no mentir—, tenía que aseverar algo que sabía que era falso. En breve, el mentiroso, al decir algo falso, desde un punto de vista netamente moral, no hubiera mentido.

### III.3. Recapitulación

El análisis del concepto moral de mentira ha revelado un aspecto muy relevante para el proceso penal. El punto central de la dimensión moral de la mentira no radica en una acción negativa; esto es, abstenerse de decir la verdad. Se trata, en cambio, de una acción positiva que consiste en provocar un engaño en el interlocutor (Barber, 2020, p. 146). Esto puede servirse tanto de la verdad como de la falsedad de lo que se afirma. En fin, el relieve ético de la mentira está indisolublemente asociado con el engaño.

Con todo, tales engaños operan o se determinan en el particular ético en que se despliegan (Rhonheimer, 2008, p. 233) porque la finalidad última de la acción llamada «mentira» se dirige a cometer un acto injusto con la práctica social de la comunicación. Esto significa que mentir es una de las formas en que se defrauda lo que se le debe al otro; a saber, no ser manipulado o inducido a adoptar creencias falsas. Por ende, la mentira socava la confianza social, uno de los pilares básicos en que se asientan los vínculos comunitarios.

Así, la inmoralidad de una mentira no depende de proferir un enunciado que se sabe o cree que no se adecúa con la verdad material, sino que su aspecto deleznable radica en el error que se pretende inducir en el interlocutor. En breve, lo más reprochable de mentir consiste en un manejo artero del lenguaje que, previo a establecer un marco de confianza entre emisor y receptor, se dirige a manipular las creencias del interlocutor.

#### IV. EL DEBER INCONDICIONADO DE NO MENTIR EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

##### IV.1. El alcance del deber incondicionado de no mentir: el caso del acusado

Nos corresponde analizar si el acusado tiene un deber incondicionado de decir la verdad en el proceso penal acusatorio. Para ello, compararemos al acusado con el testigo y, finalmente, examinaremos si el acusado y/o el testigo tienen ese deber incondicionado y las razones del deber en cada caso, de ser así. Antes de esto, cabe recordar que el proceso penal es un instrumento creado por el derecho para juzgar a los individuos, no necesariamente para condenar ni mucho menos para ser utilizado como un mecanismo de búsqueda de confesiones (Binder, 2016, p. 182). Ello porque el proceso también cumple su finalidad al absolver a los procesados, como bien señala la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-782/05, 2005). Los fines que guían el proceso, según parte de la doctrina, son los de verdad, justicia y paz (San Martín, 2020, p. 21). Así pues, la búsqueda de la verdad en el proceso, sea para condenar o para absolver, no se ha de alcanzar a cualquier precio. En consecuencia, siempre se ha de respetar el debido proceso y las garantías procesales que salvaguardan los derechos de los procesados.

La búsqueda de la verdad en el proceso no se realiza a cualquier costo dentro de un Estado democrático de derecho. Se brindan al acusado garantías para proteger sus derechos frente a posibles abusos del Estado o de terceros. Entre las garantías judiciales mínimas reconocidas para la defensa de los procesados se encuentran: a) la presunción de inocencia, b) la comunicación previa y detallada de la acusación formulada,

69

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

WILFREDO CONCHA-CAMACHO Y  
LUCIANO D. LAISE

c) un plazo razonable para la preparación de la defensa, d) el derecho a una defensa técnica, e) el derecho a tener un defensor, f) el derecho a interrogar testigos, g) el derecho a no autoinculparse y h) el derecho a presentar un recurso de apelación (Exp. N.º 00926-2007-PA/TC-LIMA, 2007). Estas garantías no pueden ser reducidas o restringidas por disposiciones legales y forman parte de los derechos implícitos que se desglosan del derecho al debido proceso.

El derecho a no autoinculparse otorga al procesado la posibilidad de no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable (San Martín, 2020, p. 159). De esta forma, se protege al acusado de colaborar contra su voluntad en la acusación en su contra sin que esto le genere consecuencias negativas (Neyra, 2010, p. 206). Así, los procesados disponen tanto de la facultad de declarar como de no hacerlo. Esta libertad tiene dos aspectos: uno negativo, que se materializa en el derecho a no brindar una declaración que implique autoincriminación; y otro positivo, que es el derecho a declarar para defenderse activamente (San Martín, 2020, p. 159). La decisión de declarar o no queda en manos del procesado y su defensa técnica. Los jueces tienen prohibido interpretar desfavorablemente el silencio de los procesados. En caso de que el acusado optase por declarar, su declaración no estaría sujeta a juramento ni a la obligación de veracidad (pp. 777-778).

El derecho a no autoincriminarse prohíbe valorar el silencio como prueba de cargo, ya que hacerlo presionaría al acusado para declarar, lo que imposibilitaría su derecho. Incluso cambios en la actitud del acusado, como declarar inicialmente y luego guardar silencio, no deben interpretarse en su contra. Este derecho garantiza que el acusado no sea coaccionado a incriminarse ni a colaborar activamente en su propia condena con el fin de asegurar su libertad para decidir si coopera o no, siempre que se le informe claramente sobre este derecho (Ormazábal, 2015, pp. 90-91).

El derecho a no declarar contra sí mismo impone al Estado una serie de obligaciones negativas o de abstención (Exp. N.º 00926-2007-PA/TC-LIMA, 2007). Por ello, el Estado no puede obligar a un procesado a descubrirse o a declarar en su contra. Este derecho no solo protege contra la autoincriminación directa, sino que también permite guardar silencio sobre hechos que involucren a sus coprocesados en el mismo ilícito penal (Exp. N.º 003-2005-PI/TC-LIMA, 2005). Así, el Estado no puede coaccionar a los procesados para que declaren y tiene el deber de informarles sobre las ventajas y desventajas de una declaración autoinculpatoria (Exp. N.º 00926-2007-PA/TC-LIMA, 2007). Además, los órganos judiciales no pueden basar sus sentencias condenatorias únicamente en la autoincriminación del procesado.



## 71

En la normativa peruana, regulada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el derecho a no inculparse no se limitaría solo al individuo, sino que se extiende a la facultad de no declarar en contra de su cónyuge, o de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Asimismo, para el Tribunal Constitucional de Perú (Exp. N.º 00926-2007-PA/TC-LIMA, 2007), el derecho a declarar y el derecho a guardar silencio se fundamentan en la dignidad de la persona y constituyen elementos necesarios del derecho a la presunción de inocencia y del debido proceso.

Aún más, la jurisprudencia constitucional peruana entiende que el derecho al silencio no es sino un medio para garantizar el derecho a la no autoincriminación. Se trata de uno de los derechos implícitos que se desglosa del derecho fundamental al debido proceso porque nadie está obligado a descubrirse ni a declarar contra sí mismo. O, dicho de otra forma, toda persona es capaz de guardar silencio frente a los cargos que se le imputan (Exp. N.º 01198-2019-PHC/TC-LIMA, 2019). Ningún ciudadano está obligado por ley a proporcionar información que lo inculpe, ya sea confesando, explicando o entregando datos o pruebas que lo perjudiquen penalmente (Neyra, 2010, p. 207).

Ahora bien, en el supuesto que estamos desarrollando, si se obligara al acusado a tomar juramento al momento de declarar, este tendría dos opciones: declarar, exponiéndose a ser doblemente procesado y posiblemente condenado; o guardar silencio. Guardar silencio en este caso podría afectar su derecho de defensa (Sentencia C-782/05, 2005), ya que perdería el control sobre su declaración. Una vez iniciado el interrogatorio, estaría obligado a decir la verdad sin poder retener información, lo que limita su estrategia defensiva.

Además, es importante considerar la psicología de los testimonios humanos y las reglas de la litigación, donde el interrogador dirige la declaración. Esto puede llevar a la pérdida de claridad y precisión en la exposición del declarante, así como desviar el sentido de los hechos. Obligar al acusado a tomar juramento bajo la amenaza de una pena severa haría que su declaración no sea libre, voluntaria o consciente. A su vez, también se vería afectada la presunción de inocencia.

En caso de que los acusados decidan declarar y, con ello, renunciar a su derecho a guardar silencio, el juez debe explicarles todas las consecuencias de su decisión y garantizar que esta se tome en plena libertad y sin temor a incurrir en otro delito como resultado de su decisión. De esta manera, el acusado no se encontraría en la situación de tener que escoger entre su derecho de defensa y el miedo a ser doblemente procesado. En efecto, quien sufre una acusación dispone de total libertad respecto al contenido

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO  
  
DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES



de su declaración y puede responder total o parcialmente a todas las preguntas que se le formulen.

#### IV.2.El alcance del deber ¿incondicionado? de no mentir: el caso del testigo

En contraste, al testigo sí se le exige jurar que dirá la verdad. Si el testigo miente durante el juicio, cometería el delito de falsedad en juicio, conocido como falso testimonio en otros países. Si al procesado se le tomara juramento y mintiera en su declaración, podría ser procesado también por este delito. El temor por acabar siendo doblemente enjuiciado y enfrentar graves consecuencias punitivas podría llevar no solo al acusado a autoinculparse, sino a incriminar a sus cómplices, cónyuges o familiares cercanos (Sentencia C-782/05, 2005). Esto vulneraría flagrantemente el derecho a no autoincriminarse, el cual impone al Estado el deber de abstenerse de ciertas acciones. Por lo tanto, se establece que no se puede tomar juramento al acusado al declarar.

No obstante, todas las prerrogativas que tiene el acusado respecto a su declaración no las tiene el testigo. El testigo tiene tres obligaciones: primero, presentarse ante la autoridad para declarar; segundo, declarar sobre todos los hechos materia del proceso; y, tercero, decir la verdad bajo promesa o juramento (San Martín, 2020, p. 786). Si miente, puede ser procesado por su falsedad<sup>8</sup>. La obligación de responder todas las preguntas tiene excepciones. Entre las más importantes están la de no responder preguntas que lo vinculen con la comisión de delitos debido al derecho a no autoincriminarse y la de abstenerse de declarar sobre presuntos ilícitos cometidos por sus familiares.

Asimismo, una de las diferencias radica en que el procesado no tiene el deber de colaborar activamente en el proceso que se sigue en su contra. De hecho, en virtud de la garantía de la presunción de inocencia y la inversión de la carga probatoria, el imputado no está obligado a colaborar activamente en el proceso, así sea a través de declaraciones que impliquen su reconocimiento de un ilícito penal (pp. 173-174). El Estado, al tener la carga de la prueba, tiene el deber de incoar los procesos con el fin de establecer la verdad de los hechos. Así comprendido, resulta lícito para el procesado hacer o dejar de hacer, decir o dejar de decir todo aquello que favorezca a mantener su estado de inocencia (Sentencia C-782/05, 2005).

<sup>8</sup> Entre quienes podrían abstenerse de rendir testimonio se encuentra el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquellos que tengan una relación de convivencia con él. Esta facultad se extiende, en la misma medida, a los parientes por adopción y a los cónyuges o convivientes, incluso si el vínculo conyugal o convivencial ha cesado. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar prestar testimonio en todo o en parte. Esto es aplicable en las normativas de diversos países; en el caso peruano, se encuentra regulado por el artículo 165 del Código Procesal Penal.

## 73

## IV.3. Recapitulación

Como hemos analizado, el acusado no tiene un deber incondicionado de decir la verdad en el proceso penal. En primer lugar, puede guardar silencio, protegido por su derecho a no autoincriminarse. En segundo lugar, al no tener la obligación de tomar juramento o promesa de decir la verdad, el procesado no enfrenta las consecuencias penales de mentir, abriendo así la posibilidad de que mienta. Asimismo, hay una posición intermedia entre estas dos: declarar y decidir guardar silencio sobre ciertos temas según lo que su defensa decida, cobijándose en su derecho a no autoincriminarse. En cualquiera de los supuestos descritos, se abre la posibilidad de que el acusado mienta y, frente a este hecho, no se podría interponer ningún recurso.

En cambio, el testigo sí tendría un deber incondicionado de decir la verdad, pero este deber sería aparente porque el proceso penal presenta una serie de excepciones a aquel, gracias a las cuales el testigo podría guardar silencio cuando se le formule una pregunta. Esto ya no lo haría un deber incondicionado propiamente dicho ni cumpliría con lo propuesto por Kant.

Con todo, la situación del testigo, que no está comprendido por las causales que le permiten eximirse de brindar su testimonio, difiere sustancialmente de la del acusado. Quien brinda su testimonio está conminado no solo a evitar que sus declaraciones induzcan al error a su interlocutor, su deber de decir la verdad no le permite ampararse en la opción de guardar silencio, excepto en aquello que pudiera autoincriminarlo. De esta manera, el silencio del testigo resulta inaceptable, pero sujeto a ciertas condiciones.

Por consiguiente, en rigor, el testigo no tiene un deber incondicionado de decir la verdad; sin embargo, el umbral de veracidad que se espera de sus dichos es sustancialmente mayor que el que se espera del acusado. Porque, si no está comprendido por las causas que le permiten excusarse de brindar su testimonio, se espera que sus dichos no sean un obstáculo a la búsqueda de la verdad material. Antes bien, las expectativas que se depositan en el testigo es que brinde una declaración que allane el camino hacia el esclarecimiento de los hechos que se investigan o juzgan ante un tribunal colegiado o unipersonal.

## V. EL ROL DEL ABOGADO DEFENSOR: ¿DEBERÍA ACONSEJAR MENTIR AL ACUSADO?

Como vimos en los apartados anteriores, la mentira ha de ser abordada desde dos planos: el epistémico y el moral. Desde el plano moral, la mentira busca engañar al interlocutor y manipular sus creencias, lo cual transgrede el deber de no menoscabar la confianza necesaria para

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

afianzar los necesarios vínculos comunitarios para que una sociedad prospere.

Así, una vez que comprendemos el ámbito moral de la mentira, debemos analizar el rol del abogado frente a la mentira en un proceso penal adversarial. Esto requiere que se le preste especial atención a la tensión entre su deber de proteger los intereses de su cliente y su deber de decir la verdad. Entonces brota una pregunta inevitable: ¿el abogado podría aconsejar a su cliente que mienta cuando la mentira parece ser la mejor estrategia de defensa? Se trata de un interrogante que es verosímil y relevante. Al fin y al cabo, la persona sobre la que pende una investigación no tiene la carga de la prueba. Esto podría verse como una ocasión o habilitación para proferir mentiras.

Para desarrollar este apartado, primero abordaremos brevemente el rol del abogado defensor en el modelo adversarial. Luego, analizaremos el deber de quien ejerce la defensa técnica frente a la mentira. Finalmente, explicaremos por qué el defensor nunca debería aconsejar a su cliente que mienta.

### V.1. El abogado defensor en el modelo procesal adversarial

En un proceso penal acusatorio, una persona enfrenta una acusación realizada por una institución técnica y especializada del Estado, como el Ministerio Público, que podría llevar a la pérdida de su libertad. Usualmente, el proceso es largo y tortuoso. Pensando en frío, existe una desventaja para el investigado porque, de un lado, se ubica un órgano técnico y especializado; y, por el otro, una persona que podría no tener ninguna clase de conocimiento jurídico. Esto crea una relación asimétrica que mantiene en vilo al acusado.

La única forma de equilibrar la relación asimétrica y desventajosa en la que se encuentra un acusado es mediante el apoyo técnico-jurídico de un abogado que pueda enfrentar la imputación formulada en su contra (Zúñiga, 2023, p. 83). Este defensor técnico debe proteger los intereses de su cliente y conocer a fondo el proceso y sus reglas. El modelo procesal adversarial debe garantizar los derechos fundamentales de todos los imputados, incluso en contra de los deseos del propio imputado (p. 83).

De esta forma, la defensa es la parte opuesta a la acusación. Tiene derecho, al menos, a los mismos recursos ante la jurisdicción y a la actividad probatoria en condiciones de igualdad frente a su contraparte, siempre bajo el principio de contradicción que rige este modelo procesal (San Martín, 2020, p. 309). Así, el abogado defensor debe hacer valer de la mejor manera posible todas las circunstancias de hecho y de derecho favorables al acusado.

75

El abogado defensor cumple una función pública relevante para la sociedad al hacer valer la presunción de inocencia de sus defendidos, lo cual permite concretar uno de los requisitos fundamentales de los Estados constitucionales de derecho. Esta labor no es solo un deber de garantía formal en el proceso penal, sino un pilar del Estado de derecho. Por ello, la defensa debe ser técnica y solvente para proteger los intereses del acusado, ya que, como mencionamos antes, existe una relación asimétrica de poder entre el Estado —a través de uno de sus organismos autónomos (el Ministerio Público)— y el individuo.

Dentro del funcionamiento del proceso penal, el abogado defensor cumple una función crucial que no debe verse de manera aislada. Su parcialidad en el proceso se justifica y se hace necesaria como contrapeso a la parte contraria (Calamandrei, 2009, p. 97). Para cumplir con esta función, el abogado defensor debe conocer toda la información relevante del caso y mantenerla en confidencialidad.

El abogado tiene el deber de conocer toda la información relevante del caso y, además, de no revelarla. Con todo, no debe engañar al tribunal ni a la parte contraria; de esta forma, contribuye a que la decisión del tribunal sea informada (Seleme, 2021, p. 264). La coexistencia de estos tres deberes genera tensión en el abogado defensor cuando se enfrenta a la mentira. Por ejemplo, ¿el abogado podría recomendar al acusado mentir para evitar graves consecuencias, lo que implicaría engañar al tribunal? Este dilema surge porque el abogado debe, ante todo, promover los intereses de su cliente. Si el abogado fuera simplemente un auxiliar de la justicia que colabora con el tribunal, no existiría este dilema y el deber de litigante sería bien claro: el acusado debe decir toda la verdad, solo la verdad y no callar algo que pudiera ser relevante.

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

## V.2. El deber del abogado defensor frente a la mentira

El deber de confidencialidad entre abogado y cliente es de suma importancia, mientras que la obligación del abogado hacia terceros es mínima (Seleme, 2021, p. 265). Por ende, toda la información que el abogado conoce del caso y los consejos que brinda a su cliente tienen un valor considerable. De esta manera, el defensor forja una responsabilidad especial respecto a su cliente. Este deber, no obstante, no exime al abogado de sus obligaciones hacia otros sujetos, aunque estas tengan un peso diferente. Así, cabe preguntarse: ¿este deber faculta al abogado para aconsejar mentir a las autoridades con el fin de engañarlas y evitar graves consecuencias para el cliente?

En un proceso judicial, un abogado enfrenta diversas disyuntivas relacionadas con la veracidad, teniendo en cuenta que uno de los objetivos del proceso es descubrir la verdad. Los abogados defensores se

enfrentan a dilemas éticos sobre la verdad en su labor<sup>9</sup>. Para confrontar estos dilemas y reconociendo las debilidades inherentes a los seres humanos, los legisladores han creado complejas reglas procesales que buscan construir instituciones con el fin de evitar la mentira y el fraude por parte de los abogados (p. 274).

Por ello, se considera que la búsqueda de la verdad en el sistema adversarial es responsabilidad de los magistrados, no de los abogados defensores. Estos últimos tienen como finalidad principal proteger los intereses de sus clientes y garantizar sus derechos fundamentales. Esta situación de intereses contrapuestos, lejos de ser un obstáculo, puede ser la mejor manera de descubrir la verdad en un caso (Calamandrei, 2009, p. 95; Seleme, 2021, p. 275), pues los intereses «sesgados» de cada parte se compensan mutuamente, lo que permite que emerja una verdad objetiva e imparcial (Seleme, 2021, p. 275).

Ahora bien, esta tutela de intereses no comprende a la acción de aconsejar al cliente que mienta, pese a que la búsqueda de la verdad no es responsabilidad del abogado defensor, sino del juez interviniente. Con todo, el abogado debe lealtad al sistema judicial para garantizar su adecuado funcionamiento, ya que es el entorno en el que se desarrollará profesionalmente (pp. 276-277). Por consiguiente, su lealtad al sistema judicial le exige no mentir ante el tribunal y, en consecuencia, no debe permitir el uso de la mentira como estrategia defensiva ni mucho menos aconsejar a su cliente tal curso de acción.

De esta forma, dado que el abogado debe lealtad tanto a su cliente como al sistema judicial, y estas lealtades no tienen por qué ser contradictorias, el abogado no puede abandonar su deber de asistir a su cliente sin comprometer su obligación de no mentir ni permitir la mentira. Aconsejar guardar silencio en lugar de mentir es la opción que concilia ambos deberes. Incluso Tomás de Aquino (1956) plantea que la virtud de la veracidad no implica siempre pronunciar la verdad, sino tanto pronunciar como reservarse la verdad cuando corresponde (II-II, q. 109, a. 1).

Para Seleme (2021), la mentira en el proceso puede definirse como afirmar que lo que se sabe es falso o guardar silencio sobre lo que se sabe que es verdadero. Así, según él, la interpretación de la regla del silencio presupone dos formas de faltar a la verdad: a) afirmar que algo es falso y b) callar lo que se sabe que es verdadero (guardar silencio). Dado que prohibir la segunda forma no permite equilibrar las exigencias de lealtad del abogado hacia su cliente, la regla tiende a prohibir la primera forma

9 Una de las primeras preguntas es si el abogado debería presentar toda la información que posee, incluso si es desfavorable para su cliente (Seleme, 2021, p. 270).

(pp. 278-279). Por lo tanto, frente a estos casos, lo que corresponde al abogado defensor es aconsejar a su cliente guardar silencio.

Hay una tercera forma de faltar a la verdad, agrega Seleme: aseverar cosas sobre las cuales no se tiene evidencia suficiente o sobre las que el supuesto instrumento de prueba genera dudas sobre su veracidad (p. 279). Entonces, si existieran motivos para dudar de la veracidad de un instrumento de prueba y si esto fuera lo único que respalda la posición de una parte, correspondería al abogado no faltar a la verdad y abstenerse de esgrimir esa posición.

En el modelo procesal penal adversarial, este deber de veracidad correspondería al Ministerio Público Fiscal, que no debe presentar acusaciones sobre hechos para los cuales no tiene pruebas suficientes o si las pruebas disponibles generan dudas sobre su veracidad. De este modo, la Fiscalía cumpliría con su deber de veracidad en esta tercera forma, punto especialmente relevante dado que el estándar de pruebas debe ser alto para superar la presunción de inocencia.

El abogado defensor, frente a una acusación, puede plantear hipótesis alternativas para contradecir las afirmaciones que afectan la tesis del Ministerio Público, incluso sin contar con material probatorio específico. Esto se debe a que, según el principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la Fiscalía y, en efecto, es el Ministerio Público quien tiene el deber de presentar pruebas al formular cargos.

### V.3. El abogado jamás puede aconsejar mentir

Una de las funciones típicas que conlleva el ejercicio de la defensa técnica es el asesoramiento del imputado. En efecto, quien ejerce la defensa funciona como asistente directo del imputado. Por eso, ha de dirigir su labor a la protección de los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple de manera directa una función pública, salvo que se trate del defensor público. Su labor consiste, más bien, en asesorar a una persona en particular. Toda su misión y actuación, conforme a las reglas éticas, debe ceñirse a la custodia de los intereses de ese imputado (Binder, 1999, p. 159).

En la medida en que el defensor se dirija a resguardar los intereses de su cliente, respetando los límites éticos y jurídicos correspondientes, contribuirá mediatamente a que ese proceso responda a las exigencias básicas del Estado de derecho. Su función «pública» o «social», por ende, requiere que su labor se despliegue dentro de un marco ético y, por supuesto, jurídico (p. 159).

Así, el abogado tiene el deber de informar al imputado sobre todos sus derechos, así como de explicarle los cargos que pesan en su contra y las posibles consecuencias jurídico-penales. Además, incluso cuando el

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

abogado sepa que una mentira no tendrá consecuencias legales directas para el imputado, este debe instruirlo sobre los deberes éticos de las partes, lo que contiene el deber de no mentir. El abogado no puede aconsejarle a su cliente que mienta, pues aunque no existe un deber absoluto de decir la verdad, este ha de equilibrarse con las obligaciones éticas en el proceso, buscando armonizar ambas posiciones.

Si la verdad resulta sumamente desventajosa para el acusado, el abogado debe aconsejar guardar silencio porque es el Ministerio Público Fiscal el que tiene la carga de la prueba; es decir, quien ha de presentar pruebas que se dirijan a derribar la presunción de inocencia. En cambio, el defensor garantiza la legalidad de los medios utilizados contra su cliente. Aún más, el acusado no debe demostrar su inocencia, sino que el fiscal debe acreditar la culpabilidad de la persona sobre la que pende el proceso penal.

Aconsejar guardar silencio no es una simple inacción frente a la acusación, sino una forma de cumplir con el deber de ofrecer asesoría técnica adecuada, guiando al acusado dentro del marco del proceso. Las responsabilidades del abogado defensor no se limitan a la estrategia de mentir, su función es proteger los derechos fundamentales del acusado y esto se puede lograr sin recurrir a la mentira.

Como señala Rachel (2017), muchas veces nos sentimos tentados a mentir porque creemos que las consecuencias de decir la verdad serán desfavorables y que las consecuencias de mentir serán convenientes (p. 202); sin embargo, nunca podemos estar seguros de tal cosa. Asimismo, no siempre es cierto que la mentira traerá mejores resultados. A menudo, los efectos de mentir pueden ser inesperadamente más graves que los de decir la verdad. Este escenario no se suele considerar al enfrentar el dilema entre mentir y decir la verdad. Así, mentir puede parecer la opción más ventajosa cuando, en realidad, muchas veces no lo es.

## VI. BALANCE CONCLUSIVO. UNA FALACIA DE *NON SEQUITUR*: DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO NO SE SIGUE EL DERECHO A MENTIR DEL ACUSADO

El debate entre Kant y Constant puso de relieve que el llamado «derecho a la mentira» no incumbe solamente a las partes de una relación jurídica, sino a la comunidad en su conjunto. Se trata de un punto que se desprendía desde el abordaje agustiniano de la mentira. No obstante, el mérito de Kant fue rescatar e intensificar el rechazo o negación robusta de la mentira porque no solo se debe sinceridad entre las personas, sino —y sobre todo— a la comunidad entera. La proliferación de la mentira,



en fin, es el comienzo del socavamiento de los pilares básicos de la convivencia social.

Agustín de Hipona tuvo el mérito de conectar a la mentira con su finalidad, la cual no tiene por objeto hacer prevalecer la falta de veracidad, sino erradicar la insinceridad. La mentira, pues, se conecta más con la inducción al error que con una pretensión de socavar la primacía de la verdad. Esto último podrá ser el medio o instrumento para provocar intencionadamente el error en el otro, pero no es el único camino posible. Mentir no es más que un tipo especial de engaño, lo cual bien podría servirse tanto de una adecuación con la verdad material como de la aseveración deliberada de hechos falsos.

Este concepto moral de mentira ilumina mucho las implicancias procesales de la acción de mentir. El acusado no tiene el deber de acreditar sus dichos ni comete falta alguna en caso de que estos sean refutados por corroboración periférica o pruebas de cargo. Lo que se le podría reprochar no es afirmar cosas falsas, sino brindar una declaración que pretende inducir errores en la contraparte o en el tribunal.

La clarificación conceptual que hemos elaborado en este trabajo conlleva una tesis negatoria frente a la validez del llamado «derecho a la mentira» del acusado. Aunque este último tenga el derecho a guardar silencio, y aun cuando su abstención a brindar una declaración no puede emplearse como elemento de cargo, de eso no se sigue una facultad o derecho subjetivo a mentir en sentido propio (Ríos Patios, 2019, p. 643). Se trata, pues, de una falacia de *non sequitur*; es decir, de una afirmación que concluye algo que no se deriva del contenido de las premisas (Damer, 2008, p. 92). En otras palabras, del derecho a la autoincriminación no se sigue una facultad o el derecho a engañar.

Así, el acusado podrá tener la facultad de afirmar cosas falsas, pero no a engañar con sus dichos. ¿En qué consiste tal distinción? Pues en que el acusado no tiene la carga de probar la veracidad de cada afirmación que exterioriza; no obstante, lo anterior no implica que pueda compartir dichos que a sabiendas son falsos. Puesto de otra manera, el engaño que resulta inaceptable es el abuso de la posibilidad de narrar hechos que no precisan ser probados.

Esta diferencia podría parecer demasiado sutil, pero tiene una justificación pertinente y una consecuencia práctica relevante. La justificación radica en que el acusado no tiene el deber de contribuir en la construcción del caso en su contra (Oré Guardia, 2011, p. 127). Aún más, a quien se le pretende atribuir responsabilidad por un delito no solo no tiene por qué colaborar con la Fiscalía, sino que tampoco tiene el deber de demostrar su inocencia. Por el contrario, es al Ministerio Público Fiscal a quien le incumbe desbaratar el estado de inocencia de los supuestos autores

79

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES



de un crimen. Así, la persona acusada bien podría adoptar una actitud totalmente pasiva frente a los cargos que se le imputan.

La consecuencia práctica de lo anterior es que, en virtud de ese derecho a no autoincriminarse, al acusado no le incumbe demostrar la veracidad de sus declaraciones o descargos, de manera que la facultad de afirmar cosas falsas no se dirige a permitir engaños, sino a relevar al acusado de la carga probatoria de demostrar aquello que afirma. En todo caso, la adecuación con la verdad material podría ser de interés o conveniencia para quien se le han formulado cargos en un proceso penal porque, si el acusado presenta evidencias o pruebas de descargo tan poco creíbles que luego se revelan como falsas, su estrategia defensiva terminaría socavándose.

Con todo, más allá de razones instrumentales o estratégicas que aconsejen procurar adecuarse a la verdad material, lo cierto es que esta exoneración de probar los dichos de la declaración del acusado no implica un permiso para engañar. Ahora, recordemos que lo decisivo del engaño es la pretensión de inducir al error a la contraparte o al juzgador.

Se podría responder a esto que, en virtud del principio de legalidad penal, no cabría endilgar responsabilidad por hechos no previstos con anterioridad en una disposición jurídico-penal. Tal objeción es concluyente e irrefutable. No obstante, y sin apartarse de la ley, el Ministerio Público Fiscal y el juez interviniente podrían castigar con severidad a los acusados que hayan declinado de su derecho a guardar silencio con el fin de intentar manipular el proceso con declaraciones mendaces. Es decir, dentro de la escala penal y de los atenuantes o agravantes que quepa aplicar en el caso concreto, jueces y fiscales podrían pasar una onerosa factura a quien pretendió engañar. Por ende, la mentira podría tener el efecto —no explicitado discursivamente— de inclinar al juez a dosificar la pena de la manera más retributiva o severa posible.

La persona acusada puede declarar dichos falsos y por eso lo mejor será que no se crea demasiado al acusado, al menos hasta que se corrobore su declaración. Ello no podría implicar redistribuir la carga de la prueba en perjuicio de la persona sobre la que pende la acusación, sino más bien contrastar sus dichos con el resto de la prueba de cargo. Además, también se podría confrontar las aseveraciones del acusado con el resto de las pruebas que ofreció para el avance del proceso.

Empero, la mentira es un camino que la defensa técnica siempre debería desaconsejar porque la manipulación del interlocutor con el fin de inducirlo al error o a creencias falsas es una estrategia poco ética para triunfar. Incluso quienes afirmamos que la victoria es el fin primordial

del proceso acusatorio podemos, a la vez, sostener que no cabe ganar por medio de la mentira. La defensa de los intereses del cliente siempre ha de dirigirse a la victoria tanto como se pueda, pero sin menoscabar las bases de legitimidad del proceso.

Recapitulando, la mentira es un camino indeseable en el proceso penal acusatorio, sea esto por razones morales de lealtad a los fines del proceso o bien porque es una forma de manipulación del interlocutor. Esto ha de evitarse porque el que miente suele generar reacciones muy hostiles y, por ende, contraproducentes para la persona sobre la que pende una acusación. En fin, hay que evitar la mentira en el proceso, pues parece tener algo de razón esa canción de rock argentino que remataba su estribillo diciendo: «violencia es mentir» (Patricio Rey y sus Redonditos de Ricota, 1989).

## REFERENCIAS

Adler, J. E. (1997). Lying, Deceiving, or Falsely Implicating. *The Journal of Philosophy*, 94(9), 435-452. <https://doi.org/10.2307/2564617>

Agustín de Hipona. (2007). *Obras completas. Tratados morales* (vol. XII). BAC.

Albiac, G. (2012). Estudio preliminar. En Ely García (ed.), *¿Hay derecho a mentir? (La polémica Immanuel Kant - Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)* (pp. XI-LXXVII). Tecnos.

Aristóteles. (2003). *Metafísica* (T. Calvo Martínez, trad.). Gredos.

Asencio Gallego, J. M. (2022). La mentira del acusado en el proceso penal: ¿Derecho o conducta sancionable? *Revista de Derecho UNED*, 30, 377-401. <https://doi.org/10.5944/rduned.30.2022.36853>

Barber, A. (2020). Lying, Misleading, and Dishonesty. *The Journal of Ethics*, 24(2), 141-164. <https://doi.org/10.1007/s10892-019-09314-1>

Bettetini, M. (2002). *Breve historia de la mentira: de Ulises a Pinocho* (P. Linares, trad.). Cátedra.

Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. Ad-Hoc.

Binder, A. M. (2016). *Introducción al derecho procesal penal* (2.ª ed.). Ad-Hoc.

Calamandrei, P. (2009). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Góngora.

Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal* (S. Sentís Meledo, trad.). Librería El Foro.

Carson, T. L. (2006). The Definition of Lying. *Noûs*, 40(2), 284-306. <https://doi.org/10.1111/j.0029-4624.2006.00610.x>

Constant, B. (2012). Decir la verdad no es un principio general al que tenga Derecho todos los hombres. En Ely García (ed.), *¿Hay derecho a mentir? (La*

81

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

WILFREDO CONCHA-CAMACHO Y  
LUCIANO D. LAISE

polémica Immanuel Kant - Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad) (pp. 9-23). Tecnos.

Cubas Villanueva, V. (2016). *El nuevo proceso penal peruano: Teoría y práctica de su implementación* (2.ª ed.). Palestra.

Damer, T. E. (2008). *Attacking Faulty Reasoning: A Practical Guide to Fallacy-Free Arguments* (6.ª ed.). Wadsworth.

Danesi, M. (2020). *The Art of the Lie: How the Manipulation of Language Affects Our Minds*. Rowman & Littlefield.

De Aquino, T. (1956). *Suma Teológica*. BAC.

Ekman, P. (1992). *Telling Lies: Clues to Deceit in the Marketplace, Politics, and Marriage* (2.ª ed.). W. W. Norton & Company.

Green, S. P. (2001). Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements. *Hastings Law Journal*, 53(1), 157-212. [https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3462&context=hastings\\_law\\_journal](https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3462&context=hastings_law_journal)

Hohfeld, W. N. (1917). Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 26(8), 710-770. <https://doi.org/10.2307/786270>

Kant, I. (2012a). La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. En Ely García (ed.), *¿Hay derecho a mentir? (La polémica Immanuel Kant - Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)* (pp. 5-8 y 37-43). Tecnos.

Kant, I. (2012b). Acerca de un pretendido derecho a mentir por filantropía. En Ely García (ed.), *¿Hay derecho a mentir? (La polémica Immanuel Kant - Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)* (pp. 25-36). Tecnos.

Korsgaard, C. M. (1986). The Right to Lie: Kant on Dealing with Evil. En *Creating the Kingdom of Ends* (pp. 133-158). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139174503>

Lagier, D. G. (1999). Diez tesis sobre la acción humana. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 10, 145-172. <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/diez-tesis-sobre-la-accion-humana-0/>

Laise, L. D. (2023). *Cómo argumentar un caso penal*. Hammurabi.

Mertens, T. (2016). On Kant's Duty to Speak the Truth. *Kantian Review*, 21(1), 27-51. <https://doi.org/10.1017/S1369415415000291>

Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Idemsa.

Nino, C. (2018). *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel Derecho.

Oré Guardia, A. (2011). *Principios del proceso penal*. Reforma.

Ormazábal Sánchez, G. (2015). *El derecho a no autoincriminarse*. Civitas, Thomson Reuters.

## 83

Paton, H. J. (1954). An Alleged Right to Lie. A Problem in Kantian Ethics. *Kant Studien*, 45(1-4), 190-203. <https://doi.org/10.1515/kant.1954.45.1-4.190>

Patricio Rey y sus Redonditos de Ricota. (1989). Nuestro amo juega al esclavo [canción]. En *Un baión para el ojo idiota*. Del Cielito Records.

Rachels, J. (2017). *Introducción a la filosofía moral*. Fondo de Cultura Económica.

Rhonheimer, M. (2008). *The Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*. Washington D. C.: Catholic University of America Press.

Rhonheimer, M. (2020). *Natural Law and Practical Reason: A Thomist View of Moral Autonomy*. Nueva York: Fordham University Press.

Ríos Patios, G. A. T. (2019). ¿Tiene el imputado el derecho a mentir? El derecho a la verdad y el deber de declararla. *Revista CES Derecho*, 10(2), 641-653. <https://doi.org/10.21615/cesder.10.2.5>

San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

Saul, J. M. (2012). *Lying, Misleading, and What is Said: An Exploration in Philosophy of Language and in Ethics*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199603688.001.0001>

Seleme, H. (2021). Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 263-288. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.11>

Sensen, O. (2015). Moral Obligation and Free Will. En L. Denis y O. Sensen (eds.), *Kant's Lectures on Ethics: A Critical Guide* (pp. 138-155). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139567527.012>

Stewart, H. (2019). A Juridical Right to Lie. *Kantian Review*, 24(3), 465-481. <https://doi.org/10.1017/S1369415419000219>

Stokke, A. (2013). Lying, Deceiving, and Misleading. *Philosophy Compass*, 8(4), 348-359. <https://doi.org/10.1111/phc3.12022>

Tomasini Bassols, A. (2020). Mentira, Engaño y Desorientación. *Praxis Filosófica*, (50), 207-226. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i50.8839>

Von der Pfordten, D. (2020). *Dignidad humana*. Atelier.

Weinrib, J. (2008). The Juridical Significance of Kant's 'Supposed Right to Lie'. *Kantian Review*, 13(1), 141-170. <https://doi.org/10.1017/S1369415400001126>

Wood, A. W. (2015). Kant's History of Ethics. En L. Denis y O. Sensen (eds.), *Kant's Lectures on Ethics: A Critical Guide* (pp. 120-137). Cambridge: Cambridge University Press. <https://www.cambridge.org/core/books/abs/kants-lectures-on-ethics/kants-history-of-ethics/E800C08307E51AA06513A1FB39ED698A>

Zuñiga, L. (2023). *El derecho procesal penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

¿MEJOR QUE  
NO LO CREAS?  
LA RELEVANCIA  
MORAL DE  
LA MENTIRA  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL  
A LA LUZ DE  
LA DEFENSA  
TÉCNICA EN EL  
PROCESO PENAL  
ACUSATORIO

DON'T YOU  
BETTER BELIEVE  
IT? THE MORAL  
SIGNIFICANCE  
OF LYING FOR  
PROFESSIONAL  
ETHICS IN LIGHT  
OF THE TECHNICAL  
DEFENSE IN  
ADVERSARIAL  
CRIMINAL  
PROCEDURES

WILFREDO CONCHA-CAMACHO Y  
LUCIANO D. LAISE

## Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Exp. N.º 003-2005-PI/TC-LIMA (TC [Perú], 2005).

Exp. N.º 00926-2007-PA/TC-LIMA (TC [Perú], 2007).

Exp. N.º 01198-2019-PHC/TC-LIMA (TC [Perú], 2019).

Sentencia C-782/05 (Corte Constitucional [Colombia], 2005).

Recibido: 19/08/2024

Aprobado: 05/02/2025

# La tesis de la conexión intrínseca entre derecho y moral: sus consecuencias para la ética profesional del abogado\*

## The Thesis of the Intrinsic Connection Between Law and Morality: Its Consequences for the Professional Ethics of the Lawyer

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO\*\*

Universidad Católica San Pablo, Arequipa (Perú)

**Resumen:** Frecuentemente la reflexión sobre las concepciones iusfilosóficas acerca del derecho se postulan, al menos implícitamente, como independientes de la reflexión sobre la ética de las profesiones jurídicas. Sin embargo, este breve trabajo pretende mostrar que un aspecto central que define los matices de dichas concepciones —en concreto, la forma de sostener la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral— resulta imprescindible de cara a plantear consecuencias prácticas para el ejercicio ético o moral de las profesiones jurídicas y, en particular, la del abogado.

A partir de la tensión real o aparente entre el deber de «veracidad y justicia» y el de «diligencia y reserva» del abogado que actúa como defensor en un proceso penal, este trabajo presentará la tesis de que el derecho y la moral —sin llegar a identificarse o confundirse— guardan una relación «intrínseca». Se argumentará a favor de que esta permite compatibilizar el ejercicio profesional de los abogados respecto de los mencionados deberes con la tesis de que la moral subordina al derecho en tanto que ambas son disciplinar y normativamente razonamiento-conocimiento primordialmente práctico o prescriptivo, y no técnico o instrumental, en terminología aristotélica. Ello permitirá sostener que tanto el juez como el abogado que actúan en un proceso de tal naturaleza están vinculados en su ejercicio profesional por una moral que se postule razonablemente como objetiva, sin perjuicio de destacar las peculiaridades de dicha vinculación para el trabajo profesional del abogado.

**Palabras clave:** Concepciones iusfilosóficas, conexión derecho-moral, ética profesional del abogado, deber de veracidad, deber de servir a la justicia, deber de reserva, deber de diligencia.

\* Este trabajo ha sido financiado y es resultado de una investigación parte del concurso de Proyectos de Fomento de la Investigación 2024, organizado por la Dirección de Investigación de la Universidad Católica San Pablo Arequipa (Perú). El autor agradece los comentarios críticos y sugerencias de los profesores Jaime Coaguila Valdivia y Armando Romero Muñoz a un primer borrador de este ensayo, y también los comentarios recibidos por los pares ciegos a la primera versión de este texto remitida a la revista. El autor agradece también la discusión por parte de varios colegas tras la presentación oral de una versión bastante más breve de este trabajo durante el III Seminario Internacional de Ética Profesional, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

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

**Abstract:** Frequently, reflections on the legal philosophical conceptions of law are posited, at least implicitly, as independent from reflections on the ethics of the legal professions. However, this brief work aims to show that a central aspect that defines the nuances of such conceptions—specifically, the way in which the thesis of the necessary connection between law and morality is upheld—is essential for addressing practical consequences in the ethical or moral exercise of legal professions, particularly that of lawyers.

Starting from the real or apparent tension between the lawyer's duty of «truthfulness and justice» and the duty of «diligence and confidentiality» when acting as a defense attorney in a criminal trial, this paper will present the thesis that law and morality—without being identified or confused with one another—maintain an «intrinsic» relationship. It will argue in favor of the fact that this allows the professional practice of lawyers to be compatible with respect to the duties with the thesis that morality subordinates law insofar as both are primarily practical or prescriptive, and not technical or instrumental, in Aristotelian terminology. This will lead to the conclusion that both judges and lawyers who participate in such legal proceedings are bound in their professional practice by a morality that can reasonably be considered objective, while acknowledging the unique implications of this connection for the lawyer's professional work.

**Keywords:** Legal philosophical conceptions, law-morality connection, professional ethics of the lawyer, duty of truthfulness, duty to serve justice, duty of confidentiality, duty of diligence

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. TENSIONES EN LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO: ¿VERACIDAD Y JUSTICIA, O DILIGENCIA Y RESERVA?.- III. CONCEPCIONES IUSFILOSÓFICAS Y LA TESIS DE LA CONEXIÓN EXTRÍNSECA ENTRE DERECHO Y MORAL.- IV. LA TESIS DE LA CONEXIÓN INTRÍNSECA ENTRE DERECHO Y MORAL: UNA SÍNTESIS.- V. ALGUNAS CONSECUENCIAS PARA LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO.- VI. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente que la reflexión sobre la solución de la casuística referida a la ética de las profesiones jurídicas o deontología jurídica<sup>1</sup> se plantee implícitamente como independiente —al menos hasta cierto punto— de la reflexión sobre la concepción iusfilosófica que se tenga acerca de la relación entre el derecho y la moral<sup>2</sup>. Por ejemplo, Ferrajoli (2013) apunta, incluso, a una desatención de la doctrina jurídica en

1 Si bien estos términos pueden resultar equivalentes para referirnos a la materia, en adelante usaré solo el primero. La razón radica en que me parecen pertinentes los reparos terminológicos de Vigo (2023) al respecto, los que son formulados desde una perspectiva de tradición aristotélica que comparto (p. 493).

2 Desde luego, hay excepciones importantes. Atienza (2017), por ejemplo, destaca sobre todo las limitaciones del positivismo jurídico para abordar apropiadamente la ética de las profesiones jurídicas (pp. 269-270). Pérez Luño y Pérez Luño (2022), por su parte, destacan las diferencias y convergencias

## 87

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

general sobre el asunto (p. 203), aunque Luban y Wendel (2020) plantean, más bien, una suerte de tercera oleada en el cultivo teórico de la ética profesional del abogado (pp. 74 y ss.), mientras que Helzel y Caravita (2021) apuntan a que la proliferación de códigos deontológicos en el último tiempo ha convertido a la deontología en una materia de recurrente interés (p. 342).

En este breve trabajo pretendo mostrar que un aspecto central que define a las concepciones iusfilosóficas —en concreto, la forma específica de afirmar la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral (en adelante, la tesis de la conexión)— resulta valioso en orden a plantear consecuencias prácticas para el ejercicio «ético» o «moral» —tomaré los términos como equivalentes— de las profesiones jurídicas y, en particular, la del abogado que actúa en el contexto de un proceso penal.

Presentaré la tesis de que el derecho y la moral —sin identificarse o confundirse— guardan, no obstante, una relación que llamaré «intrínseca», para distinguirla de la que denominaré «extrínseca», y que se asume frecuentemente en la defensa de la tesis de la conexión que se hace —no obstante, sus significativos matices— desde posiciones no-positivistas constructivistas como el «postpositivismo» (Atienza, 2013, pp. 28-30) o el «no-positivismo» (Alexy, 2021, pp. 21-27)<sup>3</sup>.

En concreto, intentaré justificar que la versión intrínseca de la tesis de la conexión permite compatibilizar el deber de veracidad y de servicio a la justicia de los abogados (en adelante, deber de veracidad y justicia) con el deber de defender con diligencia y reserva los intereses de su cliente (en adelante, deber de diligencia y reserva). La clave del argumento estará en la configuración del derecho —concebido desde una tradición de racionalidad aristotélica<sup>4</sup>— como una disciplina primordialmente práctica —es decir, moral— y solo complementariamente como una de tipo técnico —dicho de otro modo, instrumental, estratégico o productivo—. Desde esta perspectiva las reglas e instituciones jurídicas no solo se subordinan a los principios morales de justicia, sino que son también concreción o determinación histórica e imperfecta de ellos, lo que tiene consecuencias singulares para el ejercicio de la ética de las profesiones jurídicas —y la del abogado que actúa como defensor en un proceso penal no es la excepción—, no fácilmente generalizables a

de las diversas concepciones de la ética —pero no de la relación ética-moral y el derecho—, y su impacto en la deontología profesional del abogado (pp. 24-30).

3 Con importantes matices que por ahora obviaré, se puede decir que en estos dos casos y en otros semejantes se afirma la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y una moral crítica; es decir, objetiva, aunque construida ideal y racionalmente al modo kantiano.

4 Me refiero a una de las cuatro aproximaciones o concepciones sobre la racionalidad práctica que distingue Alexy (2004) y que, refiriendo a modelos históricos, podemos llamar tradición «aristotélica», «kantiana», «hobbesiana» y «nietzscheana» (p. 133). Algo que distingue a las dos primeras de las otras es su compromiso con cierto cognitivism moral de consecuencias jurídicas. Sobre este asunto, puede consultarse Chávez-Fernández (2023, pp. 38 y ss.).



otras profesiones de naturaleza distinta; a saber, básicamente, disciplinas o profesiones no estrictamente prácticas.

Mi aproximación será primordialmente iusfilosófica y, cuando sea preciso que haga referencia a un código de ética profesional del abogado, utilizaré el peruano<sup>5</sup> en el marco de su respectivo ordenamiento jurídico. Para lograr mi objetivo seguiré los siguientes pasos. En primer lugar (II), describiré uno de los principales problemas que se suscitan en la ética profesional del abogado que actúa como defensor en un proceso penal: la tensión entre, por un lado, el deber de veracidad y justicia; y, por otro lado, el deber de diligencia y reserva. En segundo lugar (III), haré una breve síntesis de algunos modelos de concepciones iusfilosóficas que sostienen la tesis de la conexión entre derecho y moral, y evidenciaré sus principales problemas para dar cuenta de la ética profesional del abogado. En tercer lugar (IV), presentaré la tesis de la conexión intrínseca entre derecho y moral de tradición aristotélica. En cuarto lugar (V), justificaré a través de algunos ejemplos por qué pienso que la tesis de la conexión intrínseca ofrece una mejor solución al problema de la tensión entre los deberes en cuestión del abogado que la tesis de la conexión extrínseca. Finalmente (VI), ofreceré una breve reflexión conclusiva.

## II. TENSIONES EN LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO: ¿VERACIDAD Y JUSTICIA, O DILIGENCIA Y RESERVA?

No me detendré en este acápite en la casuística de los variados problemas éticos que se le presentan a los profesionales del derecho —o «juristas», para los efectos de este trabajo—, ni siquiera en los que atañen específicamente a los abogados de parte, a los que me referiré en adelante como «abogados». Tampoco haré un repaso de las diversas formas doctrinarias de encarar esos problemas. Lo primero lo ha hecho con bastante solvencia, por ejemplo, La Torre (2013, pp. 177-183); y lo segundo lo ha ensayado especialmente bien, por ejemplo, Atienza (2017, pp. 252-266)<sup>6</sup>. Sin perjuicio de ello, tendré la oportunidad más adelante de discutir algunas de sus tesis vinculadas más estrechamente con mi propósito.

Antes bien, me dedicaré en esta sección a describir muy sintéticamente la manera en que se concibe comúnmente que, en concreto, el deber de veracidad y justicia del abogado entra en tensión o conflicto con el de diligencia y reserva para con su cliente, al menos en el contexto de un proceso penal. Mi intención no es entrar en especificaciones completamente pertinentes al respecto, sino que, bajo esos deberes o conjuntos de deberes, me referiré básicamente a aquellos que

<sup>5</sup> Se citará la edición actualizada de 2023.

<sup>6</sup> Resulta particularmente relevante la bibliografía referenciada en ambos trabajos.

Seleme (2023) —tras los rótulos generales de «deber de auxiliar a la justicia» y «deber de lealtad»— considera los «pilares» del trabajo del abogado<sup>7</sup> (p. 65).

Según lo anticipado, describiré dichos deberes como lo hace el Código de Ética del Abogado peruano (CEA), no obstante ser consciente de que, al ser deberes incorporados formalmente a un sistema disciplinario, independientemente de su eticidad o moralidad y de su efectiva coercibilidad, puede hablarse también de su juridicidad<sup>8</sup>. En todo caso, lo haré así no porque considere que los deberes morales del abogado en su ejercicio profesional se agotan en los juridificados en dicho código, sino porque me parece metodológicamente un buen punto de partida.

Por un lado, respecto del deber de veracidad y justicia, el artículo 6, numeral 1 del CEA establece como uno de los deberes fundamentales del abogado que se actúe «con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe»; mientras que el artículo 9 expresa que «el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad». El artículo 64 especifica, por su parte, que incurre «en grave responsabilidad, el abogado que induzca a error a la autoridad utilizando artificios que oculten la verdad de los hechos o expongan una falsa aplicación del derecho»; a la par que el artículo 60 detalla, incluso, que comete falta «el abogado que abusa de los medios procesales para obtener beneficios indebidos o procura la dilación innecesaria del proceso». De modo general, finalmente, recordemos que el artículo 2 del CEA señala que la abogacía tiene «una función social al servicio del Derecho y la Justicia», mientras que el artículo 5 llama directamente a los abogados «servidores de la justicia».

Por otro lado, respecto del deber de diligencia y reserva, el mismo artículo 5 reconoce que es deber profesional del abogado «defender los derechos de sus patrocinados, honrando la confianza depositada en su labor»; el artículo 27 afirma que también es su deber «defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional»; y el artículo 18 aclara que el «abogado puede aceptar

89

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

7 Seleme (2023) opta por no incluir dentro del deber de lealtad al de confidencialidad. Las razones que me llevan a incorporarlo son, al menos en parte, precisamente las contrarias: el propósito de este trabajo requiere de un trazo más grueso, por lo que he optado por presentar los deberes de diligencia y reserva en la órbita de significado, por decirlo de alguna manera, del más genérico de la lealtad al cliente (p. 108).

8 El CEA establece en su artículo 80: «Los Colegios de Abogados del Perú, a través de sus órganos de Dirección y Deontológicos, investigan de oficio o a solicitud de parte, los actos contrarios a la ética profesional en que incurran los abogados y las abogadas e imponen las sanciones a quienes resulten responsables»; y en sección con el Reglamento del procedimiento disciplinario de los colegios de abogados del Perú (2020) en su artículo 13: «Son principios que deben observarse en todos los procedimientos disciplinarios: los principios de debido proceso, imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, celeridad, non bis in idem, presunción de licitud, buena fe procesal y todos aquellos aplicables según la Constitución y las demás normas del ordenamiento jurídico».

patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos». En ese sentido, el artículo 30 del CEA especifica el derecho a guardar el secreto profesional reconocido en el artículo 2, numeral 18 de la Constitución Política del Perú, señalando que el abogado tiene además el deber profesional de reserva «para proteger y mantener en la más estricta confidencialidad los hechos e información referidos a un cliente o potencial cliente que conoce con ocasión de la relación profesional»<sup>9</sup>.

A partir de fórmulas bastante semejantes a las que expresa el CEA<sup>10</sup>, la doctrina en general —por ejemplo, Zagrebelsky (2024, pp. 142-143)— entiende normalmente que se da una tensión o conflicto de difícil solución entre dos deberes generales contradictorios que todo abogado tendría: por un lado, el de cooperar con la justicia y, por el otro, el de velar por los intereses de su cliente<sup>11</sup>. Por ejemplo, en un caso concreto, un abogado se vería sumido en un conflicto moral porque tendría al mismo tiempo: a) el deber de no mentirle al juez y de cooperar con que este haga justicia; y b) el deber de ser leal, diligente y reservado para con un cliente que, no obstante haberle confiado que cometió los hechos que se le imputan respecto de un grave delito, cree que no hay pruebas concluyentes del mismo y, dado que existe el principio de presunción de inocencia, desea declararse, bajo su patrocinio, «inocente».

Me ocuparé de evidenciar que, si bien existe cierta evidente tensión entre estos deberes del abogado, no lo es tanto porque se trate de principios —o un conjunto de principios— en sí mismos contrarios como porque se les concibe —al menos, implícitamente— desde un modelo extrínseco de defensa de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. En ese sentido, no argumentaré por qué creo que la tesis de la conexión necesaria intrínseca entre derecho y moral es una mejor explicación

9 El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado recientemente sobre este derecho-deber de los abogados, quienes «no pueden ser obligados a confesar sobre los hechos que sus patrocinados les revelen en el ejercicio de su actividad profesional, por estar en cierta forma protegidos, más allá de connotaciones deontológicas o religiosas, por un manto de “inmunidad” bajo sanción de ser denunciados penalmente por la presunta comisión del delito de violación del secreto profesional, tipificado en el artículo 165 del Código Penal» (*Arsenio Oré Guardia c. Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial de Fiscales*, 2024, f. 11).

10 Para Seleme (2023), con el que coincido: «los códigos de ética, a pesar de su carácter legal, son la cristalización de las reflexiones morales que los abogados han llevado durante siglos acerca de la manera correcta de enfrentar los problemas vinculados con su rol [...], su contenido sigue siendo el fruto de argumentos y consideraciones morales» (p. XX).

11 Para Seleme (2019), por ejemplo, el que ningún ejercicio profesional se libre de situaciones de posible conflicto sería «[...] una consecuencia de la complejidad de los roles [...] y de la pluralidad de circunstancias en las que deben ser ejercitados [...]»; sin embargo, en el caso del abogado el problema se complica por el aparente antagonismo de sus deberes. A su juicio, en «los sistemas adversariales el abogado ocupa una posición intermedia entre el dominio privado —corporizado en los intereses particulares del cliente al que representa— y el dominio público —patentizado en los intereses de la sociedad o del sistema jurídico al que pertenece— que somete su actuación a fuerzas encontradas» (p. 102).

del derecho que la tesis de la conexión extrínseca o que la tesis de la separación necesaria entre derecho y moral<sup>12</sup>. No polemizaré aquí con el positivismo jurídico, sino con el pospositivismo constructivista. Mi propósito es mostrar que, si se concibe la conexión entre derecho y moral de manera intrínseca, se disuelven algunas aparentes tensiones entre los deberes morales del abogado. Pero, para ello, tengo antes que especificar a qué me refiero con las versiones intrínseca y extrínseca de la tesis de la conexión.

### III. CONCEPCIONES IUSFILOSÓFICAS Y LA TESIS DE LA CONEXIÓN EXTRÍNSECA ENTRE DERECHO Y MORAL

Como ha sostenido Alexy (2013), los iuspositivismos mantienen —cada cual a su modo— la tesis de la separación —necesaria o contingente— entre derecho y moral (pp. 15 y ss.). En una versión bastante simplificada la tesis iuspositivista consiste en que el derecho no requeriría siempre para su validez jurídica de la conexión con los contenidos de algún sistema normativo moral, por muy objetivo que se le pretenda; sino que la relación entre derecho y moral queda determinada por la autoridad y por la eficacia<sup>13</sup>. Por el contrario, para Alexy (2004) las propuestas que no se identifican con el positivismo jurídico, sean las elaboradas desde la tradición de racionalidad kantiana —como la suya— o las diseñadas desde la tradición de racionalidad aristotélica, sostienen alguna versión de la tesis de la conexión necesaria (pp. 132 y ss.).

Precisamente, como es sabido, para Alexy (2011) el derecho tendría, en realidad, solo un rasgo esencial: su doble naturaleza. Esta estaría constituida por una dimensión ideal o moral, aspecto que se expresaría en la tesis de que todo derecho formula necesariamente una pretensión de corrección; en concreto, una pretensión de justicia material o sustantiva. Pero también estaría constituida por una dimensión real o fáctica, aspecto que se manifestaría a través de la autoridad y la eficacia social para lograr seguridad jurídica (pp. 29-49). A juicio de Alexy (2017), la tensión dialéctica entre estas dimensiones se resolvería a través de la ponderación, y solo así la corrección moral alcanzaría también al derecho real, haciéndose jurídica también en los hechos (pp. 323-324).

En Alexy (2009, pp. 93 y ss.) la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral se expresa particularmente en que los derechos fundamentales

91

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

12 A ello he dedicado otros trabajos. Véase, por ejemplo, Chávez-Fernández (2011).

13 Para una defensa de la tesis iuspositivista de la «separación conceptual» —o la exclusión de la moral para la adecuada identificación del derecho—, véase, por ejemplo, Escudero Alday (2004, pp. 199 y ss.).

—derechos humanos, algunos de «validez eterna» (2016, p. 64)— no tendrían validez jurídica si no es a través de su positivación autoritativa, por lo que si bien todo discurso jurídico sería un caso especial del discurso práctico general, en realidad se podría decir que el derecho entrelaza dos sistemas normativos procedimentales, en principio distintos y en tensión: uno ideal-moral y otro real-fáctico que operan juntos —una vez el primero se haya formalizado o institucionalizado— para alcanzar la eficacia jurídica. Dicho de otra forma, el derecho sería moral —tendría una conexión necesaria con la moral— porque la presupone, la incorpora y la cristaliza procedimental y autoritativamente, pero no porque sea constitutiva y sustancialmente razón práctica.

Desde la misma tradición pospositivista de matriz kantiana, Atienza (2017) cree que el principal problema de la deontología jurídica es «qué hacer cuando el Derecho dicta una cosa, y la moral otra» (p. 267). Atienza busca caminos de respuesta (pp. 269-273). Destaca que los iuspositivismos encuentran dificultad para suscribir el modelo del abogado «moralista», al menos en la versión matizada que él propone<sup>14</sup>. Este modelo en la versión de Atienza implicaría aceptar que, haciendo uso del derecho —y sin infringirlo—, el abogado puede terminar obrando de manera gravemente inmoral. A su juicio, dichas acciones inmorales no pueden encontrar justificación en argumentos tales como que se está velando por los intereses del cliente o respetando su autonomía, o que el abogado simplemente opera según el rol profesional —ni imparcial ni independiente— que se le ha asignado institucionalmente en la sociedad. Su propuesta implica que la profesión del abogado no sería «intrínsecamente inmoral»<sup>15</sup>, desde luego, pero sí de «riesgo moral», dado que obliga al abogado no solo a cumplir con el derecho, sino también a ponderar los valores en juego en cada caso concreto, considerando que su conducta podría dañar —casi siempre ilícitamente— a terceros inocentes o afectar intereses comunes, a pesar de no contravenir al derecho<sup>16</sup>.

Por otro lado, Atienza (2013) ha mantenido también, a diferencia de lo que sostiene Alexy<sup>17</sup>, que el discurso —la argumentación— específicamente

14 Concretamente, respecto del debate entre Pepper (1986) y Luban (1986), Atienza (2017) está definitivamente más cerca de este último, aunque parece sostener un moralismo más moderado que Luban, o quizá deba decir más «ponderado» (pp. 262-264 y 273). Véase, por ejemplo, Luban (1988, pp. 104 y ss.) sobre el carácter robusto que la moral debiera tener en los sistemas adversariales contemporáneos. Para un alegato convincente de cómo la conciencia moral del abogado no es anulada en un sistema adversarial, véase Luban (2007, pp. 21 y ss.).

15 Por ejemplo, Salas (2007) no se expresa en esos términos exactamente, pero debido a su peculiar forma de concebir la moral llega a esa conclusión (pp. 581-600).

16 Llama la atención que Pérez Luño (2023) vea en esta propuesta una compatible no solo con el absolutismo ético, sino también con el iusnaturalismo (p. 488). Para Alonso Vidal (2023), la posición deontológica conflictual de Atienza es sostenible si se concibe el deber de lealtad del abogado como «un deber moral especial, cuyo ámbito de aplicación estaría condicionado por la propia relación de los abogados con el Derecho» (p. 77).

17 Sobre los alcances de la polémica sobre la tesis alexiana de la pretensión de corrección en el derecho, véase, por ejemplo, Alexy y Bulygin (2001, pp. 41 y ss.).

## 93

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

del abogado diferiría del discurso del juez por su carácter partidario y por su acento estratégico o instrumental, por lo que no estaría necesariamente signado por la pretensión de corrección —no se aplicaría, por ejemplo, el principio de sinceridad en todos sus extremos— ni podría ser catalogado, en la mayoría de las situaciones de su ejercicio argumentativo, como un caso especial del discurso práctico general; es decir, de argumentación racional o moral<sup>18</sup>. Si conectamos esta tesis con la mostrada en el párrafo anterior, se puede decir que, para Atienza, si bien el abogado podría catalogarse desde el punto de vista deontológico como «moralista», no lo sería tanto como el juez (pp. 706-707).

Atienza (2017) también afirma defender la tesis de la «unidad de la razón práctica» y admite una suerte de naturaleza dual del derecho como la de Alexy, pero le parece que la mejor manera de sostenerla no sería viendo al derecho como un mero «sistema, un conjunto de normas», sino más bien como «una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema», por lo que habría «razones moralmente justificadas que, sin embargo, no pueden utilizarse en la argumentación jurídica» (pp. 134-135).

En ese orden de ideas, no llama la atención de que Atienza (2017) entienda al derecho —a la dogmática jurídica, pero también a la actividad judicial<sup>19</sup>— como una «tecno-praxis», es decir: a) no es ciencia sino «técnica social» y b) «se inserta dentro de lo que tradicionalmente se ha llamado la razón práctica» (pp. 185-186). Para Atienza la dogmática jurídica sería específicamente la combinación «de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica»; o, dicho de otra forma, esta se debería regir «por un tipo de racionalidad que incluyera no solo la deliberación sobre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines, sino también la deliberación sobre esos fines y sobre los valores en que los mismos se sustentan» (p. 192).

Pues bien, en mi opinión, tanto la versión de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral que sostiene Alexy como la que sostiene Atienza pueden ser catalogadas como «extrínsecas», no obstante los relevantes matices que he destacado entre ambas. Lo explico brevemente.

18 Según Atienza (2013), se puede concluir que «las diferencias entre la argumentación que lleva a cabo un juez y un abogado no son relevantes (o no existen) si se considera la argumentación exclusivamente desde una perspectiva formal, pero adquieren notable importancia cuando se presta atención a la dimensión material (la pretensión de corrección) y a la pragmática (a los elementos retóricos y dialécticos)» (p. 709).

19 Véase, por ejemplo, Atienza (2020, p. 55).

En Alexy se trataría de una unidad de la razón práctica lograda a través de la ponderación dialéctica entre estándares normativos cualitativamente distintos a los que se accede a través de una razón procedimental. En Atienza dicha unidad se logra tras la combinación —algo confusa, por no jerarquizada— de dos formas significativamente distintas en que la razón se aproxima a la conducta humana: la práctica y la técnica, por lo que creo que no resultan equivalentes —como sí lo piensa Atienza (2017)— los términos «tecno-praxis» y «praxis tecnificada» para referirse al derecho, aunque él use preferentemente el primero de ellos (p. 186). Dicho esta vez muy gruesamente: en este enfoque de conexión «extrínseca» el abogado ha de obrar ética o moralmente —lo que implicaría para él una ponderación caso por caso entre las razones instrumentales y las morales, por ejemplo— dentro y fuera del proceso, casi como cualquier otro profesional, a no ser por el inexplicable —asumidas las premisas de Atienza— mayor «riesgo moral» en el que se encontraría. Por así decirlo, pareciera que el abogado debe usar el derecho moralmente, pero no que su disciplina sea intrínsecamente práctica; es decir, moral.

En todo caso, tras lo señalado en esta sección del trabajo, debo reconocer que la figura alexiana de la «institucionalización de la justicia» (Alexy, 2016, pp. 47 y ss.)<sup>20</sup> queda más próxima —aunque solo un poco— a la tesis de la conexión «intrínseca» entre derecho y moral que defenderé en el siguiente acápite (IV). Por ello, no debe llamar la atención que Atienza (2013) se distancie de Alexy al afirmar que el discurso del abogado —a diferencia del discurso del juez, por ejemplo— no formula necesariamente una pretensión de corrección ni puede catalogarse siempre como un caso especial del discurso práctico general —es decir, moral—; sino, antes bien, como una argumentación predominantemente estratégica o instrumental —es decir, técnica—, dando lugar a una «tecno-praxis» (pp. 706 y ss.).

Pero, para que me sea posible defender lo afirmado, primero debo explicar cómo concibo la versión «intrínseca» de la tesis de la conexión y tratar, luego, algunas de las consecuencias de esta para la ética profesional del abogado, concretamente respecto de la aparente tensión entre los deberes de veracidad y justicia, así como de diligencia y reserva, en el contexto de un proceso penal.

<sup>20</sup> Me parece que otro tanto pasa, por ejemplo, con la propuesta de Aarnio (2001, p. 4), para quien «de facto there are no particular professional ethics of lawyers (or of any other professions) beyond or above the ethical principles binding all people. In this case, I regard professional ethics as rules by means of which the aim is to determine an ideal type practicing a certain profession» (p. 2).



#### IV. LA TESIS DE LA CONEXIÓN INTRÍNSECA ENTRE DERECHO Y MORAL: UNA SÍNTESIS

Desde la tradición aristotélica, la manera en que la razón se relaciona con la realidad depende no solo de la naturaleza humana propia de toda persona que razona, sino también del modo de ser de cada cosa sobre la que se razona, por lo que conviene distinguir —sin separar, detalle imprescindible— entre diversos tipos de conocimiento. Para Massini-Correas (2008), la primera distinción importante se da entre el «conocimiento especulativo» y aquel que, análogamente, puede llamarse «conocimiento práctico». Dicho muy brevemente: mientras que el primero describe o analiza objetos o hechos, el segundo regula o dirige acciones humanas, aquellas que son susceptibles de ser valoradas moralmente como buenas o malas (pp. 3 y ss.). El primero juzga lo que es, el segundo lo que debe ser. Cuando la razón actúa del primer modo se le puede llamar «razón o racionalidad teórica», y cuando lo hace del segundo modo, «razón o racionalidad práctica»<sup>21</sup>.

La segunda distinción tiene mayor relevancia para el objetivo de este trabajo y es más sutil que la primera. En términos del propio Aristóteles (1985) la «producción es distinta de la acción [...] de modo que también el modo de ser racional práctico es distinto del modo de ser racional productivo» (EN, VI, 4, 1140a 1-5). Por ello, lo que se puede llamar «razón o racionalidad técnica» debe distinguirse de la «razón o racionalidad práctica» propiamente dicha, pues, a diferencia de esta, no versa sobre la rectitud moral de las acciones humanas, sino sobre el perfeccionamiento de las hechas o productos humanos<sup>22</sup>. Por ello, puede decirse con Tomás de Aquino (1993) que mientras la recta razón de lo «agible» es la prudencia, la técnica o arte es la recta razón de lo «factible» (p. ST, I-II. q.57, a.4). Pero ¿qué es la prudencia? ¿Qué es lo que realmente la distingue de la técnica?

Para Aristóteles (2003) la prudencia «es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que [...] se encaminan a la felicidad» (*Retórica*, I, 9, 2, 1366b 21-23); o, dicho de otra forma, «un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre» (Aristóteles, 1985, EN, VI, 5, 1140b 4)<sup>23</sup>. Ramírez (1979) ha propuesto una definición de prudencia

95

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

21 Desde luego este no es el lugar para defender la tesis de que puede haber una razón práctica y, por consiguiente, conocimiento moral, normativo o prescriptivo. Para una defensa desde la tradición aristotélica de la razón práctica frente a algunas de sus objeciones, véase, por ejemplo, Finnis (2000, pp. 45-51).

22 Me parece que Garzón Valdés (1984) —asumiendo las intuiciones de Von Wright— se acerca a esta posición, aunque deteniéndose no en la relación entre derecho y moral, sino en la que existe entre política y moral. Sin embargo, hay una diferencia importante respecto de lo que propongo aquí: no destaca la importancia del rol de las virtudes —en particular, la prudencia—, juntamente con el de las normas, para lograr operar satisfactoriamente con el derecho, tanto moral como técnicamente, sin incurrir en contradicción (pp. 178 y ss.). De ello me ocuparé en seguida.

23 Sobre la prudencia aristotélica, véase Aubenque (2010, pp. 61 y ss.).



desde esta tradición. Sería «*una virtud intelectual directiva de los actos humanos al fin último de toda la vida*» (p. 90), por lo que, a su juicio, se trata de una virtud del intelecto, formalmente hablando, y además de la voluntad, materialmente hablando (pp. 90-91). Resulta ser un buen hábito o disposición —intelectual y moral— que no se confunde con la técnica o arte, pues, a diferencia de esta, la prudencia es racionalmente determinativa y directiva de las acciones humanas concretas con el propósito de encontrar los mejores medios<sup>24</sup> para alcanzar la plenitud moral de la vida, y no para la mera perfección o eficacia de los productos o artefactos humanos como tales<sup>25</sup>.

Para Kalinowski (1982) la prudencia consiste en una puesta en forma o excelencia habitual de nuestra razón, por la que la persona se hace capaz de conjugar armónicamente sus potencias intelectuales y volitivas —también su dimensión emocional— para la realización de la acción concreta o específica. Se trata de un proceso por el que la razón logra pasar de los primeros principios prácticos o morales, de sus conclusiones normativas necesarias o indisponibles, de sus determinaciones normativas no necesarias o autoritativas más generales o menos concretas, y de los hechos particulares relevantes para cada caso, a la concreción experiencial de la mejor conducta posible; y, desde luego, también a aquella que es específicamente debida en justicia: lo justo o *iūs*, el derecho (pp. 126-128)<sup>26</sup>.

En ese sentido, si nos referimos particularmente al empleo de la prudencia en el ámbito del derecho —a lo que podríamos llamar, sencillamente, «prudencia jurídica»—, actividades indispensables de la razón práctica que atañen tanto a la interpretación como a la determinación del derecho resultarían imposibles si el sujeto que discierne no cuenta con la virtud de la prudencia o, cuando menos, se ha hecho capaz de realizar juicios de tipo prudencial, organizando armónicamente la información relevante para poder imperar de manera sintética lo justo —*iūs* o derecho— en

24 Para algunos la prudencia aristotélica no solo determinaría los medios, sino también los fines, dado que ciertos medios pueden considerarse parte del fin de las acciones humanas. Véase, por ejemplo, Wiggins (1980, pp. 221-240).

25 De ahí que para Aristóteles (1985) «no es posible ser bueno en sentido estricto sin prudencia, ni prudente sin virtud moral» (EN, VI, 13, 1144b 31-32). Debo destacar que no siempre que se alude a la prudencia en la discusión jurídica teórica o práctica se lo hace en este sentido propio de la tradición aristotélica. En algunos casos parece, incluso, confundirse con la racionalidad técnica o estratégica y oponerse a la racionalidad práctica. Véase, por ejemplo, Bayón (1991, p. 128). Esto puede decirse también de la tradición de racionalidad kantiana en general, para lo cual se puede consultar, por ejemplo, Brandt (2004, pp. 22-30).

26 Desde una perspectiva analítica puede llamar la atención el que con el término «derecho» me refiera en este trabajo algunas veces a una norma o a un sistema de normas, otras veces a la potestad o facultad de exigir una deuda jurídica, otras a la deuda misma de justicia y otras a la determinación jurisdiccional de la deuda. No se trata de una confusión, lo que ocurre es que entiendo que el mismo término, a través de la analogía, se refiere a realidades parcialmente distintas, aunque conectadas. He defendido en otro lugar —siguiendo con cierta libertad a Hervada (2000, pp. 179 y ss.)— que el analogado principal de «derecho» es el bien o la cosa debida en justicia —lo justo o *iūs*—, pero no tengo el espacio para hacerlo aquí. Véase Chávez-Fernández (2014, pp. 119 y ss.).

cada circunstancia específica bajo evaluación<sup>27</sup>. Por ello, para Massini-Correas (2006), en «el campo del derecho, definido anteriormente como “acción, dación u omisión debida a otro en justicia”, la función propia de la prudencia es delimitar el contenido concreto de ese débito [...] por una razón de justicia» (p. 46).

Pero si esto es así, ¿puede el derecho —la disciplina jurídica— ser una «técnica» o «herramienta»<sup>28</sup> de cambio social o, al menos, una «tecnopraxis»?<sup>29</sup> Me temo que no. Desde luego, en el derecho se requiere conocimientos de tipo teórico —incluso formal o empíricamente científicos— sobre hechos, los que pueden ser el punto de partida para formular juicios de naturaleza práctica y técnica que concurren para dirigir la acción y resolver el caso, ya sea en abstracto o en concreto. Sin embargo, el derecho parece ser —no excluyentemente, pero sí primordialmente— praxis: razonamiento práctico, directivo de la conducta humana que procura la determinación y la concreción de la deuda externa de justicia en que consiste cada derecho, y que subordina al conocimiento o razonamiento técnico para lograrlo eficazmente<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, el abogado le sugiere al juez que debería resolver el conflicto de una forma compatible con los intereses de su cliente; el fiscal le precisa que debería ordenar la detención del inculpado; mientras que el juez decide no solo respecto de la titularidad de un inmueble o la inocencia del procesado, sino que ordena que se le detenga preventivamente o le manda a purgar pena privativa de libertad.

Lo que distingue al razonamiento jurídico del razonamiento moral no es que el primero sea técnico y el segundo práctico<sup>31</sup>, me parece; sino, al menos dos aspectos que es relevante destacar para el objetivo de este trabajo. En primer lugar, su especificidad de justicia, pues no versa sobre la concreción de otras virtudes morales como la templanza o la veracidad, no obstante la adquisición de algunas virtudes —al menos, en cierta medida— resulte indispensable para conocer lo justo. En segundo lugar, la tecnificación institucional que lo concreta formalmente, por lo que el derecho no tiene relación directa con la justicia sin más o en su más amplio sentido —ni subjetivo ni objetivo—, sino con las deudas objetivas externas de justicia ya determinadas por la naturaleza de las cosas o —en la gran mayoría de los casos— formalizadas por la autoridad

97

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

27 Me he referido a la prudencia jurídica en términos semejantes en otro trabajo recientemente: Chávez-Fernández (2024, p. 556).

28 Por ejemplo, Bunge (2000, pp. 121-137).

29 Como vimos, Atienza (2017, pp. 185-192).

30 Por supuesto, si se niega que las cuestiones morales sean un asunto de la razón práctica, definitivamente se tenderá a entender el conocimiento jurídico como uno de tipo teórico o técnico —o una combinación de ambos—, pero aquí no seguimos la vía del iuspositivismo, aunque no haya espacio para discutirla como se debe. Véase, por ejemplo, Alexy (2013, pp. 15 y ss.) o Chávez-Fernández (2011, pp. 49-69).

31 Para una perspectiva un tanto distinta desde la propia tradición aristotélica, véase Finnis (2020, pp. 135-163).

competente. Dicho de otro modo, tanto el razonamiento-conocimiento jurídico como el moral son primordialmente de tipo práctico y prudencial en su concreción, y solo secundaria y subordinadamente son razonamiento-conocimiento de tipo técnico. Por ello, no debería sorprender el que otra forma de llamar al derecho en cuanto disciplina sea, precisamente, «jurisprudencia».

A ello me refiero cuando sostengo —exclusivamente para los efectos de este trabajo— la tesis de que existe una conexión necesaria «intrínseca» entre derecho y moral<sup>32</sup>. En concreto, quiero decir: a) que los deberes de justicia de los abogados, como los del resto de juristas, con muy pocos matices propios del rol de cada uno —una vez consideradas todas las cosas, desde luego—, no son independientes de sus deberes genuinamente jurídicos, sino que se trata de los mismos deberes morales<sup>33</sup>, o al menos de aquella parte de sus deberes morales en cuanto juristas y no en cuanto meras personas que ofrecen un servicio profesional cualquiera a sus clientes<sup>34</sup>; y b) que la ética del abogado es una ética normativa, sin duda, pero que solo es posible vivirla o aplicarla a través de virtudes —del ejercicio de buenos hábitos, que no implican tampoco el más alto grado de excelencia—, y de entre ellas, principalmente de la prudencia jurídica, por lo que plantear la ética del abogado como un conflicto normativo entre deberes o valores morales y jurídicos a resolver en cada caso a través de la aplicación de una mera técnica metodológica como la ponderación<sup>35</sup> termina siendo, en mi opinión, parte del problema y no de la solución a las tensiones que observamos antes (II).

## V. ALGUNAS CONSECUENCIAS PARA LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

De lo afirmado en el acápite anterior se siguen algunas consecuencias. Destacaré solo dos que tienen relación directa con el objetivo de este

32 Para Graneris (1973), el «derecho es *id quod alteri debetur*; o sea es algo a lo cual va unido el deber, y el deber emerge siempre de la moralidad. Nótese que este nexo es originario, intrínseco, constitutivo del derecho mismo, y por consiguiente no puede nacer ni vivir sino bajo la forma de cosa justa o debida, o sea hundiéndose sus raíces en el *humus* de la justicia» (p. 44); especificando luego que, sin embargo «el derecho no es la cosa justa en toda su perfección, sino un *«iustum imperfectum*, en cuanto puede darse independientemente de las disposiciones de ánimo del agente» (p. 45). Desde luego, hay otros muchos rasgos que especifican la vinculación necesaria entre derecho y moral sobre los que no conviene detenerse ahora. Véase Chávez-Fernández (2021, pp. 125-158).

33 Esto que propongo no es la tesis de la reducción de la ética del abogado al cumplimiento de su rol como defensor de los intereses de su cliente que no riñan con la ley —véase, por ejemplo, Pepper (1986, pp. 613-635)—, sino todo lo contrario: la ética o moral profesional del abogado —en tanto que jurista— es su compromiso tanto con los intereses de su cliente como con la justicia, solo que ambos extremos han sido formalizados en la gran mayoría de casos por la autoridad y, por lo tanto, resultan también moralmente vinculantes en justicia. Desde luego, por lo que acabo de señalar, mi propuesta también se aparta de la postura opuesta que La Torre (2013, p. 185) llama «eticista».

34 No es extraño que no se termine de especificar la peculiaridad de la vinculación moral del jurista en cuanto jurista frente a aquella que tiene cualquier otro profesional o, incluso, ciudadano con su disciplina. Véase, por ejemplo, Bozzo y Ruz (2019, p. 51).

35 Así interpreto la propuesta de Atienza (2017, p. 273).

trabajo. La primera es que la ética o moral de los abogados solo diferiría de la de los juristas en general en cuanto a matices —la imparcialidad que se le exige imprescindiblemente al juez para cumplir con su trabajo no solo no debe exigírsele al abogado, sino que ha de exigírsele, antes bien, la parcialidad para con su cliente, por ejemplo—, pero se trataría básicamente de la misma moral o ética, salvo aquella que ha sido codificada —y, por lo tanto, juridificada, sin abandonar su naturaleza moral o práctica— especificando la profesión jurídica, desde luego<sup>36</sup>. La segunda es que, si bien varias de las tensiones entre el deber del abogado de veracidad y justicia, y su deber de diligencia y reserva, se disuelven o desaparecen, muchas otras pueden resolverse menos dramáticamente de lo que suelen plantearse. A continuación, propondré tres ejemplos formulados en el contexto de un proceso de derecho penal con los que pretendo evidenciarlo; no obstante, es cierto que la casuística es infinita y cada detalle omitido —como se sabe— podría matizar la evaluación de los casos. Al fin y al cabo, estamos en el terreno del razonamiento práctico —es decir, deliberativo e interpretativo —, de forma que, como ya lo sabía Aristóteles (1982, pp. 89 y ss. / *Tópicos*, I, 1, 100a-100b), las conclusiones se alejan de la certeza propia de la ciencia teórica, por lo que no puede descartarse más de una respuesta susceptible de ser justificada como correcta.

Primer ejemplo: supongamos que un juez especializado en lo penal que es titular de una causa respecto de un delito grave recibe información que es capaz de derrotar largamente por sí sola la presunción de inocencia del procesado. Supongamos que la recibe por fuera de los cauces formales del proceso, sin haberla solicitado ni haberse puesto imprudentemente en situación de recibirla, y el hecho sucede, además, en un momento en que, dadas las pruebas actuadas formalmente, la única opción razonable para él era fallar la inocencia del inculpado. Supongamos que la información recibida no solo resulta objetivamente indiscutible, sino que además le es ofrecida al juez no por los medios de comunicación o las redes sociales, sino por alguien cuyas intenciones de justicia le resultan de total credibilidad.

¿Realmente el juez enfrenta un dilema moral, algo así como un conflicto entre su deber de administrar justicia y el de respetar el debido proceso? A mi modo de ver, el juez se encuentra en una situación incómoda, sin duda y por varias razones. Sin embargo, el camino moral-jurídico está,

99

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER

36 En ese sentido, la ética profesional del abogado es, a mi modo de ver, una especificación de la del jurista en general, la que, a su vez, es una especificación —ya sea como conclusión necesaria, ya sea como determinación no necesaria— de la ética o moral general razonable o con pretensión de objetividad. A diferencia de Hierro (2007, pp. 125-127; 2010, pp. 89-93), creo que es posible explicar la especificidad de los deberes morales del abogado y del juez sin asumir que la contrapartida de roles profesionales de ambos implique deberes morales contradictorios entre sí, o deberes que pueden plantear excepciones a los deberes morales generales, como trataré de evidenciar a través de algunos ejemplos.

al menos en lo sustancial, bastante claro: no puede lícitamente declarar culpable al procesado —utilizando de alguna manera interpretativa ingeniosa, creativa o discrecional la información obtenida por fuera del proceso—, por lo que tendría que mantener respecto de este la posición adoptada originalmente, que se ajusta a ley. No es otra justicia la que se le exige al juez que la formalizada o institucionalizada, y no es necesario para llegar a esa conclusión ponderar valores o normas en conflicto, desde luego.

Segundo ejemplo: supongamos que el fiscal que persigue a una peligrosa y sanguinaria organización criminal en torno al tráfico de estupefacientes recibe la visita del presunto cabecilla de la banda, aprovechando un misterioso error de seguridad en su sistema de protección oficial. Supongamos que el probable malhechor le dice al fiscal que el agujero de seguridad se ha producido por su poder sobre el sistema y lo amenaza en el sentido de que, si continúa con la investigación en su contra, no solo se hará cargo de él, sino que también de su familia. Le presenta evidencia de que cuenta con la información y con el poder suficiente para hacerlo. Culmina diciéndole que, precisamente porque es culpable de lo que se le pretende encauzar, el fiscal debería tomarse la amenaza con toda la seriedad del caso y archivar la investigación en su contra. Ahora bien, supongamos que el fiscal, lejos de amedrentarse, consigue a través de elementos de convicción dentro del proceso la autorización para allanar las propiedades en donde —según información que tenía por confiable— se encontraba evidencia de los delitos cometidos por la banda, dándose con la sorpresa al ejecutar el allanamiento de que no hay evidencia alguna que incrimine a ninguno de los miembros de la organización criminal y de que ha caído en una trampa.

¿Realmente consideraríamos que el fiscal cumpliría con su deber de perseguir el delito si es que, dada la confesión y la amenaza recibida por parte del ahora algo más que presunto cabecilla de la banda, ordena a cierto personal policial de su extrema confianza sembrar evidencia incriminatoria con el propósito ya no solo de detener al sujeto y a sus principales colaboradores, sino también de conjurar el inminente peligro que tras el frustrado operativo se cierne sobre él y sobre su familia? Creo que se abren muchas posibilidades de obrar éticamente con lealtad al sistema y con justicia para el fiscal<sup>37</sup>, pero una de ellas, definitivamente, no es la sugerida por la pregunta, y no precisamente porque cometería un delito —o no solo por ello—, sino principalmente porque la justicia ha sido formalizada y no le está permitido alcanzarla por fuera de ese cause. Sencillamente, no tiene competencia para perseguir el delito de cualquier forma, y menos el deber moral profesional de hacerlo.

37 Una de ellas puede ser, por ejemplo, apartarse prudencialmente de la persecución del delito si el marco jurídico se lo permite, ya sea porque no puede asegurar su imparcialidad o porque su familia se encuentra en un grave peligro.

Tercer ejemplo: supongamos ahora —en una línea semejante a lo que esboqué en el acápite (II)— que un abogado defensor ha recibido la información por parte de su cliente —y, por lo tanto, bajo secreto profesional— de que ha cometido realmente los hechos que se le imputan y que se encuentran tipificados como un delito agravado que puede acarrear la más alta de las penas privativas de libertad que se prevén en el Código Penal. Además, supongamos que el abogado ha constatado con su cliente que no existen pruebas suficientes para derrotar la presunción de inocencia, por lo que, si el juez obrase razonablemente, es muy probable que termine por declararlo inocente. Supongamos que, tras esa conversación, el cliente le pide al abogado que defienda formalmente su inocencia.

¿Diríamos que en este caso existe un conflicto en el abogado entre su deber de veracidad y justicia, y su deber de diligencia y reserva? ¿Diríamos que el abogado debe ponderar entre razones estratégicas y razones morales para escoger entre un aparente conflicto de deberes? ¿O, más bien, como en los supuestos anteriores, el abogado que decide libremente llevar adelante el caso —que también puede rechazar, desde luego— no tiene más deber de veracidad y justicia que señalar durante el proceso que el cliente es inocente, omitiendo por cuestiones de evidente retórica que solo lo es, precisamente, porque no es posible que los elementos de convicción con los que cuenta la Fiscalía puedan considerarse razonablemente como pruebas de su culpabilidad?<sup>38</sup> ¿Realmente este deber del abogado cambia o se torna moralmente dudoso porque, eventualmente, un tercero podría verse implicado como sospechoso?<sup>39</sup> ¿Su profesión consiste en actuar como abogado de todos? ¿Es ese su compromiso profesional con la justicia?<sup>40</sup>

38 En mi opinión, queda claro que el deber de diligencia y reserva del abogado no implica que le esté profesionalmente permitido —por omisión o por comisión— cooperar con la planificación o ejecución de algún delito por parte de su cliente, aunque no se me escape que el curso de acción concreto para evitarlo no pueda ser tomado sino con un cuidadoso examen prudencial.

39 Me parece que coincide en esto, por ejemplo, Aparisi (2018) cuando afirma que «cumpliendo su específica función en la Administración de justicia, el Abogado podrá aceptar, en principio, todas las causas penales, en defensa del reo, incluso conociendo fehacientemente su culpabilidad», por lo que «puede emplear recursos lícitos y legales para evitar el veredicto de culpabilidad, ya que en eso consiste precisamente su misión»; para luego precisar que «si una vez valoradas las pruebas disponibles, el Abogado entiende que existen razones fundadas para obtener una sentencia absolutoria de un culpable, podrá, en conciencia, considerar si debe asumir o no la defensa de esa causa, máxime si de la absolución del acusado pudiera derivarse riesgo fundado para la sociedad o peligro serio para un tercero» (p. 122).

40 No obstante, la aguda y atractiva solución que Seleme (2021) ofrece respecto del deber de veracidad del abogado en lo que ha llamado un «deber débil de veracidad» (pp. 286-287), me parece que se distancia de la tesis de la relación necesaria intrínseca entre derecho y moral que aquí defiendo. Creo notarlo al menos en dos aspectos. Primero, su elección por destacar el conflicto entre los deberes morales del abogado, sin distinguir cualitativamente, además, entre los que serían propios de su profesión jurídica y los que comparte con cualquier otro profesional que brinda un servicio. Segundo, su opción porque entren en juego para calificar el cumplimiento del deber de veracidad del abogado no solo los elementos de convicción que conoce y que resultan admisibles en el proceso, sino también los inadmisibles.

Se puede argumentar contra el uso de estos casos hipotéticos que me he facilitado excesivamente las cosas poniendo ejemplos en el contexto de un proceso de derecho penal donde —como se sabe— las cuestiones jurídicas ocurren con cierta peculiaridad<sup>41</sup>. Si bien puedo alegar a mi favor que la presunción de inocencia y la correspondiente carga de la prueba, así como los gravísimos resultados restrictivos de la libertad personal típicos del error en la sentencia penal, no son más que especificaciones dentro de la práctica del derecho y no propiamente excepciones, igual lo concedo. No obstante, creo que son buenos ejemplos, al menos para ilustrar el punto que he pretendido someter a discusión: normalmente, asumimos como conflictos los deberes morales en el ejercicio profesional del abogado porque no consideramos que entre el derecho y la moral existe una vinculación necesaria de carácter intrínseco; o, dicho de otro modo, que el razonamiento jurídico es razonamiento moral, aunque institucionalizado o tecnificado.

## VI. CONCLUSIÓN

Para terminar, creo que lo que propongo escapa tanto de la solución formalista o legalista, que colapsa la moral del abogado en su rol definido autoritativamente por la ley, como de la solución moralista o moralizante, que —aunque estemos frente a posturas más cercanas a la tesis de la conexión necesaria intrínseca entre derecho y moral— termina siendo más o menos densa, dependiendo en realidad ya no del ejercicio de la prudencia tanto en el derecho como en la moral, sino del grado de sofisticación con que se diseñe y se aplique la técnica ponderativa que resolverá el supuesto conflicto entre valores de naturaleza distinta.

Sirva este breve trabajo para poner sobre la mesa de discusión al menos un par de cosas. La primera, la importancia de no renunciar al cultivo de la tradición de racionalidad aristotélica —aunque quizá sea necesario aclarar que se trata de asumirla como la única—, en particular frente a los contemporáneos desafíos que enfrentan tanto la filosofía jurídica como la ética de las profesiones jurídicas. La segunda, el relieve de no entender la legítima distinción entre filosofía jurídica y ética profesional del jurista como una separación o divorcio. En este caso, he tratado de mostrar que existen consecuencias significativas para pensar en los deberes morales del abogado y, más en concreto, en los de «veracidad y justicia» y «diligencia y reserva» —al menos en su rol de defensa en el contexto de un proceso de derecho penal—, dependiendo de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral que se opte por defender.

<sup>41</sup> Se ocupa de la diferencia, por ejemplo, Ferrajoli (2013, pp. 210-211).



## REFERENCIAS

- Aarnio, A. (2001). Lawyers' Professional Ethics—Do They Exist? *Ratio Juris* 14(1), 1-9. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00168>
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (2.<sup>a</sup> ed.). Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2009). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del derecho. En C. Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy* (pp. 29-58). Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2013). El No Positivismo Incluyente. *Doxa*, (36), 15-23. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.01>
- Alexy, R. (2016). *La institucionalización de la justicia* (3.<sup>a</sup> ed.). Granada: Comares.
- Alexy, R. (2017). The Ideal Dimension of Law. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (pp. 314-341). Nueva York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316341544.012>
- Alexy, R. (2021). *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198796831.001.0001>
- Alexy, R., & Bulygin, E. (2001), *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alonso Vidal, H. J. (2023). Sobre los límites del deber de lealtad de los abogados. *Doxa*, (46), 75-84. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.03>
- Aparisi Millares, A. (2018). *Ética profesional del abogado* (2.<sup>a</sup> ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aristóteles. (1982). *Tratados de Lógica (Órganon)* (vol. I). Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (1985). *Ética nicomáquea/Ética Eudemia*. Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (2003). *Retórica* (6.<sup>a</sup> ed.). Madrid: CEPC.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2020). García Amado y el Objetivismo moral. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (27), 44-57. <https://doi.org/10.36151/td.2020.002>
- Aubenque, P. (2010). *La prudencia en Aristóteles*. Buenos Aires: Las Cuarenta.
- Bayón, J. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: CEC.
- Bozzo Hauri, S., & Ruz Lártiga, G. (2019). El deber precontractual de información del abogado. *Ius et Praxis*, 25(1), 49-88. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100049>

LA TESIS DE  
LA CONEXIÓN  
INTRÍNSECA  
ENTRE DERECHO  
Y MORAL: SUS  
CONSECUENCIAS  
PARA LA ÉTICA  
PROFESIONAL DEL  
ABOGADO

THE THESIS OF  
THE INTRINSIC  
CONNECTION  
BETWEEN LAW  
AND MORALITY: ITS  
CONSEQUENCES  
FOR THE  
PROFESSIONAL  
ETHICS OF THE  
LAWYER



Brandt, R. (2004). Reflexiones acerca de la prudencia en Kant. *Isegoría*, (30), 7-40. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2004.i30.472>

Bunge, M. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, (13) 121-137. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/541>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2011). Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a “Dejemos atrás el positivismo jurídico” de Atienza y de Ruiz Manero. *Dikaion*, 20(1), 49-69. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1947>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2014). *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*. México: Porrúa.

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

Chávez-Fernández Postigo, J. (2023). Dignidad humana e injusticia extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (48), 36-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2024). Reglas, *defeaters* e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido. *Doxa*, (48), 543-562. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.20>

De Aquino, T. (1993). *Suma de Teología* (2.ª ed.; vol. II.). Madrid: BAC.

Escudero Alday, R. (2004). *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas.

Ferrajoli, L. (2013). Sobre la deontología profesional de los abogados. En C. García Pascual (coord.), *El buen jurista. Deontología del abogado* (pp. 203-215). México: Tirant lo Blanch.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Finnis, J. (2020). Derecho natural y razonamiento jurídico. En *Estudios de teoría del derecho natural* (pp. 135-163). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Garzón Valdés, E. (1984). Moral y política. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1), 177-196. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1765>

Granneris, G. (1978). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho* (3.ª ed.). Pamplona: Eunsas.

Hezel, P., & Caravita, L. (2021). Ética y deberes en los nuevos códigos deontológicos. Una visión desde Italia. *Revista de Derecho UNED*, (28), 341-365. <https://doi.org/10.5944/rduned.28.2021.32882>

Hierro, L. (2007). ¿Se puede pleitear? Platón, Garzón y la deontología de los abogados. *Doxa*, (30), 123-127. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.18>

Hierro, L. (2010). Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica. *Teoría y Derecho*, (8), 80-98. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/238>

Kalinowski, G. (1982). *Concepto, fundamento y concreción del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

La Torre, M. (2013). Variaciones sobre la moral del abogado: ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas. En C. García Pascual (coord.), *El buen jurista. Deontología del abogado* (pp. 177-201). México: Tirant lo Blanch.

Luban, D. (1986). The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper. *American Bar Foundation Research Journal*, 11(4), 637-649. <https://www.jstor.org/stable/828288>

Luban, D. (1988). *Lawyers and Justice. An Ethical Study*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press. <https://doi.org/10.1515/9780691187556>

Luban, D. (2007). *Legal Ethics and Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511487484>

Luban, D., & Wendel, B. (2020). La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 33(2), 49-78. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200049>

Massini-Correas, C. (2006). *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Massini-Correas, C. (2008). *Filosofía del Derecho. Tomo III. El conocimiento y la interpretación jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Pérez Luño, A. E. (2023). Manuel Atienza: su concepción innovadora de la ética profesional de los juristas. En E. Díaz y F. Laporta (dirs.), *Leer a Manuel Atienza* (pp. 481-490). Madrid: CEPC.

Pérez Luño, A. E., & Pérez Luño, E. C. (2022). *Deontología y abogacía*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pepper, S. (1986). The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities. *American Bar Foundation Research Journal*, 11(4), 613-635. <https://www.jstor.org/stable/828287>

Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). (2023). *Código de Ética del Abogado. Versión actualizada 2023*. Lima: PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/194217>

Ramírez, S. (1979). *La prudencia* (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Palabra.

Salas, M. (2007). ¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. *Doxa*, (30), 581-600. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.49>

Seleme, H. (2019). Libertad como no-interferencia y abogacía. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (52), 101-128. <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1214>

Seleme, H. (2021). Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba. *Doxa*, (44), 263-288. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.11>

Seleme, H. (2023). *La ética de los abogados*. México: UNAM.

Vigo, R. L. (2023). Apuntes de ética profesional: especificidad, importancia y actualidad (en homenaje a Manuel Arienza). En E. Díaz y F. Laporta (dirs.), *Leer a Manuel Arienza* (pp. 491-505). Madrid: CEPC.

Wiggins, D. (1980). Weakness of Will Commensurability, and the Objects of Deliberation and Desire. En A. Oksenberg Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics* (pp. 221-240). Berkley: University of California Press. <https://doi.org/10.1525/9780520340985-017>

Zagrebelsky, G. (2024). *La justicia como profesión*. Lima: Palestra.

### Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Arsenio Oré Guardia c. Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial de Fiscales, Sentencia 04382-2023 (TC [Perú], 11 de julio de 2024). <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/04382-2023-aa-199-2024>

Nuevo reglamento disciplinario de los colegios de abogados del Perú, Resolución N.º 020-2020-P-JUDECAP-CD-2020/2021 (Junta de Decanos de los Colegios de Abogados [Perú], 7 de septiembre de 2020). <https://www.caa.org.pe/consejo-de-etica/reglamento-de-etica/nuevo-reglamento-disciplinario-de-los-colegios-de-abogados-del-peru/>

Recibido: 24/10/2024

Aprobado: 17/02/2025

# Confidencialidad procesal en juicios públicos: una teoría para el manejo procesal de disputas de confidencialidad\*

## Procedural Confidentiality in Open Courts: A Theory for Managing Confidentiality Disputes in Judicial Proceedings

THOMAS VOGT GEISSE\*\*

Universidad de Chile (Chile)

**Resumen:** El presente artículo ofrece una teoría de confidencialidad procesal, entregando conceptos para comprender y resolver disputas procesales de confidencialidad. Estas se producen cuando un litigante alega que la difusión irrestricta de la información aportada a juicios públicos amenaza un bien jurídico y solicita, por tanto, una restricción a la publicidad. Los bienes jurídicos afectados por la publicidad procesal (externa o interna) pueden ser de muy variada índole (privacidad, reputación, pérdida de una ventaja competitiva y secretos profesionales, entre innumerables otros), pero se pueden clasificar de acuerdo a si se refieren a riesgos de revelación de un secreto, de uso ilícito o impropio de los contenidos del proceso, o de disrupción al buen desarrollo del proceso. Cada uno de estos riesgos configuran un interés de confidencialidad que se puede alegar como excepción (constelación pasiva) o pretensión (constelación activa), sea durante el esclarecimiento procesal preparatorio o probatorio. En cada caso, el tribunal resolverá la disputa mediante una ponderación entre los intereses de esclarecimiento, publicidad y confidencialidad, decretando una medida de incorporación resguardada de la información bajo restricciones a la publicidad. Estas medidas dependen del riesgo y contexto procesal, y pueden ir desde la exclusión del público de la sala de audiencia hasta el establecimiento de círculos de confidencialidad para regular el acceso a documentos confidenciales.

**Palabras clave:** Confidencialidad, debido proceso, publicidad judicial, transparencia, justicia abierta, derecho probatorio, privilegios probatorios, acceso a la información, derecho a ser oído, teoría del proceso

**Abstract:** This article presents a theory of procedural confidentiality, offering conceptual tools to understand and resolve disputes over confidentiality within legal proceedings. Such disputes arise when a litigant argues that unrestricted dissemination of information submitted in public judicial procedures poses a threat to a legitimate interest and requests restrictions on publicity. The legitimate interests impacted by procedural publicity (both

\* Este trabajo es producto del Proyecto Fondecyt Iniciación 11220600: «La justicia en vitrina. Un estudio dogmático sobre los riesgos de la publicidad judicial y su adecuada limitación», del cual el autor es investigador responsable. Agradezco a los participantes del grupo de discusión Hojas Juzgadas del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y, especialmente, a Andrés Bordalí Salamanca y Flavia Carbonell Bellolio por sus valiosas y detalladas observaciones a una versión inicial de este trabajo.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor asistente de Derecho Procesal de la Universidad de Chile (Chile).

Código ORCID: 0000-0002-9169-8306. Correo electrónico: thomasvogt@derecho.uchile.cl

external and internal) can be diverse—ranging from privacy and reputation to the loss of competitive advantage and professional secrets, among many others. These interests can be classified based on whether they concern risks of disclosing a secret, improper or unlawful use of the disclosed contents, or disruptions to the proper conduct of the proceedings. Each of these risks constitutes a confidentiality interest, which may be asserted as a defense (passive constellation) or as a claim (active constellation), either during the preparatory phase of information disclosure or during the evidentiary process. In each case, the court will resolve the dispute by balancing the interests of accurate fact-finding, publicity and confidentiality, issuing an order to incorporate the information under protective conditions with restrictions on public or party access. The appropriate measure depends on the specific risk and procedural context and may range from excluding the public from the courtroom to establishing confidentiality rings to regulate access to confidential documents.

**Keywords:** Confidentiality, due process, public trial, transparency, open justice, law of evidence, evidentiary privileges, access to information, right to be heard, theory of procedure

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DISPUTA DE CONFIDENCIALIDAD.- II.1. PRELUDIO: LA «INFORMACIÓN» COMO CONCEPTO AJENO AL DERECHO PROCESAL.- II.1.1. INFORMACIÓN Y DECISIÓN.- II.1.2. OBSOLESCENCIA EN LA TERMINOLOGÍA PROCESAL.- II.2. LA SOLICITUD PROCESAL DE CONFIDENCIALIDAD PROCESAL.- II.3. LA SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD COMO EXCEPCIÓN O PRETENSIÓN.- II.3.1. LA EXCEPCIÓN DE CONFIDENCIALIDAD (CONSTELACIÓN PASIVA).- II.3.2. LA PRETENSIÓN DE CONFIDENCIALIDAD (CONSTELACIÓN ACTIVA).- III. EL PROCESO JUDICIAL Y LOS RIESGOS DE LA DIFUSIÓN DE SUS CONTENIDOS.- III.1. LAS CLAVES PARA UNA COMPRENSIÓN DEL ESCLARECIMIENTO PROCESAL EN EL SIGLO XXI.- III.1.1. EL PRINCIPIO DE INCORPORACIÓN DE TODA INFORMACIÓN RELEVANTE AL PROCESO.- III.1.2. ESCLARECIMIENTO PROCESAL PREPARATORIO Y PROBATORIO.- III.1.3. EL PROCESO JUDICIAL COMO REPOSITORIO DE INFORMACIÓN.- III.2. PUBLICIDADES PROCESALES.- III.2.1. ACCESO DEL PÚBLICO GENERAL A LOS CONTENIDOS DEL PROCESO: LA PUBLICIDAD EXTERNA.- III.2.2. ACCESO DE LAS PARTES A LOS CONTENIDOS DEL PROCESO: LA PUBLICIDAD INTERNA.- III.3. LOS RIESGOS DE LAS PUBLICIDADES PROCESALES.- III.3.1. LA COLISIÓN CON SECRETOS JURÍDICAMENTE RESPALDADOS.- III.3.2. USOS ILÍCITOS O EFECTOS INDESEADOS DE LA DIFUSIÓN DE LOS CONTENIDOS DE UN PROCESO.- III.3.3. AFECTACIONES AL DESENVOLVIMIENTO REGULAR DEL PROCESO JUDICIAL.- III.3.4. RELACIÓN CON LA DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA DE LA PUBLICIDAD.- IV. EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD.- IV.1. CARGAS DE LAS PARTES EN LOS INCIDENTES DE CONFIDENCIALIDAD PASIVA.- IV.1.1. CARGAS DEL SOLICITANTE DE LA INFORMACIÓN.- IV.1.2. CARGAS DEL SUJETO PASIVO DE LA DISPUTA.- IV.2. CARGAS DE LAS PARTES EN EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD ACTIVA.- IV.3. CARGAS Y ACTUACIÓN DE OFICIO.- IV.4. INTERESES EN JUEGO EN EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD.-

IV.4.1. EL INTERÉS EN UN ESCLARECIMIENTO EXHAUSTIVO DE LOS HECHOS.- IV.4.2. EL INTERÉS DE CONFIDENCIALIDAD.- IV.4.3. EL INTERÉS EN LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES.- IV.5. LA DECISIÓN SOBRE LA MEDIDA DE RESGUARDO APROPIADA.- IV.5.1. MEDIDAS QUE RESTRINGEN LA PUBLICIDAD EXTERNA.- IV.5.2. MEDIDAS QUE RESTRINGEN LA PUBLICIDAD INTERNA.- IV.5.2.1. APORTACIÓN DE VERSIONES EDITADAS.- IV.5.2.2. APORTACIÓN IN CAMERA (DE ACCESO EXCLUSIVO AL TRIBUNAL).- IV.5.2.3. LITIGACIÓN RESTRINGIDA A UN CÍRCULO DE CONFIDENCIALIDAD.- IV.5.3. EXENCIÓN DEL DEBER DE APORTAR INFORMACIÓN.- IV.6. LA CONFIDENCIALIDAD DEL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso judicial consiste, entre otras cosas, en recopilar, tratar y difundir información. Con el surgimiento de las nuevas tecnologías de comunicación, ello regularmente pone en riesgo múltiples bienes jurídicos. El derecho procesal no se ha hecho cargo de ese problema porque ni siquiera dispone de categorías para tematizarlo. Este trabajo se propone suplir ese vacío, aportando una teoría de confidencialidad procesal compatible con la publicidad del proceso.

Las reflexiones que siguen pretenden orientar a un nivel teórico. Por eso, no se refieren a un ordenamiento procesal particular, sino que ofrecen una teoría para el manejo de la confidencialidad en cualquier proceso judicial sometido a exigencias de esclarecimiento efectivo con publicidad. Esta orientación general no pretende reivindicar la tradición de la teoría general del proceso, se ubica más bien en la tradición del método funcional del derecho comparado. Este propone definir problemas comunes y así identificar normas que regulan estos problemas con el fin de hacerlos comparables como equivalentes funcionales (Zweigert & Kötz, 1998, pp. 38 y ss.). La identificación de una función común es una herramienta de análisis, no pretende postular una verdad sobre las normas. Conforme al funcionalismo interpretativo (Michaels, 2019, pp. 386-388), la definición de funciones constituye una perspectiva comparativa no excluyente de otras. No obstante, permite formular, bajo ciertas premisas revisables, teorías con fuerza explicativa en varios ordenamientos jurídicos o, como en este caso, en varios ordenamientos procesales basados en principios compartidos. Como se desarrollará a lo largo de este trabajo, el manejo de los riesgos asociados a la difusión de información se puede definir como problema común de varios procesos judiciales contemporáneos (*infra*, III.3). Se presenta en todos los sistemas procesales cuyas reglas buscan el esclarecimiento exhaustivo de los hechos (*infra*, III.1) bajo condiciones de publicidad procesal interna y externa (*infra*, III.2), haciendo observable el surgimiento de normas procesales que tienen como función el manejo de dicho problema y cuya lógica de operación pretendo organizar como teoría (*infra*, IV). Solo en

137

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

ese sentido la teoría de confidencialidad procesal aquí propuesta tiene pretensión de teoría general.

Según esta orientación general, las reflexiones irán acompañadas de ejemplos y referencias provenientes de distintos ordenamientos jurídicos. En su mayoría, se hará referencia al derecho chileno, especialmente a la Constitución Política de la República (CPR), al Código Orgánico de Tribunales (COT), al Código de Procedimiento Civil (CPC), al Código Procesal Penal (CPP) y a las normas del proceso contencioso sancionatorio seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) contenidas en el DL 211. Pese a este énfasis de derecho chileno, no creo que sea difícil para lectoras y lectores de otras jurisdicciones encontrar referencias equivalentes entre las disposiciones constitucionales y legales de su propio sistema jurídico.

El trabajo sigue la siguiente estructura: primero, se desarrolla el concepto procesal de disputa de confidencialidad (II). Después, se explica el contexto procesal en el cual estas disputas se producen, llegando a las distinciones: esclarecimiento preparatorio/probatorio y publicidad externa/interna y sus riesgos (III). A continuación, se exponen los aspectos procedimentales de la disputa, esto es: el incidente en el confidencialidad, con referencia especial a la distribución de cargas de afirmación y prueba, los intereses en conflicto, las medidas de resguardo disponibles y la confidencialidad de la discusión incidental (IV). El artículo cierra con un conjunto de conclusiones (V).

## II. LA DISPUTA DE CONFIDENCIALIDAD

A modo de apertura, presentaré un concepto de «confidencialidad» lo suficientemente preciso para desmarcarlo de fenómenos similares (secreto profesional, privacidad, intimidad, etc.), pero lo suficientemente abstracto para tener una utilidad transversal en el derecho procesal. Para eso es necesario, ante todo, mostrar que la actual «era de la información» ha tornado insuficiente la terminología que el derecho procesal ha empleado tradicionalmente para regular el esclarecimiento de los hechos («presentación» o «exhibición» de documentos y objetos, además de los relatos de personas). La actualidad exige un lenguaje dogmático más abstracto, basado en la idea de revelación de información (II.1). Recién despejado ese punto podremos definir la solicitud procesal de confidencialidad (II.2) y distinguir una constelación activa y pasiva del incidente que produce (II.3).



## II.1. Preludio: la «información» como concepto ajeno al derecho procesal

En el centro de una disputa de confidencialidad está el interés en prevenir, en alguna medida, la divulgación de cierta información. Esto nos remite al concepto de «información», ajeno a la dogmática jurídica tradicional, por lo que a continuación se ofrecerán algunas precisiones sobre el término.

### II.1.1. Información y decisión

En las ciencias sociales encontramos una definición de «información» como contenidos con valor de novedad, en el sentido de que son capaces de sorprender a quien los recibe (de lo contrario no serían «informativos»)<sup>1</sup>. En efecto, una vez informados, los contenidos dejan de ser información para sus receptores y pasan a ser conocimiento. La ventaja de un concepto de información centrado en el valor de novedad radica en su conexión con el concepto de «decisión»: una decisión es buena en la medida que se basa en conocimientos sobre el mundo (asumo eso como axioma). En consecuencia, el acceso a la información alberga un potencial de mejorar las decisiones de los no-informados, sea una decisión de un tribunal, de un gerente de empresa o de quien está en busca de una pareja amorosa, de un votante en la urna o de un consumidor que necesita una lavadora<sup>2</sup>.

Una de las particularidades de las sociedades modernas es la cantidad de asuntos que se presentan como contingentes (es decir, con una posibilidad de ser distintos)<sup>3</sup> y, por tanto, bajo la necesidad de ser decididos en algún sentido. Como hijos de nuestra época, eso nos parece obvio, pero desde la mirada histórica es una anomalía. Las sociedades premodernas, y muchas sociedades hasta hoy, se organizan en torno a expectativas predeterminadas por la tradición, entregadas a patrones de comportamientos inalterables que impiden que un individuo pueda decidir impunemente actuar de forma distinta. Igual de inalterables solían ser las instituciones sociales, sin que pueda pensarse en cambiarlas o mejorarlas por un acto de decisión (por ejemplo, en el derecho: si la ley es inmemorial y refleja un orden indisponible, estamos libres de la presión de barajar, debatir y decidir sobre reformas legales)<sup>4</sup>. La extensión del ámbito de lo «decidible» en las sociedades modernas genera una demanda generalizada por conocimiento para producir decisiones acertadas (o, al menos, decisiones que se puedan presentar como acertadas) y, por tanto, una demanda por información (Luhmann,

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

1 Desde las ciencias económicas, véase Clark y Juma (2013, pp. 91-95); desde las ciencias sociales, Luhmann (2005, p. 29).

2 Sobre la demanda generalizada por información, véase también Barros Bourie (2021, p. 577).

3 «La contingencia indica [...] la posibilidad de que un dato sea diferente de lo que es» (Corsi *et al.*, 2006, pp. 67-68).

4 Sobre la contingencia como atributo propio de la sociedad moderna, véase Luhmann (1992, pp. 93-128).



2005, p. 38). A ello se agrega una dimensión ética: en nuestro actual orden moral basado en la libre voluntad del individuo, la toma de decisión informada está en el centro de la autonomía individual. Así, el acceso a información se convierte en una exigencia ética y presupuesto para toda autonomía y responsabilidad, lo que explica también el tono moralmente cargado de los discursos de «transparencia».

En consecuencia, la «era de la información» no describe adecuadamente lo que marca nuestra sociedad, sino solo el efecto secundario del fenómeno crucial: una sociedad bajo presión por generar decisiones informadas en todo ámbito de la vida. Y solo si se basan en buen conocimiento, estas decisiones se pueden legitimar normativamente como ejercicio de autodeterminación individual (libertad) o colectiva (democracia) (Möllers, 2013, pp. 51-106). En el derecho procesal, este fenómeno se revela, entre otros aspectos, en los llamados por ampliar los derechos de acceso a información de las partes y en los movimientos de justicia abierta y lenguaje fácil.

#### II.1.2. Obsolescencia en la terminología procesal

La legislación y dogmática procesal se desarrollan con anterioridad a la idea abstracta de acceso a la información. El derecho procesal solo ve la información como un valor ligado al acceso a un soporte físico o un portador humano. Por ello, no dispone de un lenguaje para referirse a contenidos accesibles de forma independiente de su soporte.

El CPC chileno nos da un ejemplo de esto. Cuando en su versión original de 1902 emplea el término «información», lo hace en el sentido premoderno de un procedimiento judicial de investigación («información sumaria») o registro («informaciones para perpetua memoria»), no en términos generales como contenidos con valor de novedad. La «información» en sentido moderno solo está considerada implícitamente, como un beneficio derivado de la *detentación física* de los objetos que le sirven como soporte. El valor informativo se ve como algo vinculado a la naturaleza de ciertos objetos físicos, lo que expresa muy claramente el CPC al conceder exhibición prejudicial de instrumentos que «por su naturaleza puedan interesar a diversas personas» (CPC, 2022, art. 273, num. 3). Esto se comunica al problema de este artículo, ya que también la confidencialidad es vista como una *cualidad* de ciertos instrumentos que «revisten» de ese carácter (art. 349, inc. I) y no como una restricción a la difusión de información.

El hecho de que el derecho procesal esté limitado a una terminología que desconoce la idea de difusión de información (con independencia de su soporte) explica que las normas que regulan el acceso a información de terceros o de partes (acceso a audiencias, exhibiciones de documentos u objetos, ingreso a lugares, etc.) no aborden adecuadamente los riesgos de la difusión de información. Esto se puede observar en la publicidad

del expediente en el juicio civil chileno. El CPC no conoce riesgos que se produzcan por el mero acceso a la información del expediente (independientemente del soporte) ni restricciones a su difusión. Solo contempla la posibilidad de reservar «fuera del proceso» ciertas «piezas» por «motivos fundados» (art. 34) que, según comentaristas de la época de la dictación del CPC (Toro & Echeverría, 1902, p. 106), tenía como fin prevenir la adulteración o el extravío de piezas del expediente (es decir, riesgos asociados al soporte físico), sin que conciban o le atribuyan importancia al riesgo de uso inapropiado de la información que en ellas se expresa.

Ahora, no solo las disposiciones del CPC presentan esta miopía terminológica, sino la mayoría de las normativas procesales. En general, carecemos de conceptos para litigar en torno a la confidencialidad, entendida como restricciones a la divulgación de información, y es el desafío de la ciencia procesal contemporánea desarrollar categorías y entregar interpretaciones que sean consistentes con la separación de la información de su soporte físico. Este es un desafío pendiente en todo tipo de proceso judicial, sin perjuicio de que en Chile la insuficiencia de los conceptos es especialmente sintomática en el proceso contencioso sancionatorio de libre competencia. La actual crisis de litigación incidental sobre confidencialidad en los procedimientos judiciales del DL 211 (Mordoj, 2022, pp. 1-5) ha dejado sin palabras al derecho procesal<sup>5</sup>. Esa crisis advierte que, en procesos con grandes volúmenes de información e importantes riesgos asociados a su difusión, la terminología antigua ya no funciona. Sería un error interpretar esto como un problema circunscrito a la litigación de libre competencia. Este es solo un aviso precursor de un problema general de las categorías procesales, no adaptadas a juicios que exigen con cada vez más frecuencia tematizar restricciones a la divulgación de la información. Es necesario desarrollar conceptos que permitan interpretar el esclarecimiento procesal como normas que regulan la recolección y el levantamiento de información, y la confidencialidad procesal en términos de restricciones a la difusión de dicha información<sup>6</sup>. Este artículo pretende desarrollar esa línea al aportar una teoría de confidencialidad procesal.

## II.2. La solicitud de confidencialidad procesal

En abstracto, el término «confidencialidad» señala que cierta información, *de facto* accesible solo a una persona o a un grupo de personas determinadas, es merecedora de restricciones a su divulgación

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

5 Esto se muestra en la terminología del auto acordado sobre reserva y confidencialidad del TDLC (AA 16/2017). Para una regulación efectiva, fue necesario alejarse, en parte, del lenguaje de prueba instrumental del artículo 22, incisos IX y X del DL 211, y adoptar el lenguaje de «protección de información» no previsto ni en el DL 211 ni en el CPC (véase, especialmente, los acuerdos tercero y cuarto del AA 16/2017).

6 En la literatura alemana, siguen esa aproximación Vogt (2020) y Hau (2022).

por razones jurídicamente fundadas. Cuando esta información deba ser considerada en un juicio público, surgirá regularmente el interés en que, como limitación a la publicidad, se mantenga el acceso restringido a la información. La solicitud de confidencialidad procesal atiende a este interés: es una solicitud dirigida a obtener, por orden judicial, restricciones a la difusión de información *de facto* aún no divulgada, invocando una justificación jurídica. Esto dice poco, pero lo que dice es muy importante: la confidencialidad procesal no es un bien en sí mismo, sino una categoría instrumental. Solo describe una forma de protección consistente en restricciones a la divulgación de información aportada a un juicio. Esta puede tener su fundamento en bienes jurídicos muy diversos (privacidad, honra, protección de la infancia, derecho de defensa, calidad de las prestaciones de salud, etc.), pero no en la mera idea de confidencialidad. Cuando la revelación de cierta información amenaza un bien jurídico, se hace merecedora de resguardos contra su divulgación irrestricta y pasa a ser información «confidencial» en sentido procesal. Nótese que la confidencialidad solo puede proteger información que, en los hechos, ya es de acceso restringido a una o varias personas determinadas. Esto se debe a que la información disponible a un grupo intrazable de personas es, por definición, de conocimiento público actual o potencial, por lo que no es susceptible de protección de confidencialidad.

Dogmáticamente, una solicitud de confidencialidad procesal es un *acto procesal de postulación* que busca provocar una resolución judicial favorable a quien lo formula<sup>7</sup>. Si esta solicitud es resistida por otra parte o un tercero, se convierte en objeto de disputa judicial y se configura una «disputa de confidencialidad». Y si esta disputa se genera como cuestión accesoria a un proceso judicial, surge un «incidente de confidencialidad»<sup>8</sup>.

### II.3. La solicitud de confidencialidad como excepción o pretensión

Aclarados los conceptos de disputa e incidente de confidencialidad, revisemos dos constelaciones prototípicas de la solicitud de confidencialidad procesal: una constelación pasiva (excepción) y otra activa (pretensión).

#### II.3.1. La excepción de confidencialidad (constelación pasiva)

Imaginemos que una persona solicita información de otra y esta última deniega su aportación, invocando un interés de confidencialidad. Se trata de la constelación tradicional prevista, por ejemplo, en el artículo 349,

<sup>7</sup> A diferencia de los *actos procesales constitutivos*, que generan efectos sin intermediación del tribunal (Goldschmidt, 1936, p. 227).

<sup>8</sup> También es concebible como objeto principal en juicios de información (aquellos cuyo objeto es el acceso a la información, como las solicitudes por leyes de transparencia una vez judicializadas).

inciso I del CPC que entrega al tribunal la atribución de ordenar, a petición de parte, la exhibición de instrumentos en poder de la otra parte o de terceros. El requerido tendrá «justa causa» (CPC, 2022, art. 349, inc. III) de denegarla si los instrumentos solicitados revisten carácter de secreto o confidencial. La solicitud de confidencialidad es *pasiva*, en cuanto la invoca el sujeto pasivo de una petición de colaborar con el esclarecimiento procesal con el fin de quedar liberado de ese deber o, al menos, restringir sus términos. Lo característico de esta constelación es que el interés de quien pretende acceder y hacer uso de la información es *opuesto* al de quien busca mantener su confidencialidad (veremos enseguida que esto no es obvio).

Nótese que esta disputa *presupone* facultades de acceso a la información y deberes correlativos (sobre esto, ver *infra*, III.1); de lo contrario, los requeridos podrían denegar cooperación sin necesidad de dar razones y no habría disputa de confidencialidad alguna. En el contexto del proceso judicial, estas posibilidades de obtención de información adoptan distintas formas, que pueden ser facultades de investigación de organismos públicos, derechos de las partes a solicitar declaraciones o exhibiciones de instrumentos y objetos en poder de otras personas, o incluso facultades de los tribunales de promover el esclarecimiento de los hechos. Para la estructura de la disputa de confidencialidad es irrelevante cuál es la fuente del deber de cooperación de la parte interesada en la protección de la confidencialidad.

### II.3.2. La pretensión de confidencialidad (constelación activa)

Ahora, imaginemos que una persona pretende hacer valer cierta información a su favor en algún proceso judicial sujeto a publicidad. Solicita que se incorpore al proceso y sea considerada por el tribunal, pero restringiendo su divulgación. Esta constelación es más compleja y, en general, no está contemplada en las normas procesales<sup>9</sup>. A diferencia de la solicitud de confidencialidad pasiva, en esta constelación el interés en hacer valer la información *está alineado* con el interés de confidencialidad. Quien lo invoca lo hace para poder participar —sin riesgo de divulgación, pero efectivamente— en un procedimiento judicial. Una disputa solo surgirá en la medida que otros participantes del procedimiento invoquen intereses que se opongan a este manejo confidencial (en general, el derecho de defensa de las partes que ven limitado su acceso a esa información). Nótese que también aquí la constelación presupone un contexto normativo muy particular: debe existir a favor del solicitante de confidencialidad un derecho de participación efectiva en el procedimiento en cuestión. De lo contrario se podría dejar en manos de cada parte elegir entre dos males alternativos:

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

9 No obstante, la presión de los hechos llevó al TDLC a adoptar el concepto de «solicitud de reserva o confidencialidad», que mantiene abierta la posibilidad de formularla de forma pasiva o activa (AA 16/2017).

sacrificar el control exclusivo sobre la información con tal de usarla en el procedimiento o bien abstenerse de usarla y, en consecuencia, asumir una disminución en las probabilidades de éxito en el procedimiento<sup>10</sup>.

### III. EL PROCESO JUDICIAL Y LOS RIESGOS DE LA DIFUSIÓN DE SUS CONTENIDOS

Hasta ahora me he referido, en términos generales, a los riesgos asociados a la difusión de información aportada al proceso y a la estructura de las solicitudes de confidencialidad procesal motivadas por estos riesgos. En este apartado observaremos de más cerca lo que origina estos riesgos y veremos que no existen en el vacío. Son riesgos *producidos* por ciertas normas que regulan la actividad procesal y que —sin que ello sea su función manifiesta— convierten a los procesos judiciales en repositorios de información cuya divulgación puede generar los más variados efectos extraprocesales.

Para comprender ese fenómeno distinguiremos dos categorías de normas procesales. Por un lado, existen normas dirigidas a la recopilación y creación de informaciones sobre un conflicto. Tienen como fin asegurar su adecuada judicialización, tramitación y, eventualmente, un acertado juzgamiento. Las llamaré «normas de esclarecimiento» (III.1). La segunda categoría se refiere a las normas que exigen que los contenidos del proceso sean accesibles a todas las partes e, incluso, al público general. Las llamaré «normas de publicidad procesal» (III.2). Bajo la óptica de estas normas, el proceso judicial es una actividad de esclarecimiento de hechos públicamente accesible. Sus beneficios están ampliamente reconocidos (control ciudadano de la jurisdicción, garantía de defensa efectiva, decisiones acertadas, etc.). Sus peligros, en cambio, no están suficientemente explorados, por lo que al final de este apartado se entregará una clasificación de los riesgos de la publicidad procesal (III.3).

10 Por razones de espacio se dejan solo mencionadas dos constelaciones adicionales, menos frecuentes que las descritas en este apartado. La primera, la *excepción de confidencialidad independiente*, surgirá en juicios con pluralidad de partes o afectados. Se produce cuando una parte hace valer información en juicio sin pedir resguardos de confidencialidad, pero otra parte o un tercero se opone a su incorporación irrestricta. La segunda es la *confidencialidad de oficio*, en caso de que se pida la incorporación de información sin solicitar resguardos, pero sea manifiesto que su divulgación irrestricta pone en peligro un bien jurídico o interés que el tribunal deba proteger de oficio, según la normativa aplicable (véase *infra*, IV.3).

### III.1. Las claves para una comprensión del esclarecimiento procesal en el siglo XXI

#### III.1.1. El principio de incorporación de toda información relevante al proceso

Actualmente, rige un principio general según el cual las normas procesales deben promover la incorporación y consideración de toda información relevante para la resolución del conflicto. En procesos no civiles, y prominentemente en el proceso penal, este principio tiene su precursor en el principio de «verdad material». El compromiso con la «verdad material» en proceso penal solía ser contrastada con la «verdad formal» del juicio civil, que, por la aportación de partes, sería la única accesible (Kindhäuser & Schumann, 2019, p. 47). Este contraste, si ya antes era dudoso (Maier, 2004, pp. 848-852), hoy se ha terminado de disolver.

Hoy en día, la exigencia de aprovechamiento exhaustivo de las fuentes de información disponibles también se ha consagrado en el proceso civil, rompiendo con posturas tradicionales que se oponían a que una parte deba aportar a su propia derrota procesal<sup>11</sup> o a que un tribunal pueda ordenar de oficio la incorporación de fuentes de información manifiestamente relevantes<sup>12</sup>. Estas posturas tenían sentido en el marco de las ideologías liberales decimonónicas que habían influido en el diseño original del proceso civil moderno de Francia, Alemania y los Estados Unidos, entre otros países. Se basaban en la idea de que la distribución fácticamente dada de las fuentes de información relativas al litigio determina si estas alcanzarían el proceso o no. El éxito del esclarecimiento de los hechos dependía de las posibilidades (extraprocesales) de las partes de conseguirse y aportar la información necesaria para levantar su carga de afirmación o prueba. Regía lo que se ha descrito como un principio de «autosuficiencia» informacional (Stürner, 2006, pp. 202-205). Si una parte no tenía acceso a una fuente de información necesaria para ganar el juicio y no disponía de medios (lícitos) para conseguirla de forma extraprocesal, su derrota en juicio se veía como un infortunio privado, no como un problema del derecho procesal. Esta idea de autosuficiencia ha sido gradualmente superada hace ya casi cien años en el proceso civil estadounidense con la introducción del *discovery* de las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 (FRCP), pero también en los procesos civiles «liberales» europeo-continentales<sup>13</sup>.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

11 En Alemania, bajo la concepción liberal de Adolf Wach, quien famosamente se oponía a obligar a las partes del proceso civil a «arremeter contra su propia carne» (Wach, 1914, p. 35). Hasta hoy tiene influencia la opinión que se opone a sostener un deber general de las partes de aportar al esclarecimiento en interés ajeno (Prütting, 1983, p. 137; Sentencia II ZR 159/89, 1990), pese al reconocimiento de múltiples excepciones a este principio general de no cooperación.

12 Desde concepciones anacrónicas que reducen el proceso civil a un debate dialéctico entre privados (Alvarado Velloso, 2005; Montero Aroca, 2011).

13 En Alemania, con la introducción del deber de aportar afirmaciones verídicas en 1933 en la Zivilprozessordnung (Ordenanza Procesal Civil) (§ 138) y, después, gradualmente a través de

Hoy hay un consenso respecto a la existencia de un principio de inclusión de toda información relevante en el proceso civil, independientemente de quien la tenga en su esfera de control. Este consenso está reflejado en los Principios ALI/Unidroit del Proceso Civil Transnacional de 2004 (Principios ALI/Unidroit) y las Reglas Europeas de Proceso Civil de 2021 (ERCP). A nivel de diseño procesal, se exige complementar la distribución de cargas<sup>14</sup> con derechos de acceso a información en poder de otras partes y terceros, o incluso con potestades del juzgador para ordenar que se aporte o levante información relevante. En las normativas mencionadas, este principio se expresa como derecho de las partes a acceder a todo tipo de evidencia relevante y razonablemente identificada que no esté protegida por un privilegio y se encuentre en poder de otra parte o de un tercero (ALI/Unidroit, principio 16; ERCP, regla 25, num. 2). Según las ERCP el tribunal, además, tiene potestad de invitar a complementar información o, excepcionalmente, incorporar evidencia por iniciativa propia (ERCP, regla 25, num. 3). Esta regla general de accesibilidad a toda información relevante es un presupuesto de efectividad del derecho más general de presentar argumentos de hecho y derecho y ofrecer prueba (ALI/Unidroit, principio 5, num. 4). Es un principio de relevancia constitucional, sea como un componente de la tutela judicial efectiva (Stürner, 1976, pp. 42-43) o del derecho de defensa (Bordalí Salamanca, 2023, p. 28).

### III.1.2. Esclarecimiento procesal preparatorio y probatorio

Ahora observemos de más cerca las normas de esclarecimiento que promueven la integración de toda información relevante al juicio. Hay una razón de por qué he preferido hablar de «esclarecimiento de hechos» y no de «prueba de los hechos» o de «determinación de la verdad». La amplia divulgación en nuestro medio de la autodenominada «concepción racionalista de la prueba» (Ferrer Beltrán, 2007, p. 64) ha creado la distorsionada impresión de que la mirada «epistémica» (enfocada en la determinación de la verdad en la decisión judicial) es la única perspectiva de análisis relevante para el esclarecimiento procesal. Bajo esa mirada, es fácil apresurarse a entender que el principio de incorporación de información relevante es un principio de inclusión de la prueba relevante<sup>15</sup>, pero esa mirada es incompleta. Efectivamente, todo sistema procesal contempla normas dirigidas a esclarecer hechos como base fáctica para la decisión del juzgador, lo que se suele llamar

múltiples excepciones desarrolladas a nivel jurisprudencial (Stürner, 2006, pp. 205-206). En Francia, en 1972 con la introducción del deber de cooperación en el artículo 10 del Code Civil, consolidándose con la adopción del Code de Procédure Civile en 1976, que consagra el principio de cooperación entre sus principios generales (art. 11).

<sup>14</sup> Que sigue cumpliendo la función importante de asignación del riesgo probatorio ante la incertidumbre definitiva en juicio.

<sup>15</sup> Por ejemplo, Vera Sánchez (2021) en cuanto ve en el criterio de relevancia una función de «depuración epistémica de la prueba» en el proceso penal.



«prueba» y yo prefiero llamar aquí —para enfatizar que es solo una especie dentro de un género— «normas de esclarecimiento probatorio».

Pero existe otra especie de normas de esclarecimiento procesal con una finalidad distinta, que se puede llamar *esclarecimiento preparatorio*. Estas normas comparten con la prueba su finalidad de esclarecer hechos para asegurar la calidad de las decisiones que se toman en el proceso, pero se distinguen de ellas en cuanto no se refieren a las decisiones del órgano adjudicador, sino que buscan asistir las decisiones de las partes (en materia civil: sobre si es conveniente demandar, allanarse, conciliar o transigir, desistirse, controvertir, suspender, llegar a algún acuerdo procesal, seleccionar medios de prueba a ofrecer, etc.; en materia penal: sobre si corresponde formalizar, buscar salidas alternativas, solicitar medidas cautelares, acusar, no perseverar, solicitar el sobreseimiento, etc.; y así en todo tipo de proceso judicial). Tienen la finalidad de asegurar que las partes estén adecuadamente informadas para poder tomar decisiones autónomas al optar por una u otra forma de seguir adelante con el proceso (Vogt, 2022, pp. 165-166). Esta autonomía se basa en el respeto a la autodeterminación individual de los privados. Cuando la parte es un órgano estatal (el Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado, la Fiscalía Nacional Económica, etc.), la protección de esa autonomía se funda en los bienes jurídicos que la ley busca proteger mediante el funcionamiento efectivo del órgano en cuestión. En todo caso, el principio de incorporación de toda información relevante al proceso no está dirigido solamente (y ni siquiera primordialmente) a la determinación de la verdad en la decisión judicial. Es, más bien, presupuesto de una participación informada, y así autónoma, de las partes en la gestión procesal del conflicto, que posiblemente ni siquiera llegará al punto en que se dicta una sentencia definitiva.

Naturalmente, el punto de referencia de la *relevancia* de la información cambia en función del esclarecimiento y la etapa procesal: si es preparatoria, la relevancia se determina según lo necesario para comprender adecuadamente las particularidades y extensión del conflicto; si es probatoria, la relevancia será más estrecha y estará circunscrita a los enunciados de hecho a probar frente al juzgador.

Esta distinción entre esclarecimiento preparatorio y probatorio aparece con toda nitidez en los procesos penales modernos, que se dividen en etapa de investigación/instrucción e intermedia (actividad de esclarecimiento preparatorio enfocado en diversas decisiones de los intervinientes) y etapa de juicio oral (actividad de esclarecimiento probatorio enfocado en presentar información para una sentencia definitiva acertada). Pero también se puede observar en los juicios civiles anglosajones, que contemplan una fase de *disclosure* o *discovery* (esclarecimiento preparatorio) y de *trial*; es decir, la audiencia en la que

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS



se esclarecen los hechos ante el juzgador (esclarecimiento probatorio). En los procesos civiles de tradición continental, en cambio, la división no suele reflejarse de forma clara en la estructura procesal, justamente porque hasta hace poco el esclarecimiento preparatorio se veía como un problema privado y no procesal, por lo que existen pocas herramientas procesales (en Chile, solo las medidas prejudiciales preparatorias del artículo 273 del CPC). Esto está cambiando, como muestran múltiples directivas de la Unión Europea que han exigido implementar legislación de esclarecimiento procesal preparatorio en importantes áreas de la litigación civil (Alba Cladera, 2022, pp. 246-247).

### III.1.3. El proceso judicial como repositorio de información

Para redondear la idea: el principio de incorporación de toda información relevante al juicio promueve la recolección de información no solamente a nivel probatorio, sino —y mucho más ampliamente— a nivel preparatorio, para que las partes puedan participar de forma autónoma e informada en el manejo procesal del conflicto. Esta ampliación funcional del esclarecimiento genera una consecuencia fáctica que es obvia, pero tradicionalmente no está en el foco del derecho procesal: el proceso judicial gatilla la formación de un gran *repositorio de información asociada al evento fundante del conflicto* que puede despertar intereses y habilitar usos de la más variada índole.

### III.2. Publicidades procesales

Si el derecho procesal exige posibilidades cada vez más amplias de recolección y generación de contenidos asociados a un conflicto, surge la pregunta por los beneficios y riesgos de su publicidad. Si el proceso fuera hermético y la información solo accesible al tribunal y, si conveniente, a las partes (como ocurría en algunos procesos premodernos), habría seguridad de que solo se usaría para los fines del litigio; así, el esclarecimiento procesal no generaría externalidad alguna. Sabemos que esto no puede ser así en los procesos judiciales en democracias modernas. Hay principios constitucionales que exigen que los contenidos de un proceso judicial circulen; que sean, en cierta medida, comunicados a las partes y a terceros. Podemos llamar «normas de publicidad procesal» a aquellas que ordenan accesibilidad y difusión del contenido del proceso. Según el tipo de justificación podemos distinguir normas de publicidad externa, de terceros y de publicidad interna, y de partes (Chiovenda, 1925, p. 171).

#### III.2.1. Acceso del público general a los contenidos del proceso: la publicidad externa

Las normas de *publicidad procesal externa* otorgan al *público general* la posibilidad de informarse de ciertos contenidos de los procesos judiciales. Antes del surgimiento de los medios audiovisuales, la publicidad externa

consistía en dar acceso físico a la sala de juicio para que los ciudadanos puedan presenciar audiencias orales<sup>16</sup>. Es esta la publicidad que tenían en mente los redactores de las normas de tratados internacionales que aseguran a toda persona el derecho a «ser oída públicamente», según los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 14, numeral 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PDCP), y 6, numeral 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Ahora, como lo demuestra el artículo 9 del COT, la publicidad externa también es concebible con independencia de la oralidad, como publicidad de los «actos de los tribunales». No obstante, en juicios escritos no solía tener mucho sentido la pregunta por su accesibilidad pública, porque hasta hace muy recientemente el público general no sabía leer. Incluso después de la alfabetización, los problemas prácticos asociados al examen de un expediente de papel (horarios, traslados y consulta presencial) daban la impresión de que la publicidad solo tenía sentido como publicidad de un juicio oral (Bordalí Salamanca & Hunter Ampuero, 2013, p. 164; Pérez-Ragone & Palomo Vélez, 2009, p. 368). Hoy, en cambio, en tiempos de tramitación electrónica, esos límites prácticos fueron suprimidos y la cuestión de la publicidad del expediente y de los documentos aportados al proceso dejó de ser inocua (Guerrero Guerrero, 2020, p. 36), arrojando preguntas sobre la protección de datos personales y la explotación comercial de la base de datos que se forma en los juicios.

Esta nueva relevancia de la publicidad de expediente no es la única transformación que afecta la publicidad externa. La clásica publicidad de audiencia se ve desafiada por la pregunta de si corresponde amplificarla a través de la transmisión audiovisual, difundiendo así imágenes susceptibles de fácil manipulación y redivulgación por las redes sociales (Reidy *et al.*, 2025, p. 284). Además, ha surgido la pregunta respecto de si la publicidad externa permite, o incluso exige, que los tribunales y jueces busquen activamente el contacto con la sociedad civil a través de los medios tradicionales o las redes sociales (Gies, 2005, p. 453).

Las respuestas a estas y muchas otras interrogantes sobre el alcance de la publicidad de la jurisdicción dependerán de su fundamento. Al respecto se ha dicho que facilita el control del ejercicio de jurisdicción (Schilken, 2003, § 159), protege a las partes contra el abuso judicial (Jacob, 1987, p. 22), asegura la independencia judicial (Jaconelli, 2002, p. 32), promueve la confianza en la justicia (Von Coelln, 2005, pp. 192-196), reafirma y educa ante el quebrantamiento de una norma (Kindhäuser,

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

16 Encontramos esta idea de publicidad como «puertas abiertas», por ejemplo, en una de las primeras disposiciones modernas sobre la publicidad judicial, el artículo 11 del Décret du 9 octobre 1789 sur la réforme de la procédure criminelle dictado durante la Revolución Francesa: «les portes de la chambre d'instruction étant ouvertes». Sobre desarrollos equivalentes en Alemania, ver Coelln (2005, pp. 66-82).

2013, pp. 1122-1123), etc. Este no es el lugar para ordenar ese cúmulo de impresiones, por ahora basta mencionar que la publicidad deriva de dos principios constitucionales: el principio de Estado de derecho como garante de la autonomía individual y el principio democrático, en cuanto exige cultivar una opinión pública informada sobre el quehacer de las autoridades para asegurar así la soberanía popular.

En virtud del *principio de Estado de derecho* las sentencias deben ser motivadas y públicas (Accatino Scagliotti, 2003, pp. 28-31), y el juicio debe ser público como parte del debido proceso, para proteger a las partes contra arbitrariedad judicial y prevenir afectaciones a la independencia e imparcialidad judicial (Von Coelln, 2005, pp. 205-211). El *principio democrático*, a su vez, exige al Estado crear las condiciones para que los ciudadanos puedan formarse una opinión sobre el ejercicio de las potestades estatales, incluyendo la jurisdicción, lo que requiere ya no solo garantizar ingreso a la sala de audiencia, sino promover en cierto grado la difusión de los contenidos del juicio mediante los medios de comunicación y el trabajo de prensa de los tribunales (Jahn, 2021, pp. 158-159). A nivel de derechos fundamentales, suele relacionarse también con el derecho de todo individuo de recibir informaciones y opiniones (Leturia, 2018, pp. 652 y ss.).

A nivel comparado, hay muchas diferencias sobre el alcance «por defecto» que debe tener la publicidad externa (por ejemplo, sobre si corresponde la publicidad de los expedientes, si basta la publicidad de la audiencia principal o se extiende a audiencias preparatorias, o si es apropiada la transmisión audiovisual de las audiencias, etc.). No obstante, hay consenso sobre que el principio de publicidad debe ceder cuando pone en peligro otros bienes jurídicos (véase el listado de excepciones del artículo 14, numeral 1 del PDCP).

### III.2.2. Acceso de las partes a los contenidos del proceso: la publicidad interna

Las normas de *publicidad interna* garantizan el acceso de las partes a los contenidos del proceso judicial. Se complementa con el postulado revisado arriba (*supra*, III.1.1), que promueve el acceso de las partes a toda información relevante para un ejercicio autónomo y efectivo de sus facultades procesales. Por eso, a diferencia de la publicidad externa que beneficia al ciudadano, este tipo de publicidad solo es relevante para quienes serán procesalmente afectados por la eventual decisión judicial (o su equivalente jurisdiccional) y para sus asesores legales.

De especial importancia es el acceso a la información sometida a consideración del tribunal para la decisión final, ya que es condición para que las partes puedan influir directamente en el ejercicio de la jurisdicción como potestad estatal. El acceso a toda esta información potencialmente relevante para el juzgamiento es esencial para el

ejercicio de un derecho de participación efectiva de las partes como «derecho a ser oído» (CADH, 1969, art. 8, num. 1; CEDH, 1950, 6, num. 1; DUDH, 1948, art. 10; PDCP, 1966, art. 14, num. 1).

Pero la publicidad interna también es importante antes de definirse el objeto del juicio o de la prueba y de instalarse el tribunal que juzgará la causa. Aquí la publicidad interna no parece emanar del derecho a ser oído, sino de un aspecto más general del derecho de defensa jurídica (CPR, 2024, art. 19, num. 3, inc. II), que asegura las condiciones para preparar adecuadamente el ejercicio de los derechos procesales, incluso antes del juicio. Aquí se ubica la regulación del acceso de la defensa penal al expediente de investigación y el acceso de la parte civil a la información producida en la fase preparatoria.

Es importante esta diferencia entre publicidad interna basada en el *derecho a ser oído* y publicidad interna basada en el *derecho de defensa* (sin que esté comprometido —aún o tal vez nunca— el derecho a ser oído), porque el umbral para aceptar excepciones a la publicidad interna es más alto en el primer caso. Con el derecho a ser oído está en juego la autodeterminación individual ante el ejercicio de una potestad estatal. Un proceso que arroja dudas respecto a si la parte derrotada fue oída en juicio es considerado intolerable en nuestros sistemas y justifican la anulación del proceso y la sentencia (CPC, 2022, art. 768, num. 9; CPP, 2022, arts. 373, lit. a, y 374, lit. c). Las pocas excepciones se refieren a restricciones estrechamente delimitadas, en general provisionales, del derecho de defensa. El supuesto clásico es el manejo confidencial de diligencias investigativas o cautelares para sorprender al afectado (CPC, 2022, art. 302, inc. II; CPP, 2022, arts. 182, inc. III, y 236), siempre bajo estricta provisionalidad. Una vez que cede la necesidad, la restricción pierde su justificación y se reestablece el pleno acceso a la información (CPC, 2022, arts. 302, inc. II; CPP, 2022, art. 182, inc. IV). Que una parte pueda ser excluida definitivamente de información relevante en el juicio (por ejemplo, para proteger secretos comerciales de la contraparte) ha sido sugerido (Götz, 2014, pp. 423-447; Stürner, 1976, pp. 227-228), pero sin que quede claro cómo ello justifica sacrificar el derecho a ser oído y, en juicios civiles, además, al principio dispositivo (Osterloh-Konrad, 2009, p. 40; Vogt, 2020, pp. 199-202). En cambio, cuando la restricción solo afecta el derecho de defensa previo al juzgamiento, en etapas de esclarecimiento preparatorio, es razonable que para alcanzar un equilibrio entre intereses de confidencialidad y derecho de defensa se permita la exclusión provisoria de las partes de información *prima facie* relevante, como lo demuestra la práctica estadounidense de ordenar exhibiciones solo accesibles a abogados o representantes externos de las partes durante el *discovery* («*attorney's eyes only*» materials)<sup>17</sup>.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

17 Explicitada en *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465 (9<sup>th</sup> Cir. 1992).

Nótese el contraste con la publicidad externa cuando se trata de su restricción: es mucho más fácil justificar la exclusión del público que la exclusión de las partes. Esto se debe a que obedecen a distintos tipos de justificación. La formación de una opinión pública y la confianza en la justicia no se ven gravemente comprometidas por restricciones a la publicidad de un juicio particular, especialmente en casos de rutina que no interesan a nadie más que a las partes (Schilken, 2003, p. 108). Por eso es fácil hacer prevalecer la protección de la privacidad, los datos personales, los secretos comerciales, etc., por sobre la publicidad externa. Su restricción solo se convierte en problema en juicios con un fuerte interés público, sea por sus protagonistas, los temas que en estos se debaten o porque se anticipa que el impacto de la decisión trascenderá el caso concreto. La restricción de la publicidad interna, en cambio, afecta el derecho de defensa de las partes, lo que siempre equivale a una restricción de la autonomía individual.

Ese panorama sobre las publicidades procesales permite resaltar un punto central para entender la confidencialidad procesal: la exclusión de una parte del acceso a los contenidos del proceso (restricción de la publicidad interna) requiere un umbral de justificación más alto si afecta el derecho a ser oído frente al juzgador, en comparación con la afectación del derecho de defensa en etapas preparatorias. En ambos casos, sin embargo, el umbral es más alto que para la exclusión de terceros (restricción de la publicidad externa), donde, salvo un interés público preponderante, una excepción aislada no afectará significativamente los intereses de control y confianza ciudadana. Estas diferencias cobrarán relevancia en el próximo apartado, donde se explicará la ponderación de los intereses contrapuestos para resolver la disputa de confidencialidad.

### III.3. Los riesgos de las publicidades procesales

El modelo que acabo de ofrecer permite entender el proceso judicial como actividad de recolección de información públicamente accesible. Debido a los cambios sociales y avances tecnológicos en el manejo de la información, esta accesibilidad pública generará una serie de riesgos. Con «riesgos» de las publicidades procesales me refiero a la posibilidad de que la accesibilidad y difusión de la información aportada o generada en un juicio pueda afectar bienes jurídicos reconocidos a nivel legal o constitucional, entre los que destacan los valores positivados en los derechos fundamentales como la vida, integridad física, libertad, salud, defensa jurídica, etc. También exigen consideración ciertos intereses generales que son instrumentales para asegurar la protección de dichos valores. Así, por ejemplo, son intereses generales el buen funcionamiento de la justicia (necesaria para asegurar el derecho a una tutela judicial efectiva), la seguridad pública (necesaria para prevenir vulneraciones a bienes jurídicos individuales) y una persecución penal efectiva (necesaria

para asegurar la vigencia de las normas penales que protegen esos bienes jurídicos)<sup>18</sup>. Entonces, cuando una parte de un juicio invoca un interés en restringir la divulgación de la información que a él se aporta (en lo que sigue: «interés de confidencialidad»), este interés será legítimo en la medida que tenga su fundamento en un bien jurídico o interés general respaldado en la ley o la constitución.

Agregando precisión, podemos distinguir tres categorías de riesgos típicamente producidos por las publicidades procesales: la colisión con secretos jurídicamente respaldados (III.3.1), la utilización indebida de la información aportada al proceso (III.3.2), y afectaciones al desenvolvimiento normal del proceso y juzgamiento (III.3.3).

### III.3.1. La colisión con secretos jurídicamente respaldados

En primer lugar, nos encontramos con el riesgo de que la publicidad conlleve la revelación de secretos amparados por el derecho. Si arriba definimos «confidencialidad» en términos formales, como restricción jurídicamente fundada a la difusión de información, vemos en el «secreto» una dimensión sustancial: describe información que, por su naturaleza, se produce o comunica bajo la expectativa de que permanecerá en un ámbito de control exclusivo, limitado a personas determinadas.

La categoría de secreto más prominente en las democracias modernas se refiere a la información cubierta por el derecho fundamental de privacidad (CPR, 2024, art. 19, num. 4). Consiste en el reconocimiento de control exclusivo sobre la información referente a la intimidad personal y familiar, en cuanto su conocimiento público afectaría seriamente el pudor de cualquier persona de sensibilidad ordinaria (Barros Bourie, 2021, pp. 588-589). Además de la privacidad, solamente atribuible a personas naturales, existen otras categorías de secreto que benefician a personas jurídicas: organismos estatales que manejan secretos de Estado, es decir, información crítica para la seguridad nacional y el funcionamiento del Gobierno (fundado en el deber de protección estatal contenido en el artículo 1, inciso V de la CPR); y también las empresas o los empresarios manejan información con pretensión de control exclusivo cuando se trata de secretos industriales, amparados en la libertad de creación intelectual del artículo 19, numeral 25 de la CPR (Peña Torres, 2001, p. 419), o de secretos comerciales, amparados en el libre desarrollo de actividades económicas del artículo 19, numeral 21, inciso I de la CPR<sup>19</sup>.

18 El concepto de bien jurídico y su aptitud justificativa están en permanente debate en la teoría del derecho (Löffler, 2017, pp. 177-203; Stuckenberg, 2017), pero dudo que las diferencias teóricas a ese nivel de abstracción cambien, en lo fundamental, el modelo de disputa procesal de confidencialidad que aquí se propone.

19 Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N.º 3111-16 (2017, cons. 13), que señala: «una esfera de información que es propia y reservada de las empresas».

Cuando la información perteneciente a estas esferas de exclusividad privada, estatal o empresarial, se entrega a un funcionario o profesional sujeto legalmente a un deber de no revelar el secreto en virtud de su cargo o título profesional, estamos frente a un «secreto protegido por la ley» (CPP, 2022, art. 289), que puede ser secreto oficial (amparado penalmente por los artículos 246 y 247, inciso I del CP) o secreto profesional (amparado penalmente por el artículo 247, inciso II del CP), según sea el caso. Cualquier norma de esclarecimiento procesal puede, potencialmente, entrar en conflicto con la pretensión de exclusividad de estos secretos. Tradicionalmente, el derecho procesal ha abordado dichos riesgos de forma fragmentaria, con énfasis en la revelación del secreto oficial o profesional, eximiendo a testigos de la obligación de declarar (CPC, 2022, art. 360, inc. 1; CPP, 2022, art. 303) o a partes o terceros de la obligación de presentar documentos (CPC, 2022, art. 349, inc. I; CPP, 2022, arts. 19, 220 y 209, inc. II). El derecho de privacidad se suele considerar como excepción a la publicidad de sala; por ejemplo, el artículo 14, numeral 1 del PDCP («interés de la vida privada de las partes») o el artículo 289, numeral I del CPP («intimidad»). En la medida que se amplíe el ámbito del esclarecimiento procesal público, es de esperar que aumenten las colisiones con secretos jurídicamente reconocidos, agudizándose la pregunta sobre si debe prevalecer el secreto o el interés en un esclarecimiento público de los hechos.

### III.3.2. Usos ilícitos o efectos indeseados de la difusión de los contenidos de un proceso

En segundo lugar, puede ocurrir que exista un riesgo concreto de que alguien (sea tercero o parte) pueda usar los contenidos de un juicio para cometer un ilícito o, en general, que la difusión pueda producir algún otro efecto jurídicamente indeseado. Aquí se ubican los riesgos de afectación extraprocesal de bienes jurídicos como consecuencia de la accesibilidad o difusión de contenidos del proceso. Entre ellos encontramos las afectaciones a la reputación de los participantes o terceros (CPR, 2022, art. 19, num. 4), reconocido, por ejemplo, en el artículo 289, inciso I del CPP («honor»); los riesgos al bienestar general de los niños/as y adolescentes que ameritan el resguardo de su identidad (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, art. 8), reconocido, por ejemplo, en el artículo 14, numeral 1 del PDCP como excepción a la publicidad externa («interés de menores de edad»); o la afectación significativa del desenvolvimiento competitivo prevista como causal de restricción de la publicidad interna y externa en el proceso sancionatorio de libre competencia chileno (DL 211, 2023, art. 22, inc. IX). En causas penales, es típico que surjan riesgos a la vida e integridad física o psíquica (CPR, 2024, art. 19, num. 1) de intervinientes en caso de revelación de sus identidades, razón suficiente para limitar la publicidad de audiencia penal según el artículo 289, inciso I del CPP («seguridad de cualquier



persona») o hacer inaccesible la identidad de testigos según el artículo 266, literal N del CPP («riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo»). Ahora, no siempre se trata de riesgos de ilícitos. La persecución de delitos conforme a la ley no es un ilícito; no obstante, los sistemas procesales consideran inapropiado obligar a una persona a aportar al esclarecimiento procesal cuando ello puede, por vía de las publicidades, hacer más probable su persecución penal (CPC, 2022, art. 360, num. 3; CPP, 2022, art. 305).

### III.3.3. Afectaciones al desenvolvimiento regular del proceso judicial

En tercer lugar, las publicidades pueden generar riesgos al desenvolvimiento regular del proceso judicial y, en consecuencia, para la calidad del juzgamiento. Antiguamente, cuando la publicidad era solo publicidad presencial de sala, se temía la disrupción de la audiencia por los asistentes, problema que subsiste y justifica el resguardo del «orden público» como limitación a la publicidad externa (PDCP, 1966, art. 14, num. 1) e incluso a la publicidad interna cuando la disrupción de la audiencia oral es obra de una parte (CPP, 2022, art. 285, inc. III). Hoy se amplían las posibilidades de disrupción, especialmente en los sistemas que prevén publicidad audiovisual de audiencia. La mediatización puede alterar el comportamiento de los intervinientes y así afectar el esclarecimiento de los hechos (piénsese en el testimonio distorsionado por la voluntad del testigo de ponerse en escena de forma favorable) o, incluso, generando sospechas de falta de imparcialidad del juzgador sobreexpuesto a los medios o las redes sociales. Ante estos riesgos, se justifican medidas de restricción de la publicidad, por lo que el artículo 14, numeral 1 del PDCP prevé una excepción a favor de los «intereses de la justicia», suficientemente amplia para incluir todos los intereses en el buen funcionamiento del sistema de justicia.

### III.3.4. Relación con la dimensión externa e interna de la publicidad

Como ya se advierte en los ejemplos, tanto la publicidad interna como externa pueden poner en riesgo los bienes jurídicos recién mencionados. En algunos casos, el riesgo es típico de la toma de conocimiento por terceros (publicidad externa), como los riesgos de la difusión audiovisual de audiencias. En otros casos, el riesgo típicamente provendrá de la toma de conocimiento por otra parte del juicio, como la revelación de secretos comerciales en juicios entre competidores. En el primer caso, la disputa de confidencialidad se resolverá restringiendo la publicidad externa. En el segundo caso, además, será necesario restringir la publicidad interna, lo que —como ya adelantamos— será más difícil de justificar (es decir, el riesgo deberá ser más gravoso para concederla). Distinguir las tres categorías de riesgo es importante porque, como veremos en el próximo apartado, el ejercicio de ponderación para la selección de la medida de confidencialidad adecuada deberá atender a la naturaleza del riesgo.

155

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS



#### IV. EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD

Para resumir lo desarrollado hasta ahora: sabemos en qué consiste una disputa de confidencialidad, tanto en su constelación activa como pasiva (*supra*, II), y disponemos de un conjunto de distinciones que dibujan el contexto procesal de las disputas de confidencialidad (*supra*, III.1 y III.2). Conforme a estas distinciones, el proceso se puede ver como una actividad de esclarecimiento preparatorio o probatorio de los hechos relativos a un conflicto, actividad que se desarrolla bajo condiciones de publicidad interna y externa. Sabemos también que estas publicidades producen riesgos de revelación de secretos, de utilización de la información para fines ilícitos o impropios, y de afectación del buen funcionamiento del proceso (*supra*, III.3). Lo que falta ahora es pasar de la mirada conceptual a una procedimental y observar cómo se desarrolla la disputa de confidencialidad en un caso concreto. Para los operadores del sistema (partes, juezas y jueces, abogadas y abogados) será de especial interés la pregunta sobre cómo se distribuyen las cargas procesales para lograr una decisión óptima sobre la procedencia de una medida de confidencialidad.

##### IV.1. Cargas de las partes en los incidentes de confidencialidad pasiva

Comencemos por la constelación clásica: el incidente se promueve a propósito de una excepción de confidencialidad. Aquí el interés de confidencialidad se invoca con el fin de que se deniegue una solicitud de exhibir o de obtener acceso a la información en poder de otra parte o un tercero, o bien para que se restrinjan sus términos.

###### IV.1.1. Cargas del solicitante de la información

Toda solicitud procesal de información debe presentar un relato adecuado (es decir: específico, apropiado y, en sus términos, plausible) subsumible bajo los requisitos de la norma de esclarecimiento en cuestión<sup>20</sup> (sea exhibición de documento o cosa, permiso de acceso a lugares o bases de datos, revelación de listados de nombres o documentos, etc.). Sin un relato adecuado, el tribunal deberá declarar inadmisibles las peticiones, sin que sea necesario considerar si afecta un interés de confidencialidad. La rigurosidad de este control de admisibilidad dependerá de los presupuestos de cada norma. No obstante, la regla 102, numerales 1 a 3 de las ERCP nos entrega un estándar que refleja un consenso europeo.

El solicitante tiene la carga de a) especificar las fuentes o la categoría de información que solicita; b) señalar y hacer plausible la pretensión o defensa que motiva la solicitud de información, conforme a lo esperable en la etapa procesal respectiva; c) demostrar que la información es *útil*

<sup>20</sup> Sobre la carga de afirmación de hechos en el proceso civil, véase Vogt (2018, pp. 255 y ss.).

y *necesaria* para el ejercicio de una facultad procesal, explicitando el beneficio esperado de la toma de conocimiento de las fuentes solicitadas; d) mostrar que no tiene posibilidad de acceder a la información sino mediante una resolución judicial; y e) que la naturaleza y cantidad de fuentes de información solicitada es razonable y proporcional, considerando los intereses legítimos de otras partes o de terceros. Dicho de forma negativa, corresponde denegar peticiones vagas, especulativas o injustificadamente amplias (ERCP, 2021, regla 102, num. 4). En cuanto al diseño procedimental, siempre es conveniente que el tribunal pueda controlar estos requisitos en una etapa preliminar y rechazar de plano (con opción de subsanar) la petición que incumpla manifiestamente cualquiera de ellos, sin que sea necesario dar traslado a otras partes. Así se evita que se traben disputas incidentales innecesarias.

Este listado de presupuestos no es arbitrario. Refleja un equilibrio entre asegurar el esclarecimiento de los hechos, evitar gastos excesivos de levantamiento de información y prevenir intromisiones desproporcionadas en la esfera de control de las partes o de terceros. En efecto, es el resultado de una ponderación que garantiza la máxima realización de dos bienes jurídicos de rango constitucional: por un lado, el interés del solicitante de la información, fundado en el derecho de tutela judicial efectiva que exige colaboración procesal de contrapartes y terceros (CPR, 2024, art. 19, num. 3, inc. I); y, por otro lado, la libertad individual del requerido que se opone a someter a una persona, contra su voluntad, al servicio de intereses procesales ajenos, salvo razones de peso y solo en la medida que estas lo justifiquen (num. 7, inc. I).

#### IV.1.2. Cargas del sujeto pasivo de la disputa

Asumiendo que la solicitud contiene un relato adecuado y plausible, se constituye *prima facie* el deber procesal de colaboración de la parte requerida. Ahora es su turno. Puede alegar que no hay deber alguno porque en verdad no se cumplen los requisitos arriba enumerados, en cuyo caso el solicitante deberá probar su concurrencia. Esto no tiene que ver con la confidencialidad, se trata de disputas sobre la frontera entre el deber de colaboración procesal en interés ajeno (exigido por la tutela efectiva) y el derecho a estar libre de intromisiones injustificadas o desproporcionadas en la esfera propia (exigida por el derecho general de libertad).

La excepción de confidencialidad opera en un momento lógico posterior. Asumiendo que se formó el deber de colaboración procesal de la requerida, esta puede buscar restringirlo o liberarse del todo de él, alegando un interés de confidencialidad. Para eso, deberá cumplir con la carga de presentar un relato adecuado y plausible que respalde esa

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

petición<sup>21</sup>. En concreto, deberá: a) especificar las fuentes o categorías de información que considera que merecen protección; b) especificar los riesgos de hacer pública la información, es decir, indicar de qué forma su difusión irrestricta podría afectar uno o varios bienes jurídicos; y c) proponer medidas restrictivas que permitan utilizar la información resguardando los bienes jurídicos afectados o bien pedir que se le exima del deber de cooperación. Naturalmente, el solicitante podrá, a su vez, poner en duda si efectivamente se ven afectados estos bienes jurídicos o si las medidas propuestas son útiles, necesarias o proporcionales para resguardarlos. El requerido soporta la carga de probar esos puntos.

Obviamente, nada obsta a que la parte requerida oponga ambas defensas. Puede alegar una falta de presupuestos del deber colaborar y, en subsidio, interponer una excepción de confidencialidad para el caso que se considere admisible.

#### IV.2. Cargas de las partes en el incidente de confidencialidad activa

Distinta es la distribución de cargas cuando se alega activamente confidencialidad. En esta constelación, la parte interesada en utilizar la información es, a la vez, la parte interesada en evitar su difusión irrestricta; por lo tanto, su petición consistirá en tener por aportada la información bajo resguardos de confidencialidad. A diferencia de la constelación pasiva, aquí el riesgo no es la intromisión en la esfera de la contraparte o del tercero, sino el peligro de una restricción excesiva de las publicidades procesales en caso de conceder la petición. Por ello, la parte solicitante tendrá tres cargas de afirmación y de prueba: primero, deberá acreditar la relevancia de la información ofrecida para los fines de la etapa respectiva del juicio; segundo, deberá acreditar que su difusión irrestricta afecta algún bien jurídico, conforme a lo explicado previamente; y, tercero, debe argumentar que la medida propuesta es una restricción útil, necesaria y proporcional a la publicidad externa o interna, según sea el caso.

Las otras partes podrán desvirtuar este relato y abogar por un acceso sin restricciones. Para eso pueden alegar que no existe el riesgo invocado o que las medidas propuestas son inútiles o excesivamente restrictivas de las publicidades procesales. Esto será especialmente relevante cuando se proponen restricciones a la publicidad interna que, como vimos, afectan el derecho de defensa o incluso el derecho a ser oído.

<sup>21</sup> La razonabilidad de esta distribución de cargas se ve reflejada en cuantiosa jurisprudencia anglosajona, por ejemplo: *Dyson Ltd v Hoover Ltd* (2002, R.P.C. 42, § 37) (Inglaterra) o *Cipollone v. Liggett Grp., Inc.*, (785 F.2d 1108, 1121 [3d Cir. 1986]) (Estados Unidos, jurisdicción federal). Más referencias en Vogt (2020, pp. 154-155).

### IV.3. Cargas y actuación de oficio

Lo descrito anteriormente asume que los intereses de confidencialidad son intereses disponibles para las partes del juicio. Como tales, su consideración depende de si se introducen y verifican en el proceso, en cumplimiento de las cargas de afirmación y prueba recién descritas; no obstante, algunos sistemas procesales entregan al tribunal la facultad o el deber de considerar de oficio ciertos intereses generales que pueden incluir intereses de confidencialidad. Cuando el esclarecimiento procesal público afecta esos intereses, las alegaciones de las partes (según las exigencias expuestas) no son necesarias para que se configure un incidente, ya que el tribunal deberá abrir de oficio la discusión sobre las medidas de confidencialidad adecuadas.

En este caso, el incidente se producirá a propósito de una orden o petición de incorporación de información cuya divulgación irrestricta afecte de forma manifiesta intereses que, según el ordenamiento en cuestión, el tribunal debe resguardar de oficio (por ejemplo, el buen desenvolvimiento del proceso o intereses de confidencialidad de terceros, especialmente la protección de la niñez). En este caso, el tribunal deberá evaluar de oficio el riesgo y determinar la medida de protección adecuada conforme a los criterios que se describen a continuación (siempre oyendo a las partes y ordenando pruebas incidentales, si es necesario).

### IV.4. Intereses en juego en el incidente de confidencialidad

Aclarada la distribución de cargas de afirmación (y eventual prueba), veamos el método a emplear para alcanzar una decisión en la disputa de confidencialidad. Esta podrá tener distintos desenlaces: el tribunal podría constatar que no existe el interés de confidencialidad alegado y que, en consecuencia, no es necesario restringir la publicidad del esclarecimiento. En ese caso, simplemente ordenará que la información se aporte sin restricción. Más exigente es la situación en la que se comprueba un legítimo interés de confidencialidad, pues en ese caso el tribunal deberá hacer un delicado ejercicio de ponderación de intereses para decretar la medida de resguardo adecuada.

La tensión entre el ideal de un esclarecimiento sometido a publicidad (*supra*, III.1) y la protección de bienes jurídicos amenazados por la divulgación irrestricta de información (*supra*, III.3) obtiene forma concreta en el fallo del incidente. Este debe ser el resultado de una ponderación tridimensional (Vogt, 2020, p. 124), que incluye tres categorías de intereses afectados: el interés en un esclarecimiento exhaustivo de los hechos (IV.1), el interés de confidencialidad (IV.2) y los principios que respaldan las normas de publicidad procesal (IV.3).

#### IV.4.1. El interés en un esclarecimiento exhaustivo de los hechos

Como vimos, la tutela judicial efectiva exige la incorporación de toda información relevante al proceso, tanto en fase preparatoria (para óptimas decisiones de las partes) como en fase probatoria (para una óptima decisión del tribunal). Por eso, la exigencia de aprovechar en la mayor medida posible la información disponible para la resolución del conflicto tiene peso en la decisión. En efecto, nos lleva a un formular un *principio general de incorporación resguardada de información confidencial relevante*—demostrado para el derecho de la Unión Europea en Rassi (2020, pp. 328-329)—. Esto prohíbe resolver la disputa de confidencialidad en términos de un «todo o nada» entre el interés en un esclarecimiento público y el interés de confidencialidad. No obstante, así están concebidas las normas tradicionales de esclarecimiento, como indica el artículo 349, inciso I del CPC, según el cual corresponde exhibir el documento sin restricciones a las publicidades o bien hay «justa causa» (CPC, 2022, art. 349, inc. III) que permite al requerido rehusar totalmente la exhibición. La opción de incorporación resguardada no está prevista, al menos en la interpretación literal de la disposición. Esta lógica del todo o nada no se condice con la exigencia constitucional de aplicar el derecho legislado de forma que los bienes jurídicos alcancen su mayor realización, por lo que corresponde preferir interpretaciones que rompan esa lógica<sup>22</sup>.

#### IV.4.2. El interés de confidencialidad

Si el norte interpretativo es la incorporación protegida de información confidencial, la disputa se centra no en si corresponde o no incorporarla al proceso, sino en cuáles son las medidas de resguardo apropiadas para su incorporación. Para ello, será importante examinar el fundamento jurídico del interés de confidencialidad alegado. Como vimos (*supra*, III.3), puede tratarse del riesgo de revelación de secretos, de uso indebido de la información o de interrupción del proceso. Ahora podemos apreciar la importancia de distinguir estas tres categorías porque cada una sugiere un razonamiento distinto sobre su impacto en la ponderación.

Cuando la pretensión de esclarecimiento *colisiona con un secreto*, el interés de confidencialidad no está determinado por las consecuencias de la difusión de información en el caso concreto, sino por el grado de protección jurídica del secreto. Ciertos secretos (secretos absolutos) son considerados «inmunidades» (Andrews, 2003, § 12.01), lo que significa que no admiten ponderación y exigen, excepcionalísimamente, la exención del deber de aportar sus contenidos al juicio, pese a ser relevantes. El término técnico anglosajón es *privilegio* (por ejemplo, el privilegio cliente-abogado), una categoría de información cuya

<sup>22</sup> En esa línea, Vogt (2019) se muestra a favor de una interpretación del artículo 349 del CPC que incluye medidas de incorporación resguardada de los documentos (pp. 3-24).

pretensión de exclusividad es resistente a ceder a favor de intereses procesales de esclarecimiento (Keane & McKeown, 2012, p. 594). La invocación de un secreto absoluto solo tiene sentido en solicitudes pasivas de confidencialidad. En la constelación activa es el titular del privilegio quien tiene interés en que sus contenidos sean considerados en el juicio, lo que se puede entender como renuncia al privilegio, sin perjuicio de poder solicitar confidencialidad por otras razones (como privacidad o resguardo del derecho de defensa). Sin embargo, la mayoría de las comunicaciones secretas admiten su divulgación excepcional (por ejemplo, los secretos asociados a la privacidad) y deberán ceder dependiendo de la importancia de otros intereses en juego.

Cuando se trata de un *riesgo de uso de la información de forma impropia o ilícita*, en cambio, el foco está en la prognosis de los efectos que la difusión producirá en el caso concreto. Así, el tribunal tendrá que evaluar prospectivamente, según el contexto extraprocesal, si por ejemplo existe un riesgo de que el conocimiento público de la identidad de un testigo lo exponga a ataques contra su vida o integridad física, o si el conocimiento de información comercial afecta el desempeño competitivo de su titular, o si la publicidad mediática de un juicio puede resultar en vulneraciones graves a la reputación de una parte, etc. Todo ello dependerá de predicciones que pueda hacer el tribunal sobre los usos que contrapartes o terceros podrían dar a los contenidos del proceso en caso de difundirse. Aquí es importante una aprehensión: el tribunal no puede ni debe elevarse a un órgano de prevención de todo ilícito extraprocesal que podría causar la publicidad de los juicios. Por regla general, el derecho civil y penal (u otras ramas especializadas) están a cargo de proteger la vida, la integridad física, la libertad económica, la honra, etc. Solo en caso de amenazas concretas que permitan anticipar como curso probable que la publicidad facilitará la comisión de algún ilícito u otro efecto jurídicamente indeseable, corresponde intervenir procesalmente. Aquí es posible remitirse a trabajos doctrinarios sobre el *razonamiento prospectivo* en la determinación de un *peligro* en materia de tutela cautelar, penal (Valenzuela Saldias, 2018, pp. 849-850) o civil (Carrasco Delgado, 2012, pp. 123-134), que pueden nutrir las preguntas equivalentes sobre el peligro proveniente de la difusión irrestricta de información en el incidente de confidencialidad.

Finalmente, un *proceso judicial libre de disrupciones* es un presupuesto de la tutela judicial y del debido proceso, por lo que el tribunal tiene el deber de asegurarlo. También aquí se deberán emplear predicciones sobre las distorsiones que las publicidades podrían generar en el proceso o su resultado. A diferencia del supuesto anterior, que se enfoca en efectos extraprocesales, en este supuesto el razonamiento prospectivo busca evaluar el impacto de la publicidad en la actividad procesal; por ejemplo, si la publicidad de la audiencia (especialmente si es

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

publicidad audiovisual) influirá perjudicialmente en la conducta de los intervinientes o en las percepciones de imparcialidad del tribunal.

#### IV.4.3. El interés en la vigencia de los principios procesales

Cualquier medida de aportación *resguardada* de información en un juicio tiene su precio. Generalmente, ese precio será la restricción de principios procesales importantes.

Si la medida de resguardo consiste en una *restricción de la publicidad externa* (por ejemplo, la exclusión del público de una audiencia o del acceso a un expediente), está sacrificando oportunidades de control ciudadano y de consolidación de la confianza en la jurisdicción. Si una parte no consiente en la medida, también está comprometido el derecho a un juicio público. Como ya adelantamos líneas atrás, las restricciones a la publicidad externa no son especialmente problemáticas, siempre que estén fundadas y sean proporcionales al nivel de protección que requiere el interés de confidencialidad. Salvo en casos de particular interés público, una exclusión aislada del público general no perjudicará de forma relevante la confianza pública (*supra*, III.2.1).

Más problemáticos son los casos que hacen necesaria una *restricción a publicidad interna*. Estas afectan la participación efectiva en el juicio y así también a la autodeterminación individual, algo que es difícil de tolerar en un Estado de derecho. No obstante, su peso dependerá de si está comprometido el derecho de defensa en fases preparatorias o, lo que es más grave, el derecho a ser oído frente al juzgador (*supra*, III.2.2). Así, su importancia cambiará según el grado de progreso del juicio. En fase preparatoria, las restricciones al derecho de defensa no necesariamente llevan asociada una restricción al derecho de ser oído ante el tribunal que dictará la sentencia. Por lo tanto, se pueden admitir restricciones de acceso a información relevante, mientras se compense facilitando la participación por medio de representantes (detalles *infra*, IV.5.2). En la fase probatoria, en cambio, la exclusión de una parte de procedimientos o resultados probatorios limita gravemente las facultades de objetar pruebas, rendir contraprueba, argumentar a favor de una u otra valoración de la prueba, y deducir recursos contra la sentencia. Restringe considerablemente el derecho a ser oído y solo un interés de confidencialidad de extraordinario peso puede justificar semejante restricción.

#### IV.5. La decisión sobre la medida de resguardo apropiada

Clarificada la distribución de cargas y los intereses en juego, tenemos todo lo necesario para entender cómo resolver la disputa de confidencialidad conforme a un ejercicio de ponderación. Una decisión ponderada debe reflejar la máxima realización posible de los bienes jurídicos en colisión en el caso concreto, en oposición a una asignación de prevalencia



abstracta a favor de uno de ellos (Hesse, 1995, § 72). En la disputa de confidencialidad, ello se alcanza decretando la medida de resguardo que permita la máxima realización simultánea de todos los intereses recién descritos. A continuación, presentaré las medidas más comunes en el derecho comparado, desarrolladas desde las prácticas del *pre-trial* anglosajón (Vogt, 2020, pp. 136-163). Obviamente, esto *presupone* que el sistema procesal otorga a los tribunales potestades para decretarlas, sea explicitando medidas específicas (CPP, 2022, art. 289, inc. I; DL 211, 2023, art. 22, inc. X) o mediante cláusulas generales (así las Directivas de la Unión Europea que regulan la confidencialidad procesal en materias de su competencia)<sup>23</sup>. Cada técnica tiene sus beneficios y riesgos. El listado taxativo favorece la previsibilidad, pero ata las manos en caso de que el mejor equilibrio se logre a través de una medida no prevista en la ley. La cláusula general es más flexible, pero alberga riesgos de uso arbitrario en tribunales no entrenados para conducir el incidente de confidencialidad de la forma aquí expuesta.

En todo caso, podemos identificar las siguientes medidas más típicas en las legislaciones y prácticas modernas.

#### IV.5.1. Medidas que restringen la publicidad externa

Primero, nos encontramos con medidas que resguardan la confidencialidad a costa de restringir la publicidad externa. En general, una orden de confidencialidad en este contexto abarcará una combinación de dos tipos de medidas: la exclusión del público y la orden de no comunicación para los participantes del proceso.

En cuanto a la medida de exclusión del «público» (CPP, 2022, art. 289, inc. I, lit. b; PDCP, 1966, art. 14, num. 1) o, lo que es lo mismo, de «terceros» (DL 211, 2023, art. 22, inc. IX), puede adoptar distintas formas, lo que dependerá de los componentes del proceso que estén abiertos al público en el ordenamiento procesal en cuestión. En juicios con publicidad de expediente puede consistir en bloquear el acceso de terceros al expediente completo, a partes de él, a piezas específicas, o en restringir el acceso a expedientes anonimizados o versiones públicas censuradas de ciertas piezas (así las versiones públicas para terceros según el (art. 22, inc. X). Respecto a la publicidad de audiencia, se puede restringir total o parcialmente el acceso a miembros del público a la sala durante una audiencia o a parte de ella (CPP, 2022, art. 289, inc. I, lit. b). En procesos con publicidad mediática de audiencias, se presenta la pregunta adicional de si es necesario excluir al público presencial para proteger intereses de confidencialidad, o si basta prohibir la transmisión y grabación audiovisual de sus contenidos (inc. II).

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

<sup>23</sup> Mediante la fórmula: «los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados, previa solicitud debidamente motivada de una parte o por iniciativa propia, para adoptar las medidas específicas necesarias a fin de preservar la confidencialidad» (Directiva (UE) 2016/943, art. 9, inc. I), o similares.

La efectividad de la exclusión del público requiere, como medida complementaria, una prohibición dirigida a las partes y a otros participantes de comunicar los contenidos del proceso a terceros (CPP, 2022, art. 289, inc. I, lit. c). Al decretar esta prohibición, el tribunal deberá considerar que restringe las libertades de comunicación (CPR, 2024, art. 19, inc. 12), por lo que no se puede extender más allá de lo útil, indispensable y proporcional para proteger el interés de confidencialidad. Pueden surgir preguntas difíciles al respecto, por ejemplo, si se puede prohibir a un candidato presidencial, enjuiciado durante la campaña electoral, tematizar su juicio en los medios<sup>24</sup>. Estas prohibiciones deben, a su vez, estar respaldadas por sanciones en caso de contravención. Mientras el derecho anglosajón dispone del *contempt of court* como institución de origen jurisprudencial flexible y eficaz para sancionar interrupciones y contravenciones a resoluciones judiciales (Jacob, 1970, pp. 28 y ss.), los ordenamientos continentales dependen de mecanismos más rígidos, basados en disposiciones legales que prevén arrestos, multas, suspensión de cargos, etc. (respecto a contravenciones al artículo 289 del CPP, por ejemplo, el artículo 294 del CPP y los artículos 530 y 531 del COT).

#### IV.5.2. Medidas que restringen la publicidad interna

La exclusión del público no siempre será un medio útil para resguardar el interés de confidencialidad. Es posible que el riesgo no provenga (solo) de la toma de conocimiento por terceros, sino de otra parte del juicio, lo que exigirá restringir la publicidad interna. Esto es común en procesos entre competidores, como juicios de propiedad intelectual, de apropiación indebida de secretos comerciales y de ilícitos anticompetitivos, lo que explica que la protección de confidencialidad respecto a las partes esté presente en las directivas de la Unión Europea sobre esas materias<sup>25</sup>. En efecto, en Chile la única regulación relevante sobre este tema se encuentra en materia de libre competencia (DL 211, 2023, art. 22, incs. IX-X), en la que suelen litigar competidores. Otro caso se da comúnmente en materia penal, cuando la revelación de la identidad de un testigo pueda llevar a una parte (o a personas asociadas a ella) a cometer delitos en su contra (aquí se halla la problemática del testimonio anónimo [CPP, 2022, arts. 226N-V]).

Estos son los casos típicos, pero la jurisprudencia comparada muestra que en cualquier materia podría surgir la necesidad de evitar el uso indebido de información por otra parte del juicio<sup>26</sup>. En dicho escenario, además de la exclusión de público, surge la pregunta de cómo resguardar

<sup>24</sup> Sobre la constitucionalidad de los *gag-order* judiciales contra Donald Trump, ver Germain (2024).

<sup>25</sup> Ver, respectivamente, el artículo 6 de la Directiva 2004/48/CE, el artículo 5 de la Directiva 2014/104/UE y el artículo 9 de la Directiva (UE) 2016/943.

<sup>26</sup> Para un ejemplo, en el proceso civil inglés: *Libyan Investment Authority v. Societe Generale SA* (2015); y en el estadounidense: *Church of Scientology of California v. Department of Health* (1979).

la información de la toma de conocimiento de la contraparte; es decir, restringir la publicidad interna.

#### IV.5.2.1. Aportación de versiones editadas

El mecanismo básico para el resguardo de información confidencial contenida en un soporte es elaborar dos versiones: además de la versión completa, que revela toda la información accesible desde el soporte (por ejemplo, un documento), se crea otra que solo revela sus contenidos no confidenciales; es decir, aquellos cuya difusión es inofensiva (por ejemplo, una versión censurada del documento). Esta última se puede aportar sin riesgo al proceso. Esto no es otra cosa que un supuesto lícito de aportación de información incompleta (contra la postura tradicional que considera la incompletitud como causal de impugnación en materia de prueba documental). Esta medida es adecuada en las fases preparatorias (por ejemplo, una exhibición prejudicial de documentos), donde no hay claridad si la información confidencial contenida en el soporte es siquiera relevante para el juicio. En esa fase temprana no es razonable poner en riesgo información confidencial, basta acompañar versiones editadas con explicaciones sobre el contenido censurado. Si en el curso del proceso queda de manifiesto que las partes y el tribunal no pueden tomar decisiones sin acceder a la información confidencial, deberá considerarse su incorporación bajo una de las siguientes medidas.

#### IV.5.2.2. Aportación *in camera* (de acceso exclusivo al tribunal)

Cuando se hace necesario aportar versiones no censuradas al proceso, la forma más segura es aquella que restringe la toma de conocimiento al tribunal (conocimiento *in camera*), mientras que las partes deberán litigar con las versiones editadas. Una variante de esta medida, especialmente útil para contenidos de carácter técnico, consiste en dar acceso a la información a un tercero experto imparcial, quien puede hacer resúmenes no confidenciales de su contenido y asistir al tribunal en la toma de decisiones incidentales (Scheidlin & Redgrave, 2008, pp. 378-383)<sup>27</sup>.

También estas medidas pertenecen a fases preparatorias del juicio, donde servirán para que tribunal tenga una mejor comprensión de la causa y de la información relativa al conflicto para que pueda resolver incidentes y velar por una eficiente conducción del juicio. Pero si la información confidencial cobra relevancia específica para el ejercicio de las facultades procesales de las partes excluidas, especialmente en la práctica de las pruebas, será necesario dar cierto grado de acceso a las partes. El derecho a ser oído se opone litigar «a ciegas» frente al juzgador.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

<sup>27</sup> Estimo que aquí se ubica el «auxiliar de confidencialidad» que, con agudeza, propone Mordoj (2012) para los procedimientos ante el TDLC (pp. 11-12).

#### IV.5.2.3. Litigación restringida a un círculo de confidencialidad

El próximo nivel de acceso resguardado se logra a través de los *confidentiality rings* integrados por el tribunal y los representantes de las partes excluidas<sup>28</sup>. Cuando las partes son organizaciones (como empresas u organismos públicos), estas medidas buscan restringir el acceso a una o varias personas naturales que representan o pertenecen a la organización, evitando que la información se filtre a todo su personal. Estas personas podrán ser *terceros* nombrados por el tribunal, *abogados externos* contratados por las partes o, en una modalidad más favorable al derecho de defensa, *representantes internos* de la organización con poderes de toma de decisión. Así se forma un listado de personas con derecho a acceder a la información confidencial, pudiendo un juicio contener diferentes listados (o «círculos») para distintos tipos de información. Este medio incluso permite celebrar audiencias (por ejemplo, en una audiencia testimonial referida a información confidencial) de forma resguardada, limitada a los integrantes del círculo de confidencialidad. Su eficacia requiere decretar medidas complementarias, como ordenar a quienes lo integran a abstenerse de copiar, grabar, transmitir y comunicar la información confidencial de la que toman conocimiento, incluso a sus representados, junto con limitar la forma de acceso a un lugar físico o virtual vigilado (*data room* o similar).

La amplitud del círculo de confidencialidad y la clase de medidas complementarias para prevenir filtraciones de información dependerán del tipo de interés de confidencialidad (*supra*, III.3) y de la importancia de la publicidad interna en la etapa procesal respectiva (*supra*, III.2.2). Por ejemplo, es posible que al inicio, en la etapa de esclarecimiento preparatorio, baste que abogados externos tengan acceso a los documentos confidenciales potencialmente relevantes para una posterior prueba; pero que luego, al definirse los puntos de prueba, el círculo de confidencialidad se deba ampliar a representantes internos de las partes para asegurar la participación efectiva en la fase probatoria ante el tribunal.

#### IV.5.3. Exención del deber de aportar información

Explicamos que los privilegios son ámbitos de exclusividad resistentes a ponderación; por lo tanto, si se comprueba que la información solicitada es privilegiada, no se podrá utilizar en un proceso judicial. En ese caso, la única medida procedente es eximir al requerido del deber de aportar la información. Sin embargo, este tipo de exenciones son excepcionales, solo aplicables a contados secretos profesionales y, en los países continentales, a secretos íntimos de las personas (Stürner,

<sup>28</sup> Para detalles desde una mirada comparativa, véase Vogt (2020, pp. 144-152). En las reglas del proceso civil federal estadounidense están explícitamente previstos (FRCP, 1938, 26c, num. 1, lit. E).

1976, pp. 197-198). La regla general es, como vimos, una aportación resguardada de la información confidencial.

167

#### IV.6. La confidencialidad del incidente de confidencialidad

Según lo explicado hasta ahora, el incidente de confidencialidad está dirigido a comprobar la existencia del interés de confidencialidad invocado y decretar medidas útiles, necesarias y proporcionales para resguardarlo (aportación de versiones editadas, aportación *in camera*, círculos de confidencialidad, prohibiciones de comunicación, exención del deber de aportar la información). Estas medidas permiten dar a la información confidencial un uso procesal resguardado en las distintas etapas del procedimiento principal, llegando hasta la sentencia definitiva e incluso la etapa recursiva.

Esto, sin embargo, arroja algunas preguntas cruciales en torno al diseño procedimental del incidente de confidencialidad: ¿la información (supuestamente) confidencial es accesible en el procedimiento incidental o se resuelve «a ciegas»? En caso de aportarse al incidente, ¿el acceso debe restringirse al tribunal o extenderse a las partes o sus representantes para que puedan ejercer su derecho de defensa dentro del incidente? Estas interrogantes apuntan a la «metapregunta» sobre el régimen de confidencialidad aplicable al incidente de confidencialidad, cuya respuesta es la última pieza de nuestra teoría de confidencialidad procesal.

Para mayor claridad, pensemos en un ejemplo: en un juicio entre dos competidores, una parte se niega a exhibir ciertos correos electrónicos por contener secretos comerciales, ofreciendo exhibir solo versiones editadas por ella. El solicitante de la información argumenta que es improbable que contenga secretos comerciales, que no son comprensibles las versiones editadas y que la negativa es una maniobra dilatoria. ¿Cómo decide el tribunal si efectivamente hay un interés legítimo de confidencialidad? ¿Debe decidir sin revisar los correos, confiando en la plausibilidad del relato de la exhibiente? ¿O debe resolver consultando los correos *in camera*, con exclusión de la parte solicitante, afectando así su derecho de defensa? ¿O debe dar acceso a todas las partes?

Para responder esas preguntas hay que, primero, descartar el absurdo: que la información supuestamente confidencial se deba aportar al procedimiento incidental sin restricción alguna. Su accesibilidad irrestricta durante el incidente frustraría la razón de ser del incidente, que precisamente busca dilucidar si corresponde o no decretar restricciones a la publicidad en el procedimiento principal. Más razonable es que el tribunal decrete preliminarmente un régimen de confidencialidad *para el incidente*, una vez que la parte solicitante haya hecho plausible el

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

interés de confidencialidad (*supra* IV.1.2), aplicando al procedimiento incidental una o varias de las medidas de resguardo recién expuestas.

Para eso, deberá hacer un ejercicio de ponderación preliminar equivalente al que debe aplicar en la decisión sobre el régimen de confidencialidad para el procedimiento principal. Si el riesgo proviene de la publicidad externa, corresponderá excluir al público del incidente, sin perjuicio de tener que hacer pública la motivación de la decisión incidental de excluirlo del procedimiento principal<sup>29</sup>. Más difícil es el caso de que el riesgo invocado provenga de la publicidad interna. Si se trata de categorías de información comunes y de contenido típico, es posible no sea necesario aportarla y se resuelva el incidente con base en esas categorías generales (Daniel, 1994, p. 1039). Si esto no es posible, corresponde una revisión por un tercero experto, una revisión *in camera* por el tribunal o un círculo de confidencialidad (por ejemplo, integrado únicamente por los abogados externos de las partes), según lo requieran las circunstancias. El criterio debería ser asegurar la óptima posición del tribunal para la toma de decisión sobre la medida de confidencialidad, sin restringir desproporcionalmente el derecho de las partes a participar en el debate incidental.

## V. CONCLUSIONES

1. En el derecho de tradición occidental, la era de la información envuelve pretensiones de ampliar el acceso a la información en todo ámbito jurídico. En lo relativo al proceso judicial, ello ha llevado a una ampliación de las actividades de esclarecimiento en todas las etapas del juicio. Esta tendencia se expresa normativamente en un principio de incorporación de toda información relevante al proceso. Opera tanto en el esclarecimiento preparatorio, que tiene el fin de asistir las decisiones de las partes sobre cómo llevar adelante el litigio, como en el esclarecimiento probatorio, que tienen el objeto de aportar a la decisión judicial sobre los hechos.
2. Esta tendencia expansiva se desarrolla bajo la idea moderna de que los procesos deben ser públicos; es decir, accesibles a las partes, según normas de publicidad interna (como exigencia del derecho de defensa y del derecho a ser oído), y accesibles a terceros, según normas de publicidad externa (como exigencia de la necesidad de control y de confianza ciudadana).
3. La combinación de normas de esclarecimiento procesal (que ordenan la incorporación y generación de información) con normas de publicidad (que ordenan su accesibilidad y

<sup>29</sup> Sobre esta metapublicidad de las decisiones que restringen la publicidad externa, véase Neumann y Simma (2013, pp. 472-474).

difusión) ha convertido a los procesos judiciales en repositorios públicamente accesibles de información relativa a un conflicto. Si bien esta información se aporta y levanta para fines procesales, su divulgación regularmente motivará usos o generará efectos perjudiciales. Así, los riesgos de difusión de los contenidos aportados a un proceso constituyen hoy un problema general, propio de todos los procesos judiciales sometidos a publicidad. Si bien estos riesgos no eran desconocidos antes, se han exacerbado en las sociedades contemporáneas por las posibilidades de tratamiento y tráfico masivo e instantáneo de información en todo tipo de formato.

4. El derecho procesal tradicional carece de conceptos para tematizar los riesgos actuales asociados a la difusión de los contenidos aportados al proceso judicial. Por eso, es necesario desarrollar una teoría para el manejo de disputas procesales de confidencialidad capaz de identificar las constelaciones típicas, los bienes jurídicos en juego y el procedimiento para una decisión sobre las medidas adecuadas de confidencialidad.
5. Como punto de partida, se constata que la confidencialidad procesal no es un bien jurídico, sino una forma de protección de otros bienes jurídicos (privacidad, libertad económica, infancia, etc.). En ese sentido, es instrumental y consiste en restricciones a las normas procesales de difusión de información (normas de publicidad). Se puede solicitar en constelación pasiva (excepción de confidencialidad como defensa ante un requerimiento procesal de información) o activa (como pretensión de confidencialidad que busca aportar información de forma resguardada). Quien la solicita deberá invocar plausiblemente un legítimo interés de confidencialidad, que puede consistir en un secreto legalmente protegido, en el riesgo de usos ilícitos u otros efectos extraprocesales indeseados, o en el peligro de alteración del normal desarrollo del proceso judicial. Cada categoría puede tener su fundamento en distintos bienes jurídicos de relevancia constitucional, según sea el caso concreto.
6. El incidente de confidencialidad se basa en una distribución de cargas que asegura evitar intromisiones injustificadas en la esfera de las partes y de terceros, como también evitar invocaciones de confidencialidad frívolas, esto sin perjuicio de los poderes de los tribunales de considerar de oficio ciertos intereses de confidencialidad. El solicitante de la información deberá aportar un relato plausible que dé cuenta del deber de la parte requerida de colaborar con el esclarecimiento, mientras que el solicitante de confidencialidad deberá aportar un relato plausible



relativo al interés de confidencialidad. Con esta base, el tribunal procederá a decretar una medida de aportación resguardada de la información como resultado de una ponderación del interés en un esclarecimiento exhaustivo, del interés de confidencialidad y del interés en la vigencia de las publicidades procesales. Las medidas disponibles son, en general, la exclusión del público de audiencias o expedientes, la aportación de versiones públicas de los soportes de información, su revisión *in camera* por el tribunal o por un tercero, los círculos de confidencialidad o, en caso de privilegios, la exención del deber de aportar al esclarecimiento. Para evitar absurdos, el incidente de confidencialidad deberá resolverse bajo medidas razonables de confidencialidad.

7. Espero que estas categorías y distinciones puedan servir como el primer esbozo de una teoría de confidencialidad procesal capaz de asistir a abogadas, abogados, juezas y jueces al argumentar en torno a la acertada aplicación de normas de confidencialidad, y a legisladores al reformar leyes procesales para que consideren riesgos de difusión de información. En el ámbito científico, esta teoría busca adaptar el pensamiento procesal al desafío que plantean la era de la información y los nuevos medios de comunicación, un desafío cuya envergadura apenas comenzamos a comprender.

## REFERENCIAS

Accatino, D. (2003). La Fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de derecho (Valdivia)*, 15(2), 9-35. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200001>

Alba, F. (2022). El problema de la asimetría informativa y el acceso a las fuentes probatorias: influjo europeo y posibilidades de reforma en España. En F. Gascón y P. Peiteado (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil - Hacia un proceso civil convergente con Europa* (pp. 246-270). Barcelona: Atelier.

Alvarado, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press.

Barros, E. (2021). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2.ª ed.; María Ignacia Besomí Ormazábal y Felipe Chahuán Zedan, colabs.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Carrasco, N. (2012). *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.

Chiovenda, G. (1925). *Principios de derecho procesal civil* (J. Casáis y Santaló, trad.). Madrid: Reus.

Clark, N., & Juma, C. (2013). *Long-run Economics: An Evolutionary Approach to Economic Growth*. Londres: Bloomsbury.

Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C., Romero, M., & Torres, J. (2006). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.

Daniel, P. F. (1994). Protecting Trade Secrets from Discovery. *Tort & Insurance Law Journal*, 30(4), 1033-1044.

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.

Germain, G. (2024). *Gagging Trump: Is Judge Merchan's Gag Order and Award of Sanctions Constitutional?* Syracuse University College of Law. <https://law.syracuse.edu/news/professor-gregory-germain-writes-gagging-trump-is-judge-merchants-gag-order-and-award-of-sanctions-constitutional/>

Gies, L. (2005). The Empire Strikes Back: Press Judges and Communication Advisers in Dutch Courts. *Journal of Law and Society*, 32(3), 450-472. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2005.00332.x>

Goldschmidt, J. (1936). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor.

Götz, A. (2014). *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren*. Tübinga: Mohr Siebeck.

Guerrero, B. (2020). Protección de datos personales en el Poder Judicial. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(2), 33. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54372>

Hau, W. (2022). Informationsverantwortung im Zivilprozess. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2, 154-176.

Hesse, K. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (20.<sup>a</sup> ed.). Heidelberg: Müller.

Jacob, J. I. H. (1970). The Inherent Jurisdiction of the Court. *Current Legal Problems*, 23(1), 23-52.

Jacob, J. I. H. (1987). *The Fabric of English Civil Justice*. Londres: Stevens.

Jaconelli, J. (2002). *Open Justice: A Critique of the Public Trial*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198252580.001.0001>

Jahn, J. (2021). *Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen*. Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783748921899>

Keane, A., & McKeown, P. (2012). *The modern law of evidence* (9.<sup>a</sup> ed.). Oxford: Oxford University Press.

Kindhäuser, U. (2013). Sobre la posible afectación de procesos penales por los medios de comunicación. En A. van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 1119-1135). Santiago de Chile: Legal Publishing.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

Kindhäuser, U., & Schumann, K. H. (2019). *Strafprozessrecht* (5.<sup>a</sup> ed.). Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845281889>

Löffler, S. (2017). *Rechtsgut als Verfassungsbegriff? Der Rekurs auf Güter im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-55101-9>

Leturia, F. (2018). La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 647-673. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372018000300647>

Luhmann, N. (1992). *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: Westdeutscher Verlag. [https://doi.org/10.1007/978-3-322-93617-2\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-322-93617-2_1)

Luhmann, N. (2005). Entscheidungen in der Informationsgesellschaft. En G. Corsi y E. Esposito (eds.), *Reform und Innovation in einer unstabilen Gesellschaft* (pp. 27-40). Stuttgart: Lucius & Lucius.

Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal. 1: Fundamentos* (2.<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

Michaels, R. (2019). The Functional Method of Comparative Law. En M. Reinmann y R. Zimmerman (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2.<sup>a</sup> ed.). Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

Möllers, C. (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press.

Montero Aroca, J. (ed.). (2011). *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos; Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)* (2.<sup>a</sup> ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mordoj, B. (2022). *El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973*. CeCo UAI. <https://centrocompetencia.com/mordoj-auxiliar-confidencialidad-propuesta-reforma-dl211/>

Neumann, T., & Simma, B. (2013). Transparency in International Adjudication. En A. Bianchi y A. Peters (eds.), *Transparency in International Law* (pp. 436-476). Cambridge: Cambridge University Press.

Osterloh-Konrad, C. (2009). Geheimnisschutz und Informationsinteresse bei der Durchsetzung privater Rechte – vorbereitende Auskunftsansprüche und Aufklärung im Zivilprozess. En W. Schön (ed.), *Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht* (pp. 9-47). Heidelberg: Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-540-85375-6\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-540-85375-6_2)

Peña, M. (2001). Protección constitucional del secreto industrial. *Revista Chilena de Derecho*, 28(2), 413-424.

Pérez-Ragone, Á., & Palomo, D. (2009). Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 32, 363-406.

Prütting, H. (1983). *Gegenwartsprobleme der Beweislast: Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*. München: C.H. Beck.

Rassi, J. (2020). *Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess: Möglichkeiten der geschützten Verwertung von Unternehmensgeheimnissen im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör, effektivem Rechtsschutz und prozessualen Kooperationspflichten*. Viena: Jan Sramek Verlag.

Reidy, K., Abbott, K., & Parker, S. (2023). 'So they hit each other': Gendered constructions of domestic abuse in the YouTube commentary of the Depp v Heard trial. *Critical Discourse Studies*, 22(3), 281-298. <https://doi.org/10.1080/17405904.2023.2291130>

Scheindlin, S. A., & Redgrave, J. M. (2008). Special Masters and E-Discovery: The Intersection of Two Recent Revisions to the Federal Rules of Civil Procedure. *Cardozo Law Review*, 30(2), 347-406.

Schilken, E. (2003). *Gerichtsverfassungsrecht* (3.<sup>a</sup> ed.). Colonia y München: Heymanns.

Stuckenberg, C.-F. (2017). Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 129(2), 349-362. <https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0014>

Stürmer, R. (1976). *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*. Tübinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Stürmer, R. (2006). Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess. En R. Greger y M. Vollkommer (eds.), *Neue Wege zum Recht: Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag*. Colonia: Schmidt.

Toro M., D., & Echeverría, A. (1902). *Código de Procedimiento Civil Anotado*. Santiago de Chile. Edición Oficial.

Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: Algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política Criminal*, 13(26), 836-857.

Vera, J. S. (2021). El principio de inclusión de la prueba relevante en el código procesal penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 48(1), 81-106. <https://doi.org/10.7764/R.481.4>

Vogt, T. (2018). La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil. En R. Rivero y J. P. Marín (eds.), *Reformas necesarias a la justicia chilena - VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pp. 253-280). Santiago de Chile: Librotecnia.

Vogt, T. (2019). El deber de revelar secretos en el juicio civil. Los límites a la exhibición documental de terceros como ejemplo de un problema dogmático. En P. Machado Martíns y J. A. Larroucau Torres (eds.), *Estudios de derecho procesal* (pp. 3-24). Santiago de Chile: DER.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

Vogt, T. (2020). *Aufklärung und Informationskontrolle im Zivilprozess: Eine vergleichende Studie zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*. Tübinga: Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-158889-1>

Vogt, T. (2022). La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (3), 159-174. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i3.22711](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22711)

Von Coelln, C. (2005). *Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt: Rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes*. Tübinga: Mohr Siebeck.

Wach, A. (1914). *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*. Berlín: Liebmann.

Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *Introducción al derecho comparado*. Oxford y México: Oxford University Press.

### Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Auto Acordado N.º 16 sobre reserva y confidencialidad de la información en los procesos (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Chile], 15 de mayo de 2017).

*Brown Bag Software v. Symantec Corp.* (960 F2d 1465) (9<sup>th</sup> Cir. [Estados Unidos], 7 de abril de 1992).

*Church of Scientology of California v Department of Health and Social Security* [1979] 1 WLR 723, 743 (Court of Appeal [Inglaterra y Gales], 22 de enero de 1979).

*Cipollone v. Liggett Grp., Inc.* (785 F2d 1108, 1121) (3d Cir. [Estados Unidos], 12 de marzo de 1986).

Code civil de la République Française, versión consolidada al 1 de mayo de 2025. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721)

Code de procédure civile de la République Française, versión consolidada al 1 de mayo. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070716](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716)

Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969). [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Convención Europea de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950). <https://www.coe.int/es/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols>

Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, 2 de septiembre de 1990). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU, 10 diciembre de 1948). [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Décret sur la réforme de la procédure criminelle (Francia, 9 de octubre de 1789).

Decreto 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 19 de enero de 2024).

DFL 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N.º 211 de 1973 (Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción [Chile], 17 de agosto de 2023).

Directiva 2004/48/CE relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 30 de abril de 2004).

Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 5 de diciembre de 2014).

Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 15 de junio de 2016).

*Dyson Ltd v Hoover Ltd* (R.P.C. 42) (Patents Court y High Court [Inglaterra y Gales], 4 de marzo de 2002).

ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (European Law Institute, 2021). <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-unidroit-model-european-rules-of-civil-procedure/>

Federal Rules of Civil Procedure (US Congress [Estados Unidos], 1938).

Ley N.º 1552, Código de Procedimiento Civil (Ministerio de Justicia [Chile], 15 de septiembre de 2022).

Ley N.º 19696, Establece Código Procesal Penal (Ministerio de Justicia [Chile], 20 de junio de 2022).

Ley N.º 7421, Código Orgánico de Tribunales (Ministerio de Justicia [Chile], 9 de febrero de 2024).

*Libyan Investment Authority v. Societe Generale SA* [2015] EWHC 550 (Queen's Bench y High Court [Inglaterra y Gales], 26 de febrero de 2015).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Principios ALI/Unidroit del Proceso Civil Transnacional (ALI y y Unidroit, 2004). <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros respecto del inciso 2º del artículo 5 de la Ley N.º 20.285, sobre acceso a información pública, en

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N.º 34.432-2016 (Rol N.º 3111-16) (Tribunal Constitucional [Chile], 23 de marzo de 2017).

Sentencia II ZR 159/89 (Bundesgerichtshof [Alemania], 11 de junio de 1990).

Zivilprozessordnung (Deutscher Reichstag [Alemania], 30 de enero de 1877).

Recibido: 30/08/2024

Aprobado: 10/12/2024



# MISCELÁNEA

---

DERECHO  
PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO

# Los usos de la motivación en el acto administrativo: un análisis crítico de sus exigencias argumentativas básicas\*

## The Uses of Motivation in the Administrative Act: A Critical Analysis of Its Basic Argumentative Requirements

DÚBER ARMANDO CELIS VELA\*\*

Universidad Autónoma Latinoamericana (Colombia)

**Resumen:** El Estado constitucional se considera como un modelo que presupone mayores exigencias argumentativas al aplicar las normas. En la cultura jurídica, los estudios sobre la materia están centrados en la justificación de una decisión judicial, mientras que la atención teórica a los problemas argumentativos de los actos administrativos ha sido relativamente menor. El propósito de este artículo es analizar algunos usos de la motivación afianzados en la práctica jurídico-administrativa en relación con los actos administrativos. La metodología que se aplica es el análisis teórico y la evaluación crítica de prácticas argumentativas relativamente compartidas. En el texto se plantea que las concepciones sobre la motivación y el uso de las razones en la expedición de un acto administrativo ameritan estándares más exigentes de justificación de una decisión que tiene consecuencias en los derechos y obligaciones de los administrados.

**Palabras clave:** Acto administrativo, motivación, formalidades, estándar de justificación, cargas de argumentación

**Abstract:** The constitutional state is a model that presupposes higher argumentative demands in applying legal norms. In legal culture, studies on this matter are focused on justifying judicial decisions, while the theoretical attention to the argumentative issues of administrative acts has been relatively less. This article analyzes the uses of motivation established in administrative-legal practice concerning administrative acts. The methodology applied is theoretical analysis and critical evaluation of relatively shared argumentative practices. The text argues that conceptions of argumentation and the use of reasons in issuing an administrative act warrant more stringent standards of justification for a decision that impacts the rights and obligations of the governed.

**Keywords:** Administrative act, motivation, formalities, the standard of justification, the burden of argumentation

\* Este artículo de investigación es producto del proyecto titulado «Nuevas tendencias de la administración pública», código 37-000020, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín (Colombia).

\*\* Doctor en Filosofía por la Universidad de Antioquia (Colombia). Profesor de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Colombia).

Código ORCID: 0000-0002-1271-2377. Correo electrónico: [duber.celise@unaula.edu.co](mailto:duber.celise@unaula.edu.co)

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA RECONSTRUCCIÓN ANALÍTICA DE LOS USOS DE LA MOTIVACIÓN EN LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.- II.1. LAS NOCIONES DE ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO EN LA CULTURA JURÍDICA.- II.2. LA INTENSIDAD EN LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN.- III. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS EXIGENCIAS BÁSICAS EN LA MOTIVACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.- III.1. EL ARGUMENTO DE LAS FUENTES: LA MOTIVACIÓN POR REMISIÓN A TEXTOS.- III.2. LOS ARGUMENTOS DEL COLAPSO: LA MOTIVACIÓN POR ENUNCIACIÓN DE FINES Y MOTIVOS.- IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La disposición de una sólida práctica argumentativa contribuye a la revisión permanente de creencias y, además, aumenta la probabilidad de decidir mejor o de cooperar para la solución de problemas en contextos de intercambio de razones de distinta clase (Sinnott-Armstrong, 2018, p. 7). En un ordenamiento jurídico, las exigencias de la argumentación representan un medio para prevenir el ejercicio arbitrario del poder, pues el conocimiento de las razones de una decisión crea condiciones para su control. La importancia de los derechos en el Estado constitucional impuso cargas argumentativas diferentes a las autoridades con el fin de asegurar decisiones más racionales, ponderadas y justas. Este modelo propició «un crecimiento, en términos cuantitativos y cualitativos, de la exigencia de fundamentación, de argumentación, de las decisiones de los órganos públicos» (Atienza, 2013, p. 21). Así, en una sociedad democrática, el ejercicio de una función pública implica la justificación racional de las decisiones o medidas que se adoptan. Una consecuencia de tales cambios es el desarrollo contemporáneo de las teorías de la argumentación jurídica, las cuales han «buscado controlar los niveles de irracionalidad, discrecionalidad e intuicionismo de las decisiones judiciales» (Nava Tovar, 2020, p. 19).

La obligación de invocar razones aceptables para adoptar una decisión jurídica impone límites al ejercicio de una potestad pública. Una exigencia de esta naturaleza no tiene el mismo alcance e intensidad en todas las prácticas jurídicas. En la función legislativa, los argumentos «apoyan o desacreditan una determinada propuesta legislativa o la pretensión de un determinado grupo» (Canale & Tuzet, 2021, p. 26). Aunque la deliberación no hace parte de tales documentos, sí incrementa la probabilidad de tomar decisiones más decantadas, oportunas o convenientes. En la función judicial, las razones son una garantía de racionalidad y control. En la solidez argumentativa de las providencias «reside su principal fuente de legitimidad» (Gascón Abellán, 2003, p. 42). Aunque la argumentación es un elemento de la experiencia jurídica en general, su elaboración teórica «está esencialmente, si no exclusivamente, dedicada al razonamiento judicial» (Guastini,

2014, p. 28). En la cultura jurídica, los estudios sobre la argumentación administrativa son relativamente escasos, pues la motivación del acto administrativo se asume como una formalidad que no tiene un rol significativo en la adopción de una decisión administrativa.

El propósito del artículo es analizar algunos usos afianzados en la práctica jurídico-administrativa para la motivación de un acto administrativo. Estos se entienden como presupuestos relativamente compartidos según el alcance de los actos o la naturaleza de las potestades que se ejercen. La idea es revisar, de manera crítica, exigencias argumentativas básicas en la motivación de los actos administrativos para evaluar en qué condiciones se considera —o se debería considerar— que están justificados. Para alcanzar este objetivo, el texto se divide en dos partes: inicialmente se plantea un modelo reconstructivo para determinar el alcance de los requerimientos que definen cuándo un acto administrativo está adecuadamente motivado (II). Posteriormente, se hace un análisis crítico de dos argumentos comunes en la motivación y, además, se examina el estándar que debería satisfacer la expedición de un acto administrativo (III). Tal análisis está orientado a la revisión de la función de la motivación como un presupuesto para evaluar las condiciones de validez de una decisión administrativa.

El modo de aproximación al problema planteado no es de carácter dogmático, sino teórico. Aunque se mencionan algunas decisiones judiciales del sistema jurídico colombiano, el estándar reconstruido de la motivación tiene patrones comunes en diversos ordenamientos jurídicos. En este contexto, «el teórico no sólo se ocupa de cuestiones generales, sino que trata sobre los conceptos de un sector del ordenamiento jurídico» (Celis Vela, 2023, p. 41). El trabajo se enfoca en las exigencias discursivas que presupone la motivación del acto administrativo como una práctica argumentativa. Una mirada de esta naturaleza al acto administrativo permite comprender cómo opera el razonamiento de una autoridad administrativa. En esta clase de análisis es usual que los problemas objeto de estudio se aborden «desde un punto de vista descriptivo o desde uno prescriptivo» (Canale & Tuzet, 2021, p. 28). En el primer caso, se plantea una reconstrucción de las formas de motivación de un acto a la luz de elaboraciones doctrinales y judiciales; en el segundo, se analizan críticamente las formas de argumentación de las autoridades administrativas para discutir ideas más o menos extendidas en la cultura jurídica.

El artículo plantea que las exigencias argumentativas básicas sobre la motivación de los actos administrativos reducen el rol de las razones en la toma de decisiones y en el control de la función administrativa. En el derecho administrativo, la motivación parece asentada en un modelo que no da cuenta del contenido de las decisiones o medidas,

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

sobre todo cuando tienen incidencia en los derechos o en la satisfacción de ideales regulativos como la buena administración. La argumentación por remisión a fuentes del derecho o por enunciación de motivos y fines presupone que las decisiones son tomadas a partir de premisas implícitas, con lo cual la evaluación de la función administrativa tendría que hacerse a partir de razones subyacentes u opacas para quienes tengan la calidad de destinatarios. Los actos administrativos deberían tener mayores estándares de justificación, en el sentido de que las premisas del razonamiento contengan una fundamentación normativa y fáctica suficiente. En el caso de las potestades discrecionales, la motivación exigiría razones que justifiquen las medidas adoptadas para alcanzar determinados fines. A partir de tales premisas, se derivan algunas consideraciones normativas sobre el rol de la justificación en la expedición de los actos administrativos.

## II. UNA RECONSTRUCCIÓN ANALÍTICA DE LOS USOS DE LA MOTIVACIÓN EN LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

El análisis de legalidad de las decisiones de una autoridad administrativa suele hacerse a través de los llamados «elementos del acto administrativo». Estos constituyen una serie de presupuestos «que permiten predicar su existencia normativa y validez» (Vergara Mesa, 2021, p. 218). Un acto es válido si carece de vicios; es decir, si se adoptó «de conformidad con todas las normas que disciplinan su creación» (Guastini, 1999, p. 320). La validez del acto administrativo depende de la adecuación a las normas que regulan su producción o de la satisfacción de los elementos competenciales, causales, objetivos, formales y finales que lo estructuran (Brewer-Carías, 2020, p. 118). A título de regla general, la motivación hace parte de los requisitos que deben acreditarse para su expedición regular. Sin embargo, su uso y alcance no son fácilmente determinables en la doctrina o en la jurisprudencia, pues la terminología utilizada y los conceptos de referencia tienden a ser confusos. Esto hace difícil reconocer qué se entiende por motivación y cuáles son sus exigencias. A continuación, con fines analíticos, se propone una reconstrucción conceptual de lo que podría entenderse como un acto administrativo motivado en las prácticas jurídico-administrativas.

### II.1. Las nociones de acto administrativo motivado en la cultura jurídica

En la doctrina, no es fácil detectar un concepto de motivación del acto administrativo por la perplejidad que generan los usos disponibles, por la asimilación entre motivos y razones, o por la equiparación entre argumentos y explicaciones. Tales conceptos suelen ser cuidadosamente distinguidos en una teoría de la argumentación (Copi *et al.*, 2019, p. 17;

Guastini, 2014, p. 233). Pero los juristas dogmáticos suelen entremezclar sentidos, operaciones y propósitos muy diversos al momento de analizar la motivación del acto administrativo. Quizá los problemas se deban a la ausencia de un aparato conceptual adecuado. La motivación ha sido abordada a partir de los elementos tradicionales del acto administrativo, no propiamente desde las teorías o exigencias de la argumentación. Esto no ha generado un consenso suficiente sobre el alcance que tienen las operaciones consistentes en motivar un acto administrativo ni ha permitido definir su estatus entre los elementos que determinan su existencia y validez. En consecuencia, una reconstrucción analítica sería conveniente para ordenar las afirmaciones y exigencias sobre la motivación, pues podría arrojar un poco de claridad sobre el sentido de las prácticas consistentes en motivar un acto administrativo.

A nivel doctrinal es posible rastrear tres nociones de lo que podría entenderse como un acto administrativo motivado: la primera establece que un acto está motivado cuando existen motivos; es decir, hechos o normas que fundamentan la expedición del acto con independencia de que sean expresados en la decisión. Una postura de esta naturaleza asimila «el motivo con la motivación» (Forero Hernández, 2021, p. 252) porque, si hay motivos, el acto administrativo está fundado. La segunda señala que un acto está motivado en razón a la enunciación de las «circunstancias de hecho o de derecho que provocan la emisión de un acto administrativo» (Santofimio Gamboa, 2023, p. 700). En particular, se agota en un acto comunicativo; en otras palabras, en un requisito formal que permite saber por qué se tomó una decisión. La última indica que un acto está motivado cuando tiene una justificación; esto es, hay expresión de los motivos a la luz del «resultado final que se espera lograr con el objeto del acto» (Real, 1980, p. 113) o incorpora una sustentación que muestra a «la decisión como correcta o aceptable» (Durán Martínez, 2013, p. 21). Ya no se trata de exponer motivos, sino de plantear razones a favor de la decisión.

Las nociones previamente señaladas no traducen las mismas operaciones en la calificación de un acto administrativo como motivado. En la primera, la motivación se asimila a la causa o a la existencia de hechos o normas que dan origen a la actuación administrativa. Los motivos se hallarían en el expediente o la motivación podría ser aportada «en el seno del propio proceso [judicial]» (Rocha Fajardo, 2018, p. 38); esto es, después de expedido el acto. Con muchas salvedades y de manera excepcional, en la doctrina se ha aceptado la motivación «ulterior al acto» (Gordillo, 2011, p. X-23). En el segundo, motivar es «la expresión formal de la causa de los actos administrativos» (Brewer-Carías, 2020, p. 118); o sea, consiste en comunicar o explicar los motivos por los cuales se ha adoptado una decisión. La tercera implica una operación más exigente: además de indicar los motivos, la autoridad administrativa

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

debe señalar cuál es la finalidad que persigue con la adopción del acto administrativo o poner al acto administrativo en su mejor luz; es decir, sustentar que se trata de una decisión correcta o, por lo menos, justificar su adecuación y pertinencia (Arzoz Santisteban, 2023, p. 434). En la doctrina administrativa, a las dos últimas nociones se les conoce como «motivación del acto», en el sentido de que consiste en «el motivo ‘formalmente’ expresado» (Rocha Fajardo, 2018, p. 38).

A partir de este modelo reconstructivo, se podría plantear que la motivación oscila entre operaciones distintas, de forma que motivar sería tener motivos, explicarlos o justificar la corrección de la decisión. Sin duda, estas operaciones no corresponden a escuelas doctrinales sobre la cuestión y tampoco imponen las mismas exigencias para una autoridad administrativa. Sin embargo, desde una perspectiva analítica, permiten comprender el alcance que tiene la idea de un acto administrativo motivado. No solo arrojan luz sobre las cargas de la argumentación, sino que clarifican lo relativo a su estándar argumentativo. En particular, se trata de dos criterios que permiten comprender lo relativo a la fundamentación o justificación de una decisión administrativa. Una carga argumentativa consiste en la obligación de fundamentar una decisión o pretensión. No obstante, tal obligación en sí misma es insuficiente, pues por analogía con lo que sucede en el discurso práctico (Alexy, 2007, p. 184; Nava Tovar, 2020, p. 44), deberían existir reglas adicionales que aseguren la calidad de la fundamentación. Quien argumenta está llamado a plantear buenos argumentos; o sea, razones pertinentes, admisibles, relevantes, exhaustivas, resistentes y claras (García Amado, 2023, pp. 29-33).

Las cargas en la motivación normalmente son diferidas a la legislación, pues el derecho positivo indica qué actos deben contener una motivación expresa (Brewer-Carías, 2020, p. 180). En razón a las exigencias del principio de legalidad en el ejercicio de poderes públicos (Guastini, 2007, p. 111), todo acto administrativo parece estar motivado o fundado en normas y hechos, aunque no se formalice su motivación. Nótese que los conceptos de motivación reconstruidos en la sección anterior implican distintas cargas de argumentación. La noción de motivación como existencia de motivos no tiene reglas relacionadas con las cargas de la argumentación. Un acto administrativo estaría motivado porque está sustentado en una causa. En las nociones de motivación como exposición y de motivación como justificación existe una exigencia de argumentación cualificada, pues la autoridad está obligada a expresar las razones cuyo alcance no es equiparable a un «acto comunicativo» (Rocha Fajardo, 2018, p. 63). Sin embargo, no es lo mismo informar razones que plantearlas para hacer que una conclusión parezca aceptable. La aceptabilidad implica que la autoridad administrativa asume una pretensión de corrección fáctica, jurídica o instrumental.



Un estándar de argumentación es una exigencia gradual, pues la motivación podría consistir en invocar disposiciones o hechos o en justificar su corrección; en otras palabras, en satisfacer un nivel de sustentación que asegure de una manera adecuada tanto los derechos del Estado constitucional (Pino, 2014, p. 22) como los principios de la buena administración (Milkes, 2019, pp. 158-159). En la idea de motivación como exposición o explicación de los motivos basta con incluir una sección de considerandos para que el acto esté motivado. En este caso, se trata de un problema exclusivamente formal (Rodríguez, 2021, p. 67). En la idea de motivación como justificación el estándar es más exigente, pues las razones deben dar apoyo a la decisión al punto de hacerla idónea, correcta o aceptable. Cada operación impone estándares diferenciados al acto administrativo y, además, le atribuye funciones distintas. La explicación se limita a la enunciación de hechos y normas. La fundamentación del acto administrativo implica no solo una relación de consecuencia lógica entre las razones y la decisión, sino una adecuada sustentación de las razones. La corrección de un acto administrativo exige una justificación externa de sus premisas.

En la doctrina, el estatus de la motivación en los elementos del acto administrativo es un asunto problemático. La motivación suele ubicarse como parte de la causa (Santofimio Gamboa, 2023, p. 699), de la forma (Valdivia, 2018, p. 223) o como un «requisito de fondo del acto» (Muñoz Machado, 2017, p. 67). La motivación no sería otra cosa que la «publicidad del elemento causal» (Vergara Mesa, 2021, p. 248). En tanto criterio formal, la motivación representaría una formalidad que debe incluirse como una sección del acto con independencia de la incidencia que tenga. La dimensión sustancial de la motivación suele vincularse a los otros elementos del acto administrativo, como la causa o la finalidad (Rojas Barrientos, 2023, p. 335), o a derechos como el debido proceso (Brewer-Carías, 2020, p. 181). La motivación permite al administrado conocer las razones de una decisión y, en consecuencia, evaluar la posibilidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa. El aparato conceptual anteriormente indicado arroja luz sobre las operaciones y el estándar argumentativo que se impone en el ejercicio de una función administrativa.

Sin duda, la motivación constituye una regla general para el ejercicio de la autoridad mediante actos normativos (Garrido Falla, 1994, p. 482; Santofimio Gamboa, 2023, p. 701); no obstante, el estándar que se defina le otorga un alcance diferenciado. La motivación de las decisiones puede afincarse como una garantía de publicidad y transparencia o como una exigencia derivada del respeto por los derechos. En el último caso, los requerimientos son mayores para la Administración pública. En un Estado constitucional, los aspectos sustanciales se vinculan a ideales normativos en el ejercicio de una función administrativa y a

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

garantías reconocidas a favor de los ciudadanos. La concepción de una Administración pública más participativa y pluralista daría prioridad al modelo ideal de la buena administración, que se concreta en un amplio conjunto de derechos subjetivos de orden administrativo, entre los cuales se resalta el «derecho a la motivación de las actuaciones administrativas» (Rivero Ysern & Rodríguez Arana, 2021, p. 114).

El problema del estatus de la motivación entre los elementos del acto tiene relevancia por la incidencia de su no satisfacción en la validez. En este contexto, los vicios que podrían afectar su validez son la falta de motivación y la falsa motivación. El carácter formal de la falta de motivación se evidencia en que su acreditación depende de la ausencia de una sección de considerandos en el texto del acto administrativo; es decir, se trata de una violación a las cargas de la argumentación. Si pese a ser exigida, la decisión administrativa carece de motivación, el acto estaría «viciado de nulidad por expedición irregular» (Forero Hernández, 2021, p. 243). La motivación es parte del denominado «elemento forma» del acto administrativo, pero tal vicio puede afectar a otros componentes del acto como la causa o la finalidad, ya sea que la causa esté alterada o que se actúe de manera distinta al interés general. En este caso, el estándar argumentativo implica más exigencias de carácter cualitativo para la autoridad administrativa.

La falsa motivación, por el contrario, «es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica» (Sentencia rad. 11001-03-24-000-2013-00328-00, 2018), la cual se configura cuando «el motivo invocado no sea cierto» (Forero Hernández, 2021, p. 246). La configuración de este vicio presupone no solo proposiciones falsas en la premisa fáctica, sino una inadecuada subsunción del caso individual en el supuesto genérico de la norma aplicada. La falsedad o la incoherencia entre proposición y predicado fáctico tienen lugar cuando los hechos o las razones jurídicas que fundamentan la decisión no existen; existen, pero son contrarios a la realidad por error o simulación; o no son suficientes para justificar la decisión (Sentencia rad. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797) A., 2009). Así conceptualizado, el vicio llamado «falsa motivación» colapsaría en el elemento causal del acto administrativo.

## II.2. La intensidad en las cargas de la argumentación

La intensidad en las cargas de la motivación es un requisito variable; incluso, el derecho positivo no exige la motivación para todo tipo de acto administrativo. En Colombia, por ejemplo, los actos de trámite o las órdenes de retiro en el régimen especial de carrera administrativa de las fuerzas militares no requieren ser motivados expresamente (Milkes, 2018, p. 172). Sin embargo, esto no quiere decir que las decisiones sean tomadas en ausencia de hechos o normas que fundamenten su adopción

porque implicaría la existencia de autoridades no sujetas al principio de legalidad. Cuando es exigida, la motivación no siempre tiene la misma intensidad. Hay diferencias cualitativas en las cargas de la argumentación del acto particular respecto del general y del acto discrecional respecto del reglado. Las cargas diferenciadas en la argumentación parecen sustentadas no solo en la variedad de manifestaciones de la función administrativa, sino en el alcance de los efectos que podrían tener en los derechos de los administrados o en los principios de la buena administración.

La intensidad en las cargas de la argumentación es diferenciada según la naturaleza de las competencias de una autoridad administrativa. La atribución y el ejercicio de una potestad puede estar regulada de distintas maneras. Cómo se configura una competencia determina si se trata de una facultad reglada o discrecional. Cuando una competencia está estructurada a partir de reglas, las condiciones para su ejercicio «son predefinidas en la ley» (Valdivia, 2018, p. 225). En el proceso de aplicación, la autoridad administrativa subsume hechos individuales en un supuesto de hecho para derivar consecuencias jurídicas. En la doctrina suele plantearse que en esta clase de actos la motivación tiene «una importancia secundaria» (Garrido Falla, 1994, p. 482). El acto administrativo cumpliría con este requisito cuando «enuncia la fuente que da origen a la actuación» o da cuenta «de las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición» (Santofimio Gamboa, 2023, p. 701). La autoridad administrativa estaría limitada a la verificación empírico-normativa de las condiciones para la imposición de los efectos previstos en una norma jurídica. La motivación de tales actos sería indispensable «para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y permitir su control» (Parejo Alfonso, 2020, p. 729), sobre todo a partir de garantías vinculadas con el debido proceso administrativo.

En los actos discrecionales, las competencias de una autoridad administrativa están configuradas de manera distinta. La técnica de regulación usada para atribuir un poder puede apelar a conceptos indeterminados que expresan los fines o funciones a cargo de la autoridad o mediante normas con estructura de principio. En estos supuestos, el ejercicio de una función administrativa implica el deber de alcanzar ciertos estados de cosas, pero presupone una libertad para definir los medios adecuados. El poder discrecional «comporta un margen de decisión, una elección entre dos o más opciones que el legislador atribuye a la Administración para el cumplimiento de sus fines» (Rivero Ysern & Rodríguez Arana, 2021, p. 90). En la doctrina se considera que la motivación de esta clase de actos es una «garantía de la interdicción de la arbitrariedad del poder público» (Parejo Alfonso, 2020, p. 730). En el ejercicio de potestades discrecionales «[l]a motivación es el correlato, la otra cara de la moneda de la discrecionalidad» (Rodríguez Arana,

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

2011, p. 215). El criterio para evaluar el ejercicio de una función administrativa depende de la motivación, pues ella determina «la posibilidad de medir dónde termina ese margen de libertad y dónde empieza la arbitrariedad» (Blanquer, 2006, p. 145).

La intensidad en las cargas de la argumentación también es diferenciada según los efectos del acto administrativo; es decir, cambia dependiendo de su contenido general o particular. Los actos administrativos generales suelen considerarse como normas que se dirigen a clases de individuos y que regulan clases de conductas. Los actos administrativos particulares expresarían normas dirigidas a individuos y conductas determinadas (Aróstica, 2016, p. 90). Aunque la categoría de los actos administrativos generales parece sencilla, es necesario resaltar que incluye normas de distinta naturaleza, pues podrían ser el resultado de una potestad reglamentaria, reguladora o «de estricta naturaleza administrativa» (Santofimio Gamboa, 2023, p. 712). No hay posturas doctrinales unificadas sobre el concepto de esta clase de actos porque en unas ocasiones son asimilados a la legislación y ubicados como una categoría especial en las fuentes del derecho (Muñoz Machado, 2015, p. 16) y, en otras, se consideran como actos administrativos (Vergara Mesa, 2021, p. 80). Estas elaboraciones conceptuales implican diferencias en las exigencias que se imponen en materia de motivación.

En Colombia, los actos administrativos generales que resultan del ejercicio de una función de estricta naturaleza administrativa deben ser motivados. El Consejo de Estado considera que la motivación de estos actos consiste en hacer una «indicación de sus fundamentos legales y su objeto» (Sentencia rad. 11001-03-25-000-2010-00064-00 (0685-2010), 2018). Los fundamentos no son otra cosa que las fuentes de derecho o las disposiciones normativas que atribuyen una competencia. El objeto es la enunciación de la finalidad que se persigue con la medida administrativa. La carga de la argumentación impone exigencias distintas a las aplicadas para otra clase de actos administrativos. El esquema que reconstruiría tal práctica argumentativa sería: «el órgano O, en ejercicio de las facultades conferidas en la disposición D y persiguiendo la finalidad F, resuelve R». La obligación de hacer públicas esta clase de razones se justifica en el derecho de participación y en la posibilidad de su control judicial.

El acto administrativo particular es entendido como una norma adoptada por quien ejerce una función administrativa al resolver la situación concreta de «una persona o un conjunto determinado de personas» (Parejo Alfonso, 2020, p. 720). Como todo proceso de aplicación, esta clase de actos es una variable dependiente de presupuestos normativos y fácticos. La motivación comprende «los hechos analizados por la administración pública y la fundamentación jurídica llevada a cabo para dicho análisis» (León Luna, 2015, p. 317). El diseño de un procedimiento

administrativo que incluya garantías procesales —práctica de pruebas y contradicción— aumenta las cargas de la argumentación y le otorga un carácter más dialéctico en tanto supone un contexto de «discusión que se entreteje en torno a una cuestión, con las variantes de tipo y variaciones de género reconocibles en ese ámbito» (Vega Reñón, 2015, p. 100). La motivación aparece como una garantía propia del debido proceso de los administrados y, además, como un presupuesto de la actuación administrativa. Los destinatarios de un acto administrativo pueden conocer las razones que la fundamentan para controvertirla en sede administrativa o judicial. También es un instrumento que asegura la racionalidad de las actuaciones administrativas en tanto posibilita su controversia mediante el ejercicio del derecho de contradicción.

En el derecho administrativo, las prácticas jurídico-administrativas consistentes en motivar un acto administrativo están estructuradas en exigencias básicas con dos características comunes. La primera supone que motivar es remitir a documentos o disposiciones normativas; la segunda consiste en motivar por enunciación de fines o causas. Aunque la motivación sea un requisito de forma, de aquí no se sigue que la inclusión de un acápite de consideraciones sea suficiente para que el acto esté justificado. Las condiciones mínimas presupuestas en estas formas de motivación no satisfacen, *per se*, las cargas de la argumentación. Como están las cosas, en los actos administrativos generales la motivación se agota con la inclusión de razones de orden competencial y final. En los actos administrativos particulares la motivación supone la exposición de los motivos del acto; es decir, de las razones fácticas y jurídicas que determinan su expedición. Sin embargo, esta configuración de la motivación es problemática porque tiende a colapsar con la competencia de la autoridad, la finalidad y la causa del acto administrativo.

### III. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS EXIGENCIAS BÁSICAS EN LA MOTIVACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

La motivación por remisión a documentos normativos y la motivación por enunciación de los fines o las causas de un acto administrativo son problemáticas. Las principales objeciones que podrían formularse contra estas exigencias básicas en la motivación de un acto radican en que reducen las cargas de la argumentación y hacen más complejo el control de la actividad administrativa porque las premisas que podrían justificar una decisión o medida tendrían un carácter prevalentemente implícito. La exigencia de mayores estándares de argumentación implica ponderar la eficiencia administrativa con las garantías procesales y la participación en el ejercicio del poder público. Los ideales que acompañan a un Estado constitucional implican mayores estándares argumentativos para las autoridades normativas porque la limitación de los derechos exige

189

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

justificaciones razonables. «El constitucionalismo implica un proyecto político en defensa de los derechos y los valores constitucionales» (Celis Vela, 2022, p. 763). Por tanto, no solo la legitimidad en el ejercicio de la función administrativa, sino su talante democrático estaría asegurado, «entre otros factores, por el grado de calidad de la motivación de los actos administrativos» (Rodríguez Arana, 2011, p. 217).

### III.1. El argumento de las fuentes: la motivación por remisión a textos

Las potestades atribuidas a una autoridad administrativa implican «la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas» (Santofimio Gamboa, 2023, p. 682). Los ciudadanos se encuentran en una situación de sujeción en el sentido que no pueden impedir que modificaciones de esta naturaleza se produzcan. No obstante, el ejercicio de tales competencias no es completamente libre, pues las autoridades están sujetas a límites jurídicos y, sobre todo, a límites sustantivos. La importancia que tienen los derechos en el Estado constitucional le imprime un matiz diferente al ejercicio de las funciones públicas. La satisfacción de los fines del Estado implica que las autoridades administrativas encuentran en los derechos restricciones tanto negativas como positivas. Un contexto normativo de esta naturaleza presupone la existencia de una carga argumentativa cualificada cuando una autoridad pretenda la modificación de situaciones generales o particulares de los administrados. En principio, las cargas de la argumentación no serían únicamente exigencias para brindar un trato diferenciado, introducir nuevas proposiciones o refutarlas (Alexy, 2007, pp. 191-193). Toda autoridad administrativa estaría llamada a dar razones a favor de sus decisiones o medidas en función al grado de legitimidad de sus actuaciones y al impacto que podrían tener en los derechos de los individuos.

Una práctica relativamente extendida en el ejercicio de una función administrativa es la motivación de actos administrativos por remisión a fuentes del derecho o a disposiciones normativas. A lo mejor, por esta circunstancia las razones jurídicas son tratadas como motivos —o causas de un acto—. Como se indicó antes, los argumentos de esta naturaleza podrían esquematizarse con base en los siguientes componentes: «el órgano O, en ejercicio de las facultades conferidas en la disposición D, resuelve R». La disposición D es una ley o un artículo; es decir, un texto normativo. Un argumento de esta naturaleza podría ser llamado «el argumento de las fuentes» en el sentido de que solo se apela a un documento normativo, el cual operaría como una premisa o una razón para la decisión o medida administrativa. En el derecho, una práctica de este tipo implica que la decisión administrativa está respaldada únicamente por el origen; o sea, basta que exista un texto que aluda



a una competencia del órgano que toma una decisión para que esté motivada. Pero que un acto sea adoptado por una autoridad competente no implica que lo decidido esté justificado. Una exigencia de esta clase, en efecto, satisface un requisito formal; sin embargo, no resulta adecuada para el ejercicio de controles a la función administrativa.

El uso del argumento de las fuentes a partir de premisas que remiten a disposiciones resulta problemático desde un punto de vista justificativo. La premisa por remisión tiene un carácter nominal, pues se agota en la referencia a otros documentos normativos y nada indica sobre su contenido. Aquí vale preguntar si el hecho de invocar un texto del que pueda derivarse una competencia es suficiente como justificación de las medidas que se adopten. Los textos normativos son equívocos en atención a que pueden admitir múltiples interpretaciones o especificarse de distintas maneras. En el derecho público, las normas que atribuyen una competencia están formuladas en símbolos que pertenecen a las lenguas naturales y, por lo general, incluyen conceptos indeterminados. Una disposición como «corresponde al órgano O velar por la seguridad pública» de ninguna manera tiene un significado único o evidente. «Entre disposiciones y normas no se da correspondencia biunívoca» (Guastini, 2011, p. 144). Aunque las expresiones indeterminadas ameritan un aparato conceptual más desarrollado para su comprensión (Chiassoni, 2011, p. 95), cabe resaltar que disposiciones con cláusulas genéricas para otorgar o regular potestades conllevan ámbitos de elección interpretativa.

En el discurso de las autoridades es común la existencia de «fórmulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que dejan un amplio margen de discrecionalidad» (Cordero Quinzacara, 2014, p. 414). En el plano de la creación de normas facilitan la construcción de consensos y, a nivel de su aplicación, abren espacios de apreciación o decisión que ayudan a definir el derecho frente al caso concreto porque «no está resuelto ni determinado con exactitud en la ley» (Brewer-Carías, 2007, p. 100). En la creación de normas no es posible clausurar empíricamente todas las circunstancias que pueden ser objeto de regulación normativa. El uso de conceptos indeterminados en la definición de una competencia tampoco es un impedimento para su aplicación. Estos admiten formas de especificación que, naturalmente, son opacas a la simple referencia a una disposición normativa. Por tanto, el ejercicio de funciones administrativas exige expresar la concreción interpretativa de los conceptos indeterminados para definir si la medida adoptada es una de sus instancias de satisfacción. Ni las disposiciones que configuran una competencia tienen un significado obvio ni su aplicación es una operación mecánica. El uso de cláusulas generales produce indeterminación en el derecho, incluida su dimensión «constitutiva o competencial» (Agüero San Juan & Sepúlveda Arellano, 2022, p. 4).

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS



La motivación de un acto administrativo no solo debería estar integrada por premisas que remitan a las disposiciones de origen, sino por las respectivas premisas interpretativas que legitiman el ejercicio de una función administrativa. Una disposición normativa no es equiparable a una norma. Las normas son disposiciones interpretadas; esto es, contenidos que resultan de elecciones interpretativas que realizan los órganos de aplicación. Aunque puedan existir disposiciones con interpretaciones aceptadas en la cultura jurídica, de aquí no se sigue que su contenido sea único ni que esté exento de transformaciones diacrónicas. La exigencia de hacer explícitas las normas de referencia para el ejercicio de una función administrativa clarifica el marco interpretativo de una disposición y, además, facilita su control administrativo o judicial. Las expresiones genéricas o los conceptos indeterminados son técnicas adecuadas para atribuir y regular el ejercicio de una potestad, pero traducen mayores cargas argumentativas en su aplicación. La misma consideración vale para disposiciones que atribuyan consecuencias jurídicas a predicados fácticos, así tanto los particulares como otras autoridades tendrían certeza sobre la fundamentación interpretativa de las premisas que sustentan una decisión o medida administrativa.

La argumentación por remisión le otorga a la motivación del acto administrativo un papel muy reducido. El reenvío a una fuente no equivale propiamente a la formulación de una premisa. La disposición jurídica es un hecho lingüístico a partir de la cual debe construirse una razón. Un artículo en sí mismo no constituye una justificación. La remisión señala simplemente que hay una disposición normativa que, una vez interpretada, podría asumirse como la atribución de una función administrativa. La simple disposición —sin interpretar— tampoco dice nada de su alcance, pues no justifica que en un caso particular se esté ejerciendo tal atribución y que, además, su ejercicio sea justificado. El argumento de las fuentes no permite determinar si la autoridad administrativa hace una aplicación adecuada de una norma de competencia o si, por el contrario, se basa en una interpretación errónea. Una competencia está limitada por el marco interpretativo de las disposiciones que la atribuyen o que reglamentan su ejercicio. Este es el significado de referencia para la autoridad administrativa cuando las disposiciones normativas hayan sido interpretadas por órganos autorizados —tribunales de cierre—. Tales situaciones no quedan explícitas cuando se acude a la motivación por remisión textual.

En el acto administrativo particular no solo se apela al argumento de la remisión a las fuentes, sino a la remisión «a la documentación del expediente y a informes o dictámenes» (Parejo Alfonso, 2020, p. 729). En la doctrina, esta técnica, conocida como motivación *in aliunde*, es aceptada por unos (Muñoz Machado, 2017, p. 72) y rechazada por otros (Cassagne, 2013, p. 192; Gordillo, 2011). El reenvío a otros documentos

normativos no es una forma adecuada de cumplir con una carga argumentativa porque no puede apreciarse la valoración atribuida al dictamen. La remisión supone que el acto administrativo está soportado en premisas implícitas, lo cual implica una reducción indirecta en las cargas de la argumentación. En el lenguaje de los doctrinantes, se trataría de un acto administrativo motivado —basado en causas—, pero con una motivación —o enunciación de los motivos— incompleta porque todas sus premisas no obran en el documento que contiene la decisión o medida administrativa. Esta forma de fundamentar una decisión tiende a eludir los problemas que están presentes en la identificación de las normas y en el uso de medios de conocimiento para determinar la ocurrencia de hechos. La existencia de razones normativas o fácticas de orden implícito en un acto administrativo no facilita la controversia o el control de las decisiones administrativas.

Ya se ha señalado que en la práctica administrativa la carga de argumentación suele equipararse con la remisión a las fuentes del derecho; sin embargo, el argumento de las fuentes debería tener una configuración más compleja. Las premisas de la motivación deberían incluir la interpretación que realiza la autoridad administrativa de la disposición, las premisas que especifican la competencia en relación con las medidas adoptadas, los precedentes y las interpretaciones realizadas por órganos autorizados, entre otras razones. A lo mejor, dichas exigencias constituyan un estándar argumentativo más exigente para el ejercicio de la función administrativa que facilita su control. Las autoridades están obligadas a aplicar las disposiciones normativas como hayan sido previamente interpretadas. La argumentación por remisión textual no es idónea para satisfacer una carga argumentativa porque la función que se ejerce queda formulada de manera implícita. Además, tampoco se definen las interpretaciones de referencia.

### III.2. Los argumentos del colapso: la motivación por enunciación de fines o motivos

La motivación por enunciación de los fines es otra manera como se acostumbra a cumplir con la carga de argumentación de un acto administrativo. Un argumento de este tipo podría esquematizarse con base en los siguientes elementos: «el órgano O, en aras de alcanzar el fin F, resuelve R». Este modelo es problemático porque fusiona el elemento final del acto administrativo con su motivación. Por esta razón, podría llamarse el «argumento del colapso». Tal uso argumentativo no solo es poco exigente, sino que adquiere un carácter circular porque se da por sentado lo que se debe justificar; es decir, la idoneidad de R para alcanzar F. Además, las exigencias argumentativas se diluyen casi por completo cuando la motivación en torno a los fines se reduce al argumento de las fuentes. Cabe aclarar que una autoridad administrativa «no es “libre” en

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

la elección de los fines, sino precisamente discrecional» (Guastini, 2014, p. 232). Esto significa que los fines están previstos en el ordenamiento jurídico de referencia y, por su naturaleza autoritativa, cuentan con una justificación. La libertad administrativa consiste en la adopción de medios adecuados para su satisfacción a través de actos administrativos.

La justificación de los medios no se deriva necesariamente de la importancia política o moral del fin. Por esta razón, la obligación de motivar un acto administrativo debería complementarse con la exigencia de un estándar argumentativo cualificado. Si el acto administrativo es producto de una potestad discrecional, un modelo aceptable de justificación sería la razonabilidad de las medidas concretas que se adoptan. El control a través de estándares de razonabilidad sobre la libre configuración legislativa y la discrecionalidad administrativa es una «alternativa predilecta del Estado de derecho de nuestros días» (Paredes Paredes, 2020, p. 259). No obstante, exige cargas cualificadas de argumentación tanto en el proceso legislativo como en el ejercicio de la función administrativa. En este último caso, la autoridad administrativa debería indicar por qué considera que una medida o decisión es la más adecuada para alcanzar un fin. La motivación tendría un valor instrumental en tanto justifica la idoneidad del acto administrativo como instancia de satisfacción de los estados de cosas ideales que se realizan. Un estándar de esta naturaleza le exigiría a la autoridad realizar balances de razones más profundos y aseguraría el control de la decisión administrativa mediante el ejercicio del derecho de participación.

En la teoría del acto administrativo de contenido particular, la motivación suele equipararse a los motivos; es decir, a la causa (Valdivia, 2018, p. 220). En este caso, tal requisito equivale al conjunto de hechos que «originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen» (Sentencia rad. 11001-03-25-000-2010-00064-00 (0685-2010), 2018). La motivación queda acreditada con las proposiciones fácticas que sirven de base para la adopción de un acto administrativo y con su respectiva clasificación en el supuesto genérico de las normas aplicadas. Un argumento de este tipo podría esquematizarse a partir de los siguientes componentes: «el órgano O, con base en la disposición D y el hecho H, resuelve R». La motivación por exposición de las causas es problemática desde el punto de vista de los elementos del acto administrativo porque confunde entre causa y motivación. Por esta razón, constituye otra variante del argumento del colapso. La elaboración doctrinal de la causa es una extraña combinación entre hechos individuales y normas, donde tanto las normas como los hechos son tratados como motivos, no como las razones que justifican una decisión. Esto parece suponer que la identificación de las normas y la determinación de hechos son realidades evidentes.

El argumento del colapso, en su segunda variante, es criticable por dos razones. La primera tiene que ver con la confusión entre la causa del acto administrativo y las cargas de su argumentación, pues la causa es considerada como un elemento del acto, mientras que la motivación es un componente de la forma. Así, la motivación entendida como «la explicación de los fundamentos fácticos y jurídicos» (Muñoz Machado, 2017, p. 66) refleja que, conceptualmente, tales nociones parecen yuxtaponerse o, dicho de otra forma, la motivación colapsa en la causa o viceversa. En la doctrina se plantea que si un acto administrativo tiene dificultades en la configuración del elemento causa, «[e]l defecto está en la causa, no en la motivación» (Rojas Barrientos, 2023, p. 336); sin embargo, en el control judicial, la cuestión es tratada como un vicio de falsa motivación. Por tanto, no resulta claro en qué condiciones un vicio cae, de manera autónoma, en una categoría o en la otra. La segunda razón evidencia que exponer las causas no necesariamente equivale a justificar. Los actos administrativos que solo afirman las circunstancias de hecho y de derecho tendrían un déficit justificativo que impediría su evaluación argumentativa.

La aplicación de una regla no supone que la autoridad deriva automáticamente las consecuencias jurídicas al constatar la existencia de una norma y verificar la ocurrencia individual de un caso genérico. La presencia de conceptos en las condiciones de aplicación de una regla exige una apreciación jurídica de los hechos que, inevitablemente, implica la toma de decisiones. En el ejercicio de sus funciones, por lo general, las autoridades administrativas se enfrentan con problemas inherentes a la aplicación del derecho como la indeterminación semántica, normativa o fáctica, las cuales amplifican la interpretación de las fuentes del derecho y la valoración de las pruebas. Aunque «no todos los problemas jurídicos plantean el mismo nivel de dificultad a la hora de justificar jurídicamente una respuesta» (Martínez Zorrilla, 2010, p. 33), la aplicación de normas supone operaciones que llevan «del enunciado al significado» (Guastini, 2018, p. 180) y de las pruebas a las hipótesis fácticas (Tuzet, 2021, p. 127). La simplificación del alcance que tienen tales operaciones impide apreciar la importancia de la motivación como instrumento de control de la interpretación de las disposiciones normativas y de la definición de la premisa fáctica.

«El control judicial de los motivos es uno de los mayores desafíos del derecho administrativo» (Valdivia, 2018, p. 222). No obstante, este planteamiento contrasta con la falta de desarrollos teóricos sobre los modelos y argumentos que se usan en la práctica jurídico-administrativa y, aún más, respecto de las premisas fácticas del acto administrativo particular. Las cargas de la argumentación no se deberían reducir a la simple enunciación de disposiciones normativas, causas o fines. Las autoridades administrativas, como ocurre con cualquier órgano

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

de aplicación, están sometidas a límites epistémicos no solo frente a la identificación del derecho vigente, sino frente al conocimiento de los hechos en el ejercicio de sus funciones. Las opciones interpretativas y la valoración de los medios de conocimiento deberían ser elementos imprescindibles para la expedición de un acto administrativo. Por esta razón, la justificación de segundo nivel aparece como una condición sin la cual no se podría controlar de manera suficiente una función administrativa. Esta clase de justificación implica dar razones a favor de las elecciones normativas o fácticas que se hacen «en el contexto específico de un sistema jurídico» (MacCormick, 2003, p. 101).

La argumentación interpretativa y fáctica son fundamentales para identificar los límites de la autoridad en la apreciación de las condiciones que sirven de base para tomar una decisión. En términos argumentativos, no basta con hacer afirmaciones sobre normas o sobre la ocurrencia de hechos. El interés fundamental es justificar que se acreditan los presupuestos para la aplicación de una norma o para el ejercicio de una competencia a través de premisas que expresen «buenas razones para cualquiera» (Sinnott-Armstrong & Fogelin, 2015, p. 5), con independencia de que se trate o no del destinatario del acto. Afirmar la existencia de una norma o de un hecho no es argumentar, pues la argumentación consiste precisamente en «dar razones o pruebas en apoyo de una conclusión» (Weston, 2006, p. 11). La argumentación interpretativa consiste en justificar la corrección del significado atribuido a una o varias disposiciones, mientras que la argumentación fáctica consiste en justificar la corrección epistémica de una inferencia probatoria. Las cargas de la argumentación no centran su atención únicamente en las premisas de primer nivel, sino en las de segundo nivel. No basta con la corrección deductiva de la decisión o de la medida administrativa; además, es necesario «que las premisas del argumento sean correctas, verdaderas o sólidas» (Martínez Zorrilla, 2010, p. 30).

La orientación de los argumentos previamente planteados permite señalar que la distinción entre justificación interna y externa es aplicable, «con pocos aditamentos, al razonamiento de los funcionarios administrativos» (Guastini, 2014, p. 232). Si la función administrativa es expresión de una potestad reglada, el énfasis estaría en la justificación de segundo nivel de las premisas que fundamentan el razonamiento de una autoridad administrativa. La conclusión puede ser interpretativa, probatoria, la atribución de una situación jurídica individual, la existencia de una competencia, una medida administrativa o de otra naturaleza. En todo caso, no basta el acápito de consideraciones y, además, es necesaria la formulación de las razones que fundamentan o justifican las premisas de la decisión. La justificación de un acto administrativo de contenido particular consistiría en confrontar la decisión o la medida administrativa con las normas y los hechos probados a fin de evidenciar

su validez o aceptabilidad. No basta con adoptar una decisión, sino que es necesaria su fundamentación.

La motivación del acto administrativo parece atrincherada en una concepción de la práctica argumentativa que deja de lado exigencias razonables. En la doctrina, el concepto de motivación se presenta afectado por una ambigüedad relacional dado que puede ser reconstruido como la exposición de motivos o como la justificación de la decisión administrativa. La función pragmática de la exposición de motivos es de carácter explicativo en tanto se agota en la comunicación de las razones; es decir, busca que el destinatario «tenga conocimiento de ellas» (Parejo Alfonso, 2020, p. 729). Este uso de la motivación no corresponde a una actividad argumentativa cuando tiene lugar en el ámbito de la racionalidad práctica. Conviene subrayar que «los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones sino justificarlas» (Atienza, 2016, p. 32). Cuando una competencia está reglada, la motivación no se reduce a señalar la existencia de disposiciones ni a afirmar que se cumplen las condiciones de aplicación de una norma. La argumentación administrativa parece obviar los problemas interpretativos en la identificación de las normas y en la valoración de los hechos.

Una medida administrativa está justificada cuando las razones invocadas muestran que se trata de una opción «correcta o aceptable» (Atienza, 2016, p. 32). Las razones justificativas no son adecuadas para entender por qué se dictó un acto o se realizó una acción, «sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista» (Nino, 1985, p. 126). Motivar no es propiamente explicar las circunstancias del acto. Las razones suministradas a favor de una medida administrativa constituyen la base para evaluar el ejercicio de una función pública. Una exigencia mayor en la justificación de las premisas evita asumir que la determinación de las normas y de los hechos resulte en una operación mecánica. El juez de lo contencioso administrativo tendría elementos disponibles para definir si las normas adoptadas son compatibles o no con las metanormas que determinan su producción. La eficiencia en el ejercicio de una función administrativa no está supraordenada respecto de los principios y valores que dan identidad al Estado constitucional de derecho.

#### IV. CONCLUSIONES

La complejidad y variedad de actividades que se realizan en el ejercicio de una función administrativa implica que los actos administrativos no están sometidos a las mismas exigencias argumentativas. Las cargas de la argumentación no se satisfacen con la remisión a textos o la exposición de los fines o motivos que llevan a la adopción del acto,

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

pues el estándar argumentativo está determinado por la naturaleza de las potestades que se ejercen. En el caso de las potestades regladas, un acto administrativo se entiende motivado cuando las premisas del razonamiento están fundamentadas; es decir, cuando se aportan razones a favor de su corrección normativa o de su veracidad empírica. En el caso de las potestades discrecionales, un acto administrativo se entiende motivado cuando las medidas adoptadas están justificadas; o sea, cuando se aportan razones a favor de su idoneidad para alcanzar ciertos fines. La argumentación justifica que la decisión sea la más adecuada para alcanzar un estado de cosas. La fundamentación y la justificación de un acto administrativo operan como estándares argumentativos que debe satisfacer su motivación. Así, aunque el predicado fáctico de una norma tiende a ser cerrado, no excluye ni la apreciación de las condiciones de aplicación ni la existencia de conceptos indeterminados.

El ideal de la motivación del acto administrativo como una estrategia para asegurar garantías procesales y prevenir el ejercicio arbitrario del poder contrasta con el rol que tiene en la teoría de la argumentación y del acto administrativo. Las formas argumentales básicas y los usos de la argumentación afianzados en la cultura jurídica tienen un lugar más bien marginal en la concepción estándar de la argumentación jurídica. En el derecho administrativo también ostentan un rol relativamente secundario para determinar las condiciones de existencia y de validez del acto administrativo. Las decisiones de una autoridad administrativa pueden impactar intensamente no solo en los derechos, sino en los intereses generales. La motivación del acto ocurre en el marco de una práctica argumentativa compleja porque no solo se aplican normas a casos concretos, sino que se crean. Este hecho evidencia que se requiere de un modelo para definir en qué condiciones un acto administrativo se considera justificado. No basta el requisito de la motivación, sino que hay que articular una serie de condiciones que cualifiquen las razones del acto administrativo.

En los actos reglados no basta la remisión a una disposición o fuente del derecho, pues la autoridad administrativa debería hacer expresa la interpretación que hace de las disposiciones normativas y la valoración final de los medios de conocimiento de las circunstancias de hecho. Lo anterior implica que el control efectivo al ejercicio de una potestad es posible hacerlo dependiendo de la profundidad que tenga la justificación externa de la decisión. La corrección de la decisión administrativa es una variable dependiente de la fundamentación de las premisas. En los actos discrecionales, la autoridad interpreta no solo el alcance que tiene la norma final que le atribuye una función, sino la idoneidad de decisiones o medidas igualmente plausibles. El control en esta clase de actos es más reducido porque los criterios de decisión no son jurídicos, sino técnico-políticos. Por esta razón, resulta conveniente la exigencia



de mayores estándares de motivación. Una carga cualificada de argumentación es una estrategia que contribuye a la reducción de zonas inmunes al control en el ejercicio de una función administrativa. Los problemas evidenciados por los argumentos de las fuentes y del colapso muestran la necesidad de avanzar en una teoría de la argumentación administrativa y en la importancia de revisar la teoría de los elementos del acto administrativo.

## REFERENCIAS

Agüero San Juan, C. A., & Sepúlveda Arellano, E. (2022). La especificación de tres conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Público Chileno. *Pro Jure Revista de Derecho (Valparaíso)*, (59), 1-30. <https://doi.org/10.4151/S0718-68512022000-1381>

Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, trads.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aróstica, I. (2016). Una clasificación de los actos administrativos. *Revista Actualidad Jurídica*, 17(34), 85-94. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/la-actividad-juridica-de-la-administracion-del-estado/>

Arzoz Santisteban, X. (2023). Actos administrativos. En F. Velasco Caballero y M. Darnaculleta Gardella (dirs.), *Manual de derecho administrativo* (pp. 423-445). Madrid: Marcial Pons.

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

Atienza, M. (2016). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.

Blanquer, D. (2006). *Curso de derecho administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Brewer-Carías, A. R. (2020). *Acto administrativo. Estudios*. Santiago de Chile: Olejnik.

Brewer-Carías, A. R. (2007). La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa. En G. Cisneros Fariás, M. A. López Olvera y J. Fernández Ruiz (coords.), *Control de la Administración Pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (pp. 97-115). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Canale, D., & Tuzet, G. (2021). *La justificación de la decisión judicial* (A. Núñez Vaquero, trad.). Lima: Palestra.

Cassagne, J. C. (2013). *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. Bogotá: Temis.

Celis Vela, D. A. (2022). Las propiedades de la constitución y la justificación de su interpretación especial en el Estado constitucional. *El Ágora USB*, 22(2), 748-767. <https://doi.org/10.21500/16578031.6266>

199

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

Celis Vela, D. A. (2023). El análisis teórico del lenguaje jurídico. Un marco de presupuestos metodológicos para dar cuenta del derecho positivo. En A. M. Londoño Agudelo y J. Zapata Flórez (eds.), *Pensar el derecho. Metodologías y elementos epistemológicos* (pp. 25-51). Bogotá: ILSA.

Chiassoni, P. (2011). Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. *Revista de Derecho Privado*, (21), 89-106. <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2983>

Copi, I., Cohen, C., & Rodych, V. (2019). *Introduction to Logic* (15.<sup>a</sup> ed.). Nueva York y Londres: Routledge.

Cordero Quinzacara, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Pro Jure Revista de Derecho (Valparaíso)*, 42(1), 399-439. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>

Durán Martínez, A. (2013). Motivación del acto administrativo y buena administración. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 13(13), 18-32. <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/409>

Forero Hernández, C. F. (2021). *El acto administrativo* (2.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

García Amado, J. A. (2023). *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de derecho administrativo. Parte General* (12.<sup>a</sup> ed.; vol. I). Madrid: Tecnos.

Gascón-Abellán, M. (2003). El papel del juez en el Estado de derecho. En M. Gascón y A. García Figueroa (eds.), *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (pp. 15-42). Lima: Palestra.

Gordillo, A. (2011). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III. El acto administrativo* (10.<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (J. Ferrer Beltrán, trad.). Barcelona: Gedisa

Guastini, R. (2007). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.

Guastini, R. (2011). *Disposición vs. norma*. En S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 133-156). Lima: Palestra.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (S. Álvarez, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos* (C. Moreno More, trad.). Naucalpan de Juárez: Derecho Global.

León Luna, L. M. (2015). ¡Exijo una Explicación! La importancia de la motivación del acto administrativo. *Derecho & Sociedad*, (45), 315-319. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/15249>

MacCormick, N. (2003). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.

Milkes, I. (2018). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 153-178. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.08>

Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo VII. El reglamento*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Nava Tovar, A. (2020). *Argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Paredes Paredes, F. I. (2020). Discreción judicial, razonabilidad y control de constitucionalidad. *Cuestiones constitucionales*, (42), 251-270. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2020.42.14343>

Parejo Alfonso, L. (2020). *Lecciones de derecho administrativo* (10.<sup>a</sup> ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Real, A. R. (1980). La fundamentación del acto administrativo. *Revista de Derecho Público*, (27), 111-132. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43879>

Rivero Ysern, E., & Rodríguez Arana, J. (2021). *Fundamentos del derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rocha Fajardo, E. (2018). *Estudios sobre la motivación del acto administrativo*. Santiago de Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional.

Rodríguez Arana, J. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 207-229. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.010>

Rodríguez, L. (2021). *Derecho administrativo. General y colombiano* (20.<sup>a</sup> ed.; vol. II). Bogotá: Temis.

Rojas Barrientos, S. (2023). Sistematización de los defectos en la forma del acto administrativo: revisión de literatura integrativa. *Derecho PUCP*, (90), 317-357. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.009>

LOS USOS DE  
LA MOTIVACIÓN  
EN EL ACTO  
ADMINISTRATIVO:  
UN ANÁLISIS  
CRÍTICO DE SUS  
EXIGENCIAS  
ARGUMENTATIVAS  
BÁSICAS

THE USES OF  
MOTIVATION IN THE  
ADMINISTRATIVE  
ACT: A CRITICAL  
ANALYSIS  
OF ITS BASIC  
ARGUMENTATIVE  
REQUIREMENTS

Santofimio Gamboa, J. O. (2023). *Compendio de derecho administrativo* (2.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Tirant lo Blanch, Universidad Externado de Colombia.

Sinnott-Armstrong, W. (2018). *Think Again. How to Reason and Argue*. Oxford: Oxford University Press.

Sinnott-Armstrong, W., & Fogelin, R. (2015). *Understanding Arguments. An Introduction to Informal Logic* (9.<sup>a</sup> ed.). Stamford: Cengage Learning.

Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Valdivia, J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vega Reñón, L. (2015). *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*. Lima: Palestra.

Vergara Mesa, H. D. (2021). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Tirant lo Blanch.

Weston, A. (2006). *Las claves de la argumentación* (J. Malem Seña, trad.). Barcelona: Ariel.

### Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Sentencia rad. 11001-03-24-000-2013-00328-00 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera [Colombia], 3 de diciembre de 2018).

Sentencia rad. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797) A. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera [Colombia], 25 de febrero de 2009).

Sentencia rad. 11001-03-25-000-2010-00064-00 (0685-2010) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda [Colombia], 5 de julio de 2018).

Recibido: 22/07/2024  
Aprobado: 15/01/2025

# Las medidas cautelares personales en el contexto de la corrupción organizada transnacional: algunas propuestas y reflexiones a partir del análisis comparado\*

Personal Precautionary Measures in the Context of Transnational Organized Corruption: Some Proposals and Reflections Based on Comparative Analysis

RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA\*\*

Universidad de Atacama (Chile)

CRISTIAN CONTRERAS ROJAS\*\*\*

Universidad de Talca (Chile)

ENRIQUE LETELIER LOYOLA\*\*\*\*

Universidad de Valparaíso (Chile)

**Resumen:** El objetivo de este artículo es analizar, desde una perspectiva comparada, las medidas cautelares personales y su tratamiento en el contexto de la corrupción asociada con el crimen organizado transnacional. Para lograr esto, se abordarán dos factores íntimamente relacionados entre sí: por un lado, la proyección político-criminal de estas medidas cautelares en el delito de corrupción asociado al crimen organizado transnacional y, por otro, cómo y de qué forma diversos países regulan su procedencia y aplicación para este tipo de ilícitos. De este modo, junto a una valoración crítica de sus presupuestos y criterios de corrección, se concluirá que solo mediante el establecimiento de una política criminal integral fundamentada en premisas uniformes, dúctiles y flexibles se podrá garantizar que estas medidas cautelares se implementen de manera equilibrada, permitiendo así armonizar su efectividad con las garantías que conlleva su aplicación concreta.

**Palabras clave:** Medidas cautelares personales, política-criminal, corrupción, crimen organizado transnacional, derecho comparado

---

\* Los autores agradecen las valiosas observaciones y sugerencias formuladas al borrador de este trabajo por los profesores Héctor Olásolo Alonso y Héctor Hernández Basualto. Naturalmente, todo error o imprecisión en que se incurra es de exclusiva responsabilidad de los autores.

\*\* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Atacama (Chile). Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).  
Código ORCID: 0000-0002-6028. Correo electrónico: ramon.beltran@uda.cl

\*\*\* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Talca (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España).  
Código ORCID: 0000-0002-3877-5712. Correo electrónico: ccontreras@utalca.cl

\*\*\*\* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).  
Código ORCID: 0000-0002-1768-3739. Correo electrónico: enrique.letelier@uv.cl

**Abstract:** The aim of this article is to analyze, from a comparative perspective, personal preventive measures and their regulation in the context of corruption associated with transnational organized crime. To achieve this, two closely related factors will be addressed: on the one hand, the political-criminal projection of these precautionary measures in the crime of corruption associated with transnational organized crime and, on the other hand, how and in what way different countries regulate their concurrence and application in this type of crime. In this way, together with a critical assessment of their assumptions and criteria of correctness, it will be concluded that only through the establishment of a comprehensive criminal policy based on uniform, ductile and flexible premises, it will be possible to guarantee that these precautionary measures are implemented in a balanced manner, thus allowing to harmonize their effectiveness with the guarantees that their concrete application entails.

**Keywords:** Personal preventive measures, criminal-policy, corruption, transnational organized crime, comparative law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y SUS IMPLICANCIAS POLITICO-CRIMINALES EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ASOCIADO AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL.- III. LA TUTELA CAUTELAR PERSONAL EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ASOCIADO AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: ENTRE REGULACIÓN CONVENCIONAL Y CASUISMO COMPARADO.- III.1. MEDIDAS CONTRA LA POSIBLE CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DELICTIVA Y/O CONTRA EL AUTOENCUBRIMIENTO.- III.1.1. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO NO LATINOAMERICANO.- III.1.1.1. ITALIA.- III.1.1.2. ESPAÑA.- III.1.1.3. ESTADOS UNIDOS.- III.1.2. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.- III.1.2.1. PERÚ.- III.1.2.2. BRASIL.- III.1.2.3. CHILE.- III.1.2.4. COLOMBIA.- III.2. MEDIDAS CONTRA LA FUGA.- III.2.1. REGULACIÓN EN EL DERECHO NO LATINOAMERICANO.- III.2.1.1. ITALIA.- III.2.1.2. ESPAÑA.- III.2.1.3. ESTADOS UNIDOS.- III.2.2. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.- III.2.2.1. PERÚ.- III.2.2.2. BRASIL.- III.2.2.3. CHILE.- III.2.2.4. COLOMBIA.- III.3. MEDIDAS QUE IMPLICAN LA PRIVACIÓN O RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO.- III.3.1. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO NO LATINOAMERICANO.- III.3.1.1. ITALIA.- III.3.1.2. ESPAÑA.- III.3.1.3. ESTADOS UNIDOS.- III.3.2. REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.- III.3.2.1. PERÚ.- III.3.2.2. BRASIL.- III.3.2.3. CHILE.- III.3.2.4. COLOMBIA.- IV. VISIÓN COMPARADA.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que la corrupción vinculada con el crimen organizado transnacional no es solo un problema puramente criminal, sino que también es un fenómeno social, económico y político con profundas raíces. De hecho, a la conocida flexibilidad y adaptabilidad de sus

distintas operaciones, actualmente se añade la proliferación de una serie de redes de protección específicamente diseñadas para evadir la acción de la justicia. No es sorprendente, por tanto, que muchos Estados, debido a la vulnerabilidad de sus sistemas jurídicos y su falta de capacidad para perseguir este tipo de delitos, hayan optado por suscribir distintos tratados internacionales con el objetivo de promover la adopción de medidas de cooperación internacional y, de esta manera, abordar este fenómeno como una realidad apremiante que traspasa fronteras, razas, culturas y naciones (Mandanipour & Thompson, 2020, pp. 443-444), situación que, en todo caso, no se concilia con la ausencia de disposiciones legislativas específicas en materia de corrupción en los países de América Latina (Piedrahita, 2020a, p. 119).

Sin embargo, si bien la cooperación internacional es una de las formas más efectivas de combatir este problema, no cabe duda de que muchos de los acuerdos internacionales suscritos al efecto no poseen un consenso generalizado sobre las medidas cautelares personales aplicables a la corrupción organizada transnacional. Incluso, es más, si nos contextualizamos únicamente en el ámbito iberoamericano, mientras algunos instrumentos se limitan a promover medidas dirigidas a la confiscación, recuperación y restitución de los activos derivados de la corrupción —con especial énfasis en las medidas cautelares reales—, otros simplemente apelan a la necesidad de establecer previsiones restrictivas o privativas de la libertad para asegurar los fines del procedimiento sin mayores criterios o especificidades (Olásolo & Galain, 2022, pp. 227 y ss.). De allí, entonces, que resulte un lugar común en este ámbito el observar la falta de directrices homogéneas y estandarizadas aplicables a las medidas cautelares personales, lo cual, además de favorecer su indeterminación y subjetividad, redundando en la ausencia de criterios externos necesarios para controlar y corregir eficazmente su determinación. Quizás por ello, además de insistir en la necesidad de crear una jurisdicción penal especializada para atender este tipo de delitos (Stephenson & Arjon, 2019, pp. 1 y ss.), resulte apremiante inquirir cómo y de qué forma se podría lograr una regulación adecuada de estas medidas cautelares para que, de esta manera, se tienda a asegurar una investigación penal que resulte idónea y eficaz en la persecución de estos delitos.

Por lo tanto, a partir de esta problemática, el objetivo de este trabajo consiste en ofrecer una visión confrontada sobre la regulación y el tratamiento de las medidas cautelares personales en la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, haciendo uso de la comparación jurídica de la regulación que determinados ordenamientos contemplan para las medidas cautelares personales en el contexto delictuoso aquí descrito. Para lograr esto, el artículo se dividirá en dos secciones principales. El primer apartado se centrará en el estudio de

205

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS



los aspectos político-criminales relacionados con las medidas cautelares personales y su aplicabilidad en este tipo de delitos. La segunda sección se enfocará en el análisis de la eficacia cautelar de estas medidas y su regulación comparada en dos contextos regulatorios diferentes: uno latinoamericano (Perú, Brasil, Chile y Colombia) y otro no latinoamericano (Italia, España y Estados Unidos). Finalmente, tras constatar la ausencia de una normativa cautelar consistente y adecuada para enfrentar este tipo de delitos, se concluirá que solo aunando esfuerzos para homogeneizar los objetivos, tipologías y criterios de estas medidas se podrá promover su implementación y control con la eficacia que es requerida.

Lo dicho anteriormente requiere de una explicación metodológica. Desde este punto de vista, haremos uso de las herramientas de la comparación jurídica como método dirigido a alcanzar el resultado propuesto; esto es, el planteamiento de una visión comparada o confrontada (Caponi, 2022, p. 1259) del objeto de esta investigación para así responder a algunas preguntas que juzgamos relevantes. El elemento común (*tertium comparationis*) para el análisis de los diversos ordenamientos serán, precisamente, las medidas cautelares personales en el proceso penal y su regulación normativa en el contexto de la delincuencia organizada transnacional; mientras que el uso de esta herramienta metodológica nos será útil, al menos, para tres finalidades: a) identificar la existencia de regulación precisa sobre las tales medidas cautelares personales; b) determinar el grado de homogeneidad en la concepción y finalidad de tales medidas según sea el ordenamiento, así como en los criterios de aplicación; y c) evaluar la necesidad de contar con directrices uniformes en el entendimiento y aplicación de las medidas que redunden en su mayor eficacia, al tiempo que en el respeto de las garantías individuales.

Como se ha explicado, para el análisis comparado de la regulación de las medidas cautelares personales en el proceso penal se ha considerado un grupo de países latinoamericanos y otro de no latinoamericanos. Nos ha parecido que esta elección es una muestra significativa de diferentes ordenamientos jurídicos que, con mayor o menor precisión, contemplan regulación sobre la materia. Estos presentan semejanzas de tipo normativo, como la circunstancia de haber ratificado —como se explicará— la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional (CNUDOT), del año 2000, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), de 2003<sup>1</sup>; y otras de tipo social, como afrontar el fenómeno de la delincuencia organizada

<sup>1</sup> La Convención de Palermo está ratificada por 147 países, entre los que se cuentan Perú (2002), España (2002), Brasil (2004), Chile (2004), Colombia (2004), Estados Unidos de Norteamérica (2005) e Italia (2006). La Convención de Mérida se encuentra ratificada por 140 países, entre los que se hallan Perú (2004), Brasil (2005), España (2006), Estados Unidos de Norteamérica (2006), Colombia (2006), Chile (2006) e Italia (2009).

transnacional asociada al delito de corrupción (Riquelme-Rivera *et al.*, 2019, pp. 18 y ss.). Pero, además, estos sistemas presentan diferencias que se traducen en las distintas respuestas normativas que cada uno de ellos brinda al fenómeno de la delincuencia organizada transnacional, particularmente en la regulación de las medidas cautelares personales. La existencia de la semejanzas y diferencias que se irán revelando en el artículo que sigue permite el ejercicio de comparación jurídica instrumentado al resultado que nos hemos propuesto.

A lo ya dicho han de sumarse las circunstancias de que se trata de una comparación jurídica sincrónica —todas de derecho vigente nacional de cada Estado e internacional— y se introducen criterios de clasificación para la mejor comprensión de las medidas cautelares y su eficacia, por lo que se cumple con la finalidad metodológica de organizar sistemáticamente el conocimiento que aquí se trata. También se cumple con que los resultados, revelados en las conclusiones, no sean *meramente especulativos* (Pegoraro, 2001, pp. 16 y ss.), sino que tengan la aptitud de servir como instrumentos para evaluar la consonancia entre modelos y la coherencia con las obligaciones internacionales contraídas.

## II. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y SUS IMPLICANCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ASOCIADO AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Sabido es que uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia penal es la presunción de inocencia. Dicha garantía, lejos de constituir una cuestión meramente nominal, constituye un límite garantístico al ejercicio del *ius puniendi* estatal, de manera que ninguna persona puede ser considerada culpable —ni tratada como tal— hasta que no haya sido condenada por una sentencia judicial firme. No en vano, según lo han precisado algunos autores, «la presunción de inocencia no sólo importa una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o, si se quiere, de defensa social» (Ferrajoli, 1995, p. 549)<sup>2</sup>. De allí que esta presunción sea el corolario lógico del propósito tendencialmente racional asignado al proceso y, de paso, la primera línea de defensa del ciudadano frente al ejercicio abusivo del poder. Como suele decirse, una *praesumptio iuris tantum* que se descompone en tres reglas básicas: en primer lugar, una «regla de trato» que establece que el acusado debe ser considerado como inocente y tratado como tal mientras no se demuestre su culpabilidad por sentencia firme; en segundo lugar, una «regla de prueba» que impone al acusador la carga de acreditar los supuestos fácticos que fundamentan la imputación penal; y, en tercer lugar, una «regla de juicio» que impone sobre el sentenciador

207

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

<sup>2</sup> En esa línea, véase Roxin y Schünemann (2019, p. 60), y Volk (2016, pp. 259-260).

el deber de absolver en caso de incertidumbre o duda razonable (Bayón, 2019, pp. 61 y ss.; Ferrer, 2016, pp. 249 y ss.; Orlandi, 2022, pp. 13-14). De esta forma, tal y como lo establece el artículo 11, numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

Sin embargo, a pesar de la presunción de inocencia, existen situaciones en las que el legislador ha permitido ciertas limitaciones a la libertad personal, precisamente con el fin de asegurar diferentes objetivos de naturaleza preventiva y cautelar. Estos objetivos incluyen el asegurar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento, el considerar que la libertad del acusado representa un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, el estimar que el acusado obstruirá la investigación al destruir o alterar pruebas y, por cierto, el evitar la continuación o consumación de la actividad delictiva. En todos estos casos, no obstante sus difusas repercusiones mediáticas, resulta evidente la tensión que se da en el ámbito de la libertad personal y seguridad individual: una antítesis que, en resguardo de fines supuestamente tuitivos de la libertad general de los ciudadanos, transgrede, al mismo tiempo, la libertad personal de un ciudadano que se presume inocente. Quizás por ello, uno de los principales problemas que enfrentan las medidas cautelares personales sea el constante cuestionamiento sobre su legitimidad, especialmente cuando su aplicación práctica supone —según algunos— una verdadera anticipación de la coerción penal (Valentini, 2021, p. 1674).

Ahora bien, si trasladamos estas consideraciones al delito de corrupción asociado al crimen organizado transnacional, los efectos antinómicos de tales medidas cautelares personales se tienden a matizar. En efecto, es ampliamente conocido que la corrupción y la delincuencia organizada transnacional constituyen uno de los principales y más graves problemas delictivos que enfrentan las sociedades contemporáneas (Olásolo & Galain, 2018, p. 155). De hecho, según la literatura especializada, estos delitos erosionan y degradan no solo las estructuras políticas, económicas y sociales de las diversas comunidades, sino también la configuración misma del Estado y del sistema democrático en su conjunto (Morris, 2021, pp. 153 y ss.; Rivera & Sansó-Rubert, 2021, p. 139). De allí que la complejidad estructural y organizacional proyectada estratégicamente en este tipo de delitos adquiera una fuerza distintivamente evidente, pues, a diferencia de lo que sería una simple asociación ilícita como delito genérico, la corrupción organizada transnacional muestra un contenido injusto congruente con el menoscabo significativo de una serie de bienes jurídicos de carácter colectivo-institucional (Mañalich, 2020, p. 389). Una forma de menoscabo que es parte del programa delictivo de la organización involucrada y que puede afectar —en el caso

que nos ocupa— bienes jurídicos tan significativos como la fe pública, la correcta administración de justicia, el patrimonio fiscal e, incluso, en ciertos casos, las normas del mercado y la libre competencia (Silva, 2011, p. 91). Por esta razón, existe un reconocimiento casi unánime de la importancia de hacer frente a la corrupción organizada transnacional en todas sus formas comisivas y participativas, tanto si se perpetra en el sector público como en el privado (Kudlich, 2018, p. 200).

El punto, sin embargo, es que los hechos de corrupción ligados al crimen organizado transnacional poseen un tejido versátil y adaptable, lo que ha supuesto que los diversos grupos delictivos se aprovechen de los vacíos del sistema y, de paso, potencien sus operaciones corruptivas en una multiplicidad de Estados, territorios y jurisdicciones (Kleemans, 2014, p. 38; Von Lampe, 2016, p. 87), generándose redes de corrupción política transnacional que operan contra el Estado o que intentan beneficiarse de él (Piedrahita, 2020b, pp. 240 y ss.). Esto ha implicado, al menos desde el ámbito procesal penal, que la respuesta a esta problemática no siempre sea efectiva y, en la mayoría de los casos, llegue tarde debido a la falta de mecanismos normativos idóneos que faciliten la investigación y persecución de estos delitos (Kudlich, 2018, p. 206; Uberris, 2021, p. 28). Piénsese, por ejemplo, en la alta capacidad de transformación y evolución de algunas organizaciones criminales, las cuales, además de operar con un cariz de aparente legitimidad y legalidad, poseen sofisticadas redes destinadas a concretar una pluralidad de delitos conexos a la corrupción misma: fraudes, extorsiones, trata de personas, sobornos, malversación de caudales públicos, lavado de activos, tráfico de influencias, falsificación de documentos, acuerdos dirigidos a restringir o influir deslealmente en la competencia, revelación de secretos protegidos por ley, etc. (Muñoz, 2021, p. 25). Por cierto, no debe perderse de vista que el crimen organizado ha adquirido capacidades transnacionales debido al nuevo paradigma tecnológico que marca el devenir de la sociedad moderna y a las dinámicas de la nueva economía informacional/global (Piedrahita, 2020c, p. 142).

Estas características hacen que la investigación y persecución penal de estas organizaciones sea extremadamente compleja y difícil, más aún considerando la falta de una cultura de transparencia transfronteriza que favorezca la adopción de estrategias conjuntas para enfrentarlas eficazmente (Scella, 2017, pp. 150-152). Como consecuencia, se hace evidente que los tradicionales arquetipos de investigación y persecución delictiva no son suficientes para abordar los desafíos actuales que surgen con la corrupción. Esto implica la necesidad de redefinir de manera precisa una serie de criterios relacionados con diferentes aspectos: la aplicación extraterritorial de las leyes procesales; la creación de unidades especializadas de investigación, persecución y juzgamiento; el establecimiento de programas efectivos de protección a

209

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

víctimas y testigos; la promoción de la cooperación transfronteriza y el uso de técnicas especiales de investigación; el incremento de recursos económicos, humanos y tecnológicos necesarios para una adecuada investigación y persecución criminal; y, en lo que nos interesa, la creación de un marco normativo integral para la aplicación de medidas cautelares tanto reales como personales (Mongillo, 2012, p. 13).

Empero, aunque en América Latina se han llevado a cabo numerosas reformas a los sistemas de justicia criminal, principalmente reemplazando los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo por procedimientos adversariales, estas modificaciones no han sido suficientes para hacer frente de manera efectiva a la delincuencia organizada transnacional y sus conocidas prácticas corruptivas. De hecho, en los países donde la criminalidad organizada ha tenido una larga data en nuestra región, los diferentes instrumentos cautelares reformados no han logrado soslayar los defectos inherentes a los antiguos sistemas de justicia. Un ejemplo claro de esto es el caso del Cartel de la Toga, un escándalo de corrupción que afectó a los más altos niveles judiciales de Colombia y que involucró a miembros de la Corte Suprema de Justicia, el fiscal general de la nación, el director de la Unidad Nacional contra la Corrupción de la Fiscalía, fiscales de la Unidad Anticorrupción y exmagistrados con influencia judicial. Todos los involucrados fueron acusados de una serie de delitos relacionados con el uso de información privilegiada, prevaricación, soborno y corrupción con el fin de garantizar la impunidad de personas asociadas a redes criminales nacionales e internacionales. Sin embargo, desde el comienzo de la investigación se evidenció no solo una gran dificultad burocrática para formalizar a los presuntos responsables de los delitos investigados, sino también una falta de agilidad en la aplicación de medidas cautelares personales que el caso ameritaba (Olásolo, 2021, pp. 847-848). Como resultado, recién en mayo de 2019, casi dos años después del inicio de las investigaciones, una sala especializada de la Corte Suprema pudo finalmente decretar la medida de detención preventiva en contra de uno de los magistrados acusados de liderar las conductas delictivas mencionadas anteriormente (Ramírez-Montes & Peñafort, 2021, pp. 77 y ss.).

Este caso pone de manifiesto no solo el problema de la excesiva burocratización y dilación en la lucha contra la corrupción organizada transnacional, sino que también plantea la legítima interrogante sobre si el sistema clásico de requisitos y formas que rodean la aplicación de las medidas cautelares personales resulta idóneo para esta clase de delitos<sup>3</sup>.

3 Por ello, como acertadamente señala Zuñiga (2015): «más que centrar la política penal de la criminalidad organizada en el Derecho Penal del enemigo, a todas luces ilegítimo, debe ajustarse a la problemática de la modernización del Derecho Penal. Se trata, a mi entender, de encuadrar la respuesta penal del Estado en la discusión sobre la flexibilización de las categorías, a los efectos de dar una respuesta idónea frente a las nuevas formas de criminalidad. Se dirá, entonces, que las organizaciones criminales siempre han existido, pero ahora estas organizaciones delictivas

Y es que, más allá de centrar la discusión de este tipo de medidas en el contexto del denominado «derecho penal del enemigo», a todas luces ilegítimo desde un prisma iusfundamental (Zuñiga, 2015, pp. 12-13), la tarea debería centrarse en superar las diversas barreras normativas, procesales y administrativas existentes a nivel internacional y que en muchos casos hacen ineficaz la aplicación de este tipo de tutela cautelar. Para ello, al tratarse de una cuestión que va más allá del mero desarrollo de estrategias preventivas, se necesitaría de una política criminal sistemática, uniforme e integral caracterizada, en gran medida —aunque ciertamente no solo—, por la conciliación de los diversos objetivos cautelares que se propone alcanzar con estas medidas, sin renunciar a los principios garantísticos que racionalizan y moldean su aplicación en el caso concreto (Buzzelli, 2017, pp. 326-327). No desde una racionalidad exclusivamente interna y consecuencialista de cada Estado, sino desde una orientación político-criminal abierta y flexible que, sin perder de vista el respeto irrestricto de derechos fundamentales, no caiga en un excesivo minimalismo que banalice la tutela cautelar en cuestión y, a la inversa, que evite cualquier atisbo autoritario que desvirtúe sus fines materiales de legitimación (Silva, 2023, pp. 113-115). Esto porque desde hace varios años se viene observando y constatando el uso «expansivo» de las medidas cautelares personales, atribuido a una tendencia populista y altamente simbólica, que se manifiesta en un discurso políticamente cargado en favor de una anticipación de la tutela penal, la creación de nuevos riesgos jurídico-penales, la introducción de presunciones de peligrosidad y la consiguiente aplicación automática de estas medidas (Illuminati, 2018, p. 118). Como resultado, se distorsionan los fines asociados a las medidas cautelares personales, buscando asegurar cuestiones tan amplias y difusas como:

La satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes) o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculcado (prevención especial), o incluso medidas específicas destinadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida o a su familia (preventivas personales) (Barona, 2019, pp. 276-277).

Por consiguiente, resulta imperativo considerar que la presunción de inocencia rige de manera igualitaria en todos los casos y para todas las personas, por lo que no puede ser ignorada ni aún a pretexto de delitos tan graves como la corrupción y el crimen organizado transnacional (Gatto, 2017, pp. 24-25). No en vano, a juicio de la jurisprudencia

han adquirido una nueva dimensión con la globalización: transnacionalidad, estructuras flexibles, complejidad, alianzas con otras formas de criminalidad, etc.» (pp. 12-13).



internacional, todas las medidas cautelares personales deben estar en concordancia con las garantías fundamentales y, por ende, «su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática» (*Acosta Calderón vs. Ecuador*, 2005)<sup>4</sup>. Entonces, sin desconocer que en cada ámbito existen diferencias culturales y particularidades normativas, el punto nuclear de cualquier política criminal relacionada con las medidas cautelares personales debiese conciliar eficiencia y garantías desde una doble consideración: en primer lugar, que estas medidas solo pueden basarse en un objetivo legítimo claramente definido, vale decir, garantizar que el acusado no obstaculizará el curso de la investigación o bien que no eludirá la acción de la justicia; y, en segundo lugar, que aunque el sistema de justicia penal pueda variar en términos normativos o socioculturales, no se pueden utilizar tales diferencias para socavar la dignidad y los derechos fundamentales de la persona humana. En consecuencia, se debe huir a la tentación de creer que las medidas cautelares personales cumplen un rol político-criminal directo en la lucha contra la corrupción organizada transnacional y que su aplicación debe —y puede— buscarse a cualquier precio. Antes bien, resulta crucial que el análisis de la procedencia de cualquier medida cautelar personal se realice de manera razonada y fundamentada, considerando la proporcionalidad de la medida en relación con los hechos imputados y la necesidad de cautela que se busca proteger. De allí que surja la imperiosa necesidad por reconducir a través de vías normativas claras y uniformes no solo los presupuestos materiales y cautelares de dichas medidas, sino también sus múltiples y variados objetivos político-criminales (Zacchè, 2018, p. 85).

Ahora bien, más allá del alcance de las directrices anteriores, creemos que no basta con afrontar este dilema solo desde una dimensión puramente nominal. También es necesario que los medios de intervención jurídico-procesales estén dotados de la misma plausibilidad, versatilidad y dinamismo con los que operativamente se pretende hacer frente a este tipo de delitos. Para ello, lejos de una suerte de relajo en la salvaguarda de derechos fundamentales, conviene entender que la propia diversidad legislativa y político-criminal en esta materia muy frecuentemente redundan en la ausencia de criterios cautelares uniformes por parte de las legislaciones internas, lo que resulta especialmente lamentable cuando, como es bien sabido, el *fumus delicti commissi* y el *periculum libertatis* constituyen presupuestos imprescindibles para asegurar adecuadamente los diversos fines del procedimiento. Por ello, los esfuerzos deben dirigirse, en primer lugar, a asumir que una tutela cautelar eficiente en casos de

4 Más información en *J vs. Perú* (2013), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), y *Servellón García y otros vs. Honduras* (2006).



corrupción organizada transnacional requiere no solo la unificación de visiones sobre la doble incriminación del hecho, sino también la armonización de los objetivos cautelares y de aseguramiento que se pretenden alcanzar con dichas medidas. A partir de allí, en segundo lugar, se debe trabajar por eliminar todos los obstáculos y resquicios procesales que dificultan la aplicación de medidas cautelares personales para este tipo de delitos en las diferentes legislaciones internas. Específicamente, cuando se trate de investigaciones en casos de corrupción tanto en el sector público como en el sector privado, se debe evitar que el fuero o cualquier otro tipo de condicionamiento normativo se convierta en una barrera infranqueable para la aplicación de medidas cautelares personales adoptadas por parte de la autoridad competente (Duce, 2019, pp. 74 y ss.). Además, en tercer lugar, dado que muchos de estos delitos se cometen en ausencia de una víctima potencial y concreta —«victimless crimes» (González, 2022, p. 156)—, cualquier medida cautelar personal en este ámbito requiere el establecimiento de disposiciones claras y precisas sobre cómo y de qué manera los distintos antecedentes y medios probatorios servirán para justificar su procedencia y otorgamiento (*Pollo Rivera y otros vs. Perú*, 2016). En otras palabras, dados los derechos y garantías fundamentales involucrados, se debe procurar armonizar el tratamiento del derecho a la obtención de pruebas en el extranjero, la regulación de criterios comunes asociados a las pruebas indiciarias y, preferentemente, el establecimiento de un estándar de prueba que sirva de umbral para avalar la aplicación de estas medidas en relación con la presunción de inocencia.

Finalmente, además de abogar por una mejora en la eficiencia de los plazos legales de investigación (*Andrade Salmón vs. Bolivia*, 2016) y la implementación de una prescripción especial para esta clase de delitos (Gatta, 2021, pp. 214-215), resulta crucial buscar una coherencia internacional en relación con el establecimiento de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. Es decir, un elenco de medidas cautelares generales que, teniendo en cuenta las diversas formas de corrupción asociadas al crimen organizado transnacional, recurra a la prisión preventiva como *ultima ratio* y solo en los casos en que sea estrictamente necesaria. Algunas de estas medidas podrían incluir, por ejemplo, la suspensión temporal del cargo o empleo del funcionario público, la prohibición temporal de ejercer determinadas actividades profesionales, la revocación de licencias de porte y tenencia de armas de fuego, la prohibición de acercarse a determinadas personas o lugares por orden de protección transnacional, el monitoreo y seguimiento electrónico transfronterizo, etc.<sup>5</sup>

5 En este último sentido, aprovechando el potencial que ofrecen algunos dispositivos modernos de rastreo, la vigilancia electrónica transfronteriza se presenta como una herramienta con un amplio abanico de posibilidades para aplicar medidas cautelares personales. Estas van desde la instalación de un rastreador GPS en un vehículo y la inserción de un *software* en el teléfono móvil del individuo

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

### III. LA TUTELA CAUTELAR PERSONAL EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ASOCIADO AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: ENTRE REGULACIÓN CONVENCIONAL Y CASUISMO COMPARADO

En vista de las diferentes dimensiones, causas y manifestaciones de la corrupción, es ampliamente reconocido que numerosos tratados internacionales han promovido la implementación de diversos mecanismos para reforzar la respuesta punitiva contra este tipo de delitos. Esto se ha logrado en parte mediante la equiparación de las tipificaciones establecidas por los diferentes sistemas jurídicos, pero también a través de la cooperación entre diversos países con el fin de promover un enjuiciamiento racional y justo (Benito, 2021, p. 602). Por ello, ya sea a nivel global o regional, estos instrumentos están dirigidos no solo a la prevención y lucha contra la corrupción desde un punto de vista sustantivo, sino también al reconocimiento de diferentes órganos, procedimientos e instrumentos potencialmente idóneos para perseguir estos delitos (Olásolo & Galain, 2022, pp. 227-249). Entre estos tratados internacionales destaca en primer lugar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también conocida como Convención de Mérida, debido a que fue adoptada en dicha ciudad mexicana en diciembre de 2003. La CNUCC está compuesta por setenta y un artículos distribuidos en ocho capítulos, los cuales abarcan cinco áreas principales: medidas preventivas, sanciones y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos, y asistencia técnica e intercambio de información. En este sentido, la Convención hace hincapié en que cada Estado parte, además de implementar eficazmente los medios adecuados para combatir la corrupción y otras formas de delincuencia, como el crimen organizado, debe establecer

Medidas [cautelares] apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior (art. 30, num. 4).

De allí que, además de regular la detención como medida cautelar personal, también se establezca la necesidad de fijar en el ámbito de la corrupción pública

---

vigilado, a incluso el uso de drones equipados con cámaras y tecnología de reconocimiento facial para una vigilancia espacio-temporal específica. Por lo tanto, y a pesar de la posible capacidad invasiva de estos insumos en la esfera privada y la intimidad de las personas, nadie podría dudar del potencial del monitoreo electrónico transfronterizo en aras de preferir medidas alternativas a la privación de libertad para garantizar los fines del proceso penal. Sobre el monitoreo electrónico transfronterizo, véase entre otros, Agostino (2024, p. 649), Nocerino (2021, pp. 193 y ss.) y Bene (2019, pp. 443 y ss.).

procedimientos en virtud de los cuales siempre que un funcionario público sea acusado por un delito tipificado con arreglo a dicha Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo siempre presente el respeto al principio de presunción de inocencia (num. 6).

En segundo lugar, destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo debido a que fue firmada en dicha ciudad en diciembre del año 2000. Su objetivo principal, tal como lo reconoce su artículo primero, es promover «la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional». En este sentido, se pretende que cada Estado articule su normativa interna con las disposiciones contenidas en la Convención a fin de alcanzar altos niveles de cooperación entre los distintos países (Piedrahita, 2020a, p. 118). De ahí que, además de acentuar la cooperación judicial para prevenir y combatir el terrorismo, el tráfico de drogas, la corrupción y otros delitos graves de carácter transnacional (Muñoz, 2021, p. 46), este tratado internacional también enfatice la necesidad de que cada Estado tome medidas cautelares apropiadas, de acuerdo con su legislación interna y respetando los derechos de defensa, con el fin de garantizar la comparecencia del acusado en todas las etapas del procedimiento penal (CNUDOT, 2000). Particularmente importante, en este sentido, es que cada Estado garantice que sus tribunales y otras autoridades competentes comprendan la gravedad de los delitos incluidos en la Convención, especialmente al considerar la posibilidad de otorgar la libertad anticipada o condicional al imputado de que se trate. Por tanto, la Convención reconoce que

el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición (art. 16, num. 9).

Finalmente, en el ámbito latinoamericano, destacan las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, las cuales han resultado cruciales en la adopción de diversas convenciones relacionadas con las medidas cautelares, incluyendo sus formas de petición, cumplimiento y ejecución (Peyrano, 1996, p. 249). Entre estas convenciones, por su especial relación con la cuestión aquí abordada, destacan: la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, adoptada en Ciudad de Panamá en 1975; la Convención Interamericana sobre la Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de la Sentencia Extranjera, firmada en

215

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

La Paz, Bolivia, en 1984; y, en particular, la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares (CICMC), adoptada en Montevideo, Uruguay, en 1979. En relación con esta última, cabe destacar su artículo primero, el cual, sirviendo de criterio exegético y argumentativo, manifiesta lo siguiente:

Para los efectos de esta Convención, las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.

A partir de ello, siguiendo una posición clásica en el derecho interamericano, se establece que solo las autoridades judiciales de los Estados partes serán responsables de cumplir con las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado, tengan como objetivo garantizar la seguridad de las personas o la afectación de bienes. En tal caso, se enfatiza que la procedencia de la medida cautelar se determinará de acuerdo con las leyes y los jueces del lugar del proceso, sin perjuicio de lo cual «la ejecución de la misma, así como la contracautela o garantía, serán resueltas por los jueces requirentes del lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar» (CICMC, 1979).

Ahora bien, ante la presencia de factores que puedan dificultar la investigación, como extorsiones, amenazas y atentados, es evidente que se necesita una protección cautelar eficaz en la persecución penal de los delitos de corrupción organizada transnacional. De hecho, si uno de los objetivos de la protección procesal es prevenir daños irreparables a los fines legítimos del procedimiento (De la Rosa, 2015, p. 36), es necesario buscar mecanismos tutelares adecuados que limiten cualquier comportamiento que obstaculice la investigación y, por supuesto, que tenga consecuencias lesivas para la víctima y la sociedad (Morelli, 2015, pp. 17-18). Esto se debe, como se ha venido señalando, a que la corrupción no se limita solo a un comportamiento delictivo, sino que se proyecta en una serie de conductas pluriofensivas que tratan de incidir de variadas formas en el proceso penal (Berdugo, 2018, p. 168); por ejemplo, destruyendo ilegalmente elementos de prueba, coaccionado el comportamiento reticente de víctimas y testigos, o promoviendo prácticas extorsivas y de cohecho, a lo cual se agrega la no comparecencia y fuga del acusado a los actos del procedimiento. De allí que no resulte baladí preguntarse cómo y de qué forma tales supuestos cautelares son abordados en las diversas legislaciones nacionales de nuestro entorno y,

en especial, cuál es su tratamiento específico en el delito de corrupción organizada transnacional.

Por lo tanto, en lo sucesivo y con un afán preferentemente comparativo, analizaremos las medidas cautelares personales y su regulación en el ámbito de la corrupción organizada transnacional desde un triple punto de vista: en primer lugar, considerando las medidas cautelares contra la continuación de la actividad delictiva y/o contra el autoencubrimiento; en segundo lugar, examinando las medidas cautelares contra la fuga y/o la no comparecencia; y, en tercer lugar, individualizando las medidas cautelares genéricas que implican privación y/o restricción de libertad durante el procedimiento. Para lograr esto, cada uno de estos rubros será examinado a partir de dos ámbitos normativos diferentes: uno latinoamericano (Perú, Brasil, Chile y Colombia) y otro no latinoamericano (Italia, España y Estados Unidos). Metodológicamente, se justifica esta propuesta dadas las recientes modificaciones normativas verificadas en la mayoría de estos países sobre la materia, pero también por la necesidad de vislumbrar criterios identitarios asociados a los fines tuitivos tradicionalmente asignados a las medidas cautelares personales. Finalmente, comprendiendo la propia diversidad legislativa y las distintas opciones político-criminales, elucidaremos si en dichas legislaciones existen medidas cautelares específicas dirigidas concretamente a abordar la corrupción organizada transnacional.

### III.1. Medidas contra la posible continuación de la actividad delictiva y/o contra el autoencubrimiento

Como lo hemos adelantado, cuando se habla de las medidas cautelares personales no resulta posible soslayar ninguno de los límites garantísticos que le dan su fisonomía instrumental y excepcional. En efecto, es bien sabido que todas las personas tienen derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, lo que implica que cualquier afectación a sus derechos debe ser utilizada solo en situaciones necesarias y calificadas. De allí que ninguna forma de cautela personal debiera estar justificada exclusivamente por la gravedad del delito cometido ni mucho menos por el intento de influir en su inhibición desde una perspectiva social (Holsinger *et al.*, 2023, p. 6). De hecho, como ha sostenido la CIDH:

La privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia (*Amrhein y otros vs. Costa Rica*, 2018)<sup>6</sup>.

6 En el mismo sentido, véase *J. vs. Perú* (2013), *Jenkins vs. Argentina* (2019), y *Romero Feris vs. Argentina* (2019).

De este modo, ninguna privación o restricción de la libertad con fines cautelares debería estar sustentada en prevenir futuros delitos y, de paso, cumplir un cuestionable rol político-criminal directo orientado a mermar la continuación de la actividad delictiva (Valentini, 2020, p. 268).

Sin embargo, es innegable que la legislación vigente de nuestro entorno concede relevancia, en ocasiones extraordinarias, a medidas cautelares personales orientadas precisamente a evitar la continuidad delictiva y el autoencubrimiento del delito. En efecto, es un hecho conocido que desde hace varios años los sistemas de justicia criminal de ciertos países, particularmente de los Estados Unidos —pero no exclusivamente— (Lupo, 2019, pp. 786 y ss.), han empleado diversos programas predictivos y de inteligencia artificial para evaluar la probabilidad de cometer nuevos delitos. Estos algoritmos analizan grandes flujos de información y realizan predicciones tomando en cuenta diversos factores, como los antecedentes penales, la educación, la profesión, el estatus económico y social, la nacionalidad, la ciudadanía e, incluso, el origen étnico del individuo (*State v. Loomis*, 2016). No obstante, diversos estudios han mostrado que gran parte de estos instrumentos estiman como «peligrosos» rasgos ambiguos y especulativos, los cuales, atendiendo muchas veces a aspectos incluso discriminatorios (Tonry, 2019, p. 439), procesan sus resultados en ausencia de indicadores válidos de comportamiento (Larson *et al.*, 2016). Por tanto, resulta extremadamente difícil sustentar y justificar la imposición de medidas cautelares personales sobre la base de una prognosis penal futura, especialmente si se considera que estas medidas generalmente se imponen en una etapa temprana del proceso y no cuentan con pruebas de cargo concluyentes que las respalden desde un punto de vista epistémico. Así y todo, como veremos a continuación, distintos países reconocen este enfoque sin mayores inconvenientes, especialmente cuando se trata de prevenir comportamientos criminales considerados peligrosos, argumentando que, en estricto rigor, cualquier medida cautelar adoptada en este sentido no se impone por las circunstancias personales del sujeto, sino más bien por su comportamiento delictivo y la gravedad de la pena asignada al hecho punible en cuestión.

### III.1.1. Regulación en el derecho comparado no latinoamericano

#### III.1.1.1. Italia

En Italia, bajo la regulación del Código de 1988, se reconocieron inicialmente diversas finalidades asociadas a las medidas cautelares personales. Sin embargo, debido a lo que se consideró como un fracaso de la «estrategia del polimorfismo cautelar», que concedía al juez una amplia discrecionalidad para minimizar las medidas que resultaran en la privación de libertad del acusado —en particular, «la custodia cautelare in carcere» (Negri, 2015, p. 66—), la Ley N.º 47, del 16 de abril de

2015, introdujo una serie de nuevos requisitos y objetivos que alteraron significativamente las exigencias aplicables a los presupuestos cautelares. Así, en relación con las medidas para prevenir la continuación de la actividad delictiva y/o el autoencubrimiento, el artículo 274, literal c del Codice di Procedura Penale establece que

Las medidas cautelares se adoptarán: cuando, por las modalidades y circunstancias específicas del hecho y por la personalidad del investigado o del imputado, deducidas de conductas o actos concretos o de sus antecedentes penales, exista un peligro concreto y actual de que cometerá graves delitos con uso de armas u otros medios de violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma especie que aquel por el que se procede en su contra<sup>7</sup>.

Como se puede observar, la disposición antes mencionada resulta decisiva al vincular las medidas cautelares personales con la delincuencia organizada, estableciendo que estas se adoptarán siempre que exista un peligro concreto y actual de que se cometerá dicho ilícito. No obstante, como bien ha sostenido un sector de la doctrina, la inclusión del requisito de «actualidad» del peligro de daño no evita que tal presupuesto cautelar suponga una valoración anticipada de la responsabilidad del imputado y, por ende, respalde una conjetura especulativa sobre posibles e inciertas conductas futuras (Chinnici & Negri, 2015, p. 10). Se trataría, por lo tanto, de un presupuesto que se refiere a la gravedad *in nomen delicti*, sin una referencia efectiva y apropiada para fundar el peligro de cometer delitos determinados (Gatta, 2023, pp. 35 y ss.).

### III.1.1.2. España

En España, según un sector de la doctrina, el tratamiento actual de las medidas cautelares viene marcado por una desorganización legislativa y por la ausencia de una teoría general que las sustente (Armenta, 2021, p. 14).

Sin perjuicio de ello, como ha sostenido el Tribunal Constitucional español:

Por su directa relación con las previsiones constitucionales que garantizan la libertad (art. 17 CE) y la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la adopción de estas medidas debe ser siempre excepcional, condicionada a las circunstancias del caso y proporcionada a la finalidad que se persigue, tratando siempre de evitar que se convierta en una pena anticipada (Sentencia N.º 108/1984, 26 de noviembre de 1984).

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

<sup>7</sup> Traducción de los autores.



Sin perjuicio de lo anterior, tras la reforma operada por la LO 13/2003, del 24 de octubre de 2003, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) en materia de prisión provisional, se adoptó el riesgo de reiteración delictiva como presupuesto legítimo para la aplicación cautelar. De esta forma, de conformidad al artículo 503, numeral 2 de la Lecrim, «también podrá acordarse la prisión provisional [...], para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos». Por lo tanto, para valorar la existencia de este riesgo se deberá atender a las circunstancias del hecho y a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, siempre y cuando se desprenda que el ilícito imputado sea doloso. A pesar de que un sector doctrinal ha señalado que este riesgo «desnaturaliza» los fines cautelares (Barona, 2019, p. 299), cabe destacar que la aplicación de esta medida cautelar remarca un contrapunto en materia de lucha contra el crimen organizado. Esto porque, a pesar de que el artículo 503, numeral 1, inciso 1 supedita la aplicación de la prisión provisional a la existencia de uno o más delitos que sean sancionados con una pena igual o superior a dos años de prisión, la misma regulación contempla excepciones en las que sí se permite la aplicación de esta medida cautelar, sin importar la gravedad de la pena asignada al delito. Más concretamente, se permite

Quando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (Cerrada, 2020, p. 267).

### III.1.1.3. Estados Unidos

A pesar de las numerosas discrepancias entre el sistema *civil law* y el sistema penal de los Estados Unidos, las medidas cautelares personales y, en particular, la denominada *pretrial detention*, operan bajo una lógica de aseguramiento bastante similar con el objetivo de garantizar determinados fines procedimentales. En efecto, de conformidad con la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, ninguna persona puede ser castigada o sancionada sin un juicio previo de culpabilidad llevado a cabo de conformidad con las reglas y los principios de un debido proceso legal (*Bell v. Wolfish*, 1979). Como consecuencia, desde la Judiciary Act de 1789 hasta las Federal Rules of Criminal Procedure de 1944, la legislación federal estadounidense ha proclamado de manera inequívoca que toda persona acusada de un delito que no esté sancionado con la pena capital tiene derecho a la libertad bajo fianza (Vinson, 1951, p. 1). De hecho, el derecho a la libertad previa a la condena no solo permite la preparación sin obstáculos de una defensa adecuada, sino que también protege la presunción de inocencia frente

a un castigo inmerecido o, derechamente, arbitrario (*Stack v. Boyle*, 1951). De allí que diversos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos hayan enfatizado el carácter reglado y excepcional de la afectación de este bien jurídico o, más concretamente, que en la sociedad norteamericana «la libertad es la norma y la detención previa al juicio o sin juicio es una excepción cuidadosamente limitada» (*United States v. Salerno*, 1987).

Ahora bien, en lo que respecta a las medidas contra la posible persistencia de la actividad delictiva y/o el autoencubrimiento, la Bail Reform Act de 1984 estableció varios criterios que los tribunales deben tener en cuenta al momento de decidir sobre la liberación o el encarcelamiento preventivo. Entre estos se destaca «la amenaza potencial que el acusado representa para la comunidad o para individuos específicos, incluyendo la probabilidad de que el acusado cometa nuevos crímenes mientras está en libertad» (VanNostrand & Keebler, 2009, pp. 4-5). Por ello, para ciertos delitos federales particularmente graves, como la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, dicha normativa autorizó a los jueces a denegar la libertad bajo fianza analizando

la naturaleza y las circunstancias del delito imputado, incluso si el delito es un delito de violencia, una violación de la sección 1591, un delito federal de terrorismo, o involucre una víctima menor o una sustancia controlada, arma de fuego, explosivo o dispositivo destructivo (*United States of America Code*, 1948, tit. 18, § 3142, lit. g)<sup>8</sup>.

Por lo tanto, a pesar de que diversos estudios sostienen que la prisión preventiva no produce ningún efecto en la disminución de la continuidad delictiva (Dobbie *et al.*, 2018, p. 226), los magistrados estadounidenses se apoyan recurrentemente en el riesgo para la comunidad como argumento para establecer fianzas altas o, incluso, para denegar directamente la libertad tanto en indagaciones vinculadas con el crimen organizado transnacional como en otros delitos de particular severidad (Stevenson & Mayson, 2022, p. 761).

### III.1.2. Regulación en el derecho comparado latinoamericano

#### III.1.2.1. Perú

En Perú, la relación entre la criminalidad organizada y la corrupción es un tema país que resulta innegable (Nuñoovero & Melgar, 2019, p. 145). Por ello, mediante la Ley N.º 30.077, de 2013, se aprobó la Ley contra el Crimen Organizado, la cual contiene algunas disposiciones relativas a la investigación, el juzgamiento y la sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales. Desde el punto de vista que nos interesa, cabe destacar que dicha normativa, si bien no establece una reminiscencia

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

<sup>8</sup> Traducción de los autores.

directa al peligro en la continuidad delictiva ni al autoencubrimiento, sí hace extensivas sus disposiciones a las medidas cautelares personales en lo referente a la noción de «carácter complejo de la investigación» (Código Procesal Penal peruano, 2004, art. 342, num. 3). Este precepto, a su vez, pretende hacer patente la lucha contra la corrupción y «frenar» implícitamente el actuar delictivo subsecuente mediante la aplicación de medidas cautelares decretadas por encima de los plazos normales de duración. Esto porque el legislador peruano no acude a la naturaleza del delito para fijar la extensión de las medidas cautelares (en especial, la prisión preventiva), sino que incluye un catálogo de criterios que permitirían considerar un proceso como «complejo» a efectos de flexibilizar la extensión de las medidas decretadas (Del Río, 2016, p. 233).

Con todo, cabe advertir que dentro de los principios y finalidades de las medidas de coerción penal, el Código Procesal Penal del Perú, si bien remarca que la restricción *iusfundamental* solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, a renglón seguido señala que tales medidas cautelares tendrán como fin, entre otros, el «impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva» (Código Procesal Penal peruano, 2004, art. 253, num. 3).

### III.1.2.2. Brasil

En Brasil, producto de una serie de modificaciones legales introducidas al Código de Processo Penal de 1941, en especial por la Ley N.º 12.403, del 4 de mayo de 2011, el régimen de medidas cautelares personales es amplio y variado en pos de sustentar el paradigma de la prisión preventiva como *extrema ratio* (Pacelli, 2020, pp. 459 y ss.). En esta lógica se inserta la Ley N.º 12.850, del 2 de agosto de 2013 (modificada por la Ley N.º 13.964, del 24 de diciembre de 2019), la cual, definiendo el crimen de delincuencia organizada, su investigación criminal, los medios de adquisición probatoria, así como sus tipos penales conexos y los procedimientos penales aplicables, instruye como medida cautelar personal especial para el delito de corrupción pública la siguiente regla:

Si existen indicios suficientes de que el funcionario público forma parte de una organización criminal, el juez podrá determinar su separación cautelar del cargo, empleo o función, sin perjuicio de la remuneración, cuando la medida sea necesaria para la investigación o instrucción procesal (Ley N.º 12.850, 2011, art. 1, § 5)º.

Ahora bien, en lo referente a las medidas contra la posible continuación de la actividad delictiva y/o contra el autoencubrimiento, el artículo 282, párrafo I del Código de Processo Penal brasileño prevé que las

medidas cautelares personales deberán ser aplicadas observando, entre otros requisitos, su «necesidad para la aplicación de la ley penal, para la investigación e instrucción criminal y, en los casos expresamente previstos, para evitar la práctica de infracciones penales»<sup>10</sup>. De allí, por ende, que se exija para su aplicación de una adecuación de la medida a la gravedad del delito, sus circunstancias de hecho y las condiciones personales del indiciado o acusado (Couto de Brito, 2020, pp. 256-257). Luego, por consiguiente, más allá de estos lineamientos generales, no se evidencia una exigencia cautelar como la sugerida para el delito de corrupción en el contexto del crimen organizado transnacional.

### III.1.2.3. Chile

En Chile, tratándose del delito en estudio, el Código Procesal Penal del año 2000 no estableció a su respecto un estatuto especial que regule directamente como fin cautelar específico la merma en la continuación de la actividad delictiva y/o el autoencubrimiento. Ello pues, a pesar de las reformas más recientes en la lucha contra los delitos de corrupción y crimen organizado, impulsadas principalmente por la Ley N.º 21.121 de 2018 y la Ley N.º 21.577 de 2023, el legislador chileno ha enfocado su atención preferentemente en el fortalecimiento de las tareas especiales de investigación, persecución y sanción para este tipo de delitos.

No obstante, es relevante enfatizar que, en términos generales, desde la implementación del Código Procesal Penal chileno el riesgo de obstaculización de la investigación ha sido visto como un objetivo válido para la aplicación de las medidas cautelares personales, en línea con la presunción de inocencia y la duda razonable (Horvitz & López, 2002, pp. 408-409). Por ende, si se acepta que uno de los fines del procedimiento penal es el esclarecimiento probable de la verdad, parece evidente que si existe una sospecha seria y fundada de que el acusado puede entorpecer la investigación, la consecución de este fin podría justificar y legitimar la imposición de una o más medidas cautelares que limiten o restrinjan su libertad. De esta forma, a pesar de la falta de una normativa específica que regule el régimen cautelar personal para el delito de corrupción organizada transnacional<sup>11</sup>, en el sistema procesal penal chileno toda destrucción, alteración, ocultación o falsificación de pruebas, así como cualquier actitud del imputado que pudiera inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, se considera como un factor que podría obstaculizar la investigación y, por lo tanto, que permite la aplicación de cualquier medida cautelar privativa o restrictiva de la libertad (Código Procesal Penal chileno, 2000, art. 140, lit. c).

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

<sup>10</sup> Traducción de los autores.

<sup>11</sup> No obstante, cabe señalar que este panorama ha sido parcialmente modificado con la dictación de la Ley N.º 21.577 de 2023, que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece el comiso de ganancias.

### III.1.2.4. Colombia

En Colombia, el artículo 310, numeral 1 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004<sup>12</sup>, al determinar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, instruye al juez a que valore, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, «la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales» (Posada, 2024, p. 544)<sup>13</sup>. A juicio de la Corte Constitucional de dicho país, esto significa que

La protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1° de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en la “prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad (Sentencia C-469/2016, 2016).

Sin embargo, según el mismo tribunal, este poder debe ejercerse en conformidad con el principio de la dignidad humana y, por lo tanto, no debe infringir las garantías del contenido básico de los derechos, lo que requiere que el uso de esta atribución reclame siempre de una ponderación tanto de lo positivo como de lo negativo en relación con el acusado. De esta forma, más allá de las precauciones ya mencionadas, se puede afirmar que en Colombia sí existe una regulación normativa sobre la aplicabilidad de una medida cautelar personal basada en la necesidad de prevenir la continuación de la actividad delictiva en el ámbito del crimen organizado transnacional<sup>14</sup>.

### III.2. Medidas contra la fuga

La consideración del peligro de fuga como fin de las medidas cautelares personales supone, en términos positivos, entender que esta tiende a asegurar la comparecencia del imputado no solo para permitir el correcto establecimiento de la verdad, sino también para asegurar su presencia para el cumplimiento de una eventual sentencia penal condenatoria. Se trata, en efecto, de una finalidad generalmente aceptada por el pensamiento liberal clásico y que, salvo contadas

<sup>12</sup> El anterior Código de Procedimiento Penal, Ley 600 del año 2000, que aún se aplica para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos antes de 2004, regula la detención preventiva en los artículos 355 y siguientes. En este trabajo, para fines de analizar la regulación comparada en torno a las medidas cautelares personales, haremos referencia a la regulación del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004.

<sup>13</sup> Solo a modo de referencia, cabe considerar que dicha normativa fue introducida a dicho Código con la promulgación de la Ley N.° 1.453, de 2011, también conocida como Ley de seguridad ciudadana, mediante la cual se flexibilizaron los criterios de necesidad que rodean la aplicación de las medidas cautelares personales.

<sup>14</sup> Para una opinión crítica al respecto, véase Crisancho (2022, p. 248).

excepciones, se consagra con bastante generalidad en los países europeos y latinoamericanos (Cordero, 2012, p. 477). De hecho, de 1923 a la fecha, la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) pretende precisamente facilitar la cooperación transfronteriza en la búsqueda y entrega de imputados en fuga para, de esta forma, aliviar las dificultades que puedan surgir en este ámbito entre jurisdicciones y procedimientos. A ello abona, por otro lado, el PAcCTO, un programa de cooperación internacional entre la UE y América Latina que busca asentar una red permanente dedicada a la investigación de hechos asociados al crimen transnacional organizado y, a partir de allí, ayudar a identificar, priorizar y aprehender delincuentes fugados, abordando el *iter* procesal penal a través de su trabajo en tres componentes: policial, judicial y penitenciario (Núñez & Rodríguez, 2021, p. 4).

Ahora bien, con independencia de la importancia del riesgo de fuga como fin cautelar legítimo, se debe observar que la no comparecencia del imputado a los actos del procedimiento no necesariamente se debe traducir en la aplicación de una prisión preventiva. En efecto, diversas normas internacionales exigen que las medidas cautelares que impliquen privación de libertad se adopten siempre por el tiempo estrictamente indispensable, como *extrema ratio* y con pleno respeto a la dignidad del ser humano. No en vano, según lo prevé el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (art. 9, num. 3).

De allí, entonces, que se derive la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no obstaculizará el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Ello supone, en consecuencia, que deban preferirse otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva para asegurar la comparecencia del imputado y evitar así el riesgo de fuga.

### III.2.1. Regulación en el derecho comparado no latinoamericano

#### III.2.1.1. Italia

En Italia, el peligro de fuga —como uno de los fundamentos aplicativos de las medidas cautelares personales— se encuentra recogido en el artículo 274, literal b del Código de Procesamiento Penal, el cual reza:

Las medidas cautelares se adoptarán: cuando el acusado se haya dado a la fuga o exista un peligro concreto y actual de que se fugue, siempre que

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

el juez considere que puede imponérsele una pena superior a dos años de reclusión. Las situaciones de peligro concreto y actual no pueden deducirse exclusivamente de la gravedad del título de delito por el cual se procede<sup>15</sup>.

Se trata, como es posible analizar, de una exigencia que requiere un adecuado equilibrio no solo en razón de los antecedentes fácticos del caso, sino también de los motivos y razonamientos que sustentan su aplicabilidad. De allí que, a juicio de la Corte di Cassazione italiana, el peligro de fuga no pueda ser deducido de meras conjeturas o suposiciones, como la condición de extranjero del indagado o si tiene intereses comerciales en un país foráneo; sino que debe ser extraído de elementos concretos y actuales de los cuales sea lógicamente factible inferir un no sometimiento a los actos del procedimiento (Sent. Sez 5, N.º 5821, 2018). De esta forma, al decretar las medidas cautelares, el juez debe tener en cuenta la idoneidad específica de cada una de ellas, expresando de forma concreta las razones y justificaciones por las cuales las considera apropiadas en el caso en cuestión (Mangiaracina, 2019, pp. 524-525).

Ahora bien, tratándose de la criminalidad organizada transnacional y, en particular, de las asociaciones de tipo mafioso, la jurisprudencia italiana ha sostenido que el riesgo de fuga

Puede deducirse de la condena [previa] del acusado por pertenecer a una asociación de tipo mafioso, siempre que se demuestre la existencia actual de la asociación criminal y el interés concreto de esta en garantizar la sustracción a la captura del acusado, con indicación también del papel desempeñado por el predicho dentro de la propia asociación (Sent. Sez 5, N.º 52.633, 2016).

De esta forma, las situaciones de peligro concreto y actual de fuga no pueden deducirse exclusivamente de la gravedad de la infracción ni, menos aún, de la extensión de la pena que legalmente se irroga al delito en cuestión.

### *III.2.1.2 España*

En España, de conformidad a lo previsto por el artículo 503, numeral 3, literal a de la Lecrim, la prisión provisional podrá ser decretada cuando con su aplicación se persiga «asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga». Luego, para valorar la existencia de este peligro, según se desprende de la disposición legal citada, se debe atender conjuntamente a los siguientes factores: a) a la naturaleza del hecho y a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, la cual se

<sup>15</sup> Traducción de los autores.



valorará cuando el hecho investigado lleve aparejada una pena igual o superior de dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso; b) a la situación familiar, laboral y económica del imputado; y, c) a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar un enjuiciamiento rápido (Barona, 2019, p. 298).

Ahora bien, según el informe sobre la aplicación por parte de España de los capítulos III y IV de la CNUCC para el periodo 2010-2015 (UNODC, 2013), la prisión provisional y/o la libertad provisional con obligación de presentación periódica —en espera de un juicio— son recursos frecuentemente utilizados en España en casos de corrupción y crimen organizado transnacional, lo cual se entiende siempre bajo el respeto del límite máximo legal de duración establecido por el artículo 504 de la Lecrim. De esta forma, si bien no es el único presupuesto a considerar, la gravedad del delito investigado se erige en este ámbito como un factor relevante a la hora de considerar el riesgo de fuga, así como los límites temporales previstos para la aplicación de la prisión provisional.

### III.2.1.3. Estados Unidos

La Bail Reform Act de 1984 estableció las condiciones bajo las cuales puede ser decretada la prisión preventiva en los Estados Unidos con el principal objetivo de proteger, primordialmente, la libertad de los acusados mientras aguardan el juicio. Por ello, el United States of American Code (1948) establece que, para determinar la existencia de condiciones que garanticen razonablemente la comparecencia del imputado o la seguridad de la víctima y de la comunidad, se deben considerar aspectos que van desde la naturaleza y las circunstancias del hecho imputado, el peso de la evidencia y el historial delictual del acusado, hasta arribar al análisis de la naturaleza y la gravedad del peligro que supondría la puesta en libertad del detenido (tit. 18, § 3142, lit. g).

A raíz de lo anterior, para evaluar el riesgo de fuga, la audiencia respectiva deberá estar sustentada en una serie de antecedentes y pruebas que justifiquen la verosimilitud del riesgo denunciado, así como la posibilidad real y efectiva de su ocurrencia. De acuerdo con la jurisprudencia predominante, dado que «la ley no establece expresamente el estándar probatorio necesario para sustentar una determinación de propensión a fuga, resulta apropiado acudir al estándar de preponderancia de la evidencia generalmente utilizado en los procedimientos previos al juicio» (*United States v. Orta*, 1985). Sin embargo, para ciertos delitos graves, como la corrupción y el crimen organizado transnacional, el United States of American Code enfatiza que se presumirá que ninguna

227

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

condición garantizará razonablemente la comparecencia de la persona requerida si, en el caso específico de que se trate, se estima que «existe causa probable para creer que la persona cometió un delito por el cual se establece una pena máxima de prisión de diez años o más» (tit. 18, § 3142, lit. e, num. 3)<sup>16</sup>. Por lo tanto, considerando la alta cuantía asociada a este tipo de ilícitos, en especial después de la aprobación en 1970 de la denominada Ley RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), no cabe duda de que la presunción general de liberación previa al juicio del párrafo 3142 se invierte y, de esta forma, el riesgo de fuga se infiere para los acusados por los delitos de corrupción y crimen organizado transnacional.

### III.2.2. Regulación en el derecho comparado latinoamericano

#### III.2.2.1. Perú

Debido a diversas modificaciones introducidas al Código Procesal Penal, en Perú el riesgo de fuga está directamente relacionado con la prisión preventiva (Prado, 2020, p. 279). De hecho, según el artículo 268, literal c del Código Procesal Penal de 2004, el juez podrá decretar dicha medida cautelar si, considerando los primeros indicios, es posible determinar, entre otros requisitos, «que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, [...] tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)». Por esta razón, el legislador peruano instruye al juez a evaluar dicho riesgo en consideración a criterios que van desde el arraigo en el país del imputado, pasando por la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, hasta llegar a la pertenencia del imputado a una organización criminal (art. 269).

En relación a esto último, conviene recalcar que «la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas» fue un criterio incorporado al Código Procesal Penal peruano por la Ley N.º 30.076, de 2013, la cual se adoptó en el marco de una política criminal orientada a combatir la inseguridad ciudadana; no obstante, pronto se observó la necesidad de adoptar medidas procesales concretas y efectivas en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional. Por tal motivo, el 30 de diciembre de 2016 se dictó el Decreto Legislativo N.º 1307, el cual modificó nuevamente el Código Procesal Penal peruano para «aumentar la eficacia del sistema en la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios públicos y de criminalidad organizada». De esta forma, tratándose del riesgo de fuga y la durabilidad de la prisión preventiva, se estableció que esta podrá extenderse incluso hasta treinta y seis meses (Código Procesal Penal peruano, 2004, art. 273), siempre y cuando «concurran

<sup>16</sup> Traducción de los autores.

circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria» (art. 274).

### III.2.2.1. Brasil

En Brasil, según se ha analizado, la medida cautelar personal por excelencia es la prisión preventiva y, entre otros casos, puede decretarse para asegurar la correcta aplicación de la ley penal (Código Procesal Penal brasileño, 1941, art. 312). Luego, en la búsqueda del significado de dicha expresión, tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en incluir las hipótesis en las que haya riesgo real de fuga del acusado y, de esta forma, peligro de no aplicación de la ley penal frente a la dictación de una posible sentencia condenatoria (De Sousa & Adriano, 2011, p. 135). De allí que el Supremo Tribunal Federal (STF) sea vehemente en sostener que «la probabilidad fundada de reincidencia y el riesgo concreto de fuga constituyan motivos idóneos para decretar la prisión preventiva» (HC 218906 AgR / RJ - Río de Janeiro, 2022).

No obstante, si se analizan las diversas medidas cautelares vinculadas a dicho fin y, en particular, al delito de corrupción en el contexto del crimen organizado transnacional, no existen normas particulares fuera del Código Procesal Penal que regulen dicha materia. A mayor abundamiento, ni la Ley N.º 12.850 de *Organizações Criminosas* ni la Ley N.º 12.846 *Anticorrupção*, ambas de 2013, hacen mención a la evitación de fuga para posicionarla como un fin instrumental directo en la lucha contra este tipo de ilícitos.

### III.2.2.2. Chile

La posibilidad de decretar una medida cautelar personal para garantizar la comparecencia del imputado y, por ende, para evitar el riesgo de fuga aparece reglamentada en el Código Procesal Penal chileno del año 2000 a partir de dos disposiciones generales: por un lado, la que permite que el tribunal decrete la detención o prisión preventiva en caso de incomparecencia injustificada del imputado a una citación judicial (art. 33, inc. 3) y, por otro, la que posibilita decretar la prisión preventiva en casos de concurrencia de los supuestos materiales y cautelares que la hacen procedente. De esta manera, aunque el Código no detalla cuándo y bajo qué criterios la libertad del acusado representa un riesgo de fuga, el concepto fundamental que lo sustenta se basa en la existencia de antecedentes calificados que permitan presumir una ausencia real y concreta a los actos del procedimiento.

Con todo, debido al aumento exponencial de delitos ligados al crimen organizado y al alto grado de percepción de inseguridad que vive la población (Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2023, p. 110), el legislador chileno modificó recientemente el Código

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

Procesal Penal a través de la Ley N.º 21.635, del 16 de diciembre de 2023. El objetivo principal de esta reforma es establecer criterios más precisos y específicos para la determinación de la prisión preventiva, particularmente en relación con el concepto de «peligrosidad para la seguridad de la sociedad», en función de la gravedad del hecho punible cometido y de si en su comisión el imputado usó armas de fuego, o de si forma parte de una organización criminal<sup>17</sup>. De ahí que, según lo expresado por la moción parlamentaria que sustentó la tramitación de dicha ley

No se puede obviar que ante las nuevas modalidades delictivas, su práctica habitual, caracterizadas por la existencia de asociaciones criminales con un alto poder de fuego mediante el uso de armas ilegales, resulta necesario actualizar las referencias de la ley procesal penal [...] para asegurar la presencia del imputado y una adecuada investigación de los hechos (Historia de la Ley N.º 21.635, 2023, p. 3).

De esta manera, si bien el riesgo de fuga no se estableció como uno de los criterios a considerar, la historia fidedigna de su establecimiento muestra que dicha modificación se fundamentó precisamente en asegurar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento y, por tanto, en el reconocimiento —a lo menos implícito— de normas internas que eviten su fuga.

### III.2.2.3. Colombia

De acuerdo con la doctrina predominante en Colombia, si el acusado no asiste a los actos del procedimiento, no cumple la sentencia o existe un riesgo de fuga, se justifica una privación de la libertad como finalidad cautelar legítima (Espinosa & Peláez, 2021, p. 127). No en vano, según el artículo 308 del Código Procesal Penal de 2004, una de las condiciones para aplicar cualquier medida de aseguramiento es la probabilidad de que el acusado no comparezca al proceso o no cumpla la sentencia (art. 308, num. 3). Por esta razón, para decidir acerca de la eventual peligrosidad de fuga y no comparecencia del imputado, el legislador colombiano exige que se tengan en cuenta, además de la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, los siguientes factores: a) la falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio y el asiento de la familia, de sus negocios o trabajo, y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; b) la gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este; y c) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de

<sup>17</sup> Para estos efectos, de conformidad con el artículo 1, numeral 1 de la Ley N.º 21.577, del 15 de junio de 2023, se considerará, además, como agravante de la responsabilidad penal el «ejecutar el hecho formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer crímenes o simples delitos».

voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena (art. 312).

Con todo, trasladadas dichas consideraciones a la corrupción organizada transnacional, cabe destacar que no existen normas particulares que prevean este fin cautelar específico para justificar la aplicación de medidas de aseguramiento y, en particular, la prisión preventiva. No obstante, a través de la Ley N.º 1908, del 9 de julio de 2018, por medio de la cual se fortaleció la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se incluyeron en el Código Procesal Penal colombiano una serie de modificaciones que implícitamente se dirigen a dicho fin. Más concretamente, se estableció que «las medidas de aseguramiento en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados tendrán vigencia durante toda la actuación» (art. 317, lit. A), limitando, en todo caso, el plazo máximo de duración de las medidas de aseguramiento privativas de libertad a tres años cuando se trate de delitos cometidos por miembros de grupos delictivos organizados y a cuatro años en caso de grupos armados organizados (art. 307, lit. A). De esta forma, a pesar de que el Estado de Colombia ha dictado una serie de normas encaminadas a luchar contra la corrupción en el contexto del crimen organizado, destacando, en este último sentido, la Ley N.º 2195, del 18 de enero de 2022, aún continúa siendo una materia pendiente en dicho país un tratamiento cautelar personal concreto para este tipo de hechos punibles.

### III.3. Medidas que implican privación o restricción de la libertad durante el procedimiento

Como se ha indicado, la presunción de inocencia es esencial para determinar los límites dentro de los cuales las medidas cautelares deben ser aplicadas. Esto no solo porque el impacto que estas conlleven no puede convertirse en una pena anticipada, sino también porque cualquier régimen de medidas cautelares que se considere racional debe caracterizarse por su excepcionalidad, jurisdiccionalidad, temporalidad e instrumentalidad (Armenta, 2021, p. 216). De allí que toda medida cautelar personal que se decrete en contra de cualquier acusado, incluidas las personas acusadas de delitos tipificados en la Convención contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada, deba cumplir con los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, con el establecimiento de medidas cautelares de carácter genérico que reduzcan la intensificación de la prisión preventiva a los casos estrictamente necesarios (Ragués, 2023, pp. 171 y ss.).

Sin embargo, resulta relevante destacar que tal comprensión es solo una regla residual en el asunto que nos ocupa, pues, si bien las medidas cautelares genéricas resultan útiles para lidiar con cualquier ilícito, no

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

es menos cierto que su aplicación es considerablemente más compleja en casos de corrupción organizada transnacional. Y esto se debe principalmente a razones tanto político-criminales como penológicas o, más concretamente, al carácter pluriofensivo del delito objeto de estudio, su elevada cuantía y punibilidad, la complejidad y dificultad en su investigación, así como el riesgo subyacente de obstrucción y coacción probatoria (Arbulú, 2020, p. 224). De esta forma, ya que la corrupción y la pertenencia del acusado a una organización delictiva constituyen un *periculum libertatis*, gran parte de los ordenamientos jurídicos reserva la aplicación de las medidas cautelares genéricas comúnmente a figuras atenuadas de participación y/o grados imperfectos de desarrollo del delito en cuestión (Chinnici & Negri, 2015, p. 11).

### III.3.1. Regulación en el derecho comparado no latinoamericano

#### III.3.1.1. Italia

El ordenamiento jurídico italiano contempla dos grandes grupos de medidas cautelares personales: las medidas cautelares coercitivas y las medidas cautelares prohibitivas (Negri, 2015, pp. 40 y ss.). Las primeras afectan la libertad del imputado privándolo de ella, lo cual se verifica con el arresto domiciliario (Código de Procedimiento Penal italiano, 1988, art. 284), la prisión preventiva (art. 285), la custodia cautelar en un centro de detención atenuada para madres detenidas (art. 285 bis) y la custodia cautelar en un centro médico (art. 286). Las segundas, en cambio, no privan de la libertad, sino solo la restringen o limitan mediante la prohibición de salida del país (art. 281), la obligación de comparecencia periódica ante la Policía Judicial (art. 282), la salida y el alejamiento de la vivienda familiar (art. 282 bis), la prohibición de acercarse a los lugares frecuentados por la víctima (art. 282 ter), y la prohibición y obligación de residencia (art. 283).

Ahora bien, a pesar de que el artículo 274, literal b del Código de Procedimiento Penal italiano enfatiza que «las situaciones de peligro concreto y actual no pueden deducirse exclusivamente de la gravedad del título de delito»<sup>18</sup>, la misma ley establece que, cuando existan «indicios graves de culpabilidad» en relación con la participación en cierto tipo de delitos, se aplicará la prisión preventiva con preeminencia sobre otras medidas cautelares, salvo que se obtengan evidencias que demuestren que no hay necesidad de cautela. De esta forma, en lo que respecta a delitos relacionados con asociaciones de tipo subversivo (Código Penal italiano, 1930, art. 270), los que implican asociaciones con fines terroristas, erosión del sistema democrático (art. 270 bis) y los que suponen asociaciones de tipo mafioso, incluidas las organizaciones extorsivas extranjeras, se establece una verdadera presunción de

<sup>18</sup> Traducción de los autores.



peligrosidad que exige tan solo «indicios de culpabilidad» en aras de favorecer la aplicación de la prisión preventiva (Basile, 2021, p. 86).

233

### III.3.1.2. España

Según ya lo hemos apuntado, las medidas cautelares personales constituyen una especie de medida coercitiva. Entre ellas destacan, como instrumentos de aseguramiento que implican privación de libertad durante el procedimiento: la prisión provisional, el arresto domiciliario, la obligación de no salir del territorio nacional y la obligación de presentarse ante una determinada autoridad (Barona, 2019, p. 277).

Ahora bien, a pesar de que la jurisprudencia del TEDH ha dictaminado que el uso de la prisión provisional solo se justifica cuando se han evaluado y resultan insuficientes otras medidas cautelares menos gravosas para proteger a la víctima o preservar el interés público (*Amburszkiewicz contra Polonia*, 2006), la severidad de la pena asociada a la corrupción organizada transnacional hace que en España se dé preeminencia a la prisión provisional por sobre otras medidas cautelares en estos casos. Incluso, la legislación española, además de alterar los límites de extensión de la prisión provisional, establece que una vez decretada la prisión provisional por delitos cometidos por personas vinculadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el acusado que desempeñe una función o cargo público será automáticamente suspendido en el ejercicio de dicho cargo mientras dure la detención (Lecrim, 1882, art. 384 bis).

Aunque se contemplan varias medidas cautelares a implementar durante el proceso, la naturaleza pluriofensiva del delito en estudio hace que la ley presuma algunos fines cautelares de forma anticipada —como el riesgo de fuga— a efectos de favorecer la aplicación de la prisión provisional (Díaz, 2021, p. 389), por lo que esta medida arriesga adquirir caracteres asegurativos predelictuales (Binder, 2002, p. 200). El propio artículo 503, numeral 1, inciso 1 de la Lecrim establece un límite penológico para la aplicación de la prisión provisional: que se trate de hechos constitutivos de delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, límite que, sin embargo, no es aplicable cuando la medida «persiga conjurar el riesgo de reiteración delictiva y el imputado pertenezca a una organización criminal o realice sus actividades delictivas con habitualidad» (Gimeno, 2012, p. 629), según permite el artículo 503, numeral 2 *in fine*. Y si bien esta, como otras excepciones a los límites para la aplicación de la medida, puede inscribirse en la tendencia al fortalecimiento de la persecución penal contra los delitos de delincuencia organizada, no ha de perderse de vista que los presupuestos legales de la prisión provisional siempre deben tener como norte el artículo 17 de la Constitución española, que garantiza el

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS



derecho a la libertad, por lo que una *lectura constitucional* de esta cautela personal debe conducir a «corregir drásticamente las corruptelas de la práctica», en cuanto sea utilizada como pena anticipada y con la finalidad de proteger el orden público o de tranquilizar determinadas exigencias de seguridad de la sociedad (Ramos, 2006, p. 247).

### *III.3.1.3. Estados Unidos*

Desde la implementación de la Bail Reform Act de 1984, los Estados Unidos han puesto mayor énfasis en el desarrollo de alternativas a la prisión preventiva que reduzcan el riesgo de fuga y protejan a la comunidad. Además de la clásica fianza monetaria, que ha sido fundamental en el sistema cautelar angloamericano (Schnacke, 2014, p. 31), se han implementado medios menos intrusivos para salvaguardar la presunción de inocencia y aliviar el congestionado sistema de prisiones estatales y federales. Así, por ejemplo, en varias jurisdicciones de los Estados Unidos han ganado aceptación diversas formas de confinamiento domiciliario, destacando, con el uso de las nuevas tecnologías, el monitoreo electrónico y la utilización del posicionamiento global (Dobbie & Yang, 2019, p. 9). Además, para delitos de bajo riesgo de fuga y peligrosidad social, se han implementado las siguientes medidas: la *third-party custody*, mediante la cual se designa a un tercero la custodia del acusado, debiendo dicha persona asumir la responsabilidad de la supervisión e incluso denunciar las infracciones al tribunal; la «custodia intermitente», mediante la cual el acusado es liberado de la detención por periodos de tiempo limitados por razones principalmente de empleo y educación; y el sometimiento a un «tratamiento por abuso de drogas y salud mental», mediante el cual se insta a que el acusado participe en un programa de rehabilitación para reducir el riesgo de incomparecencia y/o el peligro para la comunidad (VanNostrand & Keebler, 2009, p. 4).

Cabe destacar, no obstante, que para la mayoría de los delitos graves y, en particular, para el delito de corrupción organizada transnacional, estas medidas no suelen ser comúnmente utilizadas (Stevenson & Mayson, 2017, p. 21). De hecho, basándose en la evaluación del riesgo y la naturaleza del delito acusado, en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos los jueces acostumbran a rechazar la libertad bajo fianza y disponen que el acusado sea detenido mientras espera el juicio. Esto debido a que, a pesar de que el derecho a fianza siempre está presente, en la práctica se asume que ninguna medida asegurará de forma razonable la presencia del acusado y/o protegerá a la comunidad de posibles daños futuros asociados con estos delitos. De esta forma, frente al peso de las exigencias establecidas por United States of America Code (tit.18, § 3142), la mayoría de los jueces suelen rechazar las peticiones para la liberación condicional con el fin de garantizar los referidos objetivos cautelares del procedimiento penal.

### III.3.3. Regulación en el derecho comparado latinoamericano

#### III.3.2.1. Perú

De conformidad a la legislación procesal del Perú, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad pueda evitarse razonablemente, el juez puede imponer al imputado una o varias restricciones cautelares. Estas van desde la obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, y la imposición de una comparecencia restrictiva con monitoreo electrónico (Código Procesal Penal peruano, 2004, art. 287, lit. A), hasta llegar incluso al pago de una caución económica si las posibilidades del imputado lo permiten (Guevara, 2020, p. 378).

Ahora bien, en lo atinente a la corrupción organizada transnacional, la legislación peruana no distingue medidas cautelares personales concretas para este tipo de ilícitos, ni mucho menos establece un criterio exclusivo de punibilidad que posicione a la prisión preventiva por sobre las demás medidas cautelares. De hecho, a juicio de la Corte Suprema de Justicia de dicho país:

La magnitud de la pena prevista desde luego, por su carácter abstracto, no puede operar como único criterio —de aplicación automática y mecánica— para ponderar la necesidad de imposición de la medida de prisión preventiva, sino que, asumiendo incluso como un criterio más concreto, la naturaleza del hecho punible, debe ponerse en relación con otros datos relativos (i) tanto a las características personales del imputado o investigado —arraigo familiar, profesional y social, conexiones con otros países, contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero), sus bienes, los medios económicos de los que dispone y su proximidad a la jurisdicción—; (ii) como a las circunstancias que concurren en el caso concreto (Recurso de Casación N.º 1445-2018, 2018).

Quizás por ello, desde la perspectiva de la subsidiaridad, excepcionalidad y provisionalidad, el máximo órgano jurisdiccional de dicho país dictó el Acuerdo Plenario N.º 01-2019, del 10 de septiembre de 2019, mediante el cual enfatizó que «La prisión preventiva en modo alguno debe ser ni la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso», razón por la cual «no es admisible que el legislador establezca presunciones legales encubiertas cuya valoración general e indiscriminada prescinda de la obligada constatación del riesgo legalmente protegido de forma individual y particularizada».

#### III.3.2.2. Brasil

Después de las modificaciones introducidas por la Ley N.º 12.403 de 2011, además de la prisión preventiva, se prevén numerosas medidas cautelares personales. Dentro de ellas destacan el arresto domiciliario

235

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

(Código Procesal Penal brasileño, 1941, arts. 317-318), la prohibición de comunicarse con ciertas personas en situaciones en las que el acusado o imputado necesite mantenerse alejado de ellas (art. 319, num. III), así como la suspensión del ejercicio de funciones públicas —o actividades de naturaleza económica o financiera— cuando exista un justo temor de que se utilicen para cometer ciertos crímenes (Badaró, 2023, pp. 1047 y ss.; Código Procesal Penal brasileño, 1941, art. 319, num. VI).

Ahora bien, es importante destacar que con la entrada en vigencia de la Ley N.º 13.964, del 24 de diciembre de 2019, se modificó el Código Procesal Penal brasileño en orden a remarcar el carácter residual, subsidiario y excepcional de la prisión preventiva (De Almeida & Canal, 2023, pp. 2 y ss.). Más concretamente,

La prisión preventiva solo será determinada cuando no sea posible su sustitución por otra medida cautelar [...], y la no adecuación de sustitución por otra medida cautelar deberá justificarse de forma fundada en los elementos presentes en el caso concreto y de forma individual (Código Procesal Penal brasileño, 1941, art. 282, num. II, § 6)<sup>19</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que tratándose del delito de corrupción y el crimen organizado, dicho entendimiento ha sido matizado en el último tiempo. En el famoso caso «Operación Faroeste», el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha sostenido que «se entiende que la necesidad de interrumpir la actividad de una organización delictiva y la probabilidad fundada de reincidencia constituyen causales idóneas para mantener una prisión preventiva» (HC 214243 AgR/ RJ-Río de Janeiro, 2022). De allí que

Las medidas cautelares [decretadas] deban mantenerse para salvaguardar el orden público, por la gravedad de los delitos, ya que se trata de una organización criminal que “vendía” decisiones judiciales, formando una verdadera máquina de corrupción en funcionamiento en el Tribunal de Justicia de Bahía.

### III.3.2.3. Chile

Desde la implementación del Código Procesal Penal del año 2000, para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento y la ejecución de la sentencia, el tribunal puede imponer al imputado una o más medidas cautelares después de formalizada la investigación<sup>20</sup>. Estas pueden abarcar desde la privación de libertad, total o parcial, en su domicilio o el

<sup>19</sup> Traducción de los autores.

<sup>20</sup> A este catálogo habría que añadir la medida cautelar especial incorporada por la Ley N.º 20.585, del 11 de mayo de 2012, que introdujo un nuevo artículo 156 bis en el Código Procesal Penal.

lugar que el propio imputado señale, hasta la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o la autoridad que este último designe (art. 155).

Ahora bien, en el tema que nos ocupa, cabe mencionar que debido a la ausencia de un régimen cautelar específico para la corrupción organizada transnacional, hasta hace poco la tendencia predominante en Chile era un uso restringido y residual de la prisión preventiva, dando un mayor énfasis a la adopción de medidas cautelares genéricas para este tipo de ilícitos (Duce, 2019, pp. 17-18). Sin embargo, debido al aumento exponencial de los delitos asociados a la criminalidad organizada y los intentos de bandas extranjeras por establecer sus operaciones en el país, se han ido instaurando nuevas regulaciones para combatir esta problemática. En lo que nos interesa, mediante la Ley N.º 21.635, del 16 de diciembre de 2023, se modificó el Código y se incluyeron nuevos criterios de procedencia en materia de prisión preventiva por uso de armas de fuego o pertenencia a una organización criminal. Por lo tanto, para determinar si la libertad del imputado es o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, la nueva ley establece que el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias:

La gravedad del hecho; la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla o formando parte de una organización o asociación (art. único, num. 1, lit. a, incs. I-II).

De esta forma, en armonía y concordancia con la Ley N.º 21.577, de 2023, el hecho de formar parte de un grupo o asociación criminal de dos o más personas destinadas a cometer el hecho punible es suficiente fundamento para considerarlo un peligro para la sociedad y, consiguientemente, para justificar la procedencia de la prisión preventiva por sobre otras medidas cautelares personales.

### *III.3.2.4. Colombia*

De conformidad con el artículo 295 del Código Procesal Penal colombiano, de 2004, Ley 906, todas las disposiciones de dicho código que «autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales». Dando plausibilidad a tal regulación, el legislador colombiano faculta al juez a imponer una o varias medidas cautelares, según sea el caso, adoptando las que van desde la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado hasta la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia y monitoreo electrónico (art. 307).

237

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

Sin perjuicio de lo anterior, en relación con los delitos de corrupción y crimen organizado transnacional, si bien en Colombia en teoría resulta plenamente factible aplicar cualquiera de las medidas cautelares personales, se debe destacar que diversas modificaciones legislativas introducidas al código dan preponderancia implícita a la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad para estos ilícitos. Principalmente a través de la Ley N.º 1908, del 9 de julio de 2018 —que, entre otros cuerpos normativos, modificó el código, Ley 906 de 2004, con la finalidad de fortalecer la investigación y judicialización de los grupos delictivos organizados (GDO) y los grupos armados organizados (GAO)—, se agregaron dos tipos de ideas matrices en relación a las medidas cautelares aplicables a miembros de estos grupos: por un lado, estableciéndose plazos de hasta tres años de extensión para medidas de aseguramiento privativas de la libertad y, por otro lado, determinando que la sustitución de una medida privativa de libertad por otra de menor intensidad deberá efectuarse siempre con mayores formalidades y exigencias que para los delitos tradicionales<sup>21</sup>. No en vano dicha normativa fija también ciertos criterios para determinar el peligro para la comunidad y el riesgo de no comparecencia en las investigaciones contra miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados, incluyendo «la gravedad de las conductas delictivas asociadas con el grupo; especialmente si se trata de delitos como el homicidio, secuestro, extorsión o el lavado de activos» (Código Procesal Penal colombiano, 2004, art. 313, lit. A, num. 2). De esta forma, como ha sostenido la Corte Constitucional colombiana, si bien

la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, [...] su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (Sentencia SU-122/22, 2022).

#### IV. VISIÓN COMPARADA

En las páginas anteriores, con auxilio de la comparación jurídica, se ha podido observar un fenómeno que anticipamos: la variedad y disparidad de los criterios que inspiran a las medidas cautelares personales en el ámbito de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Así, al margen de los serios esfuerzos desarrollados por algunos países a efectos de combatir esta clase de ilícitos, resulta un lugar común identificar una serie de resistencias normativas, económicas y culturales en pos de lograr dicha armonización. Esta conclusión, que identifica variadas resistencias, puede verse reforzada con la información que

<sup>21</sup> Artículo 307, literal A del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 317, literal A del mismo cuerpo normativo.

aporta el Índice de Percepción de la Corrupción 2022 (IPC) elaborado por Transparencia Internacional<sup>22</sup>, según el cual ningún país registró mejoras significativas en su puntuación desde el año 2017, por lo que la corrupción en el contexto del crimen organizado transnacional aún continúa siendo una asignatura pendiente en las Américas, con tasas que permanecen estancadas y cuyos indicadores no parecen mejorar. Más aún, a la conocida inercia de las autoridades respecto a tomar medidas contundentes para combatir esta clase de delitos se suma la lentitud de las investigaciones y la falta de insumos normativos que doten a los fiscales, jueces y operadores jurídicos de mayores y mejores herramientas. De allí que una de las vías más utilizadas para cumplir dicho fin y asegurar así el esclarecimiento de los supuestos que sustentan tales ilícitos sea la adopción de medidas cautelares personales.

Ciertamente, a pesar de que tales instrumentos cautelares no constituyen una herramienta de política-criminal directa, sí poseen a nivel de tratados internacionales una serie de reconocimientos y contornos que disciplinan su aplicación racional en el contexto que nos ocupa. Más concretamente, tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevén dentro de sus propósitos no solo promover la cooperación entre Estados para prevenir y combatir más eficazmente la corrupción y la delincuencia organizada transnacional, sino también adoptar medidas cautelares apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior (siguiendo el artículo 30, numeral 4 de la CNUCC en relación con el artículo 11, numeral 3 de la CNUDOT).

No obstante, más allá de los epígonos puros, si se examinan detenidamente los distintos criterios de protección cautelar desarrollados a lo largo de esta investigación y se contrastan con la realidad normativa de los diversos países analizados, se evidencia la ausencia de un marco normativo claro, uniforme y específico que favorezca una efectiva cooperación cautelar en esta materia. Esto se debe a que, a pesar de los significativos avances en la regulación de este fenómeno, la mayoría de los esfuerzos realizados tanto en el ámbito del derecho comparado latinoamericano como no latinoamericano dan cuenta de una vigorización del cuestionable rol de las medidas cautelares personales como criterio potencialmente idóneo para mermar o evitar la continuación de la actividad delictiva en esta clase de ilícitos; en particular, apuntando a la posible reiteración delictiva

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

22 El IPC se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>

por la adscripción del imputado a una determinada organización criminal (Italia, España, Estados Unidos, Colombia y Chile), o apelando a la gravedad de la pena asignada al delito y al carácter complejo de la investigación (Brasil y Perú).

Lo curioso del caso, sin embargo, es que tratándose del riesgo de fuga en cuanto fin cautelar legítimo, salvo algunas excepciones, no se observa que este criterio sea el que esté guiando en general la aplicación de las medidas cautelares personales en este contexto. Esto se debe principalmente a que la mayoría de las legislaciones analizadas exige que el riesgo de fuga no se deduzca exclusivamente de la gravedad de la infracción (Italia, España, Colombia y Perú), requiriéndose, además, de una serie de antecedentes, pruebas y atestados que justifiquen la verosimilitud del riesgo alegado (Estados Unidos y Chile), así como la posibilidad real y efectiva de su ocurrencia práctica (Brasil). A esto se agrega, por otro lado, la escasa o nula consideración al régimen de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, focalizándose la mayoría de los esfuerzos en reforzar la tutela cautelar privativa de libertad por sobre la restrictiva de libertad o de otros derechos. Incluso, tratándose de la posibilidad de la libertad bajo fianza, según se vio, la tendencia mayoritaria es prohibir o restringir su aplicación en el contexto del crimen organizado transnacional (Italia, España y Estados Unidos) en vista, precisamente, de la alta rentabilidad económica de sus miembros y la posibilidad de que puedan eludir la justicia de esta manera.

Por este motivo, el corolario de una aproximación comparativa así esbozada exige reconocer la necesidad de perfilar una arquitectura cautelar específica y autónoma para este tipo de delitos, buscando que no caiga en exiguos minimalismos que hagan ilusorio su campo de aplicación, pero también que evite las múltiples caricaturas de autoritarismo que suelen acompañar al discurso doctrinal sobre la modernización de las medidas cautelares. Ciertamente, la superación de estas deficiencias impone la necesidad de revisar, desde un punto de vista jurídico-filosófico, las razones que pueden esgrimirse como premisas para la adopción —y el mantenimiento— de una política criminal integral, dúctil y abierta que sirva de base para decisiones legislativas coherentes en el marco de un sistema cautelar transnacional.

## V. CONCLUSIONES

Aun manteniendo la significación distintiva de cada uno de los ordenamientos consultados, consideramos que una de las pautas fundamentales para lograr decisiones legislativas coherentes que no solo manifiesten criterios uniformes y homogéneos, sino que también promuevan un lenguaje común en la materia que trata este estudio,



consiste en fomentar la observancia de los siguientes estándares y criterios:

1. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que se demuestre su culpabilidad de conformidad con la ley, independientemente de la calificación del delito y de la gravedad de la pena que se le asigne. Por lo tanto, cualquier medida cautelar personal cuyo objetivo sea privar o restringir la libertad del acusado en los contextos de corrupción y crimen organizado transnacional debe ser excepcional, instrumental y provisional.
2. La aplicación judicial de cualquier medida cautelar dispuesta en el curso del procedimiento penal debe encontrar fundamento, para estar justificada racionalmente, en la necesidad de neutralizar riesgos procesales legítimos y, además, que esa medida deba resultar indispensable para cumplir con tales objetivos. En ese sentido, no constituyen fines cautelares legítimos en el delito de corrupción y crimen organizado transnacional ni la evitación de conductas delictivas futuras ni la privación de libertad del acusado avalada en condenas pretéritas del mismo.
3. La magnitud de la pena prevista para el delito de corrupción y crimen organizado no puede operar como único criterio —de aplicación automática y mecánica— para ponderar la necesidad de imposición de una medida cautelar personal. A dicho criterio, considerado en abstracto, deben añadirse otros factores que permitan justificar de forma expresa y categórica la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida.
4. Para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, resulta plenamente coherente para estos ilícitos establecer como criterio de peligrosidad la pertenencia del imputado a grupos delictivos organizados en la comisión de delitos de corrupción, extorsión y lavado de activos. No obstante, en especial si se trata de una solicitud de prisión preventiva, a nivel normativo se debe fijar un estándar de prueba idóneo que permita avalar fundadamente la existencia del delito y la participación del imputado.
5. Toda persona que estuviere ostentando función o cargo público, y fuese formalizada por el delito de corrupción y crimen organizado transnacional, debe quedar sometida automáticamente a la medida cautelar personal de suspensión del empleo o cargo mientras dure la investigación. Sin embargo, corresponderá al juez establecer por medio de resolución judicial fundada las condiciones y modalidades bajo las cuales dicha medida se cumplirá.

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

6. Finalmente, en consonancia con el principio de cooperación internacional que rige esta materia, se debiesen promover acuerdos y convenciones internacionales que versen específicamente sobre las pautas y criterios elementales de las medidas cautelares personales y sus formas de cumplimiento. En efecto, a lo menos desde la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979, no existen a la fecha en nuestro entorno directrices actualizadas que aseguren los efectos cautelares del proceso penal ante el crecimiento desmedido y exponencial de la corrupción en el marco del crimen organizado transnacional.

## REFERENCIAS

Agostino, L. (2024). Seguimiento electrónico transfronterizo: en busca de un nivel adecuado de protección de la intimidad del sospechoso. En M. Jimeno y Á. Tinoco (dirs.), *El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia* (pp. 649-661). Valencia: Tirant lo Blanch.

Albanese, J. (2021). Organized Crime as Financial Crime: The Nature of Organized Crime as Reflected in Prosecutions and Research. *Victims & Offenders*, 16(3), 431-443. <https://doi.org/10.1080/15564886.2020.1823543>

Arbulú, V. (2020). La prisión preventiva en las investigaciones penales contra el crimen organizado. En F. Heydegger (coord.), *Prisión preventiva y detención domiciliaria. Casos polémicos* (pp. 211-236). Lima: Instituto Pacífico.

Armenta, T. (2021). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.

Badaró, G. (2023). *Processo Penal* (11.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Barona, S. (2019). Las medidas cautelares. En Juan Montero Aroca, Juan-Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, Iñaki Esparza Leibar y José Francisco Etxeberria Guridi, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (pp. 275-318). Valencia: Tirant lo Blanch.

Basile, F. (2021). *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali* (Edoardo Zuffada, colab.; 2.ª ed.). Torino: Giappichelli.

Bayón, J. (2019). Presunción de inocencia y carga de la prueba. En Manuel Cancio Meliá, Mario Maraver Gómez, Yamila Fakhouri Gómez y Daniel Rodríguez Horcajo (eds.), y Gonzalo Basso (coord.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro* (vol. I, pp. , 61-75). Madrid: UAM Ediciones.

Bene, T. (2019). Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali. En A. Scalfati (ed.), *Le indagini atipiche* (2.ª ed.; pp. 443-464). Torino: Giappichelli.

Benito, D. (2021). La respuesta desde el Derecho penal transnacional: especial atención al análisis político-criminal. En Héctor Olásolo, Esperanza Buitrago

Díaz, Carmen Mané Granados y Andrés Sánchez Sarmiento (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano* (pp. 597-639). Valencia: Tirant lo Blanch.

Berdugo, I. (2018). El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas. *Revista Derecho & Sociedad*, (52), 165-181. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21219>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2023). *Historia de la Ley N.º 21.635*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8248/>

Binder, A. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Buzzelli, S. (2017). Le videoconferenze transnazionali. *Processo penale e giustizia*, (2), 326-335. <https://www.processopenaleegiustizia.it/le-videoconferenze-transnazionali>

Caponi, R. (2022). A comparação como método (uma nota sobre a estrutura do *tertium comparationis*). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 23(1), 1255-1265. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/64399/40738>

Cerrada, M. (2020). *Criminalidad organizada. Tratamiento policial y judicial*. Madrid: Bosch.

Chinnici, D., & Negri, D. (2015). Introduzione: una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti. En D. Chinnici (ed.), *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»* (pp. 3-14). Roma: Dike.

Cordero, F. (2012). *Procedura penale* (9.ª ed.). Milán: Giuffrè.

Couto de Brito, A. (2020). Brasil. Sistemas penales comparados. La detención preventiva (Pre-trial detention). *Revista Penal*, (46), 230-311. <https://editorial.tirant.com/es/libro/revista-penal-n-46-julio-2020-juan-carlos-ferre-olive-E000020005545>

Cristancho, J. (2022). El “peligro para la comunidad” y la prisión preventiva en Colombia: ¿Por qué insistir en la vigencia de una norma inconstitucional? *Ius et Praxis*, 28(2), 243-262. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000200243>

De Almeida, N., & Canal, G (2023). Prisiones cautelares y reforma del sistema procesal penal brasileño: análisis del paquete anticrimen y del proyecto de nuevo Código Procesal Penal. *Revista Crítica Penal y Poder*, (24), 1-21. <https://doi.org/10.1344/cpyp.2023.24.41819>

De la Rosa, J. (2015). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

De Sousa, R., & Adriano, C. (2011). Las prisiones cautelares en Brasil. En Leticia Lorenzo, Cristián Riego y Mauricio Duce (coords.), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas* (vol. 2, pp. 127-170). Santiago de Chile: CEJA.

Del Río, G. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano* [tesis de doctorado en Derecho Procesal, Universidad de Alicante]. <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/54307>

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

Díaz, M. (2021). Prisión provisional. Libertad provisional. Medidas de protección de las víctimas de violencia de género, doméstica y menores de edad y con la capacidad judicialmente modificada. Otras resoluciones provisionales. En Vicente Gimeno, Manuel Díaz Martínez y María Sonia Calaza López, *Derecho procesal penal* (pp. 385-406). Valencia: Tirant lo Blanch.

Dobbie, W., Goldin, J., & Yang, C. (2018). The effects of pretrial detention on conviction, future crime, and employment: evidence from randomly assigned judges. *American Economic Review*, 108(2), 201-240. <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.20161503>

Dobbie, W., & Yang, C. (2019). *Proposals for Improving the U.S. Pretrial System*. Washington D. C.: The Hamilton Project. [https://www.hamiltonproject.org/assets/files/DobbieYang\\_PP\\_20190319.pdf](https://www.hamiltonproject.org/assets/files/DobbieYang_PP_20190319.pdf)

Duce, M. (2019). *El sistema de justicia penal y su lucha contra la corrupción en América Latina. Informe de Chile*. Santiago de Chile: Tinker, Espacio Público.

Espinoza, D., & Peláez, A. (2021). *Lecciones de Derecho procesal penal colombiano*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrer, J. (2016). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En *Motivación y racionalidad de la prueba* (pp. 243-273). Lima: Grijley.

García, B. (2021). Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco). *Revista Penal*, (47), 61-83. <https://editorial.tirant.com/es/libro/revista-penal-n-47-enero-2021-juan-carlos-ferre-olive-E000020005546>

Gatta, G. (2021). Prescripción del delito, duración razonable del proceso y protección de bienes jurídicos. En D. Santana, S. Fernández, S. Cardenal, D. Carpio y C. Castellví (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez* (pp. 203-215). Barcelona: Atelier.

Gatta, G. (2023). L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022. *Sistema Penale*, (1), 35-49. <https://air.unimi.it/handle/2434/986351>

Gatto, A. (2017). *Le nuove misure cautelari. Questioni controverse e soluzioni pratiche*. Milán: Giuffrè.

Gimeno, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Navarra: Aranzadi.

González, J. (2022). La corrupción como amenaza a la seguridad nacional. *Revista Penal*, (50), especial XXV aniversario, 152-161. <https://editorial.tirant.com/es/libro/revista-penal-n-50-julio-2022-especial-xxv-aniversario-juan-carlos-ferre-olive-E000020005661>

Guevara, I. (2020). La relación entre la detención domiciliaria y la prisión preventiva no es de alternancia, sino de correspondencia y reemplazo. En F. Heydegger (coord.), *Prisión preventiva y detención domiciliaria. Casos polémicos* (pp. 329-400). Lima: Instituto Pacífico.

Holsinger, A., Lowenkamp, C., & Pratt, T. (2023). Is Pretrial Detention an Effective Deterrent? An Analysis of Failure to Appear and Rearrest Says "No". *Federal Probation*, 87(1), 3-7. [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/87\\_1\\_1\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/87_1_1_0.pdf)

Horvitz, M., & López, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno* (vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Illuminati, G. (2018). Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, 13(1), 109-148. <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/download/85/97>

Kleemans, E. (2014). Theoretical perspectives on organized crime. En Letizia Paoli (ed.), *The Oxford Handbook of Organized Crime* (pp. 32-52). Oxford: Oxford University Press.

Kudlich, H. (2018). Corrupción y proceso penal. En V. Gómez, J. Montiel y H. Satzger (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (pp. 195-209). Madrid: Marcial Pons.

Larson, J., Surya, M., Lauren, K., & Julia, A. (2016, 23 de mayo). How we analyzed the Compas recidivism algorithm. *ProPublica*. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>

Lupo, G. (2019). Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary. *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, 8(2), 76-95. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ss0ar-62463-8>

Madanipour, A., & Thompson, M. (2020). Is globalization linked to low corruption in OECD countries? *Crime, Law and Social Change*, 73(4), 443-455. <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09874-1>

Mangiaracina, A. (2019). L'eterno ritorno: vacilla l'autonoma valutazione in sede cautelare. *Processo penale e giustizia*, (2), 517-525. <https://iris.unipa.it/retrieve/e3ad891f-0474-da0e-e053-3705fe0a2b96/Mangiaracina-%20PPG%202019%2C%20n.%202.pdf>

Mañalich, J. (2020). *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Mongillo, V. (2012). *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un Diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Morelli, F. (2015). L'allentamento delle presunzioni legali e giurisprudenziali. En D. Chinnici (ed.), *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario* (pp. 15-38). Roma: Dike.

Moreno, V. (2019). La prisión provisional de los condenados del proceso. *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (26), 200-232. <https://doi.org/10.36151/rd.2019.021>

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

Morris, S. (2021). Corruption, rule of law and democracy: concepts, boundaries and oxymora. *Mexican Law Review*, XIII(2), 153-174. <https://doi.org/10.22201/ij.24485306e.2021.2.15338>

Muñoz, J. (2021). *Respuesta al crimen organizado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Negri, D. (2015). Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio. En D. Chinicci (ed.), *Le misure cautelari personali nella strategia del minimo sacrificio necessario* (pp. 39-70). Roma: Dike Giuridica Editrice.

Nocerino, W. (2021). *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*. Milán: Cedam.

Núñez, S., & Rodríguez, J. (2021). La cooperación de la Unión Europea en la lucha contra el narcotráfico en América Latina. *Anuario en Relaciones Internacionales del IRI: 2021*, s.n., 1-8. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/129235>

Nuño, L., & Melgar, S. (2019). Redes de criminalidad, corrupción y punibilidad: El caso del Gobierno Regional de Áncash 2007-2014. *Revista Derecho & Sociedad*, (52), 143-163. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/21218>

Olásolo, H. (2021). Conclusiones. En Héctor Olásolo, Esperanza Buitrag Díaz, Carmen Mané Granados y Andrés Sánchez Sarmiento (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano* (pp. 827-884). Valencia: Tirant lo Blanch.

Olásolo, H., & Galain, P. (2018). *Los desafíos del Derecho Internacional Penal. Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Olásolo, H., & Galain, P. (2022): La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXV(29) 227-249. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200227>

Orlandi, R. (2022). La duplice radice della presunzione d'innocenza. En Boldrin Alvisé, Bolognari Massimo, Daniele Marcello, Paulesu Pier Paolo y Signorato Silvia (eds.), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris* (pp. 3-21). Torino: Giappichelli.

Pacelli, E. (2020). *Curso de Processo Penal* (24.ª ed.). São Paulo: Atlas.

Pegoraro, L. (2001). El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (112), 9-26. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27658.pdf>

Peyrano, J. (1998). Régimen de las medidas cautelares en el Mercosur, y anotaciones complementarias. *Themis: Revista de Derecho*, (37), 243-254. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11708>

Piedrahita, P. (2020a). Estrategias de la lucha contra el crimen organizado. Tratamiento legislativo y jurisprudencial del crimen organizado transnacional en América Latina. *Iberoamérica*, 110(1), 109-136. <https://doi.org/10.37656/s20768400-2020-1-06>



Piedrahita, P. (2020b). La corrupción política como crimen organizado transnacional. *Revista Criminalidad*, 62(2), 233-245.

Piedrahita, P. (2020c). Local y global: el Estado frente al delito transnacional. *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, (46), 137-160. <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.06>

Posada, J. (2024). *Crítica al régimen de libertad en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Tirant lo Blanch.

Prado, V. (2020). Perú. Sistemas penales comparados. La detención preventiva (Pre-trial detention). *Revista Penal*, (46), 276-284. Valencia: Tirant lo Blanch. <https://editorial.tirant.com/es/libro/revista-penal-n-46-julio-2020-juan-carlos-ferre-olive-E000020005545>

Ragués, R. (2023). *La prisión provisional como ultima ratio*. Madrid: Marcial Pons.

Ramírez-Montes, S., & Peñafor, J. (2021). El caso del cartel de la toga. En Héctor Olásolo, Esperanza Buitrag Díaz, Carmen Mané Granados y Andrés Sánchez Sarmiento (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano* (pp. 77-105). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ramos, F. (2006). *Enjuiciamiento Criminal. Octava Lectura Constitucional*. Barcelona: Atelier.

Riquelme-Rivera, J., Salinas-Cañas, S., & Franco-Severino, P. (2019). El Crimen Organizado Transnacional (COT) en América del Sur. Respuestas regionales. *Estudios Internacionales (Santiago)*, 51(192), 9-33. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.2019.52781>

Rivera, F., & Sansórubert, D. (2021). *Crimen organizado y seguridad multidimensional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Roxin, C., & Schünemann, B. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Didot.

Scella, A. (2017). Squadre investigative comuni. En *Investigazioni e prove transnazionali. Atti del XXX Convegno Nazionale*. Roma, 20-21 Ottobre 2016 (pp. 41-152). Milán: Giuffrè.

Schnacke, T. (2014). *Fundamentals of bail: A resource guide for pretrial practitioners and a framework for American pretrial reform*. Washington D. C.: National Institute of Corrections. <https://courts.mt.gov/external/pretrial/docs/Fundamentals%20of%20Bail%20-%20NIC%202014.pdf?ver=2018-11-16-095717-427>

Silva, J. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo y Buenos Aires: B de F.

Silva, J. (2023). *Metodología del Derecho penal. Ensayos*. Lima: Palestra.

Stephenson, M., & Arjon, S. (2019). An International Anti-Corruption Court? A synopsis of the debate. *U4 Anti-Corruption Resource Centre*, 5, 1-13. <https://www.u4.no/publications/an-international-anti-corruption-court-a-synopsis-of-the-debate.pdf>

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS



Stevenson, M., & Mayson, S. (2017). Pretrial Detention and Bail. En Erick Luna (ed.), *Reforming Criminal Justice* (vol. III, pp. 21-47). Phoenix: The Academy for Justice.

Stevenson, M., & Mayson, S. (2022). Pretrial detention and the value of liberty. *Virginia Law Review*, 108(3), 709-782. [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2429](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2429)

Tonry, M. (2019). Predictions of dangerousness in sentencing: déjà vu all over again. *Crime and Justice*, 18, 439-482. [https://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/840](https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/840)

Ubertis, G. (2021). Considerazione generali su investigazioni e prove transnazionali. En *Argomenti di procedura penale* (pp. 21-35). Milán: Giuffrè.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2013). *Informe sobre el examen del país del Reino de España. Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España de Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV. "Cooperación internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Ciclo de examen 2010-2015*. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013\\_06\\_28\\_Spain\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_06_28_Spain_Final_Country_Report.pdf)

Valentini, E. (2020). Italia. Sistemas penales comparados. La detención preventiva (Pre-trial detention). *Revista Penal*, (46), 267-269. <https://editorial.tirant.com/es/libro/revista-penal-n-46-julio-2020-juan-carlos-ferre-olive-E000020005545>

Valentini, E. (2021). Il «doppio binario cautelare»: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 C.P.P. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(3), 1669-1712. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.631>

VanNostrand, M., & Keebler, G. (2009). Pretrial Risk Assessment in the Federal Court. *Federal Probation*, 73(2), 3-29. <https://www.uscourts.gov/federal-probation-journal/2009/09/pretrial-risk-assessment-federal-court>

Vinson, F. (1951). *Opinión deliberativa caso Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1, 72 S.Ct. 1, 96 L.Ed. 3 (1951). [https://www.cengage.com/resource\\_uploads/downloads/0495809810\\_213636.pdf](https://www.cengage.com/resource_uploads/downloads/0495809810_213636.pdf)

Volk, K. (2016). *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Von Lampe, K. (2016). *Organized crime. Analyzing illegal activities, criminal structures, and extra-legal governance*. Thousand Oaks, Londres; y Nueva Delhi: Sage Publications.

Zacché, F. (2018). *Criterio di necessità e misure cautelari personali*. Milán: Giuffrè.

Zuñiga, L. (2015). Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: la experiencia italiana (entre eficacia y garantías). *Revista General de Derecho Penal*, 23, 1-39. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=415816](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415816).

## Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

*Acosta Calderón vs. Ecuador*, Serie C N.º 129 (Sentencia) (Corte IDH, 24 de junio de 2005).

*Ambruszkiewicz contra Polonia* (App 38797/03) (TEDH, 4 de mayo de 2006).

*Amrhein y otros vs. Costa Rica*, Serie C N.º 354 (Sentencia) (Corte IDH, 25 de abril de 2018).

*Anderson Macedo Da Silva y Otros Vs. Presidente do Superior Tribunal de Justiça* (HC 214243 AgR/ RJ) (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 1 de julio de 2022).

*Andrade Salmón vs. Bolivia*, Serie C N.º 330 (Sentencia) (Corte IDH, 1 de diciembre de 2016).

Bail Reform Act (United States Congress [Estados Unidos], 12 de octubre de 1984).

*Bell v. Wolfish* (441 U.S. 520, 533) (U.S. Supreme Court [Estados Unidos], 1979).

Cassazione penale, Sent. Sez. 5, N.º 52.633 (Corte Suprema di Cassazione [Italia], 5 de octubre de 2016).

Cassazione penale, Sent. Sez. 5, N.º 5821 (Corte Suprema di Cassazione [Italia], 7 de febrero de 2018).

Código de Procedimiento Penal brasileño, Decreto Ley N.º 3.689 (Presidencia da República [Brasil], 3 de octubre de 1941).

Código Procesal Penal chileno, Ley N.º 19.696 (Congreso Nacional [Chile], 12 de octubre de 2000).

Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley N.º 600 (Congreso de la República [Colombia], 31 de julio de 2000).

Código de Procedimiento Penal italiano, Decreto N.º 447 (Presidente della Repubblica [Italia]), 22 de septiembre de 1988).

Código Penal italiano, Decreto Real N.º 1398 (Governo della Repubblica [Italia], 19 de octubre de 1930).

Código Procesal Penal colombiano, Ley N.º 906 (Congreso de la República [Colombia], 31 de agosto de 2004).

Código Procesal Penal peruano, Decreto Legislativo N.º 947 (Poder Ejecutivo [Perú], 29 de julio de 2004).

Constitución española (Cortes Generales [España], 31 de octubre de 1978).

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), Resolución N.º 58-4 (Asamblea General de la ONU, 31 de octubre de 2003).

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU, 15 de noviembre de 2000). <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares (OEA, 5 de agosto de 1979).

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado [Uruguay], 30 de enero de 1975).

Convención Interamericana sobre la Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de la Sentencia Extranjera (OEA, 24 de mayo de 1984).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución N.º 217-A-III (Asamblea General de la ONU [Estados Unidos], 10 de diciembre de 1948).

Decreto Legislativo N.º 1307 (Presidencia de la República [Perú], 30 de diciembre de 2016).

*J. vs. Perú*, Serie C N.º 275 (Sentencia) (Corte IDH, 27 de noviembre de 2013).

*Jenkins vs. Argentina*, Serie C N.º 397 (Sentencia) (Corte IDH, 26 de noviembre de 2019).

Ley N.º 12.403 (Congreso Nacional [Brasil], 4 de mayo de 2011).

Ley N.º 20.585 (Congreso Nacional [Chile], 11 de mayo de 2012).

Ley N.º 1.453 (Congreso de la República [Colombia], 24 de junio de 2011).

Ley N.º 30.076 (Congreso de la República [Perú], 17 de julio de 2013).

Ley N.º 12.846 (Congreso Nacional [Brasil], 1 de agosto de 2013).

Ley N.º 12.850 (Congreso Nacional [Brasil], 2 de agosto de 2013).

Ley N.º 30.077 (Congreso de la República [Perú], 19 de agosto de 2013).

Ley N.º 47 (Parlamento della Repubblica [Italia], 16 de abril de 2015).

Ley N.º 1908 (Congreso de la República [Colombia], 9 de julio de 2018).

Ley N.º 21.121 Congreso Nacional [Chile], 20 de noviembre de 2018).

Ley N.º 13.964 (Congreso Nacional [Brasil], 24 de diciembre de 2019).

Ley N.º 2195 (Congreso de la República [Colombia], 18 de enero de 2022).

Ley N.º 21.577 (Congreso de la República [Chile], 15 de junio de 2023).

Ley N.º 21.635 (Congreso Nacional [Chile], 16 de diciembre de 2023).

Ley de Enjuiciamiento Criminal española (Ministerio de Gracia y Justicia [España], 14 de septiembre de 1882).

Ley Orgánica N.º 13/2003 (Cortes Generales [España], 24 de octubre de 2003).

Ley RICO, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (United States Congress [Estados Unidos], 15 de octubre de 1970).

*Mauricio Demetrio Afonso Alves Vs. Presidente do Superior Tribunal de Justiça* (HC 218906 AgR / RJ) (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 24 de octubre de 2022).

*Nestor Costa Lopez Vs. Auto de Vista Fojas 1502* (22 de agosto de 2018).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución N.º 2.200 (Asamblea General de las Naciones Unidas [Estados Unidos], 16 de Diciembre de 1966).

*Palamara Iribarne vs. Chile*, Serie C N.º 135 (Sentencia) (Corte IDH, 22 de noviembre de 2005).

*Pollo Rivera y otros vs. Perú*, Serie C N.º 319 (Sentencia) (Corte IDH, 21 de octubre de 2016).

Recurso de Casación N.º 1445-2018 (Corte Suprema de Justicia [Perú], 11 de abril de 2019).

*Romero Feris vs. Argentina*, Serie C.N.º 391 (Sentencia) (Corte IDH, 15 de octubre de 2019).

Sentencia N.º 108/1984 (Tribunal Constitucional [España], 26 de noviembre de 1984).

Sentencia SU-122/22, Extensión del Estado de Cosas Inconstitucional Contenida en la Sentencia T388 de 2013 por Hacinamiento en Centros de Detención Transitoria (Corte Constitucional [Colombia], 31 de marzo de 2022).

*Servellón García y otros vs. Honduras*, Serie N.º 152 (Sentencia) (Corte IDH, 21 de septiembre de 2006).

*Salustiano Fortich Molina Vs. Ley 906 de 2004*, Sentencia C-469/2016 (Corte Constitucional [Colombia], 31 de agosto de 2016).

*State v. Loomis* (881 N.W.2d 749) (Supreme Court of Wisconsin [Estados Unidos], 2016).

*Stack v. Boyle* (342 US. 1) (U.S. Supreme Court [Estados Unidos], 1951).

United States of American Code (Office of the Law Revision Counsel [Estados Unidos], 25 de junio de 1948).

*United States v. Orta* (760 F.2d 887) (U.S. Supreme Court [Estados Unidos], 1985).

*United States v. Salerno* (481 US. 739) (U.S. Supreme Court [Estados Unidos], 1987).

XI Pleno jurisdiccional de las salas penales permanente, transitoria y especial, Acuerdo Plenario N.º 01-2019 (Corte Suprema de Justicia [Perú], 10 de septiembre de 2019).

LAS MEDIDAS  
CAUTELARES  
PERSONALES EN  
EL CONTEXTO DE  
LA CORRUPCIÓN  
ORGANIZADA  
TRANSNACIONAL:  
ALGUNAS  
PROPUESTAS Y  
REFLEXIONES A  
PARTIR DEL ANÁLISIS  
COMPARADO

PERSONAL  
PRECAUTIONARY  
MEASURES IN  
THE CONTEXT OF  
TRANSNATIONAL  
ORGANIZED  
CORRUPTION: SOME  
PROPOSALS AND  
REFLECTIONS BASED  
ON COMPARATIVE  
ANALYSIS

Recibido: 27/08/2024  
Aprobado: 18/02/2025



# El control de convencionalidad no jurisdiccional en las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: una tendencia al alza

## Non-Jurisdictional Conventionality Control in the Recommendations of the National Human Rights Commission: An Upward Trend

ANA CRISTINA GONZÁLEZ RINCÓN\*

Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Cuajimalpa (México)

**Resumen:** El modelo de convencionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser empleado, además de por jueces y tribunales, por otros órganos dedicados a la protección de los derechos humanos, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México; sin embargo, su participación a través de un control de convencionalidad no jurisdiccional todavía es poco significativa. Por tanto, el objetivo de este artículo es demostrar a través de ejemplos y casos que hay una tendencia en las recomendaciones de la Comisión a realizar ese control bajo los parámetros establecidos y delineados por la Corte. En especial, se analizan cuatro formas diferentes en las que se manifiesta el control de convencionalidad, a la vez que se dan razones a favor de seguir expandiendo esa doctrina de manera uniforme con el fin de reforzar la protección de los derechos humanos y consolidar la articulación que existe entre el derecho nacional y el internacional.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretación conforme

**Abstract:** The model of conventionality created by the Inter-American Court of Human Rights can be used by other bodies dedicated to the protection of human rights, such as the National Human Rights Commission in Mexico, in addition to judges and courts; however, its participation in non-jurisdictional conventionality control is still very little. The objective of this article is to demonstrate through examples and cases that there is a tendency in the recommendations of the Commission to carry out this control under the parameters established and outlined by the Inter-American Court. In particular, four different ways in which the control of conventionality is manifested are analyzed, while reasons are given in favor of continuing to expand this doctrine in a uniform manner in order to strengthen the protection of human rights and to consolidate the articulation between national and international law.

\* Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Profesora de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Cuajimalpa (México).

Código ORCID: 0000-0003-0305-4808. Correo electrónico: [acgonzalez@cua.uam.mx](mailto:acgonzalez@cua.uam.mx)

**Keywords:** Conventionality control, Mexico, National Human Rights Commission, Inter-American Court of Human Rights, conformity interpretation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN TODO JURÍDICO A PARTIR DE SU CONCEPCIÓN TEÓRICO-DOCTRINAL.- II.1. EL PROCESO DE LA CONVENCIONALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS NORMATIVAS E INTERPRETATIVAS.- II.2. FLEXIBILIZACIÓN MODÉLICA Y EL CANJE DE LOS *OMBUDSPERSON* LATINOAMERICANOS.- III. CUATRO FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN.- III.1. PRIMERA FORMA: PARA DEFINIR FIGURAS JURÍDICAS.- III.2. SEGUNDA FORMA: PARA INTRODUCIR NUEVOS ELEMENTOS DE UN DERECHO HUMANO.- III.3. TERCERA FORMA: PARA COMPATIBILIZAR LA DOCTRINA NACIONAL CON LA INTERAMERICANA.- III.4. CUARTA FORMA: PARA AMPLIAR LOS PRECEDENTES NACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA.- IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD NO JURISDICCIONAL: UNA NUEVA TENDENCIA.- V. LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CLAVE DE PROGRESIVIDAD.- VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina del control de convencionalidad surgida en sede interamericana ha sido estudiada y aplicada por diversos tribunales en los Estados latinoamericanos. Como corriente académica y en el plano judicial, tanto sus implicaciones como sus consecuencias son más que conocidas. No obstante, debido a su impacto y vinculación con los derechos humanos, así como a su evolución constante, ha atraído la atención de otras instituciones no jurisdiccionales, pero encargadas igualmente de la protección de los derechos y las libertades fundamentales, como los *ombudsperson* latinoamericanos. En el caso de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) ha sentido esa atracción, en parte, en la búsqueda de respuestas jurídicas más precisas e innovadoras que le brinden claridad y certeza.

En la actualidad, si bien no existen posiciones doctrinales que se hayan negado totalmente a la idea de que otros órganos, diferentes a los judiciales, pueden estar aplicando esta doctrina, tampoco hay estudios que la prueben, pues la literatura académica predominante en lo concerniente al control de convencionalidad se ha referido, sobre todo, al actuar de los jueces como principales garantes de los derechos de las personas. Sin embargo, sí existe una opinión académica que rechaza que órganos investigadores puedan estar ejerciendo un control de convencionalidad, pues a su parecer la función de investigación, más que un control de convencionalidad, la hacen en cumplimiento del estándar mínimo de protección establecido en el artículo 1 constitucional (Quintana Osuna, 2018, pp. 416-417).



De acuerdo con ese criterio, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que todas las autoridades deben aplicar el control, la misma Corte IDH ha referido que solo «adquiere sentido cuando lo aplican las autoridades judiciales» (Quintana Osuna, 2018, p. 416). Desde esta posición, en el fondo se trata del mismo debate antiguo sobre cuál es la naturaleza jurídica de los *ombudsperson*: si son magistraturas de persuasión (Alfonzo Jiménez, 2015, p. 49; Corchete Martín, 2001, p. 31; Fix-Zamudio, 1995, p. 91; Natarén Nandayapa, 2005, p. 153) o de influencia (González Volio, 2000, p. 237), parte de la justicia informal (Fix-Fierro, 1993, p. 224), si tienen autoridad moral o jurídica, o si lo que buscan no es vencer sino convencer (Acuña Llamas, 2001, pp. 178-179).

No obstante, lo importante es determinar la capacidad que tienen dichas instituciones para alcanzar el objetivo del control de convencionalidad, que es hacer efectivos los principios, normas y valores provenientes del derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana), que entró en vigor en 1978. Bajo este supuesto, resulta pertinente examinar, primero, las atribuciones del *ombudsperson* mexicano para, después, debatir si efectivamente está legitimada para ejercer ese control de convencionalidad dentro de sus propios límites y facultades, y conforme a los contornos establecidos por la Corte IDH.

Para esta postura académica resulta fundamental analizar la doctrina del control de convencionalidad como un todo jurídico, pues de esta forma se puede entender que esté intrínsecamente ligada a todos los órganos del Estado. Si el propósito fundamental de esta doctrina es incidir en las interacciones jurídicas nacionales para consolidar la materialización de uno de los más importantes desafíos de la región latinoamericana, que es la protección y el respeto de los derechos humanos en términos de igualdad y efectividad, entonces la CNDH está llamada a participar decisivamente en ese objetivo.

En la actualidad, la diversidad e interacción entre los distintos niveles normativos no puede negarse, y si bien algunas veces esas relaciones resultan complejas por la cantidad de intérpretes que participan, su influencia es vital porque ellas mismas pueden hacer evolucionar y expandir la doctrina del control de convencionalidad. Un juez tiene la posibilidad de interpretar las normas y, de ser el caso, de inaplicarlas; en ello radica su verdadero poder. Pero un órgano no jurisdiccional también tiene sus propios atributos, como el de visibilizar una problemática generalizada y proponer soluciones a partir de sus recomendaciones. Ambos modelos de protección de los derechos humanos persiguen el mismo fin y pueden complementarse. Por tanto, la pluralidad de respuestas debe verse como una virtud y no como un obstáculo, pues al

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

igual que puede constituir un desafío en cuanto a posibles divergencias interpretativas (Martínez Neira, 2024, p. 153), también son una fortaleza para los derechos fundamentales y la promoción de una cultura jurídica interamericana (p. 165).

Por lo anterior, el propósito de este trabajo es analizar la pertinencia de la CNDH para aplicar el control de convencionalidad y mostrar con algunos ejemplos que ya lo viene realizando, en consonancia con sus facultades. A fin de alcanzar ese objetivo, el artículo se estructura en cuatro partes: en la primera, se examina brevemente la configuración teórica del control de convencionalidad a partir de sus consecuencias normativas e interpretativas, así como el encuadre de los *ombudsperson* en ese modelo. En la segunda parte, se abordan las cuatro formas en que se ha detectado un control de convencionalidad en las recomendaciones de la CNDH durante el periodo 1990-2019. La relevancia de esos años radica en que en 1990 la CNDH comenzó sus funciones de protección de los derechos humanos y en 2019 concluyó el último periodo completo de su último titular. En la tercera parte, se destaca la legitimidad constitucional de la CNDH para continuar aplicando esa doctrina; y, finalmente, en la última parte, se explica la necesidad de seguir implementando esa tendencia en clave de progresividad.

Asimismo, tres son las perspectivas que guían todo el artículo: la teórica, la interpretativa y la analítica. En estos términos, se da cuenta tanto cuantitativa como cualitativamente de ejemplos en los que la CNDH ha podido ejercer convencionalmente su función constitucional de proteger los derechos y las libertades fundamentales en México.

## II. LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN TODO JURÍDICO, A PARTIR DE SU CONCEPCIÓN TEÓRICO-DOCTRINAL

La figura del control de convencionalidad fue presentada inicialmente en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myma Mack Chang vs. Guatemala* (2003), en el que señaló que

no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio (sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto) y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana (§ 27).

A partir de ahí, como ya es conocido, la Corte IDH desarrollaría una línea jurisprudencial en la materia<sup>1</sup>, comenzando en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en 2006, con la finalidad de imponer a los Estados la observancia obligatoria de la Convención Americana.

Con el fin de procurar un entendimiento conceptual común, la Corte IDH definió al control de convencionalidad como el instrumento para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo su propia jurisprudencia (*Gelman vs. Uruguay*, 2013, § 65). Según lo expresado por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2014),

esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris* interamericano (p. 237).

Por su parte, autores como González Domínguez (2017) la han descrito como

una medida necesaria para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, a través de la remoción de aquellos obstáculos legales que impiden garantizar el efecto útil de la Convención, lo que en última instancia permite garantizar su pleno goce y ejercicio (p. 67).

Para Celis Vela (2024) se trata de un modelo de articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno con la correlativa concurrencia de intérpretes locales e internacionales (p. 1335). Pittier (2021), finalmente, concibe al control de convencionalidad como

un mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado se ajusta a las normas, principios y obligaciones de la CADH, principalmente, instrumento en el cual la Corte IDH funda su competencia contenciosa (p. 88).

Cada una de estas nociones tienen en común la visión utilitarista del control de convencionalidad como un instrumento de interpretación para garantizar, aplicar, articular o ajustar el marco normativo nacional al internacional, representado sobre todo por la Convención Americana. Y aunque es cierto que una parte del concepto recae sobre un proceso interpretativo, la Corte IDH ha establecido que el fundamento

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

1 Las sentencias en que la Corte IDH desarrolla la doctrina del control de convencionalidad son las siguientes: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (2007), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), *Gelman vs. Uruguay* (2011), *Gelman vs. Uruguay* (2013), *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012), *Andrade Salmón vs. Bolivia* (2016) y *Petro Urrego vs. Colombia* (2020).

legal de esta doctrina se encuentra en los artículos 1, numeral 1, 2 y 25 de la Convención Americana. De esa forma, hizo hincapié en la obligatoriedad de proporcionar recursos judiciales efectivos y de que estos garanticen la observancia de las leyes y de la propia Convención, así como lo dispuesto por la Constitución de cada país, en lo que se ha denominado «el derecho a la garantía de los derechos fundamentales» (*Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, 2014, § 83).

Siendo así, desde esta postura el control de convencionalidad combina ambos elementos: el ser una garantía para la protección de los derechos y el uso de la interpretación como herramienta fundamental para asegurar la coherencia (y algunas veces la confrontación) entre las normas internas y las internacionales. De ahí que lo que se debe hacer es construir una interpretación auténtica en cada caso y asumirse como un todo jurídico «tanto de conductas o acciones perseguidas, cuando exista una manifiesta incompatibilidad con el *corpus iuris* interamericano, como de normas y reglas, para así evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente» (Ferrer Mac-Gregor, 2014, pp. 239-240).

En esencia, el control de convencionalidad implica que los jueces y otras autoridades nacionales deben evaluar la compatibilidad de las leyes y decisiones internas con los principios y normas establecidos en los tratados de derechos humanos (Miranda García & López Moya, 2024, p. 1258). Entre las conductas para evaluar la compatibilidad se encuentra la interpretación conforme (Colque Lizárraga, 2022, p. 191) como la primera y más frecuente, pero también hay otras más extremas, como reclamar la inaplicación de la norma nacional en caso de contradecir abiertamente los principios y reglas internacionales.

## II.1. El proceso de la convencionalidad y sus consecuencias normativas e interpretativas

Desde la lectura doctrinal de Néstor Pedro Saguës (2010), aquí estudiada y utilizada para ejemplificar el tipo de control que lleva a cabo la CNDH, el parámetro de convencionalidad se ejerce sobre toda norma de orden interno y se puede concretar materialmente en dos resultados: el destructivo y el constructivo (p. 130). La faceta destructiva, afirma el autor, sucede una vez que se identifican las interpretaciones convencionales de las no convencionales y, como consecuencia, se inaplican las reglas nacionales contrarias. Debido a su complejidad y a la técnica jurídica necesaria para su intención de anular lo doméstico por lo internacional, así como por su rol en la defensa de la constitución convencionalizada, se ha dejado en exclusiva a los jueces (Saguës, 2014, p. 224). En sentido contrario, la faceta constructiva de convencionalidad se reserva a casos más simples en los que los operadores internos

pretenden lograr una mayor compatibilidad con el derecho nacional, pues de los dos es el que permite seguir funcionando al derecho local en armonía con los parámetros interamericanos (pp. 222-223). Se puede afirmar, entonces, que dadas las facultades con las que cuenta la CNDH para iniciar investigaciones y derivarlas en recomendaciones, su papel no estaría del lado del control destructivo de convencionalidad, sino del constructivo en tanto no tiene permiso para ir en contra de la ley expresamente considerada y anularla, pero sí para interpretarla cuando en ella se adviertan conductas arbitrarias o ilícitas, en lo que se ha denominado una «interpretación adaptativa de la norma nacional» (Vargas Morales, 2021, p. 360).

Ahora bien, desde el ámbito nacional, a partir del caso *Radilla Pacheco* en 2009, que condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) estableció una pauta hermenéutica sobre los alcances que debía tener el control de convencionalidad, de acuerdo con su criterio, para ser aplicado por las autoridades mexicanas. Por tanto, en esa ocasión manifestó que

todas las autoridades del país dentro del ámbito de sus competencias se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate (Expediente Varios 912/2010).

Enseguida, propuso tres pasos para realizarlo. El primero consistía en una interpretación conforme en sentido amplio, en la que los jueces del país y todas las demás autoridades del Estado mexicano debían interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución (1917) y en los tratados internacionales. El segundo estaba basado en una interpretación conforme en sentido estricto en la que, a partir de la presunción de constitucionalidad, solo los jueces pueden preferir entre varias interpretaciones jurídicamente válidas aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. En tercer lugar, la inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles (Expediente Varios 912/2010). Según este criterio, las conductas relativas a la interpretación en sentido estricto y la inaplicación de la ley se encuentran reservadas para los jueces, mientras que en el caso de la interpretación conforme en sentido amplio se encuentra destinada a todas las demás autoridades.

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

Por su parte, el tribunal interamericano ha mantenido firmemente desde su origen que los sujetos encargados de llevar a cabo el control abarcan a todas las autoridades públicas dentro de su esfera de competencia (*Gelman vs. Uruguay*, 2013, § 66), las cuales, dependiendo de sus atribuciones, pueden implicar la interpretación en consonancia con la Convención Americana o la inaplicación de disposiciones normativas contrarias a ella. Lo anterior, en una especie de gradación en cuanto a los diversos niveles de intensidad del control (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, § 225), siendo mayor cuando los jueces tienen la competencia de inaplicar o declarar la invalidez de una norma general por inconventionalidad; intermedio cuando solo cabe la interpretación conforme; máximo cuando se trata de los altos tribunales constitucionales, los que generalmente tienen la facultad de declarar la invalidez de la norma *erga omnes*; y menor en los sistemas en donde los jueces carecen de la facultad de dejar de aplicar una ley al caso en concreto (§ 36).

De manera particular, ha habido supuestos en los que se ha ordenado la implementación de programas permanentes de derechos humanos a policías, fiscales, jueces, militares y funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada (*Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, 2014, § 244), además de a aquellos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, § 225), sin que ello signifique una obligación exclusiva de las autoridades jurisdiccionales (*Gelman vs. Uruguay*, 2011, § 239). De manera que, pese a que la Corte IDH no se ha pronunciado expresamente en ninguna de sus sentencias sobre el control de convencionalidad a cargo de las autoridades no jurisdiccionales, como es el caso de la CNDH y otros *ombudsperson* latinoamericanos, sí ha valorado positivamente la propuesta de la SCJN sobre las competencias de las autoridades nacionales (*Radilla Pacheco vs. México*, 2013, §§ 5-6).

Esta es la razón por la que formal y normativamente esta postura académica encuentra sustento para afirmar que la CNDH es un «órgano autorizado» (Celis Vela, 2024, p. 1343) para ejercer un control de convencionalidad de grado intermedio, lo que implica el uso de la interpretación conforme, como se verá más adelante.

El protagonismo de los jueces, sin embargo, ha dejado de lado el desarrollo de todas las demás autoridades que estarían obligadas también a realizar un control de convencionalidad. No obstante, desde esta postura, la idea de que la CNDH puede ejercer un control de convencionalidad pasa, necesariamente y en primer lugar, por tener en cuenta que la jurisprudencia interamericana en el contexto mexicano pertenece al bloque de constitucionalidad, por lo que todas las autoridades están

obligadas a seguirla y a cumplir con ella. El valor de las interpretaciones interamericanas a nivel nacional puede resumirse en la llamada «tesis de la vinculatoriedad», que afirma que la jurisprudencia interamericana tiene un carácter prescriptivo, con independencia de que el Estado sea parte del conflicto que la motiva (p. 1351).

Otro argumento a favor es que el Estado en su totalidad y como un todo indivisible tiene la obligación de incorporar los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH en sus leyes, decisiones judiciales y en todas las acciones relacionadas con los derechos humanos<sup>2</sup>. En este sentido, su composición, distribución y estructura internas tienen escasa relevancia en lo que respecta al cumplimiento de la obligación de convencionalidad y a sus compromisos internacionales. Incluso los órganos autónomos, como la CNDH, también forman parte de esa organización gubernamental que los obliga a hacer efectivas sus decisiones. En igual sentido, la SCJN de México ha señalado que

las autoridades del país que no ejercen funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin tener la facultad de declarar la invalidez de las normas o de dejar de aplicarlas en casos específicos (Expediente Varios 912/2010).

Por consiguiente, se sostiene que la CNDH tiene la capacidad de ejercer un control de convencionalidad que, siguiendo con la perspectiva de Sagüés, sería de naturaleza constructiva al no estar en ningún caso facultada para declarar la invalidez de una norma, dejar de aplicarla o suprimirla, precisamente porque no es un órgano judicial. De hecho, sostenerlo así sería peligroso e invadiría las competencias de los órganos judiciales. Lo que sí se le reconoce es la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad a través de la interpretación conforme.

## II.2. Flexibilización modélica y el encaje de los *ombuds-person* latinoamericanos

En su momento, la Corte IDH consideró plenamente válido cualquier modelo estatal que estableciera la manera en que se debía implementar el control de convencionalidad, reconociendo así la diversidad de culturas jurídicas y contextos históricos de los Estados miembros (*Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, 2014, §§ 124 y 151). Esto también reflejó el reconocimiento de espacios legítimos de autonomía que tienen los Estados en ese ámbito<sup>3</sup>. Es decir, la intención no fue imponer la convencionalidad como un proceso de homogeneización (Ibáñez Rivas, 2017, p. 78) o uniformización (Nogueira Alcalá, 2011, p. 34), sino más

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

2 Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez emitido en *Tibi vs. Ecuador* (2004).

3 Ver, para la CIDH, Informe 57/03 (Admisibilidad) (2003, § 40), Informe 67/12 (2012, § 34); e Informe 35/14, (2014, §§ 37 y 41). Consultar también *Andrade Salmón vs. Bolivia* (2016).



bien ampliar los estándares interamericanos dentro de los respectivos marcos jurídicos nacionales (Morales Antoniazzi, 2015, pp. 141-142) a través de la armonización (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 535) o lo que se ha denominado la «interamericanización» (Morales Antoniazzi, 2017, pp. 417-418). Como señala Queralt Jiménez (2008), en el sistema interamericano la convencionalidad implica que los estándares internos sean compatibles con él, pero no necesariamente idénticos, pues la compatibilidad, entendida como el principio de no contradicción de las medidas estatales con el estándar mínimo establecido por la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, es la única concepción que puede ser aceptada en un sistema de naturaleza internacional y subsidiaria (p. 105).

En lo que se refiere al enfoque armonizador del control de convencionalidad, una crítica teórica que se puede hacer es que no busca la sola compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional, sino más bien una imposición o «domesticación» (Cevallos, 2021, p. 276). Es decir, la jurisprudencia interamericana adquiere eficacia directa en todos los Estados que han reconocido expresamente la jurisdicción de la Corte IDH (*res interpretata*), no limitándose únicamente al Estado condenado en un caso particular, lo que evidencia su carácter universal y expansivo (*res judicata*)<sup>4</sup>. Esto implica que los Estados tienen un margen reducido o nulo de libertad para ejecutar la sentencia de la Corte IDH según su propio criterio y discreción. A diferencia del sistema europeo, donde prevalece un enfoque de mínimos (Rodríguez, 2014, p. 710), en el ámbito interamericano el carácter mínimo debe entenderse como una incorporación con una posibilidad muy limitada de revisión por parte de los Estados. Esta dinámica tiende a promover un desarrollo más uniforme y amplio<sup>5</sup> del canon interamericano, pero en detrimento de su libertad y creatividad.

En otro de los ejes críticos, se cuestiona la visión extremadamente vertical (Colombo, 2022, p. 87) y práctica (González Domínguez, 2017, p. 66) para la propia Corte IDH de su propia teoría. Esta perspectiva defiende el rol central del control de convencionalidad en todas las acciones gubernamentales y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados (*Andrade Salmón vs. Bolivia*, 2016, § 93), así como para hacer cumplir a los Estados con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, se observa que el diseño original de esta doctrina resulta poco dinámico en cuanto a la recepción internacional de los aportes nacionales (González Domínguez, 2017, p. 66; Nogueira Alcalá, 2012, pp. 1180-1181), estableciendo más un monólogo que un

4 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor emitido en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).

5 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez emitido en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006).

diálogo entre dos espacios jurídicos (Carozza & González Domínguez, 2017, p. 440). Esta actividad quedó enmarcada en las palabras del alto tribunal interamericano al referir que en todos los casos y de acuerdo con sus funciones las autoridades deberán realizar de oficio ese control.

Pese a que ciertos aspectos formales del control de convencionalidad enfatizan el exceso de atención de esta doctrina hacia la *praxis* del Poder Judicial, en la actualidad algunas voces —como la de quien escribe este artículo— coinciden en la necesidad de considerar la presencia de nuevos agentes en la protección de los derechos humanos, como los *ombudsperson*, a los que se les ha denominado «actores emergentes»<sup>6</sup>. Esta institución ha adquirido una relevancia notable en la interacción actual entre los actores nacionales y el sistema interamericano, lo cual se sustenta en sus facultades otorgadas a nivel constitucional (García Ramírez, 2008, pp. 199-200), siendo un claro indicio de la influencia que ha alcanzado la doctrina de la convencionalidad en corto tiempo.

A modo de ejemplo, entre las primeras instituciones de *ombudsperson* que han intervenido ante el sistema interamericano destaca la Defensoría del Pueblo de Perú (González Volio, 2009, p. 196) en el caso *Janet Espinoza Feria y otras* de 2002, brindando apoyo a las víctimas de violaciones de sus derechos políticos, de igualdad ante la ley y a la no discriminación<sup>7</sup>. De manera similar, la Defensoría del Pueblo de Bolivia participó como representante de las víctimas en el caso *Ticona Estrada y otros* en 2008, lo que condujo a que la Corte IDH excluyera los gastos de representación de la reparación por considerar que la Defensoría había actuado de forma gratuita como parte del Estado<sup>8</sup>. En palabras de la Corte IDH, «se valora positivamente la participación del Defensor del Pueblo en el presente proceso internacional, ya que fortalece la tutela general de los derechos humanos y, por consiguiente, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos» (*Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 2008, § 181).

Un caso más reciente tuvo lugar en 2017, cuando la Corte IDH solicitó a la CNDH que «presentara un informe a ese Tribunal sobre su valoración respecto de la situación de riesgo y medidas de protección que puedan ser implementadas a favor de la beneficiaria Castro Rodríguez» (Resolución de medidas provisionales respecto de México, 2017)<sup>9</sup>, debido a diversas amenazas que había recibido la persona contra sus derechos a la vida e integridad personales.

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

6 Voto razonado conjunto de los jueces Diego García-Sayán y Sergio García Ramírez emitidos en *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* (2008).

7 Así también, ver CIDH (Informe 51/021, 2002, § 35). La Defensoría del Pueblo de Bolivia participó igualmente ante la Corte IDH en apoyo a las víctimas en *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* (2008).

8 Ver también, de CIDH, el Informe 97-705 (2005) y *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* (2008).

9 Resolución relativa al *Asunto Castro Rodríguez*.

A su vez, las instituciones del *ombudsperson* han participado en actividades de carácter propiamente interamericano como las visitas *in loco*. Algunos ejemplos ilustrativos incluyen la participación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en diversas audiencias públicas solicitadas por Save the Children con el propósito de promover una opinión consultiva sobre la situación del castigo físico y su impacto en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Del mismo modo, en 2004 el defensor del pueblo de Bolivia proporcionó información durante la visita de la Comisión Interamericana a ese país enfocada en la situación de las comunidades indígenas sometidas a servidumbre en el Chaco chuquisaqueño. En ese mismo año, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica presentó al relator especial de las personas migrantes de la Comisión Interamericana un informe sobre la situación de las personas migrantes nicaragüenses. Finalmente, en 2005, el procurador de derechos humanos de Guatemala presentó también a la Comisión Interamericana un informe actualizado sobre el seguimiento a sus recomendaciones en su informe *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala* (OEA, 2003).

En otras ocasiones, estas instituciones han intervenido en calidad de amigos de la corte. Por ejemplo, en 2003 el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos presentó un escrito en el contexto de la competencia consultiva de la Corte IDH, en relación con la Opinión Consultiva OC-18/03 (2003). En 2017, la CNDH se sumó como *amicus curiae* para que se respetara, protegiera y garantizara el derecho humano al medio ambiente, así como a la vida e integridad personal, para el caso de las áreas naturales sujetas a protección internacional, a partir de los criterios desarrollados en su Recomendación General 26 (2016). Las observaciones de referencia fueron presentadas en la audiencia oral del 22 de marzo de ese año, en el marco de las sesiones correspondientes al 57.º Período Extraordinario de Sesiones del alto tribunal interamericano, que tuvo lugar en la ciudad de Guatemala (CNDH, 2018).

Presentadas así las líneas generales del encaje de los *ombudsperson* en el modelo de control de convencionalidad, es posible exponer diversos casos sobre los que la CNDH ha actuado bajo su propia competencia, ejerciendo la convencionalidad de las normas al considerar vulnerados ciertos derechos humanos, como se verá a continuación.

### III. CUATRO FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS RECOMENDACIONES DE LA CNDH

Es relevante considerar, aunque sea de forma breve, que la naturaleza jurídica de la CNDH es la de ser un órgano constitucional autónomo

(OCA) especializado en la defensa y promoción de los derechos humanos en México, según lo establece el artículo 102, apartado B de la Constitución Federal (1917), así como la interpretación que ha realizado la SCJN en la Controversia Constitucional 32/2005. Es más, la misma SCJN ha afirmado que estos órganos autónomos mantienen relaciones de coordinación con otros órganos del Estado, disfrutan de autonomía e independencia funcional y financiera, y cumplen funciones coyunturales del Estado que necesitan ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad (Tesis de Jurisprudencia P/J. 12/2008). Todo ello se enmarca en la noción de equilibrio constitucional de los controles de poder, implicando así una evolución de la teoría tradicional de la división de poderes (Tesis de Jurisprudencia P/J. 20/2007).

La CNDH se ha referido a ella misma como un organismo público autónomo de promoción y defensa de los derechos humanos con plena autonomía, consolidando sus facultades para solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y cualquier otro elemento de prueba que estime útil para realizar sus investigaciones, inspecciones, verificaciones y, en general, adoptar todas las medidas conducentes al esclarecimiento de la investigación de las quejas materia de la presunta violación a los derechos humanos (Recomendación 26/2001, pp. 6-7). Además, ha subrayado que el tipo de protección que proporciona es distinto al jurisdiccional y administrativo (Recomendación 1/2017, pp. 66-67)<sup>10</sup>. En consecuencia, se trata de una verdadera autoridad en la protección de los derechos fundamentales en el Estado mexicano, dada su posición de prestigio e influencia jurídicas (Arévalo-Ramírez & Rousset Siri, 2023, p. 134).

Siguiendo con esa labor, a continuación se estudian cuatro formas<sup>11</sup> en las que se ha detectado ese control, denominado aquí «control de convencionalidad no jurisdiccional» al ser realizado por un órgano no jurisdiccional como la CNDH.

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

10 Las siguientes recomendaciones van en el mismo sentido: 4/2017 (pp. 97-99), 54/2017 (pp. 110-111), 78/2017 (pp. 74-75), 9/2018 (pp. 80-82), 16/2018 (pp. 62-63), 29/2018 (pp. 278-279), 7VG/2017 (pp. 42-43), 11VG/2018 (pp. 174-175) y 29/2018 (pp. 278-279).

11 Las cuatro formas fueron tomadas como referencia del trabajo realizado por la profesora Queralt Jiménez (2008).

Tabla 1. Formas en que se manifiesta el control de convencionalidad no jurisdiccional de la CNDH

Formas del control de convencionalidad	Derechos protegidos	Recomendaciones de la CNDH
1) Para definir figuras jurídicas	Desaparición forzada de personas y tortura	35/1994, 61/1996, 18/1997, 8/2000, 26/2001, 48/2003, 9/2005, 38/2006, 7/2009, 44/2009, 34/2011, 40/2011, 43/2011, 87/2011, 88/2011, 34/2012, 45/2012, 52/2012, 59/2012, 72/2012, 16/2013, 18/2013, 21/2013, 53/2013, 31/2014, 51/2014, 18/2015, 33/2015, 20/2016, 64/2017, 73/2017, 18VG/2019, 19VG/2019, 20VG/2019, 26VG/2019 y 28VG/2019
2) Para introducir nuevos elementos de un derecho humano	Desplazamiento forzado interno, derecho a la verdad y privación ilegal de la libertad, protección de la familia	197/1992, 58/1994, 62/2004, 7/2008, 71/2010, 42/2011, 43/2011, 16/2013, 28/2013, 40/2013, 44/2013, 57/2013, 62/2013, 63/2013, 67/2013, 4/2014, 16/2014, 42/2014, 46/2014, 31/2015, 15/2016, 48/2016, 60/2016, 12/2017, 13/2017, 66/2017, 73/2017, 37/2018, 42/2018, 46/2018, 16/2019, 43/2019 y Recomendación General 16
3) Para compatibilizar la doctrina nacional con la interamericana	Derecho a la reparación integral, personas con discapacidad, derechos de las mujeres	15/2015, 23/2017, 28/2017, 53/2017, 2/2018, 72/2019 y 7/2019
4) Para ampliar los precedentes nacionales en la jurisprudencia	Derechos reproductivos, derechos de las personas migrantes	45/2015, 8/2016, 31/2016, 35/2016, 50/2016, 58/2016 y Recomendación General 15

Fuente: elaboración propia con base en las recomendaciones de la CNDH emitidas en el periodo 1990-2019.

### III.1. Primera forma: para definir figuras jurídicas

La primera forma en que se manifiesta el control de convencionalidad que realiza la CNDH es para definir figuras jurídicas importantes, como la desaparición forzada de personas y la tortura. Con respecto a la primera figura, adviértase que en México ha sido una práctica común incluso hoy en día, aunque entre los años 1968 y 1982 se intensificó y visibilizó al grado de que dicho periodo es denominado «guerra sucia», la cual, a su vez, coincidió con las dictaduras presentes en América Latina (Pelayo Moller, 2012, p. 974). Durante ese tiempo se suscitaron movilizaciones y represiones masivas, además de que un considerable número de personas fueron perseguidas por motivos políticos, las cuales en muchos casos fueron objeto de desapariciones como resultado de

represalias, control de comunidades y la intención de generar temor en la población (Vélez Salas, 2016, p. 13). Con frecuencia se consideró una forma de represión política y, en menor medida, un delito cometido por el Estado, hasta que en 2017 se expidió la Ley General en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas, lo que supuso un hito significativo que reconocía su gravedad y los derechos de las víctimas.

Durante ese tiempo la CNDH, al analizar casos de desaparición forzada de personas, recurrió tanto a los cánones interamericanos como al Código Penal Federal (1931), que tipificaba entonces la conducta y la escasa jurisprudencia nacional. Sin embargo, en sus investigaciones prefirió en todo momento la definición prevista en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), de 1994, sobre el criterio mexicano que consideraba a la desaparición como un delito de naturaleza permanente o continua. Así también, la Comisión Nacional adoptó el criterio interamericano que señalaba que «ante un caso de desaparición forzada de personas, le corresponde al Estado la carga de la prueba, por ser éste quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción» (Recomendación 7/2009, p. 71).

La adopción de estos criterios fue esencial para casos futuros y similares en los que se reconoció la violación a los derechos a la integridad y seguridad personales de las víctimas directas y de los familiares; y, al mismo tiempo, fue fundamental para que todas las autoridades del país cumplieran con sus obligaciones internacionales. Como ejemplo, véase la Recomendación 34/2011<sup>12</sup>, en la que la CNDH no solo recomendó al gobierno de Nuevo León impulsar reformas legislativas para tipificar el delito de desaparición forzada, pues este se encontraba recogido en el Código Penal Federal y no en el Código Penal de la entidad federativa (1990); sino que debía incorporar en las reformas el estándar interamericano y las valoraciones de la Corte IDH en casos relevantes sobre desapariciones forzadas (Recomendación 34/2011, p. 39). Un año después de la emisión de la recomendación, el Congreso del Estado aprobó una reforma a su Código Penal que incluyó un capítulo específico sobre el delito de desaparición forzada conforme a los estándares interamericanos recomendados por la CNDH, que incluían los elementos constitutivos del delito y su correspondiente reparación.

Por lo que respecta a la tortura, la línea recomendatoria de la CNDH ha sido la de considerarla una práctica arbitraria que viola los derechos a la legalidad y seguridad jurídicas y a la libertad personal, como se desprende

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

12 Otras recomendaciones que se pueden consultar en el mismo sentido son: 8/2000, 26/2001, 9/2005, 7/2009, 44/2009, 34/2011, 40/2011, 43/2011, 34/2012, 52/2012, 72/2012, 16/2013, 18/2013, 21/2013, 53/2013, 31/2014, 51/2014, 33/2015, 20/2016, 64/2017 y 73/2017.

de los hechos y argumentos referidos en las recomendaciones 35/1994, 61/1996, 18/1997, 8/2000, 48/2003, 38/2006, 87/2011, 88/2011, 45/2012, 59/2012, 18VG/2019, 19VG/2019, 20VG/2019, 26VG/2019 y 28VG/2019.

Y, precisamente, el ejercicio del control de convencionalidad realizado por la CNDH se ha centrado sobre la libertad personal. Así, ese órgano nacional ha indicado que, si bien ese derecho se encuentra protegido por el artículo 16 de la Constitución mexicana, al establecer que las detenciones solo pueden realizarse por los supuestos específicos ahí señalados y que estas no deben ser arbitrarias, esa circunstancia no es más garantista que lo expresado en la jurisprudencia de la Corte IDH. Ello porque dicho máximo tribunal, de acuerdo con el artículo 7 de la Convención Americana, ha manifestado que lo arbitrario de una detención se califica cuando incluso pudiendo ser legal, se reputa incompatible con el respeto a los derechos fundamentales por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (Recomendación 18/2015, pp. 16-18). Para la CNDH, de la interpretación de ambas normas «era evidente que para la Corte IDH la noción de arbitrario supera y es más amplia que el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley nacional» (p. 18); en consecuencia, las hipótesis establecidas en el artículo 16 constitucional no son suficientes para calificar una detención como arbitraria, aunque fuera legal. En palabras de la CNDH: «es posible que una detención, aun siendo legal, sea calificada de arbitraria al ser violatoria de cualquier derecho humano o por una aplicación incorrecta de la ley» (p. 19).

Contrario a lo que se podría pensar, la adopción de estos elementos en las recomendaciones es una realidad, por lo que no solo refiere la jurisprudencia interamericana, sino que su uso se dirige a interpretarla, contrastando las normas nacionales con las internacionales en búsqueda de la mejor protección.

### III.2. Segunda forma: para introducir elementos nuevos de un derecho humano

En otras ocasiones, la labor de convencionalidad de la CNDH se ha manifestado como una forma para identificar elementos nuevos de derechos humanos no contemplados en el ámbito nacional. Un ejemplo es el desplazamiento forzado interno (DFI) en México, el cual comenzó a analizarse en la década de 1970, inicialmente debido a las tensiones entre ciertos grupos religiosos, pero intensificándose entre los años 2000 a 2006 con el aumento de la violencia por los cárteles de las drogas (CMDPDH, 2014). Aun bajo estos contextos, la Ley General de Víctimas (LGV) era la única que reconocía al DFI como una violación a los derechos humanos (CNDH, 2016, p. 123), por lo que la CNDH



exigió al Estado una serie de acciones, siguiendo la jurisprudencia interamericana.

La primera fue reconocer el derecho a no ser desplazado forzosamente, tomando como referencia el artículo 22 de la CADH y los diversos criterios interamericanos que salvaguardaban los derechos a la circulación y residencia de las personas desplazadas (CNDH, 2016, p. 122; Recomendación 94/2019, p. 65); y, por el contrario, ignorar los obstáculos impuestos por la LGV para el acceso a las medidas de ayuda y asistencia de las personas desplazadas, tales como estar inscritos en el Registro Nacional de Víctimas (Renavi), por considerarlo contradictorio (CNDH, 2016, p. 88). La segunda acción fue señalar a las autoridades como responsables por la omisión en la atención de las víctimas y por la falta de cumplimiento a sus compromisos internacionales. La tercera medida fue ordenar la creación de un diagnóstico y un registro de víctimas con el objetivo de darles ayuda y asistencia inmediata.

Lo interesante de esta dinámica es que, si bien la CNDH documentó las causas y las problemáticas del DFI a partir de sus propias recomendaciones, como las 197/1992, 58/1994, 62/2004, 7/2008, 71/2010 y la Recomendación General 24 (2016), las acciones anteriores, relativas a reconocer un derecho a no ser desplazado y a adecuar normativamente las omisiones del Estado a las conductas típicas del DFI, se hicieron siguiendo el control de convencionalidad. Esto es, como resultado de la interpretación entre la CADH y la LGV, a partir de lo cual se dedujo que el artículo 22 de la CADH no obstaculizaba ni restringía el mandato de garantizar el acceso a las medidas de ayuda para las personas desplazadas, como sí lo hacía la LGV.

En esta misma categoría se encuentra el reconocimiento del derecho a la verdad. La CNDH ha enfatizado la importancia de que se dé a conocer de manera inmediata los hechos que propiciaron la detención y desaparición de una persona, en especial cuando se le ha privado ilegalmente de la libertad. Tal y como ocurrió en la Recomendación 81/2013, cuando las autoridades de migración no fundaron ni motivaron su decisión de que una persona permaneciera en la estación migratoria, lo que condujo a una forma de privación ilegal de la libertad física y, por ende, contraria a la Convención Americana (1978, p. 11). Esta postura fue sostenida también en otras recomendaciones, como las 103/1995, 81/1996, 42/1997, 10/1999, 15/2001, 3/2002, 38/2006, 24/2008, 43/2009, 81/2013, 9/2014, 69/2019, 70/2019, 73/2019 y 74/2019.

De acuerdo con la CNDH, el derecho a la verdad «se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento» (Recomendación 43/2011, p. 28). Si la relación entre

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

el derecho a la verdad y los derechos de la víctima y sus familiares fue una construcción importante importada del ámbito interamericano, la CNDH dio un paso más al seguir nuevamente la jurisprudencia interamericana para señalar que el derecho a la verdad es intrínseco a la dignidad de cada persona e implica una reprobación a la cultura del engaño, la simulación y el ocultamiento, por lo que se encuentra subsumido en el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Pueden consultarse, en ese sentido, algunas de las siguientes recomendaciones: 42/2011, 16/2013, 28/2013, 40/2013, 44/2013, 57/2013, 62/2013, 63/2013, 67/2013, 4/2014, 16/2014, 42/2014, 46/2014, 31/2015, 15/2016, 48/2016, 60/2016, 12/2017, 13/2017, 66/2017, 73/2017, 37/2018, 42/2018, 46/2018, 16/2019 y 43/2019.

La CNDH ha establecido de manera concluyente que, aunque el artículo 17 de la Constitución mexicana reconozca que «toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial», se considera necesario insistir en la necesidad de establecer límites claros que respeten un plazo razonable que, entre otras cosas, considere la complejidad del asunto, la actividad procedimental de los interesados, la conducta de las autoridades investigadoras y la afectación que genera el procedimiento en la situación jurídica del probable responsable, la víctima o el ofendido, como sí se encuentra establecido en el artículo 8, numeral 1 de la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH (Recomendación General 16, 2009, pp. 15-18).

Se puede afirmar, entonces, que el derecho a la verdad constituye un elemento nuevo del derecho a las garantías judiciales, producto de la interpretación que ha realizado la CNDH siguiendo el canon interamericano, por lo que este resultado también es una muestra del ejercicio hermenéutico auténtico que realiza la CNDH para preservar y avalar la Convención Americana como la norma de normas, cuyos alcances son mejores en términos de protección que los nacionales.

Un tercer ejemplo lo constituyen las visitas familiares de los internos como un aspecto nuevo del derecho fundamental a la protección de la familia. En la Recomendación 9/2014, la CNDH sostuvo que la resolución de los integrantes del consejo técnico interdisciplinario de negar la autorización de visita familiar a varias personas era violatoria del artículo 18 de la Constitución federal, puesto que el contacto con la familia es fundamental para la adecuada resocialización de los internos (Recomendación 9/2014, p. 5). Por ello, instó a la autoridad a que, en aras de garantizar ese derecho, no solo se ajustara a lo dispuesto por la Constitución nacional, sino que también considerara que «las visitas

familiares de los internos son un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia, debido a las circunstancias excepcionales que representa la privación de la libertad» (p. 17), de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH en los casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005) y el *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú* (2006).

En estas condiciones, se considera procedente la idea del control de convencionalidad realizado por la CNDH acorde con la naturaleza de sus funciones, pues de su realización ha podido interpretar la norma nacional e internacional, advirtiendo la que es más adecuada y protectora para cada caso.

### III.3. Tercera forma: para compatibilizar la doctrina nacional con la interamericana

La tercera forma del control de convencionalidad no jurisdiccional a cargo de la CNDH ha sido para armonizar la doctrina nacional con la interamericana, cuestión que tiene su fundamento en la percepción de que la jurisprudencia interamericana progresa a un ritmo más acelerado que la nacional. Esta observación se ha corroborado a lo largo del tiempo en el conjunto de recomendaciones que versan sobre la reparación integral, donde ha evolucionado la concepción tradicional y rígida de la indemnización como única forma de reparación. En consecuencia, la CNDH ha comenzado a integrar diversas modalidades de reparación, promoviendo que las autoridades adopten el concepto de reparación integral establecido en el artículo 63, numeral 1 de la Convención Americana.

En este punto, sobresale la Recomendación 15/2015, en la cual la CNDH hizo referencia a la sentencia del caso *Espinoza González vs. Perú* (2014) al afirmar que

toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que la disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado (p. 25).

En el fondo, este criterio también fue un llamado para la propia Comisión Nacional a incluir otras formas de reparación en sus recomendaciones, como las garantías de no repetición, la cesación, la rehabilitación y la satisfacción, de manera que se percibieran frescas y alineadas a los estándares interamericanos más actuales. Así, la experiencia a partir de 2015 se caracteriza por una serie de recomendaciones que incorporan formas innovadoras de reparación similares a las adoptadas por la Corte IDH. Esto ha fortalecido su poder institucional y su autonomía en tanto órgano constitucional autónomo.

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

Ahora bien, en relación con el control de convencionalidad que se ha detectado por parte de la CNDH para compatibilizar los criterios nacionales con los internacionales, este se encuentra en la Recomendación 2/2018, en consonancia con la 47/2013. En ellas se examinó la vulneración de los derechos de un colectivo de personas con discapacidad a las que se les negó el derecho al descuento en sus boletos para viajar en transporte público en el estado de Morelos. La autoridad que estuvo a favor de la no aplicación del descuento argumentó que la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (2011) solo les facultaba a promover convenios con los operadores de transporte público, quienes podrían decidir si aplicaban o no esos descuentos (Recomendación 2/2018, pp. 21-23). Después de un análisis detallado de las pruebas y de la normativa nacional e internacional, la CNDH concluyó que la autoridad había vulnerado los derechos y libertades de dicho colectivo debido a las interpretaciones realizadas. La razón radicaba en que la autoridad había adoptado la interpretación menos favorable y protectora de los derechos de las personas al entender que la Ley General simplemente instaba a promover convenios entre los transportistas para aplicar descuentos a su discreción. Por el contrario, según la interpretación de la CNDH, la ley exigía la formulación, suscripción y ejecución de convenios con los operadores de transporte público a través de un proceso consensuado con la autoridad no como una facultad discrecional, sino como parte de una obligación (pp. 21 y 22-26). Por consiguiente, al interpretar la autoridad que los operadores de transporte público tenían la libertad de decidir si aplicaban o no el descuento a los pasajeros, violó el derecho de ese colectivo a beneficiarse de un acceso reducido (p. 23).

Lo relevante en este contexto es la construcción de interpretaciones (Sagüés, 2014, p. 223) compatibles y convencionales que la CNDH llevó a cabo con el propósito de beneficiar, principalmente, a las personas para así contrarrestar la interpretación restrictiva de la autoridad, que vulneraba el derecho de los individuos con discapacidad a acceder a descuentos en el transporte público. El esfuerzo de la CNDH se hace evidente al examinar los supuestos contemplados tanto en la legislación nacional como en instrumentos internacionales, como la Convención Americana, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (2001), el Protocolo de San Salvador (1988) y otros tratados sobre derechos humanos que imponen a los Estados la obligación de promover la integración de las personas en situación de vulnerabilidad.

En resumen, y como conclusión de su análisis, enfatizó que

esa Comisión Nacional estima que la postura asumida por la [autoridad] respecto del derecho humano de accesibilidad y movilidad de las personas con discapacidad al servicio público de transporte con

tarifas reducidas o disminuidas, resulta contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la Declaración Interpretativa a favor de las Personas con Discapacidad y al artículo 4 de la misma Convención, en donde el Estado mexicano se obligó a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (Recomendación 2/2018, p. 28; Recomendación 72/2019, p. 70; Recomendación 7/2019, pp. 35-36).

Y, en ese sentido, pidió a la autoridad ignorar su propia interpretación.

En este contexto, otro de los grupos en situación de vulnerabilidad que ha sido beneficiado por esta práctica interpretativa son las mujeres embarazadas. Esto se evidencia en el análisis realizado en la Recomendación 23/2017, referente a una mujer a quien se le rechazó la incapacidad prenatal por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social después de dar a luz prematuramente a las veintinueve semanas de gestación, bajo el argumento de no haber alcanzado las treinta y cuatro semanas requeridas por la ley, lo que constituyó una clara violación de sus derechos maternos.

En esa ocasión, la CNDH, tomando en consideración elementos normativos internos e internacionales, concluyó que

la autoridad da un sentido literal y aislado a la disposición, sin considerar la interpretación conforme y el principio *pro persona* a que está obligada por disposición del artículo 1° constitucional; en el entendido que las normas no existen aisladas en el ordenamiento, sino forman parte de un sistema que las articula y, por tanto, [la autoridad] debe interpretar las normas a efecto de cumplir con los derechos humanos y en la medida que más favorezca a la persona (Recomendación 23/2017, pp. 75-76).

Esta reflexión jurídica fue, posteriormente, aplicada en contra de la misma autoridad de salud en las recomendaciones 28/2017 y 53/2017 por el caso de la Ley del Seguro Social de 1973 (LSS-1973), conforme a la cual impuso a los cónyuges varones que están en la misma situación de hecho que las mujeres requisitos distintos basados en su sexo, así como en su condición económica y de salud, para acceder a la pensión por viudez. Ello que representa un trato discriminatorio e irracional que refuerza los estereotipos de género (Recomendación 28/2017, pp. 25; Recomendación 53/2017, p. 50).

Si bien, ante esta situación, la CNDH nunca exigió la inaplicación de esa ley por ser abiertamente inconstitucional e inconvencional, sí le reclamó a la autoridad haber omitido proponer, impulsar y dar seguimiento a las modificaciones legislativas y administrativas para armonizar su normatividad conforme a los tratados internacionales (Recomendación

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

28/2017, p. 29) y, en consecuencia, seguir promoviendo una práctica discriminatoria en cuanto a la seguridad social.

Estas interpretaciones de la CNDH representan ejemplos del uso de la interpretación conforme, lo cual marca un inicio en el desarrollo y evolución del debate sobre el control de convencionalidad por parte de estas instituciones. Y también, porque la influencia de la perspectiva de la CNDH en la garantía de los derechos más básicos destaca por su uso recurrente y sistemático de la jurisprudencia interamericana, demostrando de esa forma su inclinación por adoptar el estándar más protector o avanzado en materia de derechos humanos, lo que representa un hallazgo significativo sobre el control de convencionalidad de un órgano no jurisdiccional.

#### III.4. Cuarta forma: para ampliar los precedentes nacionales en la jurisprudencia

Una cuarta manifestación del control de convencionalidad de tipo constructivo o no jurisdiccional por parte de la CNDH se observa cuando ese órgano constitucional opta por ampliar los precedentes nacionales por los estándares interamericanos al advertir mediante una interpretación expansiva que ambos son complementarios. Este enfoque se refleja en varias recomendaciones que abordan cuestiones relacionadas con los derechos reproductivos en las que la CNDH se ha visto atraída por los criterios interamericanos, particularmente derivados del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012), que se refiere al derecho de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos para lograr el máximo nivel de salud sexual y reproductiva. Son ejemplos de ello las recomendaciones 45/2015, 8/2016, 31/2016, 35/2016, 50/2016 y 58/2016.

En ellas las recomendaciones recién mencionadas se observa cómo la CNDH, además de citar el artículo 4 constitucional, que reconoce el derecho a la protección de la salud, agrega que para que pueda alcanzarse integralmente ese derecho es necesario el cumplimiento puntual de las obligaciones básicas del Estado mexicano orientadas al deber que tienen las instituciones públicas de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en la protección de la salud, y el deber jurídico de las autoridades vinculadas con los servicios públicos de protección de la salud de adoptar las medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario o judicial (Recomendación 45/2015, p. 22). Además, establece que deben observarse los ordenamientos internacionales, como la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y la Observación General 14 (2000) de su Comité, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) y otros, de tal manera que «mediante numerosos procedimientos

complementarios [...] pueda asegurarse la plena efectividad de este derecho» (Recomendación General 15, 2009, pp. 13-15).

En las cuatro modalidades hasta aquí analizadas del control de convencionalidad no jurisdiccional, siguiendo a Sagüés (2014), se identifica un reciclaje del ordenamiento interno en función de elementos interamericanos (p. 223) como consecuencia de la imprecisión, falta de vigencia, actualidad o contradicción del derecho interno con la norma internacional. La CNDH ha valorado los criterios interamericanos como «referentes internacionales que constituyen el marco doctrinal y los principios de actuación que deben formar las acciones y políticas que los Estados deben adoptar a fin de lograr la plena vigencia de los derechos humanos» (Recomendación 6/2008, p. 18; Recomendación 17/2007, p. 15; Recomendación 11/2006, p. 15; Recomendación 24/2005, p. 9). De allí que, si la Corte IDH ha valorado positivamente la referencia expresa tanto a la normativa interamericana como a las interpretaciones realizadas por los máximos tribunales nacionales en la región, sea plausible reconocer (o al menos no descartar) el respeto y la deferencia de la CNDH a esa misma normativa internacional.

Con el transcurso del tiempo, los contextos han cambiado y, con ello, la visión tradicional sobre los sujetos que aplican los postulados jurídicos. En otras palabras, la aplicación e interpretación del derecho son construidas por una pluralidad de actores, tanto clásicos como contemporáneos. Parece entonces correcto sugerir que la CNDH pueda ser considerada dentro de esa «comunidad jurídica de práctica» (Herrera, 2021, p. 1412), en tanto institución que ha logrado «fundamentar o guiar sus decisiones o interpretaciones» (*Gelman vs. Uruguay*, 2013, § 86) en materia de protección de los derechos humanos, siguiendo la jurisprudencia interamericana a través del control de convencionalidad creado en esa sede.

La reconstrucción presentada hasta aquí tiene por objeto contextualizar y demostrar el empleo del control de convencionalidad por la CNDH u *ombudsperson* en México, por lo que uno de los términos clave en este proceso es el de «interpretación conforme» como técnica para ejercer ese control. Desde aquí, se considera que este enfoque constituye uno de los principales mecanismos para ampliar la doctrina del control de convencionalidad, en la medida en que se ha buscado exigir a los Estados un esfuerzo adicional para garantizar la unidad de toda la legislación que permita efectivizar los derechos fundamentales en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 240). En efecto, aunque puede sonar disruptivo por lo novedoso de este modelo, la realización de un control de convencionalidad no jurisdiccional contribuye a la conformación de un *ius constitutionale commune*, en particular por ser una herramienta que pretende una

275

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND



visión homogénea en materia de derechos humanos en la región, así como la efectividad a nivel nacional de los estándares contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos para que sean las autoridades nacionales las primeras en garantizar que la aplicación del derecho nacional no derive en una violación de los derechos humanos (González Domínguez, 2017, p. 66) y que, al mismo tiempo, se puedan tomar en consideración estándares supranacionales que resulten más protectores o favorecedores.

Al igual que sucede con el Poder Judicial, se ha exigido a la CNDH la selección de interpretaciones acordes con el *corpus iuris* interamericano, basadas en conclusiones que mantengan intacta la norma nacional, pero a la vez modifiquen su contenido a través de la interpretación conforme; esto es, interpretaciones mutativas (Sagüés, 2014, p. 223). Por ende, representan auténticas interpretaciones jurídicas aplicadas directamente a los casos concretos por la CNDH, dado que ella misma ha considerado «que constituyen un elemento que debe observarse para extender el alcance de los derechos, lo cual se inscribe en la protección más amplia y extensiva que ese Organismo está obligado a reconocer» (Recomendación 23/2017, p. 24; Recomendación 28/2017, p. 32; Recomendación 53/2017, p. 27; Recomendación 18/2018, p. 17; Recomendación 20/2018, p. 19). Esto significa que la CNDH puede identificar de manera eficaz una interpretación acorde con los estándares interamericanos, en contraposición a las interpretaciones erróneas y discriminatorias efectuadas por las autoridades nacionales que vulneran y desconocen los derechos de las personas.

#### IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD NO JURISDICCIONAL: UNA NUEVA TENDENCIA

El inicio de la actividad de la CNDH en la década de los años noventa estuvo marcado por su acentuada subordinación y dependencia al poder ejecutivo, caracterizándose como un órgano de estructura débil y facultades limitadas, cuya eficacia era objeto de cuestionamientos. En esos tiempos, las recomendaciones emitidas eran escasas y carecían de una conexión sustancial con los tratados internacionales de derechos humanos, limitándose a citas aisladas que no se integraban de manera efectiva al análisis de los casos analizados. Por tanto, resultaba evidente que la CNDH no ejercía un control de convencionalidad, por más referencias genuinas que hiciera a tratados internacionales.

De esta manera, parece crucial distinguir entre aquellas recomendaciones que están efectuando actualmente un examen de convencionalidad de aquellas que no lo hacen. Para lograrlo, es fundamental comprender la esencia misma del control de convencionalidad, que no es otra que interpretar la normativa nacional a la luz de los tratados internacionales,

especialmente la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, para seleccionar la interpretación más favorable y protectora a los derechos, sin importar su origen nacional o internacional. Así, una señal de que la CNDH está llevando a cabo ese control es analizar si los estándares interamericanos han orientado su razonamiento, particularmente en casos complejos donde se han empleado expresiones como «resulta contrario a», «no ha armonizado la legislación con», «supera y es más amplia que». Por ello, en el análisis del acervo recomendatorio no debe buscarse la exigencia de la CNDH para inaplicar una norma nacional para deducir que está llevando a cabo un control de convencionalidad, pues hasta ahora en ningún caso se ha visto así. No obstante, tras la lectura detenida y detallada, lo que sí se ha detectado es su reclamo a la autoridad por una interpretación literal, aislada o carente de sentido cuando se contrapone con las normas internacionales y, especialmente, cuando las desconocen.

Otra vía para identificar el control es a través del análisis histórico de la trayectoria de la CNDH, como se ha realizado en este estudio desde su establecimiento en 1990 hasta su último periodo completo en 2019. Esa revisión revela dos momentos distintos en su evolución: el primero, que va desde la Recomendación 26/1991 hasta la Recomendación 14/2011, durante el cual la CNDH mencionaba con regularidad instrumentos interamericanos sin apenas realizar un examen interpretativo de convencionalidad. El segundo momento se extiende desde la Recomendación 15/2011 hasta la Recomendación 99/2019 y está caracterizado por un impulso de la CNDH para ejercer un control de convencionalidad, algunas veces con mayor intensidad que otras, pero casi siempre riguroso e influenciado por una mayor apertura constitucional hacia las normas internacionales. Aunque no se trata de dos etapas claramente delimitadas, existe una transición en el uso e interpretación de las fuentes interamericanas, permitiendo dibujar una división general entre esos dos periodos.

En términos cualitativos, ese control se elevó después de la reforma sobre derechos humanos de 2011 que, de manera general, elevó a nivel constitucional (a partir de la modificación al artículo 1 de la Constitución mexicana) los derechos humanos de fuente internacional, obligando a todas las autoridades del Estado a tener en cuenta los criterios interamericanos, especialmente en el campo de los derechos humanos. Cuantitativamente, cerca del 25 % de las recomendaciones en el periodo de análisis han asumido la tarea de analizar la convencionalidad de normas internas con estándares interamericanos en atención de la más alta protección.

Desde este punto de vista, aceptador de que la CNDH está llevando a cabo un control de convencionalidad no jurisdiccional, se asumiría una

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

nueva tendencia entre los *ombudsperson* que les reconocería legitimidad en su actuación como intérpretes y aplicadores de la jurisprudencia interamericana. Para el caso particular de la CNDH, desde una perspectiva formal y positivista —como ya se ha hecho referencia antes—, el ejercicio del control de convencionalidad se concibe como una manifestación de su obligación de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1 de la Constitución (Quintana Osuna, 2018, p. 416). Sin embargo, otra perspectiva basada en derechos humanos permitiría argumentar que la CNDH se encuentra realizando un control de convencionalidad no jurisdiccional, siguiendo sus propias facultades y como una exigencia imperativa para la subsistencia del sistema al que representa (Queralt Jiménez, 2008, p. 137). En este sentido, su omisión conduciría a la negación de su efectividad al no mantenerse al tanto de los debates jurídicos más actuales, lo que conllevaría a perder de vista la evolución y el desarrollo del contenido de los derechos humanos que la CNDH está llamada a proteger como parte de su función constitucional.

Las consideraciones anteriores indican que la CNDH ha ejercido un control de convencionalidad, aunque sea de manera incipiente y no uniforme ni lineal, por lo que la pregunta que surge ahora es: ¿por qué la CNDH debería continuar llevando a cabo ese control? La respuesta se encuentra, en primer lugar, por su naturaleza de institución autónoma establecida a nivel constitucional, la cual le confiere la responsabilidad especial de velar por la constitucionalidad y convencionalidad de los actos administrativos<sup>13</sup>. En segundo lugar, porque los estándares interamericanos representan el mínimo exigible en términos de derechos y libertades, cuyo efecto irradiador (Romero Pérez, 2011, p. 127) de las pautas hermenéuticas (Ferrari & López Poletti, 2022, p. 4) refleja el progreso de las sociedades democráticas y la adaptación del contenido de los derechos a las necesidades emergentes de la sociedad (Sudre, 1996, p. 58).

Asimismo, la doctrina del control de convencionalidad permite una mayor garantía de los derechos al no limitarse al análisis de las disposiciones internas, sino recurrir a los instrumentos internacionales para dotar de contenido integral a los derechos humanos (*Petro Urrego vs. Colombia*, 2020, nota 148). El desafío aquí está «en cuidar de no seguir los pronunciamientos de la Corte IDH solo por ser un criterio de autoridad o por modas, sino por su idoneidad para razonar el caso» (Cevallos, 2021, p. 283).

Esta doctrina también contribuye a exigir a los Estados un mayor cumplimiento de los valores democráticos y de los compromisos

13 Discurso de Luis Raúl González Pérez, entonces presidente de la CNDH, en el acto oficial de apertura del evento «Diálogos judiciales internacionales: Control de convencionalidad y migración. Tendencias y desafíos», expresado el 22 de septiembre de 2016.

derivados de la Convención Americana (Salvador Monteros, 2022, p. 89). Aunque se han planteado críticas sobre el carácter supranacional (Colombo, 2022, p. 91) de la Corte IDH y la preponderancia de la forma sobre el fondo en sus pronunciamientos (Castilla Juárez, 2014, p. 162), es innegable que esta jurisprudencia constituye un referente importante para los Estados que han aceptado voluntariamente someterse a ella.

Por último, la continuidad de la CNDH en el ejercicio del control de convencionalidad es crucial para evitar una desprotección grave de las personas, ya que las interpretaciones del derecho local que sean inconsecuentes con los criterios o estándares reconocidos en la jurisprudencia de la Corte IDH comprometen la responsabilidad del Estado (*Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, 2018, § 133). A la luz de lo dicho, la omisión de la CNDH en este aspecto podría conllevar mayores riesgos que beneficios su aplicación.

#### V. LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CLAVE DE PROGRESIVIDAD

La consolidación de cualquier doctrina implica un proceso gradual que requiere tiempo y constancia, por lo que es fundamental darle plazo a la CNDH para que fortalezca el uso que hace del control de convencionalidad. Más allá de la cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, de acuerdo con el artículo 67 de la Convención Americana, resulta pertinente analizar algunas razones que respaldan la implementación progresiva del parámetro de convencionalidad en las recomendaciones de la CNDH.

Una primera consideración se vincula con el carácter axiomático de la convencionalidad, concebida como una herramienta destinada a abordar problemas jurídicos a partir de un extenso catálogo de derechos. Este enfoque se nutre de las deficiencias operativas del Estado mexicano en el cumplimiento de su deber constitucional de proteger y respetar los derechos humanos. No obstante, la razón principal que ha propiciado la adhesión de la CNDH a la jurisprudencia interamericana radica en su continuidad y previsibilidad. La claridad y calidad de dicha jurisprudencia garantiza la coherencia y credibilidad del sistema, proporcionando certeza jurídica a las autoridades internas que la siguen (Velu & Ergec, 1990, p. 1078).

Además, la función interpretativa y aplicativa de la Convención Americana por parte de la Corte IDH y de forma casuística (Queral Jiménez, 2008, p. 145) sirve como guía didáctica y como referencia obligada para resolver casos similares, lo que facilita la recepción de su autoridad interpretativa (p. 149) por parte de la CNDH. De hecho, ese órgano constitucional, al abordar una recomendación, recurre a casos

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD NO JURISDICCIONAL EN LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA TENDENCIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL CONVENTIONALITY CONTROL IN THE RECOMMENDATIONS OF THE NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION: AN UPWARD TREND

previos donde los hechos y los derechos vulnerados guardan similitud (Carmona Tinoco, 2009, p. 248). Esta práctica, observada en los puntos recomendatorios, refleja la adopción de un activismo inspirado en la jurisprudencia interamericana, otorgando legitimidad al trabajo de la CNDH como institución nacional de los derechos humanos. Se presenta como ejemplo el caso de las medidas de reparación, en las que quedan incluidas no solo las compensaciones económicas para las víctimas, sino también otras medidas —algunas muy imaginativas— que reestablecen plenamente el derecho, además de exigir medidas legislativas que imposibiliten nuevos casos (Canosa Usera, 2015, p. 245). El activismo que adopta la CNDH, atraída por la Corte IDH, es de suma utilidad porque se observa una identidad en la forma de presentar los resultados de sus investigaciones, a su vez que legitima el trabajo de ese órgano nacional.

Otro motivo que justifica el compromiso de la CNDH con la jurisprudencia interamericana es su «empoderamiento institucional» (Parra Vera, 2017, p. 504; Coste Cacho, 2021, p. 26). Las decisiones interamericanas son utilizadas como instrumentos para empoderar a la CNDH en una dirección progresista (Parra Vera, 2017, p. 504), promoviendo una agenda común orientada a mejorar la implementación de políticas de derechos humanos y decisiones interamericanas (p. 517). Esta estrategia también se apoya en el reconocimiento del carácter de autoridad de la Corte IDH, lo que respalda la adopción de los estándares interamericanos como criterios mínimos para ser respetados y aplicados.

Se debe recordar que los criterios interamericanos son interpretados como directrices jurídicas de fuerza vinculante para la CNDH, proporcionando soluciones coherentes con los estándares internacionales más actualizados en materia de derechos humanos (Carmona Tinoco, 2009, p. 266). Esta práctica, que garantiza una actualización periódica de los estándares, constituye una herramienta fundamental para la protección efectiva de los derechos humanos en el ámbito nacional. Es decir,

sobre la base de la compatibilidad con la constitución nacional, la Convención Americana y demás normas aplicables a los casos concretos, ha sido posible desarrollar por medio de la jurisprudencia varios estándares que en efecto cohesionan un mejor producto y que de hecho se actualiza periódicamente (Herrera, 2021, p. 1411).

En conclusión, la invocación y utilización de los criterios interamericanos por parte de la CNDH en el ejercicio del control de convencionalidad resulta crucial para garantizar la protección integral y progresiva de los derechos humanos en México. Este proceso debe realizarse siguiendo pautas específicas, como la identificación clara de la fuente y la fundamentación adecuada de su aplicabilidad al caso en cuestión,

destacando su importancia y aportación (Carmona Tinoco, 2009, p. 267), siempre con la premisa de que los estándares convencionales constituyen los parámetros mínimos (Piovesan, 2014, p. 74)<sup>14</sup> y no un techo máximo de salvaguarda (García Ramírez, 2011, p. 139). De manera que la norma convencional y su interpretación, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional, constituyen una guía hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos que, en todo caso, las autoridades nacionales pueden válidamente y hasta cierto punto ampliar o, incluso, apartar a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro persona* (Ferrer Mac-Gregor, 2013, p. 669), como de hecho también ha sucedido con la CNDH en sus resoluciones.

Finalmente, no se descarta que el ejercicio que realiza la CNDH pueda ser considerado también un diálogo judicial o, mejor dicho, jurisprudencial debido a la existencia de una comunidad de intereses y principios compartidos, y porque los derechos son una alfombra común que brindan condiciones para el diálogo (Ponce Flores, 2024, p. 33). Sin embargo, dos son los aspectos que deben de tenerse en cuenta si se afirma que estamos ante la presencia de un diálogo entre la CNDH y la Corte IDH. En primer lugar, quiénes son los dialogantes o interlocutores, pues doctrinalmente ha prevalecido la idea de que el diálogo se realiza ente tribunales, dado que son ellos los que emplean la jurisprudencia de sus pares o la doctrina extranjera para solucionar o reforzar su argumentación al resolver conflictos (p. 32). Sobre este aspecto, queda claro que no serían los únicos, pues el diálogo podría promoverse entre cortes y organismos protectores de derechos humanos, como de hecho así lo ha establecido la propia Comisión Nacional (Recomendación 34/2012, p. 23). Es más, el diálogo no solo puede ser horizontal, sino también vertical, e inclusive vertical-horizontal y unidireccional, debido la relación de asimetría entre ambas instituciones, siendo la CNDH más la receptora de los razonamientos y decisiones de la Corte IDH que viceversa (González Rincón, 2023, pp. 269-270).

El segundo elemento a considerar en un diálogo es su finalidad, la cual puede ser o bien «erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común» (García Ramírez, 2011, p. 129), o bien una «discusión, una concertación, una búsqueda de consensos entre dos entes» (Ponce Flores, 2024, p. 34). De ahí que resulte más factible adoptar la primera definición por ser la que se fomentaría entre la CNDH y la Corte IDH, y no la segunda porque el diálogo aquí no da pie a buscar mecanismos comunes para la protección de derechos. Por último, mientras en un diálogo las partes buscan respuestas en el derecho extranjero para obtener

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

14 En el mismo sentido, ver Nogueira Alcalá (2011, p. 34; 2014, p. 382), Ibáñez Rivas (2017, p. 7) y Ferrer Mac-Gregor (2013, p. 657).

elementos que mejoren e incrementen la calidad de la decisión (Ponce Flores, 2024, p. 32), los estándares del control de convencionalidad que emplea la CNDH no son parte de ningún derecho extranjero, sino del propio y nacional, pues haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH obliga a las autoridades nacionales a seguir y adoptar esos estándares.

## VI. CONCLUSIONES

En el espacio nacional mexicano en el que actúa la CNDH se percibe una tendencia hacia la vinculación de interpretaciones interamericanas, siguiendo la doctrina del control de convencionalidad. La idea que comenzó en un voto razonado y, posteriormente, fue incorporándose en las sentencias del máximo tribunal interamericano ha permeado en diversas instituciones, que reclaman su legitimidad de contribuir a ese control.

En cuanto a la perspectiva teórica de esa doctrina, algunas voces le otorgan demasiado peso al Poder Judicial para realizar el control. Otras, más clásicas, como se ha señalado, afirman que «adquiere sentido cuando lo aplican las autoridades judiciales». Hasta ahora, la Corte IDH no se ha pronunciado expresamente respecto de la posibilidad de que los *ombudsperson* en la región puedan realizar un control de convencionalidad; pese a ello, sí ha establecido que «todas las autoridades» deben seguir el mandato convencional.

En lo que se refiere al campo interpretativo, lo indicado tanto por la jurisprudencia interamericana como por la nacional es que todas las autoridades, en la medida de sus facultades y competencias, deben emplear la convencionalidad para articular los derechos de fuente nacional e internacional. La CNDH ha seguido ese criterio a través de la técnica de la interpretación conforme para controlar convencionalmente los derechos constitucionales, sobre la base de los artículos 1 y 102, apartado B de la Constitución mexicana, que la reconocen como un órgano con autonomía en esa materia.

En relación con la perspectiva analítica del control de convencionalidad, se exponen y analizan cuatro formas en que ese órgano nacional ha realizado un control de convencionalidad no jurisdiccional de tipo constructivo; a saber, para definir figuras jurídicas, para introducir elementos nuevos de un derecho humano, para compatibilizar la legislación nacional con la interamericana y para ampliar los precedentes nacionales en la jurisprudencia, sobre todo tratándose de los derechos reproductivos.

De los cuatro tipos anteriores, se aprecia una mayor intensidad del control en la forma relativa a compatibilizar la legislación nacional con



la interamericana, toda vez que la CNDH corrige de manera frontal a la autoridad nacional señalándole que su interpretación resulta contraria a los ordenamientos internacionales y, por tanto, no es acorde con el principio de elegir aquella que más favorezca a las personas. En todas, sin embargo, se detecta la realización de un examen normativo y fáctico por parte de la CNDH que deriva en importantes consecuencias jurídicas. La primera tiene que ver con la subsistencia del sistema no jurisdiccional que encabeza y como una vía efectiva de solución a las crisis de inseguridad y violencia que se viven en México. La segunda, porque su participación y apoyo al sistema interamericano puede innovar y hacer evolucionar la convencionalidad con la participación de más intérpretes.

Es imperativo destacar que, en cualquier escenario, el ejercicio del control de convencionalidad llevado a cabo por la CNDH trasciende la mera cita o referencia de fallos emitidos por la Corte IDH. De hecho, su adecuada identificación y evaluación requiere de un análisis crítico por parte de la academia a fin de someterlo al escrutinio del examen de convencionalidad, tal y como se examina detalladamente en el presente estudio, llegándose a percibir dos periodos en la historia de ese órgano nacional.

Por lo anterior, desde esta postura doctrinal, no solo es clave y legítimo que la labor recomendatoria de la CNDH tenga en cuenta la convencionalidad interamericana, sino también necesario, pues sus facultades le exigen intervenir estructural y proactivamente en aquellos casos en los que existen evidentes faltas y omisiones de los poderes sobre la interpretación de las normas. Con la grave crisis de ingobernabilidad en México, sumada a la represión y violencia desenfrenada en todo el territorio nacional y, en general, a causa del irrespeto a los derechos humanos, se hace evidente la necesidad de una autoridad alejada de los demás poderes que concentre sus funciones en verificar y atender a los grupos más desfavorecidos. Mientras este estado de cosas continúe y se siga cuestionando incluso la desaparición de los poderes en algunos estados (Gaceta del Senado, 2014), y mientras el Poder Judicial también se encuentre comprometido, es legítimo e imprescindible que la CNDH ejerza ese control.

## REFERENCIAS

Acuña Llamas, F. J. (2001). Intervención del doctor Francisco Javier Acuña Llamas, Director del Proyecto de Derechos Humanos de la Universidad Anáhuac del Sur. En *Memoria del Quinto Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsperson* (pp. 171-182). CNDH.

Alfonzo Jiménez, A. (2015). El *ombudsman* en México: el sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos más grande del mundo. En

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

M. Carbonell Sánchez, D. Valadés, H. Fix-Fierro y L. R. González Pérez (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpijo. Derechos Humanos* (t. V, vol. 1, pp. 47-78). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Arévalo-Ramírez, W., & Rousset Siri, A. (2023). Resistencia y retroceso (backlash) contra las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estudio de 11 casos de reacciones de los Estados a la autoridad del tribunal y la recusación de jueces en el caso Bedoya Lima. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 16, 1-40. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.12687>

Canosa Usera, R. (2015). ¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España? En M. Carbonell Sánchez, D. Valadés, H. Fix-Fierro y L. R. González Pérez (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpijo. Derechos Humanos* (t. V, vol. 1, pp. 237-278). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Carmona Tinoco, J. (2009). La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México. En S. García Ramírez y M. Castañeda Hernández (eds.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana* (pp. 245-290). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Carozza P., & González Domínguez, P. (2017). The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse. *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), 436-442. <https://ssrn.com/abstract=2795312>

Castilla Juárez, K. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, 33, 149-172.

Celis Vela, D. A. (2024). El control de convencionalidad y la concurrencia de intérpretes autorizados de disposiciones constitucionales. *International Journal of Constitutional Law*, 21(5), 1332-1359. <https://doi.org/10.1093/icon/moad073>

Cevallos C., D. J. (2021). Control de convencionalidad y argumentación jurídica. En A. Saiz-Arnaiz (ed.), *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (pp. 271-287). Madrid: CEPC.

Colombo, I. (2022). Un análisis crítico de la doctrina del control de convencionalidad. *Omnia. Derecho y Sociedad*, 5(1), 83-116. <https://doi.org/10.53794/ro.v5i1.350>

Colque Lizárraga A. (2022). Control difuso de convencionalidad de normas constitucionales. ¿Un anacronismo peligroso para la democracia constitucional? *YachaQ: Revista de Derecho*, (13), 175-196. <https://doi.org/10.51343/yq.vi13.926>

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH). (2014). *Desplazamiento Interno Forzado en México*. <https://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-desplazamiento-web.pdf>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2016). *Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México*. <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=15008>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2018). *Informe de Actividades 2017*. [http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/menus/30110/content/files/Informe\\_cndh\\_2017.pdf](http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/menus/30110/content/files/Informe_cndh_2017.pdf)

Corchete Martín, M. J. (2001). *El defensor del Pueblo y la Protección de los Derechos*. Salamanca.

Coste Cacho, J. (2021). El fortalecimiento institucional de la CNDH (1990-2018). *Clivajes, Revista de Ciencias Sociales*, VIII(16), 23-41. <https://doi.org/10.25009/clivajesrcs.i16.2702>

González Pérez, L. R. (2016). Discurso de Luis Raúl González Pérez, entonces presidente de la CNDH. En *Diálogos Judiciales Internacionales: Control de convencionalidad y migración. Tendencias y desafíos* [video de YouTube]. <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=hifSbTeuwpI>

Ferrari, G., & López Poletti, F. (2022). El control de convencionalidad: ¿un punto de llegada o un camino interpretativo? Una reflexión sobre los alcances de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 5(5). <https://doi.org/10.24215/2618303Xe033>

Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios Constitucionales*, 11(2), 641-694.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). Control de convencionalidad (sede interna). En E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez y G. Figueroa Mejía (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional* (pp. 236-240). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Fix-Fierro, H. (1993). La reforma al artículo 102 constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(76), 223-229. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1993.76.3043>

Fix-Zamudio, H. (1995). Jurisdicción Constitucional y Protección de los Derechos Fundamentales en América Latina. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 85-90). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

García Ramírez, S. (2008). Ombudsperson y tutela interamericana de los derechos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 8(8), 195-205.

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(28), 123-159. <https://doi.org/10.35487/rius.v5i28.2011.68>

González Domínguez, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 55-98. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100003>

González Rincón, A. C. (2023). La ruta de ida y vuelta entre la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano: una relación para la protección de los derechos en México. *Estudios Constitucionales*, 21(1), 247-278. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002023000100247>

González Volio, L. (2000). The institution of the ombudsperson. The Latin American experience. *Revista IIDH*, 37, 219-248. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/1605>

González Volio, L. (2009). Los ombudsperson en América Latina y su incidencia política. *Revista IIDH*, 49, 157-202. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/1139>

Herrera, J. C. (2021). La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1385-1416. <https://doi.org/10.1093/icon/moab106>

Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*. México: CNDH, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Martínez Neira, S. (2024). El control de convencionalidad y la cultura jurídica interamericana: hacia la construcción de un sentido colectivo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XXIV, 149-170, <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2024.24.18149>

Miranda García, J. I., & López Moya1 D. F. (2024). Naturaleza jurídica y alcance del control de convencionalidad en Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 8(2), 1256-1276. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v8i2.10563](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i2.10563)

Morales Antoniazzi, M. (2015). *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: UNAM-IIIJ.

Morales Antoniazzi, M. (2017). Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. En A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (pp. 417-556). México: UNAM, Max-Planck-Institut for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Natarén Nandayapa, C. (2005). *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México. Estudio del sistema nacional de organismos de protección de derechos humanos*. México: CNDH.

Nogueira Alcalá, H. (2011). El uso de comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 17-76.

Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLV(135), 1167-1220. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2012.135.4782>

Nogueira Alcalá, H. (2014). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En A. Saiz Arnáiz y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa* (pp. 331-383). México: Porrúa, UNAM.

Organización de Estados Americanos (OEA). (2003). *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30990.pdf>

Parra Vera, O. (2017). El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”. En A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (pp. 503-550). México: UNAM, Max-Planck-Institut for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 8(1), 117-136. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005>

Sagüés, N. P. (2014). Control constructivo (positivo) de convencionalidad. En E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez y G. Figueroa Mejía (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional* (pp. 222-224). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Pelayo Moller, C. M. (2012). El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XII, 959-1021. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2012.12.417>

Piovesan, F. (2014). *Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*. En A. Von Bogdandy, H. Fix Fierro y M. Morales Antoniazzi (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 61-81). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Queralt Jiménez, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.

Quintana Osuna, K. I. (2018). Algunos debates doctrinales sobre el control de convencionalidad. En J. J. Orozco Henríquez (coord.), *Protección a los derechos*

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

humanos. *Perspectivas nacionales e interamericanas* (pp. 411-448). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ponce Flores, G. R. (2024). El uso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia por el Tribunal Constitucional peruano: ¿hacia el diálogo judicial? *Revista Derecho del Estado*, (58), 29-60. <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.02>

Rodríguez, G. (2014). Artículo 29. Normas de interpretación. En C. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (pp. 707-714). México: SCJN, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Romero Pérez, X. L. (2011). *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Salvador Monteros, A. M. (2022). Políticas públicas y control de convencionalidad. *Foro Revista de Derecho*, (38), 74-98. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.4>

Sudre, F. (1996). Existe-t-il un ordre public européen? En P. Tavernier (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"* (pp. 39-90) Bruselas: Bruylant.

Vargas Morales, R. (2021). Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho nacional. Cuestionamientos necesarios a propósito de la aplicación del control de convencionalidad. *Opinión Jurídica*, 21 (44), 349-371. <https://doi.org/10.22395/ojum.v21n44a17>

Vélez Salas, A. (2016). *Narrativas interdisciplinarias sobre desaparición de personas en México*. México: CNDH.

Velu, J., & Ergec, R. (1990). *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruselas: Bruylant.

## Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C N.º 154 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 26 de septiembre de 2006).

*Andrade Salmón vs. Bolivia*, Serie C N.º 330 (Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia) (Corte IDH, 1 de diciembre de 2016).

*Artavia Murillo vs. Costa Rica*, Serie C, N.º 257 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012).

*Boyce y otros vs. Barbados*, Serie C N.º 169 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 20 de noviembre de 2007).

*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Serie C N.º 220 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 26 de noviembre de 2010).

*Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, Serie C N.º 160 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 25 de noviembre de 2006).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cámara de Diputados [México], 1917).



Código Penal Federal (Poder Ejecutivo [México], 1931). *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931. <https://www.refworld.org/es/leg/legis/pleg/1931/es/125545>

Código Penal para el Estado de Nuevo León (Congreso del Estado de Nueva León [México], 1990). *Diario Oficial*, 26 de marzo de 1990. <https://docs.mexico.justia.com/static/pdf-js/web/index.html?file=/estatales/nuevo-leon/codigo-penal-para-el-estado-de-nuevo-leon.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1978). [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convención\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA, 2001). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA, 9 de junio de 1994). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

Controversia Constitucional 32/2005. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época (XXIV), octubre de 2006.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (Asamblea General de la ONU, 4 de diciembre de 1986). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development>

Dictamen de la Comisión de Gobernación respecto de la petición de declaración de desaparición de poderes en el estado de Guerrero, presentada por diversos senadores del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (Senado [México], 2014). *Gaceta del Senado*, (LXII), 4 de noviembre de 2014. [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/51089](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/51089)

*Espinoza González vs. Perú*, Serie C N.º 289 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 20 de noviembre de 2014).

*Expediente Varios 912/2010 sobre la participación del Poder Judicial de la Federación y del Poder Ejecutivo Federal en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”* (SCJN [México], 14 de julio de 2011).

*García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Serie C N.º 137 (Sentencia) (Corte IDH, 25 de noviembre de 2005).

*Gelman vs. Uruguay*, Serie C N.º 221 (Fondo y Reparaciones) (Corte IDH, 24 de febrero de 2011).

*Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia (Corte IDH, 20 de marzo de 2013).

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

Informe 51/021, Petición 12.404, Janet Espinoza Feria y otras (Perú) (CIDH, 10 de octubre de 2002).

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND



Informe 57/03 (Admisibilidad), Petición 12.337, Marcela Andrea Valdés Díaz (Chile) (CIDH, 10 de octubre de 2003).

Informe 67/12, Petición 728-04, Rogelio Morales Martínez (México) (CIDH, 17 de julio de 2012).

Informe 35/14, Petición 1334-09, Eulogia y su hijo Sergio (Perú) (CIDH, 4 de abril de 2014).

Ley del Seguro Social (Congreso de la Unión [México], 12 de marzo de 1973). [https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/4129\\_LSS\\_1973.pdf](https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/4129_LSS_1973.pdf)

Ley General de Víctimas (Congreso de la Unión [México], 2013). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9044.pdf>

Ley General en materia de desaparición forzada de personas (Congreso de la Unión [México], 2017). *Diario Oficial de la Federación*, 17 de noviembre de 2017. [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5504956&fecha=17/11/2017#sc.tab=0](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5504956&fecha=17/11/2017#sc.tab=0)

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (Cámara de Diputados [México], 2011). *Diario Oficial de la Federación*, 30 de mayo de 2011. [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/ley\\_general\\_para\\_la\\_inclusion\\_de\\_las\\_personas\\_con\\_discapacidad.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ley_general_para_la_inclusion_de_las_personas_con_discapacidad.pdf)

*Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N.º 276 (Corte IDH, 30 de enero de 2014).

*Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie CN.º 259 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones) (Corte IDH, 30 de noviembre de 2012).

*Myma Mack Chang vs. Guatemala*, Serie C N.º 101 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 25 de noviembre de 2003).

Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (Consejo Económico y Social de la ONU, 2000). <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2000/es/36991>

Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (Corte IDH, 17 de septiembre de 2003). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

*Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, Serie C N.º 372 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 29 de noviembre de 2018).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de la ONU, 1966). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Protocolo de San Salvador (Asamblea General de la ONU, 1988). <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

*Petro Urrego vs. Colombia*, Serie C N.º 406 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 8 de julio de 2020).

*Radilla Pacheco vs. México*, Serie C N.º 209 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 23 de noviembre de 2009).

Recomendación 197/1992 (CNDH [México], 1992).

Recomendación 35/1994 (CNDH [México], 1994).

Recomendación 58/1994 (CNDH [México], 1994).

Recomendación 103/1995 (CNDH [México], 1995).

Recomendación 61/1996 (CNDH [México], 1996).

Recomendación 81/1996 (CNDH [México], 1996).

Recomendación 18/1997 (CNDH [México], 1997).

Recomendación 42/1997 (CNDH [México], 1997).

Recomendación 10/1999 (CNDH [México], 1999).

Recomendación 8/2000 (CNDH [México], 2000).

Recomendación 15/2001 (CNDH [México], 2001).

Recomendación 26/2001 (CNDH [México], 2001).

Recomendación 3/2002 (CNDH [México], 2002).

Recomendación 48/2003 (CNDH [México], 2003).

Recomendación 62/2004 (CNDH [México], 2004).

Recomendación 9/2005 (CNDH [México], 2005).

Recomendación 24/2005 (CNDH [México], 2005).

Recomendación 11/2006 (CNDH [México], 2006).

Recomendación 38/2006 (CNDH [México], 2006).

Recomendación 17/2007 (CNDH [México], 2007).

Recomendación 6/2008 (CNDH [México], 2008).

Recomendación 7/2008 (CNDH [México], 2008).

Recomendación 24/2008 (CNDH [México], 2008).

Recomendación 7/2009 (CNDH [México], 2009).

Recomendación 43/2009 (CNDH [México], 2009).

Recomendación 44/2009 (CNDH [México], 2009).

Recomendación 71/2010 (CNDH [México], 2010).

Recomendación 14/2011 (CNDH [México], 2011).

Recomendación 34/2011 (CNDH [México], 2011).

291

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

- Recomendación 40/2011 (CNDH [México], 2011).  
Recomendación 42/2011 (CNDH [México], 2011).  
Recomendación 43/2011 (CNDH [México], 2011).  
Recomendación 87/2011 (CNDH [México], 2011).  
Recomendación 88/2011 (CNDH [México], 2011).  
Recomendación 34/2012 (CNDH [México], 2012).  
Recomendación 45/2012 (CNDH [México], 2012).  
Recomendación 52/2012 (CNDH [México], 2012).  
Recomendación 59/2012 (CNDH [México], 2012).  
Recomendación 72/2012 (CNDH [México], 2012).  
Recomendación 16/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 18/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 21/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 28/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 40/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 44/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 47/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 53/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 57/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 62/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 63/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 67/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 81/2013 (CNDH [México], 2013).  
Recomendación 31/2014 (CNDH [México], 2014).  
Recomendación 4/2014 (CNDH [México], 2014).  
Recomendación 9/2014 (CNDH [México], 2014).  
Recomendación 16/2014 (CNDH [México], 2014).  
Recomendación 42/2014 (CNDH [México], 2014).  
Recomendación 46/2014 (CNDH [México], 2014).  
Recomendación 51/2014 (CNDH [México], 2014).

293

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

Recomendación 15/2015 (CNDH [México], 2015).  
Recomendación 18/2015 (CNDH [México], 2015).  
Recomendación 31/2015 (CNDH [México], 2015).  
Recomendación 33/2015 (CNDH [México], 2015).  
Recomendación 45/2015 (CNDH [México], 2015).  
Recomendación 8/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 15/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 20/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 31/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 35/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 48/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 50/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 58/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 60/2016 (CNDH [México], 2016).  
Recomendación 1/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 4/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 7VG/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 12/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 13/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 23/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 28/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 53/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 54/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 64/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 66/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 73/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 78/2017 (CNDH [México], 2017).  
Recomendación 2/2018 (CNDH [México], 2018).  
Recomendación 9/2018 (CNDH [México], 2018).  
Recomendación 16/2018 (CNDH [México], 2018).

- Recomendación 18/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 20/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 29/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 11VG/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 37/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 42/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 46/2018 (CNDH [México], 2018).
- Recomendación 7/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 16/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 18VG/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 19VG/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 20VG/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 26VG/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 28VG/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 43/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 69/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 70/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 72/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 73/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 74/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 94/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación 99/2019 (CNDH [México], 2019).
- Recomendación General 15 (CNDH [México], 23 de abril de 2009).  
<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-04/Recomendacion-General-15.pdf>
- Recomendación General 16 (CNDH [México], 21 de mayo de 2009).  
<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Recomendacion-General-16%5B1%5D.pdf>
- Recomendación General 24 (CNDH [México], 8 de febrero de 2016).  
[https://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15004/RecGral\\_024.pdf](https://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15004/RecGral_024.pdf)
- Recomendación General 26 (CNDH [México], 13 de abril de 2016).  
[https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral\\_026.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_026.pdf)

Resolución de medidas provisionales respecto de México, Asunto Castro Rodríguez (Corte IDH, 14 de noviembre de 2017).

*Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Serie C N.º 285 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 14 de octubre de 2014).

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

*Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, Serie C N.º 191 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 27 de noviembre de 2008).

*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C N.º 158 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 24 de noviembre de 2006).

Tesis de Jurisprudencia P./J. 12/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época (XXVII), febrero de 2008.

Tesis de Jurisprudencia P./J. 20/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época (XXV), p. 1647, mayo de 2007.

Recibido: 06/08/2024  
Aprobado: 13/01/2025

295

EL CONTROL DE  
CONVENCIONA-  
LIDAD NO JURIS-  
DICCIONAL EN LAS  
RECOMENDACIONES  
DE LA COMISIÓN  
NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMA-  
NOS: UNA TENDEN-  
CIA AL ALZA

NON-JURISDICTIONAL  
CONVENTIONALITY  
CONTROL IN THE  
RECOMMENDATIONS  
OF THE NATIONAL  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION: AN  
UPWARD TREND

# INTERDISCIPLINARIA

---

DERECHO  
PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO



# El Estado apático y la explosión de las huelgas en el sector público peruano

## The Apathetic State and the Explosion of Public Sector Strikes in Peru

RENZO VITO SALVADOR FLORIAN\*\*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

**Resumen:** Tradicionalmente, las huelgas en el Perú han seguido tendencias similares a los ciclos económicos y han estado lideradas por organizaciones de trabajadores de sectores como los de minería y manufactura. No obstante, desde 2017 los sindicatos del sector público han empezado a liderar los tres indicadores clásicos de huelga: frecuencia, horas-hombre perdidas y número de trabajadores. Esta investigación toma como caso de estudio las movilizaciones de alcance nacional y explica estos cambios en las tendencias utilizando el marco teórico de la estructura de las oportunidades políticas. En particular, se argumenta que en la Administración pública este ascenso en la conflictividad se produjo con ocasión de la reforma en la regulación de la negociación colectiva (apertura o acceso a la participación), mientras que en el sector privado las variaciones se deben al apoyo de los jefes de las oficinas administrativas (disponibilidad de aliados influyentes). Para demostrar esta tesis, este trabajo conjuga el análisis dogmático del marco institucional que regula el ejercicio de la huelga en Perú con el análisis de la información registrada en los anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de 406 expedientes de procedimientos de huelga iniciados ante la Dirección General de Trabajo desde 2017 hasta 2022.

**Palabras clave:** Sindicalismo, huelga, sector público, oportunidades políticas, fiscalización

**Abstract:** Traditionally, strikes in Peru have followed similar trends to economic cycles and have been led by workers' organizations in sectors such as mining and manufacturing. However, since 2017, public sector unions have begun to lead the three classic strike indicators: frequency, man-hours lost and number of strikers. This research takes nationwide mobilizations as a case study and explains these changes in trends using the theoretical framework of the political opportunity structure. In particular, it argues that this rise in conflict originated in public administration due to the reform in the regulation of collective bargaining (openness or access to participation). At the same time, in the private sector, the variations are related to the support of the heads of administrative offices (availability of influential allies). To demonstrate this thesis, this paper combines the dogmatic analysis of the institutional framework regulating the right to strike in Peru along with the analysis of data recorded in the statistical yearbooks of the Ministry of Labor

\* Profesor contratado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Máster en Trabajo y Derechos Laborales Internacionales por la Universidad Estatal de Pensilvania (Estados Unidos). Código ORCID: 0009-0000-9819-8614. Correo electrónico: vito.salvadorf@gmail.com

and Employment Promotion and 406 files of strike proceedings initiated before the General Directorate of Labor from 2017 to 2022.

**Keywords:** Labor movement, strike, public sector, political opportunities, law enforcement

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. METODOLOGÍA, FUENTES DE INFORMACIÓN, SELECCIÓN DE CASOS Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN.- III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN PERÚ.- IV. EL EJERCICIO DE LA HUELGA EN PERÚ (2017-2022).- IV.1. CONTRA LA TESIS DEL EMPLEADOR IMPUNE: LA HUELGA COMO VEHÍCULO DE NEGOCIACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO.- IV.2. CONTRA LA APARENTE INDEPENDENCIA POLÍTICA DEL CONTROL ADMINISTRATIVO: HACIA UNA EXPLICACIÓN DE LOS AUMENTOS DE HUELGA EN EL SECTOR PRIVADO.- IV.3. BURLANDO AL GUARDIÁN: EL FRACASO DEL CONTROL ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS ESTRATEGIAS SINDICALES.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Oscar Ermida (1996) denominó a la huelga como un «instituto jurídico atípico» por tratarse de un derecho que permite lesionar intereses económicos de los empleadores. Controversial desde su origen, incluso su reconocimiento jurídico en el principal instrumento internacional sobre libertad sindical —el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 (en adelante, OIT)— no ha estado exento de críticas (Novitz, 2003). En Perú, Santistevan y Delgado (1980) han demostrado cómo su reconocimiento y procedimentalización han estado marcados con una impronta de control y contención del conflicto. Ahora bien, ¿qué se puede afirmar hoy sobre el ejercicio de este derecho fundamental?

Históricamente, los sectores que han liderado la acción sindical, así como indicadores laborales importantes (tasa de afiliación sectorial, huelgas y negociaciones colectivas, entre otros) son las clásicas actividades proletarizadas: minería, manufactura y construcción (Villavicencio, 2008a). Se trata, por tanto, de un conflicto limitado a ciertas industrias y sin una mayor expansión, sea geográfica o sectorial (microconflictividad). Asimismo, Yamada y Salgado (2006) han identificado que en el sector privado la acción sindical responde a la dinámica económica del país, aumentando en periodos de bonanza y reduciéndose en recesión. En ese sentido, durante la primera década del siglo XXI, el marco teórico de los ciclos económicos permitía explicar por qué los trabajadores ejercen su derecho a la huelga. No obstante, desde 2017, los sindicatos del sector público han superado esta tendencia histórica, registrando cifras récord en número de huelgas, horas-hombre perdidas y número de trabajadores.

¿Cómo se explica este cambio en la tendencia histórica del sindicalismo peruano? De acuerdo con Sarzo (2021), la ausencia de mecanismos para

asegurar el cumplimiento del convenio colectivo y, en general, del respeto de los derechos de los trabajadores del sector público, han empujado a los sindicatos a emplear la huelga como vehículo de presión para tal fin. En otras palabras, la acción colectiva ha pasado de ser una expresión reivindicatoria de las organizaciones sindicales de los sectores mineros y de manufactura a ser una herramienta de los servidores públicos para efectivizar sus derechos. De esta manera, el incremento de las huelgas es producto del Estado como empleador impune; sin embargo, este argumento se sostiene únicamente en la doble clasificación legal de los motivos (negociación colectiva e incumplimiento de normas), sin considerar que la acción colectiva, como hecho social, es más compleja y puede exceder los parámetros normativos (Hyman, 1989).

Esta investigación argumenta que el ascenso de la conflictividad en el sector público se ha producido por cambios institucionales que generaron oportunidades políticas para los actores sindicales. En concreto, esta tendencia se explica por el vacío que generaron las dos sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC)<sup>1</sup> a favor de la habilitación de negociar incrementos remunerativos, y en 2021 mediante un nuevo marco regulatorio específico —la Ley 31188, Ley de negociación colectiva del sector estatal (en adelante, LNCSE)—. Es en este contexto de reforma fallida y ausencia de un diseño institucional para negociar que la huelga se convirtió en un vehículo para ejercer, *de facto*, una negociación con las entidades. De ahí que se observe una plétora de demandas, antes que solo una exigencia de cumplir normas o de mejorar derechos. Por otro lado, en el caso del sector privado, el recurso a la huelga no está vinculado al marco institucional, sino a las oportunidades que se generan a partir de los cambios de jefatura que ocurren en los órganos competentes para conocer estos conflictos. En otros términos, cuando se observa mayor apoyo por parte de la Administración pública, se explota esta ventaja.

Para demostrar este argumento, este trabajo presenta una revisión del marco institucional que regula el ejercicio de la huelga en Perú, así como el contexto reciente de los derechos colectivos de los servidores públicos. De esta manera, se busca comprender los alcances del control administrativo sobre la acción colectiva, así como las reglas que constriñen su empleo y las oportunidades generadas por los cambios institucionales. Luego, se pasa a revisar tanto las trayectorias en el ejercicio de la huelga que registran las estadísticas oficiales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) como el estudio de los expedientes iniciados y resueltos ante la Dirección General

1 Se trata de las sentencias del caso *Ley de Presupuesto Público* (Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC), publicada el 3 de septiembre de 2015, y del caso *Ley de Servicio Civil* (Expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC), publicada el 26 de abril de 2016.

de Trabajo del MTPE (en adelante, DGT) desde 2017 hasta 2022. Esta sección apunta a profundizar en la forma como las organizaciones de trabajadores ejercen su derecho, cuestionando y complementando las hipótesis vigentes que explican las tendencias actuales.

## II. METODOLOGÍA, FUENTES DE INFORMACIÓN, SELECCIÓN DE CASOS Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación, de metodología mixta, reconstruye la trayectoria contemporánea del ejercicio de la huelga en el país, combinando la estadística laboral con el enfoque de análisis temático, abordado desde un diseño de estudio de caso único. Para ello, se utiliza como fuente de información los anuarios estadísticos del MTPE y la totalidad de los expedientes de los procedimientos de huelga iniciados ante la DGT desde 2017 hasta 2022, con un total de 418 carpetas registradas. Desde esta perspectiva, se conjuga el uso de la estadística oficial a nivel nacional para esbozar las dinámicas generales y sectoriales sobre el ejercicio de la huelga con el estudio de los archivos individuales, los cuales permiten ahondar en las controversias, sus estrategias y en cómo se ejerce el control administrativo en estos casos.

Se ha seleccionado a la DGT como caso de estudio del ejercicio de huelga por dos razones. Primero, porque esta oficina conoce y resuelve aquellos conflictos que se consideran de alcance nacional<sup>2</sup>; por tanto, trata las principales huelgas realizadas en el país, aquellas cuya magnitud en términos de horas-hombre perdidas y trabajadores comprendidos es mayor. Segundo, porque, independientemente del sector, el sindicalismo peruano se caracteriza por concentrarse en empresas o entidades de gran tamaño, las cuales se caracterizan por estar distribuidas geográficamente y no se limitan a una sola jurisdicción territorial. En ese sentido, la DGT suele ser la oficina competente para conocer los conflictos que abarcan más de una región. En otros términos, pocas organizaciones de trabajadores con amplia afiliación limitan su actividad sindical a una única jurisdicción territorial y escapan de la competencia de la DGT.

A través de una solicitud de acceso a la información, la DGT remitió 418 expedientes correspondientes a procedimientos de huelga iniciados desde 2017 hasta 2022. Estos documentos han sido luego clasificados por año, codificados y tabulados según tipo de sector (público/privado), motivo de huelga, duración, procedencia y legalidad, y autoridad resolutoria, utilizando el *software* Microsoft Excel. Esta información ha

2 Conforme con las competencias establecidas en el Decreto Supremo 017-2012-TR (2012), los conflictos que involucran trabajadores que laboran en centros de trabajo localizados en más de una región del país son calificados como suprarregionales o nacionales, y son competencia exclusiva de la DGT.

permitido un mayor escrutinio sobre los registros estadísticos, así como identificar ciertos detalles en los patrones de estrategias de acción a nivel legal. Asimismo, a partir de ello se ha evidenciado un subregistro en la frecuencia o número de huelgas en todos los años cubiertos en este trabajo (2017 a 2022). En concreto, se ha observado que en este intervalo temporal la cantidad de expedientes de acciones colectivas ante la DGT supera ampliamente el número total registrado a nivel nacional<sup>3</sup>. En otras palabras, sin contabilizar a las veinticinco direcciones regionales, el número de procedimientos de huelga de alcance nacional excede los datos registrados para todo el país en el anuario estadístico del MTPE<sup>4</sup>.

Este problema se agrava al observar que el anuario no registra la metodología empleada para la construcción de la data. Así, otros indicadores como el número de huelguistas y las horas perdidas pierden certeza sobre su precisión. Como consecuencia de ello, el empleo de información oficial solo puede ser usado de forma referencial y no puede fundamentar afirmaciones concluyentes sobre el ejercicio de este derecho. Resulta importante precisar, también, que esta objeción no resulta aplicable a esta investigación pues el componente analítico utiliza como base los expedientes administrativos y no la estadística oficial.

Por otro lado, interesa señalar que esta investigación se aleja de la clasificación normativa de los motivos de huelga<sup>5</sup>, toda vez que resulta insuficiente para apreciar la plétora de motivos de luchas sindicales a nivel nacional. Asimismo, también se ha evitado recurrir a categorías<sup>6</sup> amplias que puedan subrepresentar o sobrerrepresentar cierto tipo de causas (Cuevas, 1990). En ese sentido, las denominaciones empleadas rescatan los criterios clásicos (negociación colectiva, incumplimiento de normas) e incorporan otros como «prácticas empresariales o de la administración», «marco normativo», «demandas nacionales», «demandas económicas», «demandas sectoriales», «cumplimiento de convenio colectivo», «cumplimiento de acuerdos», etc.

3 Cabe señalar que no se cuenta con una metodología pública y transparente para la elaboración del anuario, lo cual incide en la adecuada representación de los datos. Este aspecto resulta importante porque muchas huelgas son de corta duración y no necesariamente se emite un informe de paralización de labores por parte de la inspección del trabajo.

4 Al respecto, resulta interesante notar que los números registrados se acercan a la cantidad de resoluciones de improcedencia emitidas por la DGT. Sin embargo, como se ha mencionado, resulta inverosímil que la diferencia entre estos datos sea cubierta por las veinticinco direcciones regionales de trabajo.

5 El ordenamiento jurídico peruano solo reconoce dos tipos de huelga a nivel legal. La primera es con motivo de un conflicto económico (negociación colectiva), la segunda es por el incumplimiento de normas legales (incumplimiento normativo).

6 Una clasificación reciente e interesante ordena los conflictos en tres tipos: ofensivos (expansión de derechos), defensivos (demandas y cumplimiento de derechos) y políticos (demandas extralaborales) (The Inter-Union Department of Statistics and Socio-Economic Studies *et al.*, 2024). Sin embargo, esta caracterización no es adoptada porque puede generar una sobrerrepresentación de las huelgas defensivas, impidiendo apreciar la gama de motivos en el movimiento sindical peruano.

Como se observa, estos criterios buscan abarcar la diversidad de conflictos que escapan del marco jurídico. El criterio «prácticas empresariales o de la administración» hace referencia aquellas conductas cuestionadas por los trabajadores, sea por antisindicales o por afectar sus intereses. Luego, el «marco normativo» alude a las demandas de modificaciones de carácter jurídico, independientemente de su alcance (reglamentario o legal). Los tres tipos de «demandas» han sido separados en función al alcance y naturaleza de estos. Aquellas calificadas como «sectoriales» hacen referencia a todo tipo de exigencia propia del sector económico o de la entidad pública. Se incluyen, por tanto, aspectos organizacionales, técnicos, logísticos y de personal, entre otros. Por último, el cumplimiento de acuerdos se distingue del relativo a los convenios colectivos en que el primero se refiere a arreglos específicos arribados entre la entidad pública y la organización de trabajadores, los cuales escapan al contexto de una negociación colectiva.

Finalmente, es importante mencionar algunas limitaciones que presenta esta investigación. La principal se vincula con la ausencia de estudios de caso que permitan incorporar matices o hipótesis alternativas a los macroprocesos descritos. Se hace necesaria una profundización desde la perspectiva de los agentes para contrastar los argumentos y explicaciones de los conflictos colectivos que se presentan en este trabajo. En suma, una investigación que profundice sobre este cambio en el perfil del sindicalismo peruano sin duda deberá incorporar un enfoque de métodos mixtos o cualitativos.

### III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN PERÚ

Desde la Constitución Política del Perú de 1979, en el ordenamiento jurídico se reconoce al derecho de huelga como uno de rango constitucional. Sin embargo, en la disposición vigente existen ciertas deficiencias, tanto desde el ámbito subjetivo como del objetivo (Neves, 2018). Respecto del primero, como apunta Cortés (1993), si bien se incluye a todos los trabajadores dependientes, existe una serie de categorías excluidas expresamente por la Constitución en disposiciones posteriores<sup>7</sup>. Por otro lado, el constituyente ha dispuesto que este derecho se ejerza «en armonía con el interés social» (Constitución Política del Perú, 1993). En términos de restricción, a criterio de Neves (2018), ello implica una devaluación de la huelga debido a que no se observa una definición o criterio objetivo para el establecimiento de excepciones y limitaciones.

<sup>7</sup> Al respecto, interesa notar que estas exclusiones colisionan con obligaciones internacionales en materia de libertad sindical y han sido seriamente criticadas por la doctrina nacional (Villavicencio, 2010).

Interesa destacar, en este punto, que desde el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y desde el derecho internacional del trabajo (DIT) también existe un importante *corpus iuris*, especialmente a partir de los pronunciamientos de los órganos de control de estos tratados. Por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de la Opinión Consultiva OC-27/21 (2021), ha destacado que el ejercicio de la huelga es fundamental para la defensa y protección de los intereses de la clase trabajadora, los cuales pueden tener un carácter laboral, sindical y político<sup>8</sup>. Otro importante aspecto destacado por esta alta corte es que los requisitos para su ejercicio no deben obstruir o hacer imposible la materialización de una huelga legal. Por otro lado, el Comité de Libertad Sindical (CLS) cuenta con amplio abordaje en la materia. Al respecto, ha establecido una definición amplia de este derecho; ha definido el concepto de servicios mínimos, así como las condiciones para la imposición de un arbitraje obligatorio; y ha dispuesto también los estándares que deben cumplir los Estados para ejercer control administrativo sobre el derecho, entre otros aspectos (OIT, 2018).

No obstante, este vasto contenido jurídicamente vinculante no tiene un correlato desde el derecho interno. A nivel legal y reglamentario se cuenta con normas no solo desactualizadas, sino que fueron emitidas durante un gobierno *de facto*, previo a la Constitución vigente. Esta regulación, además, mereció dieciséis observaciones por parte del CLS, de las cuales se mantienen vigentes hasta la fecha las referidas al derecho a la huelga (Villavicencio, 2008a). En concreto, se cuestiona tres intervenciones. Primero, la excesiva restricción al modelo o la definición legal de huelga, la cual solo permite el abandono del centro de labores y proscribire al resto de manifestaciones. Segundo, no garantiza que el control administrativo sea efectuado por un tercero imparcial e independiente, pues lo ejerce la Administración pública a través del MTPE. Por último, y de forma similar al punto anterior, asigna la competencia de definir los servicios mínimos (divergencia) de una determinada empresa o entidad al MTPE y no a un órgano independiente.

Ahora bien, específicamente, ¿cómo regula el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT) de 1992, el ejercicio de la huelga? La legislación dispone una intensa regulación prescriptiva sobre este derecho, tanto en términos abstractos como

8 Cuando la Corte IDH hace referencia a intereses políticos, menciona específicamente la impugnación de políticas públicas. Esta perspectiva permite afirmar que desde el sistema interamericano no se concibe la huelga únicamente como un conflicto económico entre dos partes involucradas, sino que también puede involucrar a terceros no relacionados, como el Gobierno. Sin embargo, por la naturaleza de la materia mencionada, se puede entender que debe existir un nexo de interés laboral entre el ejercicio de este derecho y el asunto que se disputa o reclama.



prácticos<sup>9</sup>. Con relación a lo primero, la LRCT define la huelga como la suspensión de la obligación de prestar servicios, lo que supone el abandono del centro de trabajo. En ese sentido, cualquier otra posible manifestación se encuentra proscrita e, incluso, constituye una causal de ilegalidad (LRCT, 1992, art. 84, lit. c). Respecto a lo segundo, para que una organización de trabajadores pueda ejercer su derecho a la huelga, tiene que cumplir con determinados requisitos formales y materiales.

Tales requerimientos se enmarcan en el control administrativo de este derecho y se estructuran tanto a partir de la LRCT como de su reglamento (1992) (en adelante, RLRCT)<sup>10</sup>. Al respecto, inicialmente, estos eran en total ocho: a) la huelga debe defender los derechos o intereses de los trabajadores (LRCT, 1992, art. 73, lit. a); b) la decisión debe ser adoptada conforme con el estatuto y el acta debe ser refrendada por un notario o juez de paz (LRCT, 1992, art. 73, lit. b; RLRCT, 1992, art. 65, lit. b); c) se debe notificar previamente a la contraparte empleadora y a la autoridad de trabajo (LRCT, 1992, art. 73, lit. c; RLRCT, 1992, art. 65, lit. a); d) en caso de negociación colectiva, esta no debe haberse sometido a arbitraje (LRCT, 1992, art. 73, lit. d); e) se debe adjuntar la nómina de trabajadores que brindan servicios mínimos o indispensables (RLRCT, 1992, art. 65, lit. c); f) el preaviso debe precisar el ámbito de la huelga, la duración, el día y la hora de inicio (lit. d); g) se debe presentar una declaración jurada del secretario general de la organización y de un integrante designado por la asamblea en la que declaren el cumplimiento de los requisitos estatutarios (lit. e); y h) tratándose de una huelga por incumplimiento de disposiciones legales o convencionales, se deberá contar con una resolución judicial consentida o ejecutoriada (art. 63).

Este cúmulo significativo de requisitos fue la regla hasta el 24 de julio de 2022, fecha en la que se aprueba el Decreto Supremo 014-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, DS 014)<sup>11</sup>. Esta norma reglamentaria modifica sendos artículos relativos al ejercicio de los derechos colectivos y, entre ellos, algunos de los requisitos para el procedimiento de huelga. Fundamentalmente, esta reforma implica un aligeramiento del trámite administrativo en beneficio de las organizaciones de trabajadores. Así, se elimina la exigencia de una sentencia firme o ejecutoriada en caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales. Por otro lado,

9 Para una revisión a mayor detalle y crítica del régimen jurídico de la huelga, nos remitimos a Blancas (2011) y Villavicencio (2008b).

10 Sarzo (2021) presenta una revisión más pormenorizada sobre los requisitos previstos en el marco normativo, así como los criterios adoptados por la autoridad administrativa para determinar su cumplimiento.

11 Interesa mencionar que la Sociedad Nacional de Industrias y la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, ambas asociaciones empresariales, impugnaron esta norma reglamentaria en un proceso de control abstracto de validez (denominado en el derecho interno como «acción popular»), el cual aún se encuentra en trámite ante la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con número de expediente 02185-2022-0-1801-SP-DC-02.

se suprime el requisito de refrendo notarial de los documentos relativos a la votación, reduciendo el carácter oneroso que puede tener cumplir con este aspecto. Finalmente, se dispone el silencio administrativo positivo del procedimiento de huelga, lo cual implica que sean aprobadas las solicitudes ante la inoperatividad de la Administración pública. De esta manera, en términos generales, se facilita que las organizaciones puedan ejercer su derecho.

En síntesis, una organización de trabajadores tiene que acreditar el cumplimiento de los requisitos presentados en la tabla 1 ante la autoridad administrativa competente para ejercer su derecho de huelga.

Tabla 1. Requisitos para el ejercicio del derecho de huelga en el Perú en el sector privado

Requisito	Fuente normativa
Defensa de derechos o intereses socioeconómicos	LRCT, art. 73, lit. a
Decisión conforme con el estatuto de la organización sindical	LRCT, art. 73, lit. b
Preaviso de la huelga indicando ámbito, motivo, duración, y fecha y hora de inicio	LRCT, art. 73, lit. c; y RLRCT, art. 65, lit. a
Negociación colectiva no sometida a arbitraje	LRCT, art. 73, lit. d
Nómina de trabajadores que brindan servicios mínimos o indispensables	RLRCT, art. 65, § 2
Copia simple del acta de votación	RLRCT, art. 65, lit. b
Copia simple del acta de asamblea	RLRCT, art. 65, lit. c

Fuente: elaboración propia con base en la LRCT (1992) y el RLRCT (1992).

Por otro lado, en el marco de las relaciones de trabajo en el sector público, las reglas mencionadas no han sido siempre las mismas. La Administración pública se ha caracterizado por contar con una amplia variedad de regímenes laborales, ocasionando no solo un contexto de dispersión normativa, sino también de situaciones jurídicas desiguales (Díaz, 2019). En 2013, se promulga la Ley 30057, Ley del Servicio Civil (LSC), con la finalidad de ordenar este estado de cosas y establecer un único estatuto jurídico aplicable para los servidores públicos. En esta ley, además, también se establecían reglas para el ejercicio de derechos colectivos, tanto en lo relativo a la negociación colectiva como a la huelga.

Respecto de la negociación colectiva, el aspecto más resaltante de la LSC era la prohibición de negociar aspectos de contenido económico (art. 44). Una disposición de ese tipo, además, era coherente con una

proscripción similar que contenían las leyes de presupuesto desde 2006 hasta 2015. No obstante, ambas fueron declaradas inconstitucionales por el TC por constituir restricciones desproporcionales al contenido del derecho a negociar colectivamente<sup>12</sup>. En el caso de la sentencia de inconstitucionalidad de la LSC, esta alta corte no solo exhortó al Congreso de la República para que elabore y promulgue una ley de negociación colectiva en el sector público en el plazo de un año, decretando la *vacatio sententiae* por ese periodo en este extremo. En otros términos, difirió los efectos de su pronunciamiento con la finalidad de otorgar un margen de tiempo al Poder Legislativo para regular este derecho acorde con la Constitución y no generar un vacío normativo. Sin embargo, este mandato no se cumplió hasta mayo de 2021<sup>13</sup> con la LNCSE, que además derogó las normas relativas a la huelga de la LSC.

Al igual que en el caso de la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga en el sector público también ha tenido una regulación especial. La LSC y su reglamento de 2014 (en adelante, RLSC) contenían disposiciones importantes respecto al procedimiento y requisitos para efectivizar una acción colectiva. Ahora bien, esta regulación era muy similar a lo dispuesto en el sector privado con la LRCT y el RLRCT. En concreto, el artículo 80 del RLSC estableció seis requisitos<sup>14</sup>: a) la huelga debe defender los derechos o intereses de los trabajadores (lit. a), b) la decisión debe ser adoptada conforme con el estatuto (lit. b), c) el acta de la asamblea debe ser refrendada por un notario o juez de paz (lit. c), d) se debe notificar previamente a la entidad pública (lit. e), e) el conflicto no debe haberse sometido a arbitraje (lit. f), y f) se debe adjuntar la nómina de trabajadores que brindan servicios mínimos o indispensables (lit. g). No obstante, como se ha mencionado, este marco jurídico solo estuvo vigente hasta mayo de 2021, pues fue derogado con la promulgación de la LNCSE.

A modo de resumen, un sindicato de trabajadores en el sector público tiene que acreditar el cumplimiento de los requisitos presentados en la tabla 2 ante la autoridad administrativa competente para ejercer su derecho de huelga.

12 Para mayor detalle sobre la discusión de la inconstitucionalidad de la prohibición de negociar aspectos económicos en el Estado, nos remitimos a Neves (2014).

13 Como se evidencia, durante un periodo de tiempo significativo existió un vacío sobre esta materia en el ordenamiento jurídico. Inicialmente, en enero de 2020, durante el interregno parlamentario producto del cierre del Congreso de la República a finales de septiembre de 2019, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia 014-2020 (2020), el cual regulaba la negociación colectiva en el sector público. No obstante, casi un año después, en enero de 2021, esta norma fue derogada por el Poder Legislativo y, posteriormente, se promulgó la LNCSE.

14 En específico, el requisito no reiterado en el RLSC es el relativo a la declaración jurada de cumplimiento de los requisitos estatutarios para la huelga del secretario general y el delegado. También se omite señalar que la comunicación debe precisar ámbito, duración, día y hora de inicio; sin embargo, por tratarse de información esencial y básica que debe comunicarse, se entiende que igual se comunica.

Tabla 2. Requisitos para el ejercicio del derecho de huelga en el Perú en el sector público hasta julio de 2021

Requisito	Fuente normativa
Defensa de derechos o intereses socioeconómicos	RLSC, art. 80, lit. a
Decisión conforme con el estatuto de la organización sindical	RLSC, art. 80, lit. b
Acta de la asamblea refrendada por un notario o juez de paz	RLSC, art. 80, lit. c
Preaviso de la huelga indicando ámbito, motivo, duración, y fecha y hora de inicio	RLSC, art. 80, lit. e
Negociación colectiva no sometida a arbitraje	RLSC, art. 80, lit. f
Nómina de trabajadores que brindan servicios mínimos o indispensables	RLSC, art. 80, lit. g

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

Fuente: elaboración propia con base en el RLSC (2014).

Un último aspecto por destacar de este marco normativo es que este había contemplado un órgano especial para la resolución de controversias vinculadas al ejercicio de derechos colectivos en el sector público. La denominada Comisión de Apoyo al Servicio Civil sería competente para determinar la procedencia e ilegalidad de las huelgas, pero nunca llegó a implementarse y sus competencias fueron asumidas por las direcciones correspondientes del MTPE. Desde esta perspectiva, en el sector público quien resuelve no solo no es un tercero imparcial —como ocurre en sector privado—, sino que es una parte involucrada.

Como se puede observar, a mediados de julio de 2017 no existían parámetros o reglas definidas en el ordenamiento jurídico para que las organizaciones de trabajadores en el sector público puedan negociar condiciones de trabajo con contenido económico. Además de esta incertidumbre, a pesar del pronunciamiento expreso del TC, las siguientes leyes de presupuesto continuaron reproduciendo la prohibición expresa de reajustes o incrementos de ingresos a todos los servidores públicos, independientemente de su nivel (Gobierno central, regional, local y de organismos constitucionalmente autónomos). En otros términos, en este periodo, aun cuando se decidiera aplicar supletoriamente el marco institucional del sector privado, la posibilidad de obtener un convenio colectivo en la Administración pública enfrentaba serias dificultades.

Desde esta perspectiva, a partir de la revisión de los requisitos señalados en las tablas 1 y 2, la oficina competente emitirá un primer pronunciamiento sobre la procedencia de la huelga. En caso este resulte desfavorable para la organización de trabajadores, se puede interponer un recurso de apelación, si se trata de una acción colectiva de alcance local ante una dirección regional; o revisión, tratándose de una de alcance nacional. Cabe señalar que durante este *iter* procedimental, el

sindicato puede materializar la medida de fuerza. Sin embargo, agotada la vía administrativa con el segundo pronunciamiento de la autoridad —que resuelve el recurso de apelación o revisión, según corresponda—, la continuación de la huelga configura un vicio de legalidad.

Así, los supuestos que configuran a la huelga como ilegal, de acuerdo con la normativa, son los siguientes: a) haber materializado la medida con un pronunciamiento de improcedencia (LRCT, art. 84, lit. a), b) haber incurrido en o generado violencia (lit. b), c) materializar una huelga irregular o atípica (lit. c), d) incumplir con los servicios mínimos o indispensables (lit. d), y e) continuar luego de notificado el laudo que compone el conflicto (lit. e). En otros términos, se trata de detener una medida de fuerza que no respeta los requisitos jurídicos —supuestos a) y d)—, que transgrede los parámetros normativos —supuestos b) y c)— o que carece de motivo válido para continuar —supuesto e)—.

La tabla 3 resume las causales de ilegalidad que puede declarar la autoridad administrativa competente sobre el ejercicio del derecho de huelga.

Tabla 3. Causales para declaratoria de ilegalidad de la huelga

Causal	Fuente normativa
Haber materializado la huelga luego de la improcedencia	LRCT, art. 84, lit. a
Haber incurrido en o generado violencia	LRCT, art. 84, lit. b
Incurrir en un supuesto de huelga irregular	LRCT, art. 84, lit. c
Incumplir con los servicios mínimos o indispensables	LRCT, art. 84, lit. d
Continuar luego de notificado el laudo que compone el conflicto	LRCT, art. 84, lit. e

Fuente: elaboración propia con base en el LRCT (1992).

Visto de esta manera, el control administrativo sitúa la conclusión de la huelga, así como la represión de su continuidad, en la declaratoria de ilegalidad consentida. En otros términos, luego de que el pronunciamiento de la autoridad es definitivo y agota la vía administrativa, la medida de fuerza debe levantarse de inmediato, pues el empleador podrá ejercer su potestad disciplinaria y sancionar la ausencia de los trabajadores conforme con los parámetros normativos. Para autores como Sarzo (2021) tal diseño constituye un error, pues permite la materialización de la acción colectiva sin ningún tipo de

consecuencia jurídica perjudicial por no observar las condiciones para la procedencia<sup>15</sup>.

Hasta este punto, interesa notar que existe una vasta literatura que ha abordado el marco institucional que gobierna el ejercicio del derecho de huelga y cuestiona su compatibilidad con los estándares internacionales (Blancas, 2011; Villavicencio, 2008b). Asimismo, también se afirma que el principal efecto de esta regulación es generar microconflictividad: huelgas acotadas a sectores de alta densidad sindical y de poca duración debido al intenso control administrativo (Villavicencio, 2008a). No obstante, no se cuenta con estudios empíricos contemporáneos que estudien las dinámicas y tendencias de la acción colectiva en Perú. La siguiente sección aborda este vacío al presentar los hallazgos de una investigación utilizando el anuario estadístico del MTPE y los expedientes de todos los procedimientos de huelga de alcance nacional presentados ante la DGT desde 2017 hasta 2022.

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

#### IV. EL EJERCICIO DE LA HUELGA EN PERÚ (2017-2022)

En la literatura sobre los estudios del trabajo enfocados en la huelga, el tradicional punto de partida para el análisis se basa en tres indicadores: a) frecuencia o número de huelgas, b) número de huelguistas comprendidos y c) horas-hombre perdidas (Franzosi, 1995; Zapata, 1986). Entre estos, el registro de medidas de fuerza es el factor más independiente, pues solo da cuenta de un número superficial de eventos. Por el contrario, la cantidad de trabajadores comprendidos y el tiempo de trabajo perdido muestran una relación proporcional. Así, allí donde se logre una movilización significativa también se genera una elevada cantidad de horas de trabajo (Franzosi, 1995).

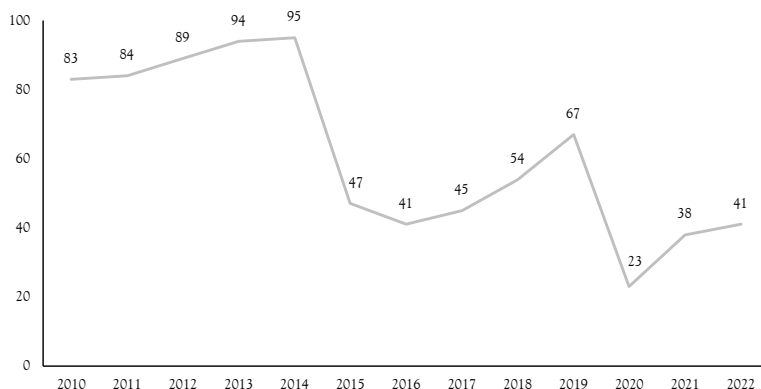
Una revisión contemporánea de estos tres indicadores a nivel nacional muestra una dinámica constante y que recientemente registra un viraje. En primer lugar, siguiendo los comentarios de Villavicencio (2008a), la frecuencia de huelgas en el país sigue una tendencia descendente<sup>16</sup>, además de indicar valores diminutos (figura 1) para una población económicamente activa (PEA) asalariada de 3,8 millones (MTPE, 2023). En ese sentido, se puede afirmar que existe baja conflictividad sindical en el país; no obstante, es importante reparar en el detalle de estas movilizaciones. Por ello, los siguientes dos indicadores

15 Sin embargo, esta afirmación ignora los valores históricos de la frecuencia de huelgas en el país. Desde diferentes disciplinas, como el derecho (Villavicencio, 2008b) y la economía (Yamada & Salgado, 2006), se ha documentado el significativo impacto de la LRCT sobre el ejercicio de la huelga, reduciendo los registros a valores muy por debajo de los niveles de la segunda mitad del siglo XX.

16 Tal tendencia es más gráfica cuando se observan los registros de frecuencia de huelga en los años previos a la reforma de la LRCT. De acuerdo con cifras registradas por el MTPE (2023), el promedio de huelgas en la década del ochenta fue 700 y en los noventa de 184.

—trabajadores comprendidos y horas-hombre perdidas— se presentan según el sector o actividad económica en que se desarrollan.

Figura 1. Huelgas registradas a nivel nacional (2010-2022)



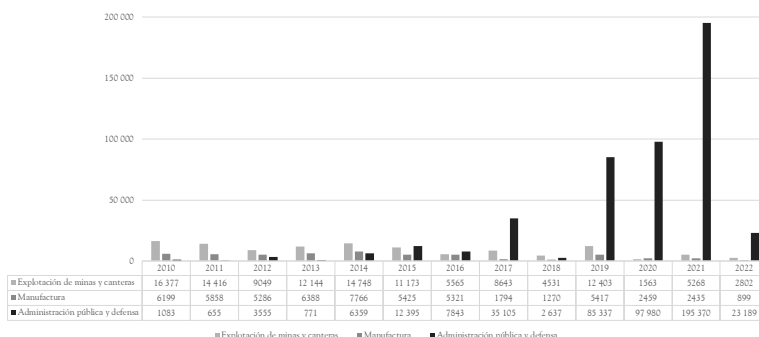
Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2011-2023).

Si desde el punto de vista de la frecuencia se observan tímidas cifras, los datos relativos al número de huelguistas muestran un correlato, pero solo hasta la primera mitad de la década pasada (figura 2). Nótese, además, que en ese quinquenio el sector que lidera la movilización de trabajadores es el minero, superando ampliamente al de manufactura —la segunda industria que registra mayor conflictividad—. Es en el segundo quinquenio que se observa un salto cuantitativo relevante en la Administración pública. En particular, desde 2017, las organizaciones de trabajadores del sector público han empezado a liderar las movilizaciones. Un último detalle para destacar es que la inmovilización social obligatoria producto de la pandemia de COVID-19 no tuvo un efecto importante en este sector en particular, pero sí en otros<sup>17</sup>. Como se puede observar, tanto en manufactura como en minería se registró una ínfima cantidad de huelguistas.

<sup>17</sup> Al respecto, conviene señalar que el sector minero reinició sus operaciones muy pronto, pues el Gobierno exceptuó a esta actividad económica del aislamiento social obligatorio, incluyéndola en el listado de prestación de servicios y bienes esenciales.



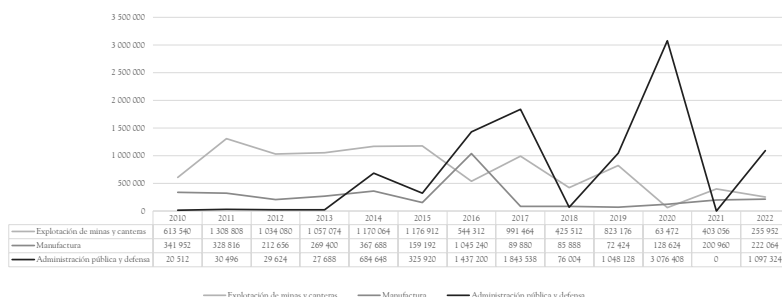
Figura 2. Huelgas registradas a nivel nacional por trabajadores comprendidos según sector (2010-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2011-2023).

Por último, el registro de horas-hombre perdidas cierra el panorama general sobre el ejercicio de la huelga mostrando un dato que da cuenta del impacto sobre el normal funcionamiento de la actividad, sea de un privado o público. Como se ha señalado antes, aunque se trata de pocas huelgas, estas han movilizado cantidades importantes de trabajadores y, como consecuencia de ello, la cantidad de tiempo de trabajo perdido es muy significativa<sup>18</sup> (figura 3). Al respecto, destaca el sector público, cuyos picos más altos —en los años 2017, 2019 y 2020— superan ampliamente a sus pares del privado. En ese sentido, es posible afirmar que este sindicalismo tiene un componente de cohesión importante, con un potencial para generar interrupciones en la Administración pública.

Figura 3. Huelgas registradas a nivel nacional por horas perdidas según sector (2010-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2011-2023).

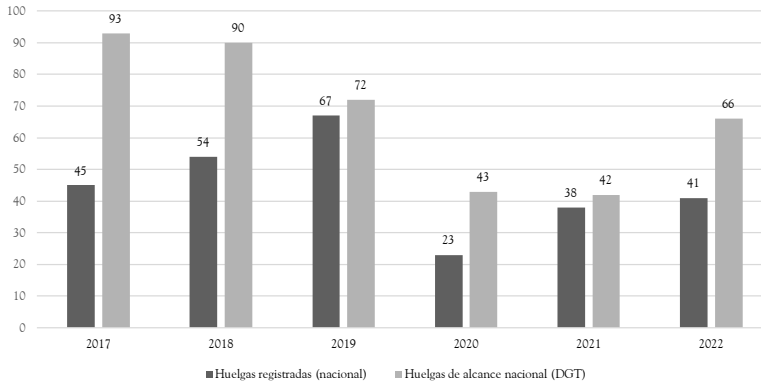
<sup>18</sup> Es importante mencionar que estos datos también registran cierta incoherencia. La figura 2 muestra que las huelgas del sector público comprendieron a 195 370 trabajadores en 2021, pero en la figura 3 no se muestra un dato sobre las horas-hombre perdidas para este colectivo.

A manera de resumen hasta este punto, se observa que el ejercicio de la huelga en Perú mantiene la característica de microconflictividad señalada por la literatura (Villavicencio, 2008a); sin embargo, desde 2017 tiene un nuevo cariz por la acción del movimiento sindical en el sector público. En este espacio, el conflicto laboral adquiere una dimensión significativa por la capacidad de las organizaciones de movilizar a una mayor cantidad de trabajadores que en otros sectores económicos. Además, la acción colectiva en la Administración pública muestra un alto potencial disruptivo de los servicios, dado el elevado número de horas-hombre perdidas. En pocas palabras, en la actualidad la huelga ha pasado de ser una expresión característica de los sindicatos de la industria minera y del sector manufacturero al sector público.

Tal bosquejo, no obstante, requiere de una mayor indagación y profundidad. Esta investigación complementa y contrasta los datos registrados por el anuario estadístico del MTPE con los expedientes de huelga registrados ante la DGT desde 2017 hasta 2022. A través de estos documentos se busca conocer a mayor detalle los motivos de huelga, las estrategias que despliegan las organizaciones de trabajadores en el marco institucional y cómo este, a su vez, moldea el ejercicio de este derecho.

Luego de procesar los 418 expedientes de procedimientos de huelga iniciados ante la DGT, se observa, en primer lugar, que existe un subregistro de huelgas en las estadísticas nacionales (figura 4). Como se puede observar, solo la dependencia encargada de resolver los conflictos de alcance nacional registra —en todos los años del periodo estudiado— una cantidad mayor de trámites relacionados al ejercicio de este derecho. Además, a esta cifra ya superior se tendría que añadir la cantidad de acciones colectivas de alcance local iniciadas en las veinticinco direcciones regionales. Visto de este modo, resulta evidente que la data registrada respecto de la frecuencia o el número de huelgas a nivel nacional no es fiable.

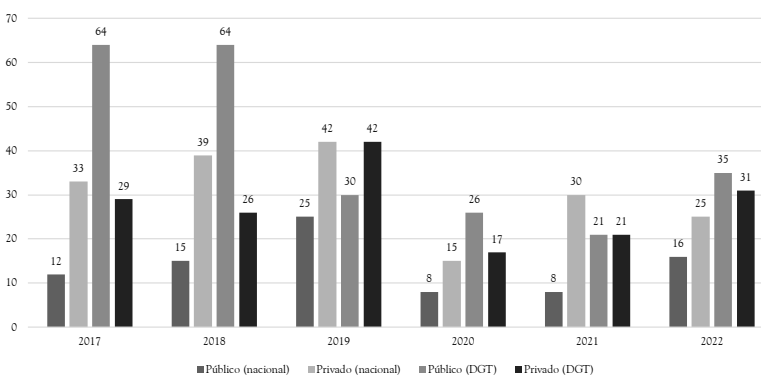
Figura 4. Huelgas registradas a nivel nacional y huelgas de alcance nacional registradas ante la DGT (2017-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2018-2023).

A partir de la clasificación por año, se puede presentar también una separación por sectores (privado y público), en comparación además con la cifra nacional registrada por el MTPE (figura 5). Desde esta perspectiva, es palmaria la prevalencia de las huelgas del sector público. Incluso en los periodos de menor conflictividad, se observan cantidades representativas respecto del total. Además, luego de los primeros dos años de la pandemia de COVID-19, se observa el posible inicio de una tendencia creciente. Por otro lado, en la actividad privada se registra una variación irregular prepandemia y, al igual que en el sector público, luego de este periodo crítico se incrementan las acciones colectivas. Cabe entonces preguntarse: ¿cuáles son los motivos señalados por las organizaciones para movilizarse? ¿Qué características tiene la huelga de alcance nacional en Perú?

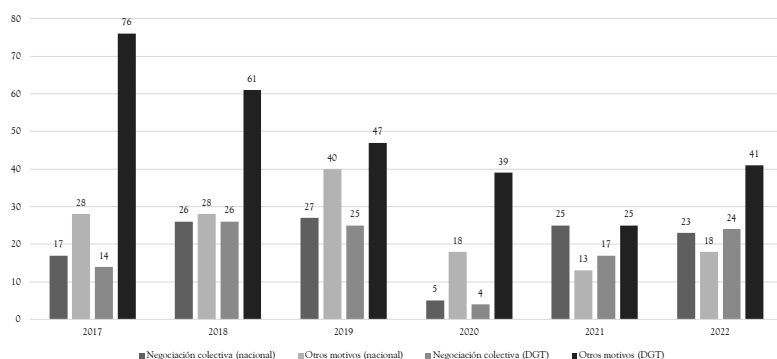
Figura 5. Huelgas registradas a nivel nacional y huelgas de alcance nacional registradas ante la DGT según sector (2017-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2018-2023).

Después de reiterar la predominancia de las huelgas del sector público, interesa ahondar en las razones que presentan las organizaciones de trabajadores. Ahora bien, respecto de este tema existe una clasificación dual desde el derecho. Por un lado, se registran las huelgas producto de una negociación colectiva y, por otro lado, se encuentra el incumplimiento normativo —denominado en los registros del MTPE con el rótulo de «Otros motivos»—. Utilizando esta clasificación, se puede observar una prevalencia casi permanente de la acción colectiva contra una conducta de desacato al ordenamiento (figura 6). Sea en el sector público o en el privado, da la apariencia de que se trata de una reacción contra el empleador impune. Además, las significativas cifras en el sector público tendrían explicación en la ausencia de un órgano fiscalizador en materia laboral (Sarzo, 2021). A diferencia del ámbito privado, en donde el problema es de capacidad logística y personal, en la Administración pública no existe una autoridad inspectiva competente. En ese sentido, la huelga se alza como el único recurso de los servidores públicos para hacer valer sus derechos.

Figura 6. Huelgas registradas a nivel nacional y huelgas de alcance nacional registradas ante la DGT según motivo del conflicto (2017-2022)



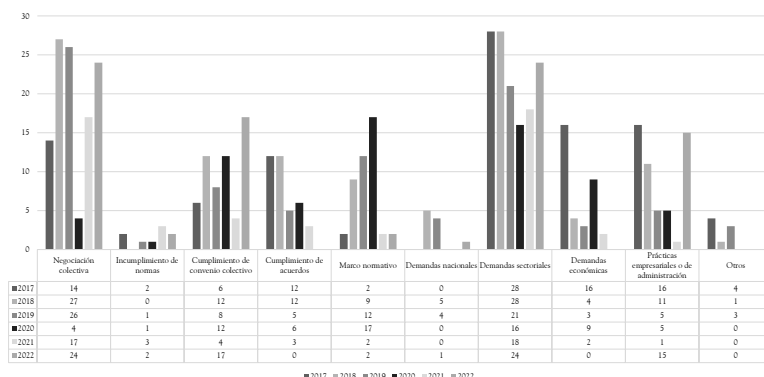
Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2018-2023).

Sin embargo, esta explicación pierde validez a partir de la revisión pormenorizada de los expedientes de huelga iniciados ante la DGT. Utilizando una clasificación propia de los motivos de huelga se puede observar que el encasillamiento de los motivos en dos causales, así como la elaboración de hipótesis a partir de esta data, no son fiables. El incumplimiento normativo es uno de los motivos menos frecuentes en las acciones colectivas de alcance nacional (figura 7). Por el contrario, se observa una plétora de causas de movilización, dando cuenta de la insuficiencia de la clasificación normativa. Entre los motivos más

recurrentes durante todo el periodo estudiado se encuentran las demandas sectoriales, la negociación colectiva, el cumplimiento de convenio colectivo y las prácticas empresariales o de administración.

315

Figura 7. Motivos de huelgas de alcance nacional registradas ante la DGT (2017-2022)



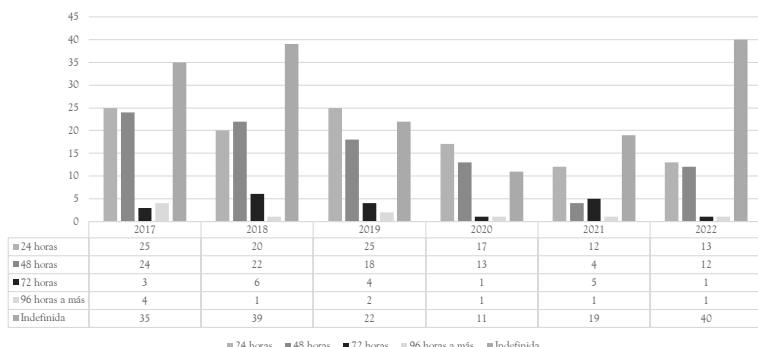
Fuente: elaboración propia.

La gran amplitud y complejidad de demandas, no obstante, no tiene un correlato exacto con la duración de las medidas de fuerza. Una revisión a este criterio en las huelgas de alcance nacional registradas en la DGT (figura 8) muestra un doble patrón. En términos generales, las organizaciones de trabajadores fundamentalmente optan por dos caminos: convocan a una movilización de poca duración (24 a 48 horas) o a una de carácter indefinido. Pocas huelgas definen una proyección temporal extensa (cuatro días a más). Una posible razón para ello es el riesgo de que el control administrativo actúe a tiempo para declarar la improcedencia y afecte la acción colectiva. Desde esta perspectiva, las huelgas indefinidas muestran una nula aversión al riesgo y cierta radicalización de la medida.

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

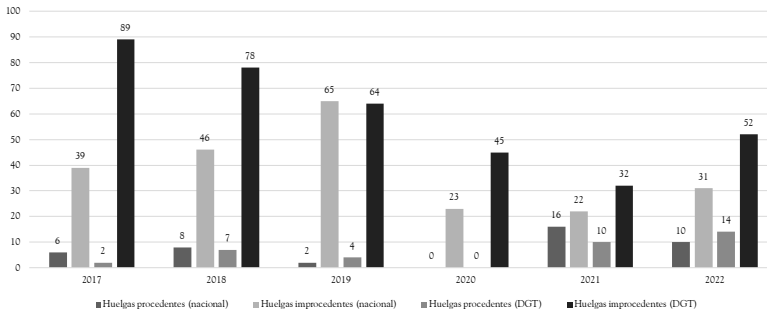
Figura 8. Huelgas de alcance nacional registradas ante la DGT según duración (2017-2022)



Fuente: elaboración propia.

Tras revisar cómo la huelga —como hecho social— ha superado el clásico encuadramiento normativo, interesa ahora observar su interacción con el marco jurídico; en otros términos, cómo el control procedimental de este derecho lo contiene o moldea. Una característica histórica del sistema es la obstaculización del ejercicio de la huelga a través de la imposición de requisitos y la rigurosidad de su cumplimiento (Santistevan & Delgado 1980; Villavicencio, 2008a). Al respecto, se puede afirmar la actualidad de esta tendencia, toda vez que en todo el periodo estudiado la improcedencia es abrumadoramente mayoritaria y la procedencia es la excepción (figura 9). Asimismo, hay tres aspectos finales a resaltar. Primero, destaca el hecho de que en los años 2018, 2021 y 2022 se registró un aumento importante de huelgas legales. Segundo, la reforma del DS 014 (julio de 2022) no muestra un cambio significativo en las improcedencias. Dicho de otra forma, la desregulación de algunos requisitos reglamentarios aparentemente no ha tenido un impacto significativo sobre el ejercicio de la huelga. Por último, al igual que en el caso de la frecuencia, la data registrada por el MTPE respecto de la procedencia no es fiable.

Figura 9. Huelgas registradas a nivel nacional y huelgas de alcance nacional registradas ante la DGT según procedencia (2017-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2018-2023).

Nota 1: no todos los procedimientos de huelga registran, necesariamente, una resolución de improcedencia. En algunos casos la DGT no llega a pronunciarse a tiempo y solo se tiene registro de la comunicación (preaviso). También hay ciertos supuestos en los que la huelga es intempestiva y se emite directamente una resolución de ilegalidad. Asimismo, también se registran algunos desistimientos de la medida de fuerza que no generan un pronunciamiento de la autoridad. En ese sentido, no necesariamente coincide la frecuencia con el número de procedencias e improcedencias.

Nota 2: los valores para el rubro «Huelgas improcedentes (nacional)» se registran en el anuario estadístico del MTPE como «Improcedencia-ilegalidad», sin definir una cantidad específica para cada uno.

Ahora bien, ¿cómo el control procedimental de la huelga obstaculiza su ejercicio? ¿Qué tipo de requisitos impiden a las organizaciones de trabajadores tener una resolución favorable? La tabulación de las causales de improcedencia declaradas por la DGT muestra que tanto para el sector privado (figura 10.1) como para el público (figura 10.2) existen ciertos requisitos que dificultan cumplir la normativa, así como otros que sí son observados y satisfechos. En particular, se evidencia que en ambos espacios el cumplimiento del preaviso de huelga y la nómina de trabajadores que brindan servicios mínimos o indispensables son las causales más incumplidas por parte de los sindicatos. Cabe mencionar que el sector público también registra un número elevado de inobservancias respecto del cumplimiento del procedimiento estatutario para declarar la huelga y del refrendo del acta por un notario público. En ese sentido, se puede concluir que, aunque la reforma del DS 014 aligera algunos requisitos, existen otros que aún contienen el ejercicio del derecho —y que han sido históricamente los predominantes—. En otros términos, si las modificaciones al RLRCT perseguían facilitar el cumplimiento de la normativa, debieron enfocarse en los supuestos de los literales a y c del artículo 65.

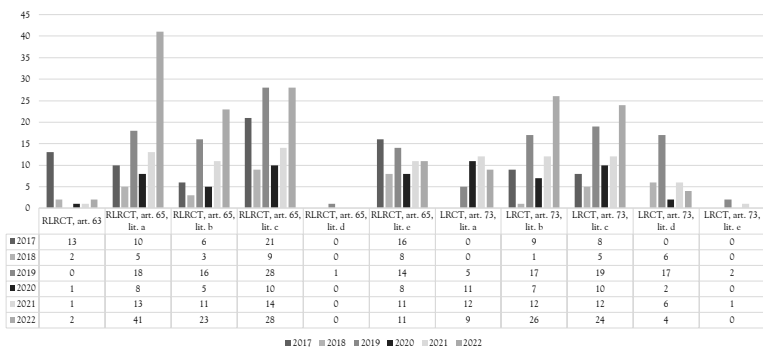
317

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

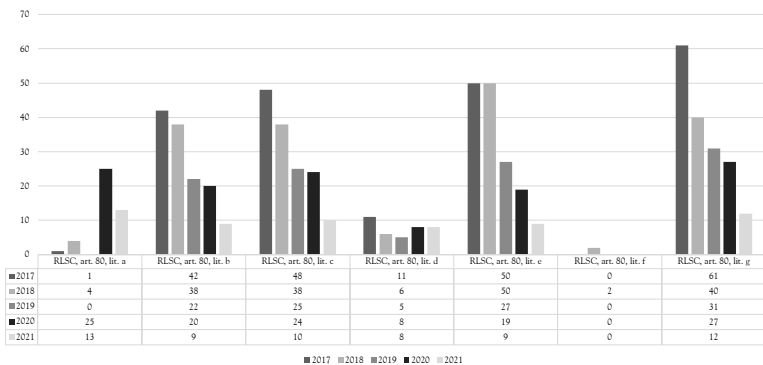


Figura 10.1. Causales de improcedencia declaradas por la DGT en las huelgas de alcance nacional del sector privado (2017-2022) y público (2021-jun. 2022)



Fuente: elaboración propia.

Figura 10.2. Causales de improcedencia declaradas por la DGT en las huelgas de alcance nacional del sector público (2017-jun. 2021)



Fuente: elaboración propia.

Por último, interesa reparar en la etapa final del control administrativo de la huelga. Como se ha señalado en el acápite precedente, la declaratoria de ilegalidad cierra la doble supervisión y constituye el pronunciamiento que genera consecuencias jurídicas a los trabajadores huelguistas, pues concluye el ejercicio válido de su derecho. Ahora bien, de acuerdo con la información extraída de los expedientes de huelga (figura 11), la cantidad pronunciamientos de la DGT al respecto es menor, a diferencia de la improcedencia. La explicación para ello radica en que la acreditación de la causal requiere de una actividad probatoria posterior que no necesariamente ocurre a tiempo, especialmente tratándose de acciones colectivas de corta duración y que incumplen los periodos

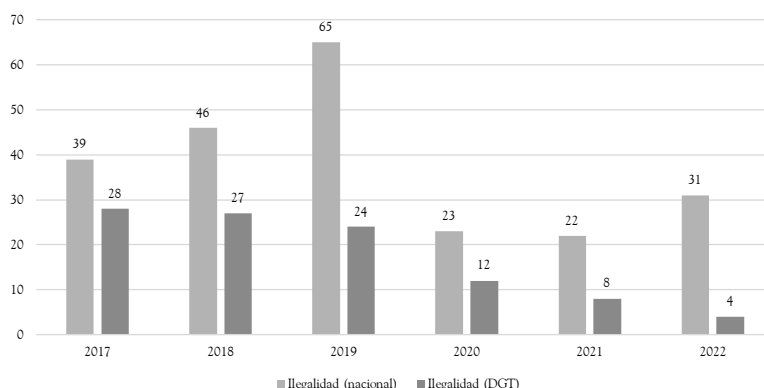
de preaviso. A ello se suma el hecho que la DGT no necesariamente está obligada a solicitar a la inspección del trabajo que constate la paralización de actividades<sup>19</sup>. De ahí que en 2021 y 2022 se hayan emitido pocas resoluciones de ilegalidad. Finalmente, a diferencia del subregistro en la frecuencia de huelgas y para la procedencia, en este caso no se puede cuestionar la veracidad o exactitud de los datos toda vez que se carece de la información de los procedimientos en las veinticinco direcciones regionales.

319

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

Figura 11. Huelgas a nivel nacional y de alcance nacional registradas ante la DGT según ilegalidad (2017-2022)



Fuente: elaboración propia con base en MTPE (2018-2023).

Nota: los valores para el rubro «Ilegalidad (nacional)» se registran en el anuario estadístico del MTPE como «Improcedencia-ilegalidad», sin definir una cantidad específica para cada caso.

A modo de síntesis, la información obtenida a través del estudio de los expedientes de huelga registrados ante la DGT permite establecer cuatro características sobre el ejercicio de este derecho. Primero, las acciones colectivas de alcance nacional provienen, principalmente, de las organizaciones de trabajadores del sector público. Segundo, se evidencia una plétora de motivos, los cuales exceden la clasificación binaria de la LRCT (negociación colectiva/incumplimiento de normas). Tercero, se observa una suerte de uso estratégico de la huelga, que evita extenderse en el tiempo (menor a tres días) con la finalidad de sortear el control administrativo. Cuarto, el diseño legal funge de dique de contención para el ejercicio válido de este derecho a través de diversos requisitos y la intervención de la inspección del trabajo para declarar la ilegalidad. Finalmente, son palmarios los problemas de subregistro que presenta el

19 Pese a ser este el documento más común utilizado para verificar la materialización de la huelga, no es el único. También se pueden presentar otros reportes oficiales como: a) un acta de verificación realizada por juez de paz competente, b) un acta de constatación policial o c) un acta de verificación notarial.

anuario estadístico del MTPE en materia de frecuencia de la huelga y su desagregado según sector, así como respecto de la procedencia de las medidas de fuerza.

Todo este diagnóstico, sin embargo, requiere de una explicación y de análisis crítico. ¿Cómo se explica el ascenso de las huelgas en el sector público? ¿Existe una relación entre las medidas de fuerza por demandas sectoriales y las organizaciones de servidores públicos? A contrapartida, ¿cómo se explican las variaciones en el sector privado? ¿Qué relación tienen estas fluctuaciones con los cambios en la jefatura de la DGT? Finalmente, ¿qué estrategias despliegan los sindicatos para sortear el intenso control administrativo? Estas preguntas serán objeto de discusión en las siguientes subsecciones.

#### IV.1. Contra la tesis del empleador impune: la huelga como vehículo de negociación en el sector público

A partir del estudio de los expedientes de huelgas de alcance nacional iniciados en la DGT y de la estadística publicada en el anuario del MTPE, es pacífico afirmar que, en la actualidad, las organizaciones de servidores públicos son las que principalmente ejercen este derecho. Esta realidad, además, no constituye una tendencia histórica en el movimiento sindical peruano, sino que muestra un registro reciente que inicia en el año 2017. ¿Cómo se explica este ascenso de las huelgas del sector público? ¿Qué relación tiene este cambio con la significativa cantidad de demandas sectoriales que registra el estudio de los expedientes administrativos?

Históricamente, en Perú, se ha vinculado el ejercicio de la huelga con las condiciones económicas o materiales, sea del país o de la clase trabajadora (marco teórico de los ciclos económicos o de las dificultades económicas). Blanchard (1982) ha documentado que la transición de las organizaciones mutualistas al sindicalismo se debió principalmente por la incapacidad de mejorar las condiciones de vida de los asalariados. Así, las grandes huelgas de inicios del siglo XX tuvieron como finalidad obtener mejores salarios ante el aumento del costo de vida en la ciudad. De forma similar, Santistevan y Delgado (1980) vinculan las vicisitudes de la economía peruana de mediados del siglo XX con la formación de organizaciones de trabajadores —que luego responderán ante situaciones adversas a sus intereses—. Durante la primera década del 2000, Yamada y Salgado (2006) plantean que en el sector privado existe una relación positiva entre las huelgas y las variaciones en la economía nacional. En suma, sea como una respuesta ante la precarización del trabajo asalariado o como demandas de mejores condiciones ante ciclos de bonanza, la acción colectiva tiene una marcada impronta económica.

321

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANOTHE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

No obstante, los marcos teóricos mencionados se muestran relativamente insuficientes para explicar el súbito aumento de las huelgas del sector público, pues de lo contrario la industria manufacturera y minera seguirían trayectorias similares o cuando menos proporcionales. Una tesis predominante que busca dar sentido a esta explosión apunta a la falta de mecanismos para el cumplimiento de normas (Sarzo, 2021). Desde esta perspectiva, los trabajadores del sector público, al carecer de un ente fiscalizador en materia laboral, solo pueden lograr un cambio en la conducta del Estado-empleador a través de las medidas de fuerza. En otras palabras, el recurso a la acción colectiva constituye la respuesta ante el empleador impune. Sin embargo, como se ha podido constatar a través de un estudio de los motivos de huelga (figura 7), esta explicación carece de sustento empírico. Entonces, ¿cómo se debe comprender este ciclo de movilizaciones en la Administración pública?

Utilizando el marco teórico de la estructura de las oportunidades políticas, esta investigación plantea que el espacio de reforma abierto por el vacío normativo generado a partir de la sentencia del TC ha propiciado un acicate para la movilización de los servidores públicos a nivel nacional. En concreto, la necesidad de una legislación que regule la negociación colectiva en este sector impulsó dos tipos de huelgas. Primero, y en menor medida, aquellas que demandaban la promulgación de una norma que regule el ejercicio de su derecho. Segundo, y en una dimensión más significativa, las que exigían de forma directa mejoras sectoriales y económicas, así como el cumplimiento de los acuerdos que arribaban a partir de las movilizaciones. En otros términos, a partir del pronunciamiento del TC se propició una oportunidad de cambio para los sindicatos del sector público. Además, al evidenciar la indiferencia de los poderes públicos, las organizaciones capitalizaron este hecho para reformular a la huelga como el vehículo para ejercer una negociación *de facto* con las entidades públicas<sup>20</sup>. Esta modificación ilustra la naturaleza cambiante del conflicto laboral (Hyman, 1989).

Los cambios institucionales a través de reformas, desde la teoría, constituyen un ejemplo clásico de cambios en la estructura de las oportunidades políticas por apertura o acceso a la participación (Tarrow, 1998). Esta clase de contextos, en el marco de espacios democráticos, requieren de legitimidad social y participación de los actores involucrados —lo cual incide en la importancia del diálogo social en el tratamiento de derechos fundamentales laborales—. Además, tal reforma constituía un hecho histórico en el contexto peruano, pues los marcos regulatorios previos fueron restrictivos del derecho de negociación colectiva.

20 Esta práctica proyecta cierta reminiscencia de la negociación colectiva política que planteó Payne (1965) en la segunda mitad del siglo XX para caracterizar cómo las organizaciones de trabajadores presionaban al Estado para componer sus conflictos económicos.

No obstante, pese al exhorto del TC y la situación de vacío normativo generado, no se logró el resultado esperado.

Como muestra la tabla 4, las expectativas de obtener un marco institucional que respete el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos a través del procedimiento legislativo ordinario nunca se materializaron por completo. En un primer momento, un cúmulo de proyectos de ley fueron presentados y, siguiendo el cause ordinario, fueron aprobados por el pleno del Congreso, mas no refrendados por el Poder Ejecutivo. Luego de este bloqueo, el Gobierno plantea una propuesta normativa propia que, si bien fue aprobada en las comisiones, no continuó con el trámite posterior. Por último, un grupo parlamentario intentó retomar la discusión sobre el tema, pero su iniciativa se truncó al obtener un dictamen desfavorable. Así, fue a través de un decreto de urgencia —norma con rango legal emitida por el Poder Ejecutivo— que se estableció inicialmente la regulación sobre la materia.

Tabla 4. Proyectos de ley presentados al Congreso de la República (2017-2020)

N.º de proyecto	Bancada/proponente	Etapas
00656/2016-CR	Alianza para el Progreso	Autógrafa observada (18 de diciembre de 2018)
00965/2016-CR	Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad	
01142/2016-CR	Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad	
01271/2016-CR	Acción Popular	
01537/2016-CR	Fuerza Popular	
02075/2017-CR	Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad	Dictamen favorable
03841/2018-PE	Poder Ejecutivo	
03864/2018-CR	Nuevo Perú	

Fuente: elaboración propia.

Nota 1: los proyectos de ley 00656/2016-CR, 00965/2016-CR, 01142/2016-CR, 01271/2016-CR, 01537/2016-CR y 02075/2017-CR fueron acumulados en un único dictamen, el cual se aprobó en el pleno del Congreso.

Nota 2: como se ha señalado, en el año 2019 se emitió el Decreto de Urgencia 014-2020, el cual regulaba la negociación colectiva en el sector público y estuvo vigente hasta su derogación el 23 de enero de 2021.

Nótese que es en este contexto de reforma que las huelgas de servidores públicos adquieren dimensiones y características particulares. Primero, registran la frecuencia más alta del periodo estudiado (figura 5), evidenciando una conflictividad significativa producto

de una situación de incertidumbre jurídica. Segundo, durante estos años también se observa la mayor cantidad de demandas sectoriales, económicas y por cumplimiento de acuerdos (figura 7). En particular, este último tipo de demandas muestra tanto los resultados del modelo de negociación colectiva *de facto* como el intento de contención de las huelgas por parte de la Administración pública al suscribir acuerdos. Así, durante el periodo 2017-2019, las movilizaciones de las organizaciones de servidores públicos<sup>21</sup> se orientan a lograr arreglos inmediatos con las autoridades y, tangencialmente, a demandar una nueva regulación.

Hasta ese momento, la explosión de las huelgas en el sector público se explica por el contexto de reforma fallida en la negociación colectiva; sin embargo, como se registra en los anuarios estadísticos del MTPE y en los expedientes administrativos, las huelgas en este sector permanecen constantes hasta 2022. ¿Cómo entender la persistencia, aunque atenuada, de esta tendencia? Primero, resulta importante señalar que el descenso de las huelgas puede haber tenido un doble origen. Por un lado, al año siguiente inicia la pandemia de COVID-19, la cual redujo drásticamente las huelgas por la inmovilización social obligatoria; y, por otro lado, se emite una norma que regulaba el derecho a la negociación colectiva, que puede haber funcionado como mecanismo de contención.

Ahora bien, la continuidad de las demandas sectoriales como uno de los principales motivos de huelga genera la apariencia de que la negociación colectiva *de facto* persiste en el sector público. Una posible explicación para ello radica en la eficacia diferida de los productos negociales. De acuerdo con el marco normativo de la LNCSE, la negociación presenta plazos rígidos, los cuales se ajustan a los plazos de aprobación de la ley que aprueba el presupuesto público. En ese sentido, basta con la sola dilación del trato directo y la conciliación para restarle inmediatez a los convenios colectivos. Además, al igual que en el sector privado, no se cuenta con un mecanismo de cierre de la negociación colectiva o que facilite esta, con lo cual muchas negociaciones que siguen el cauce normativo pueden estancarse o dejar el conflicto abierto. No obstante, esta hipótesis requiere de una mayor investigación, especialmente de corte cualitativo.

Frente a la prevalencia del marco teórico de los ciclos económicos y de las dificultades económicas, ¿es posible trasladar el enfoque de la estructura de las oportunidades políticas al análisis de las huelgas en el sector privado o se trata de una particularidad de la Administración pública?

21 Ahora bien, es importante precisar que esta representación debería ser complementada a partir de los expedientes de huelgas a nivel regional.

IV.2. Contra la aparente independencia política del control administrativo: hacia una explicación de los aumentos de huelga en el sector privado

Mientras que en el sector público las huelgas se intensificaron drásticamente por la oportunidad política generada a partir de la ausencia del marco normativo de la negociación colectiva, en el ámbito privado también se evidencia la afinidad de este marco teórico. En esta economía, sin embargo, la oportunidad política tiene su origen en los cambios de jefatura de los órganos competentes para resolver los procedimientos relativos a los conflictos laborales —conceptualizada por Tarrow (1998) como la disponibilidad de aliados influyentes—. En otros términos, es a partir del apoyo que pueden obtener del director de la DGT que las organizaciones de trabajadores recurren a la huelga.

Tradicionalmente, desde este enfoque, se ha sostenido que las huelgas pueden graficar picos en espacios de tolerancia o promoción de derechos de los trabajadores (Franzosi, 1995). Así, esta perspectiva se enfoca más en la orientación del Gobierno que en los servidores públicos directamente involucrados. Esta investigación observa que la oportunidad política, en el caso del ejercicio de la huelga, no necesariamente responde a decisiones del Gobierno central, sino que tiene una estrecha vinculación con la autoridad que dirige la oficina que resuelve el procedimiento. De esta manera, se argumenta que la intensidad del control administrativo, en el caso de las huelgas nacionales, depende de las decisiones institucionales que toma el director de la DGT.

Durante el periodo estudiado (2017 a 2022), la DGT ha estado a cargo de siete personas. La tabla 5 muestra al presidente del gobierno, así como al director de la DGT y su periodo en el cargo. De esta manera, es posible realizar ciertas asociaciones entre años específicos y jefes de oficina.

Tabla 5. Directores de la DGT desde 2017 hasta 2022

Presidente	Resolución de nombramiento	Director	Periodo
Ollanta Humala	Resolución Ministerial 189-2014-TR	Juan Gutiérrez	12/09/2014 - 14/03/2018
Pedro Pablo Kuczynski	Resolución Ministerial 075-2018-TR	Johan Otoyá	14/03/2018 - 16/04/2018
Martín Vizcarra	Resolución Ministerial 103-2018-TR	Eduardo García	16/04/2018 - 4/01/2019
Martín Vizcarra	Resolución Ministerial 009-2019-TR	Juan Gutiérrez	4/01/2019 - 27/10/2021



Pedro Castillo	Resolución Ministerial 237-2021-TR	Ernesto Aguinaga	29/11/2021 - 1/05/2022
Pedro Castillo	Resolución Ministerial 108-2022-TR	Juan Navarro	1/05/2022 - 12/08/2022
Pedro Castillo	Resolución Ministerial 241-2022-TR	Kenny Díaz	26/08/2022 - 9/02/2023

Fuente: elaboración propia.

En este caso, la oportunidad política concretizada en la cooperación del director de la DGT se manifiesta en función a dos criterios. Primero, el número de huelgas declaradas procedentes. Este factor refleja la facilitación de movilizaciones bajo el marco legal. Interesa destacar que, necesariamente, implica cierta laxitud en el escrutinio de los requisitos normativos ya que, como muestra la evidencia (figuras 10.1 y 10.2), algunos tienden a obstaculizar el ejercicio regular de la huelga. Segundo, el número de resoluciones de ilegalidad. Mientras el primero abre la puerta hacia la acción colectiva en el marco de la ley, el segundo ilustra la represión hacia aquellas que han sido materializadas sin cumplir los requisitos establecidos. Como se mencionó en una de las secciones precedentes, es a través de este tipo de pronunciamientos que la huelga termina y que los huelguistas pierden la protección jurídica derivada del ejercicio válido de un derecho. De ahí la importancia de que se emitan este tipo de resoluciones.

Con relación al primer indicador, se evidencia mayor flexibilidad en la revisión administrativa, además de exponer la independencia de la orientación política del gobierno de turno por tratarse de la primera etapa del control administrativo de la huelga. Al respecto, los registros más altos se observan indistintamente en periodos de gobierno con diferente orientación política —2018, durante el gobierno de Vizcarra; y 2021-2022, con Castillo (figura 9)—. Respecto del primero, nótese además que, tanto en el año previo (2017) como en el inmediato al cambio en la dirección de la DGT (2019), el número de procedencias registra un menor valor en términos absolutos y relativos. Así, no es posible asociar una mayor cantidad de procedencias a la orientación política de un determinado gobierno, pero sí al jefe de la oficina encargada de la emisión de estos pronunciamientos. El siguiente indicador ilustra cómo la discrecionalidad de este servidor adquiere especial relevancia.

Por su parte, la ilegalidad de la huelga grafica una tendencia descendente durante todo el periodo estudiado y muestra los registros más ínfimos en los últimos dos años, 2021 y 2022 (figura 11). Este hecho podría discutir el argumento de la independencia política; no obstante, enfrenta dos atingencias, una de orden contextual y otra práctica. La pandemia de COVID-19 redujo significativamente la actividad laboral presencial

325

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

y, con ello, el número de huelgas. En ese sentido, la materialización y posterior constatación de una huelga enfrentaba significativas dificultades, tanto desde el lado de los sindicatos como desde la Administración pública. Asimismo, como se ha señalado, en el caso de las medidas de fuerza de corta duración se vuelve inviable la posibilidad de verificar su ejecución debido a los plazos previstos por la LRCT.

Sin perjuicio de lo señalado, el aspecto central detrás de este criterio es la actividad de la DGT posterior a la declaratoria de improcedencia. Desde este punto de vista, lo que explica el alto número de pronunciamientos de ilegalidad entre 2017 y 2019 es la solicitud a la inspección del trabajo de informes de paralización luego de haber denegado la procedencia de la huelga. Este pedido de asistencia, al carecer de una reglamentación o directiva, forma parte de la discrecionalidad del director. Así, a diferencia del periodo indicado, durante 2021 y 2022 no se emite este tipo de solicitudes, lo cual reduce de forma significativa los valores de años anteriores. Desde esta perspectiva, la independencia de la política nacional o de decisiones institucionales genera espacios de mayor discrecionalidad para el director de turno y, con ello, la posibilidad de que actores sociales puedan establecer conexiones y lograr apoyo desde el aparato estatal.

Ahora bien, cabe preguntarse si es que estas diferentes dinámicas vinculadas al ejercicio de la huelga generan comportamientos o estrategias diferenciadas. La siguiente sección aborda este aspecto.

#### IV.3. Burlando al guardián: el fracaso del control administrativo frente a las estrategias sindicales

Sea que se trate de huelgas del sector público o privado, es palmaria la inobservancia del ordenamiento al momento de ejercer el derecho de huelga. Esta imagen, a primera vista, podría interpretarse como una afrenta a la institucionalidad, un acto irracional o hasta basado en una incomprensión de las reglas jurídicas; sin embargo, este carácter casi espontáneo o intempestivo de muchas de las medidas de fuerza registradas no puede calificarse de irracional o ser producto del desconocimiento. Siguiendo a Hyman (1989), la huelga es un hecho complejo que involucra y combina estrategia y acción inmediata. ¿Cómo entender, entonces, la amplia cantidad de improcedencias declaradas por la DGT?

Esta investigación plantea que, a partir del periodo estudiado, el control administrativo ha fracasado como mecanismo de contención de las huelgas frente a las estrategias sindicales. En otras palabras, el incumplimiento de los requisitos previstos en la legislación no responde exclusivamente a una desprolijidad en su observancia; por el contrario, forma parte de una estrategia para hacer frente al diseño e impronta

histórica (Santistevan & Delgado, 1980) que busca constreñir el ejercicio de este derecho. Para ello, es importante atender las causales de improcedencia recurrentes, así como la duración de las medidas de fuerza convocadas.

Interesa señalar, además, que este argumento actualiza el análisis ya planteado en la literatura. Villavicencio (2008a) describe que la mayoría de las huelgas en la primera década del 2000 tenían una duración de hasta quince días —ya que esta es la proyección del límite de tiempo que toma agotar la vía administrativa—. En ese sentido, pocas huelgas se proyectaban a extenderse más allá de ese umbral, dada la posibilidad de ser objeto de sanciones disciplinarias por parte del empleador. La estrategia de recurrir a medios impugnatorios para dilatar el agotamiento de la vía administrativa y así mantener la acción colectiva en el marco de la legalidad tampoco es una característica reciente. Ya en la década de los setenta Santistevan y Delgado (1980) resaltaron que este aspecto era clave en la estrategia del sindicato para mantener un velo de legalidad en su medida de fuerza.

Ahora bien, a partir de la información obtenida se observa que alrededor del 56 % de las huelgas iniciadas ante la DGT tienen una duración igual o menor a los tres días; es decir, se trata de movilizaciones de corta duración. Asimismo, un 61 % incumple el requisito de preaviso establecido en la legislación<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, las organizaciones de trabajadores optan por recurrir a movilizaciones breves y por incumplir los plazos legales de preaviso para su materialización. La finalidad de esta acción es evitar que el aparato administrativo pueda truncar la medida de fuerza y restarle eficacia. Desde esta perspectiva, se observa que la insistencia por mantener la huelga en el marco de la legalidad a través de los recursos de apelación o revisión (Santistevan & Delgado, 1980) ha virado hacia la evasión del control administrativo por medio de huelgas rápidas que aprovechan la falta de capacidad de respuesta estatal para su beneficio.

Finalmente, esta praxis invita a reflexionar sobre los efectos tempranos del DS 014. Aunque se trata de una reforma que se cubre únicamente por cinco meses en el periodo estudiado, no se observan cambios significativos que hayan generado mayor libertad en el ejercicio de la huelga. Como se desprende de las figuras 10.1 y 10.2, las principales causales de improcedencia no han sido objeto de modificación alguna. Tampoco se evidencia que el silencio administrativo positivo haya aumentado la procedencia de las medidas de fuerza, pues los incrementos registrados en este aspecto entre 2021 y 2022 fueron a través de resoluciones que analizaban el cumplimiento de los requisitos.

<sup>22</sup> Este porcentaje solo es superado por el incumplimiento del requisito de presentar una nómina de trabajadores afiliados que cumplirán con puestos mínimos o indispensables, el cual asciende a 69,21 %.

De igual modo, la disminución de huelgas ilegales se debió a la ausencia de informes de paralización solicitados a la inspección del trabajo por la DGT, a diferencia de lo ocurrido entre 2017 y 2019. En síntesis, sin apoyo institucional, los sindicatos siguen recurriendo a estrategias que buscan evadir el control administrativo en lugar de enfocarse en el cumplimiento del listado de requerimientos previstos en la legislación.

## V. CONCLUSIONES

Casi desde su inicio, el movimiento sindical ha mostrado una inclinación a ejercer su derecho de huelga en función a criterios económicos. Sea en función de los ciclos de bonanza y recesión o del encarecimiento del costo de vida, la literatura académica muestra una relación positiva entre ambas variables; sin embargo, desde 2017 se reporta un crecimiento exponencial de las huelgas en el sector público, así como cierto vaivén en el privado. Esta investigación integra la data registrada en el anuario estadístico del MTPE y los expedientes de todos los procedimientos de huelga de alcance nacional presentados ante la DGT desde 2017 hasta 2022, y esboza una explicación a partir del marco teórico de la estructura de la oportunidad política.

Desde esta perspectiva, la explosión de huelgas en el sector público durante el periodo estudiado fue gatillada a partir del espacio de reforma legislativa que ocasionó la sentencia del TC sobre la negociación colectiva en la Administración pública (apertura o acceso a la participación). Es durante este periodo que se registran demandas de un nuevo marco normativo, así como un gran número de movilizaciones que exigían de forma directa mejoras sectoriales y económicas (negociación colectiva *de facto*). Por otro lado, en el sector privado la cooperación del director de la DGT (disponibilidad de aliados influyentes) permite explicar las fluctuaciones de las huelgas. En particular, se observa que esta oportunidad política funciona gracias a la independencia de las posiciones institucionales del Gobierno central, lo cual permite una mayor discrecionalidad del servidor. De esta manera, la evidencia muestra que, bajo la dirección de aliados influyentes, la DGT ha generado una mayor cantidad de resoluciones de procedencia, lo que implica la atenuación del control normativo, así como un menor número de ilegalidades.

Finalmente, este trabajo abre nuevas líneas de investigación sobre el movimiento sindical peruano. En particular, si bien se identifica que históricamente las organizaciones de trabajadores en el sector público se han constituido con un marcado interés hacia la mejora de los contenidos económicos de su relación laboral, no se comparte una única identidad ni se retoma patrones identitarios antiguos —como el clasismo—. Desde esta perspectiva, cabe preguntarse sobre las dinámicas propias de estos sindicatos (democracia interna, relación

con el Estado-empleador, filiación política o politización, entre otros) que permitan la caracterización del colectivo. Una pregunta como esta, además, resulta aún más interesante con un abordaje desde los diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y municipal) y poderes estatales (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y otros órganos constitucionalmente autónomos), pues también parte de relaciones distintas con el poder político.

329

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

## REFERENCIAS

Blancas, C. (2011). *La cláusula de estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/5f071052-c412-4742-a309-95c868cb6b9b>

Blanchard, P. (1982). *The origins of the Peruvian labor movement, 1883-1919*. University of Pittsburgh Press.

Cook, M. (2007). *Politics of labor reform in Latin America: between flexibility and rights*. Penn State University Press.

Cortés, J. (1994). La huelga en la Constitución de 1993. *Asesoría Laboral*, (37), 30-33.

Cuevas, A. (1990). *Sindicato y poder en América Latina*. Alianza Editorial.

Ermida, O. (1996). *Apuntes sobre la huelga* (2.<sup>a</sup> ed.). Fundación de Cultura Universitaria.

Díaz, K. (2019). Vuelta de tuerca en la discusión sobre la negociación colectiva en el sector público. En Sergio Quiñones (coord.), *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 487-513). Lima: Facultad de Derecho PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/ad915071-6be3-46ce-8ddd-4aac920e322b>

Franzosi, R. (1995). *The Puzzle of Strikes. Class and State Strategies in Postwar Italy*. Cambridge University Press.

Hyman, R. (1989). *Strikes* (4.<sup>a</sup> ed.). Macmillan.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2011). *Anuario Estadístico 2010*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2012). *Anuario Estadístico 2011*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2013). *Anuario Estadístico 2012*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2014). *Anuario Estadístico 2013*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2015). *Anuario Estadístico 2014*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2016). *Anuario Estadístico 2015*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2017). *Anuario Estadístico 2016*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2018). *Anuario Estadístico 2017*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2019). *Anuario Estadístico 2018*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2020). *Anuario Estadístico 2019*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2021). *Anuario Estadístico 2020*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2022). *Anuario Estadístico 2021*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2023). *Anuario Estadístico 2022*.

Neves, J. (2014). Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores. *Themis Revista de Derecho*, (65), 107-116.

Neves, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo* (4.ª ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Novitz, T. (2003). *International and European Protection of the Right to Strike*. Oxford University Press.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2018). *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (6.ª ed.).

Payne, J. (1965). *Labor and Politics in Peru*. Yale University Press.

Santistevan, J., & Delgado, A. (1980). *La huelga en el Perú. Historia y derecho*. Cedys.

Sarzo, R. (2021). *Pragmática del control sobre el derecho a la huelga. Análisis de la regulación legal y administrativa*. Palestra.

Soskice, D. (1978). Strike waves and wage explosions, 1968-1970: an economic interpretation. En C. Crouch y A. Pizzorno (eds), *The Resurgence of Class Conflict in Western Europe since 1968* (vol. 2, pp. 221-246). Macmillan Press.

Sulmont, D. (1985). *El movimiento obrero peruano (1890-1980). Reseña histórica* (5.ª ed.). Tarea Asociación de Publicaciones Educativas.

Tarrow, S. (1998). *Power in Movement. Social Movements and Contentious Politics* (2.ª ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511813245>

The Inter-Union Department of Statistics and Socio-Economic Studies, Observatory of Labor Strikes, China Labour Bulletin, LABMOVE Labor Action

Laboratory, Labor Studies Collective, & The Labor Action Tracker. (2024). *International Strike Report* (2022).

Villavicencio, A. (2008a). Las huelgas en Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional. *Laborem*, (8), 118-132.

Villavicencio, A. (2008b). Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular). En AA. VV., *Trabajo y seguridad social: estudios en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (pp. 443-473). Lima: Grijley.

Villavicencio, A. (2011). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, OIT, PUCP.

Yamada, G., & Salgado, E. (2006). *Huelgas en el Perú: Determinantes económicos e institucionales*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Zapata, F. (1986). *El conflicto sindical en América Latina*. El Colegio de México.

EL ESTADO APÁTICO  
Y LA EXPLOSIÓN DE  
LAS HUELGAS EN EL  
SECTOR PÚBLICO  
PERUANO

THE APATHETIC  
STATE AND THE  
EXPLOSION OF  
PUBLIC SECTOR  
STRIKES IN PERU

### Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Caso *Ley de Presupuesto Público*, Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/T (Sentencia) (TC [Perú], 3 de septiembre de 2015).

Caso *Ley del Servicio Civil*, Expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC (Sentencia) (TC [Perú], 26 de abril de 2016).

Constitución Política del Perú (Asamblea Constituyente [Perú], 1979). *El Peruano*, 12 de julio de 1979.

Constitución Política del Perú (Asamblea Democrática Constituyente [Perú], 1993). *El Peruano*, 29 de diciembre de 1993.

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de CO87 (OIT, 1948). [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312232](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232)

Decreto de Urgencia 014-2020, que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público (Poder Ejecutivo [Perú], 22 de enero de 2020). *El Peruano*, 23 de enero de 2020.

Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Poder Ejecutivo [Perú]). *El Peruano*, 2 de julio de 1992.

Decreto Supremo 006-71-TR, Convenciones y negociaciones colectivas para las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores (Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas [Perú], 1971). *El Peruano*, 29 de noviembre de 1971.

Decreto Supremo 017-2012-TR, Determinan dependencias que tramitarán y resolverán las solicitudes y reclamaciones que se inicien ante las Autoridades Administrativas de Trabajo (MTPE [Perú], 2012). *El Peruano*, 1 de noviembre de 2012.



Decreto Supremo 014-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 011-92-TR (Poder Ejecutivo [Perú], 23 de julio de 2022). *El Peruano*, 24 de julio de 2022.

Ley 30057, Ley del Servicio Civil (Congreso de la República [Perú], 2013). *El Peruano*, 4 de julio de 2013.

Ley 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal (Congreso de la República [Perú], 2021). *El Peruano*, 2 de mayo de 2021.

Opinión Consultiva OC-27/21 sobre derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (Corte IDH, 2021).

Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo 011-92-TR (Poder Ejecutivo [Perú], 14 de octubre de 1992). *El Peruano*, 15 de octubre de 1992.

Reglamento General de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, Decreto Supremo 040-2014-PCM (Poder Ejecutivo [Perú], 11 de junio de 2014). *El Peruano*, 13 de junio de 2014.

Recibido: 02/08/2024

Aprobado: 04/02/2025

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

333

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho<sup>1</sup>PROFESORES  
DE LA  
FACULTAD DE  
DERECHO

## Eméritos

Avendaño Valdez, Juan Luis  
Blancas Bustamante, Carlos Luis  
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario  
Fernández Arce, César Ernesto  
Llerena Quevedo, José Rogelio  
Medrano Cornejo, Humberto Félix  
Ortiz Caballero, René Elmer Martín  
Revoredo Marsano, Delia  
Rubio Correa, Marcial Antonio  
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio  
Zusman Tinman, Shoschana

## Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo  
Abugattas Giadalah, Gattas Elías  
Albán Peralta, Walter Jorge  
Alvites Alvites, Elena Cecilia  
Arce Ortiz, Elmer Guillermo  
Avendaño Arana, Francisco Javier  
Boza Dibós, Ana Beatriz  
Boza Pró, Guillermo Martín  
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto  
Bullard González, Alfredo José  
Cabello Matamala, Carmen Julia  
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto  
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín  
Danós Ordoñez, Jorge Elías  
Eguiguren Praeli, Francisco José  
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro

---

<sup>1</sup> Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de noviembre de 2024.

Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto

Ferro Delgado, Víctor

Forno Florez, Hugo Alfieri

Gonzales Mantilla, Gorki Yuri

Landa Arroyo, César Rodrigo

León Hilario, Leysser Luggi

Lovatón Palacios, Miguel David

Marciani Burgos, Betzabé Xenia

Meini Méndez, Iván Fabio

Méndez Chang, Elvira Victoria

Monteagudo Valdez, Manuel

Montoya Vivanco, Yvan Fidel

Morales Luna, Félix Francisco

Novak Talavera, Fabián Martín Patricio

Ortiz Sánchez, John Iván

Pazos Hayashida, Javier Mihail

Peña Jumpa, Antonio Alfonso

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto

Priori Posada, Giovanni Francezco

Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl

Ruda Santolaria, Juan José

Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier

Salmón Gárate, Elizabeth Silvia

San Martín Castro, César Eugenio

Siles Vallejos, Abraham Santiago

Sotelo Castañeda, Eduardo José

Toyama Miyagusuku, Jorge Luis

Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos

Urteaga Crovetto, Patricia

Villanueva Flores, María del Rocío

Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo

Zegarra Valdivia, Diego Hernando

### Asociados

Arana Courrejolles, María del Carmen Susana

Ardito Vega, Wilfredo Jesús

335

PROFESORES  
DE LA  
FACULTAD DE  
DERECHO

Ariano Deho, Eugenia Silvia María  
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo  
Barletta Villarán, María Consuelo  
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth  
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí  
Bustamante Alarcón, Reynaldo  
Cairo Roldán, José Omar  
Campos Bernal, Heber Joel  
Canessa Montejó, Miguel Francisco  
Caro John, José Antonio  
Cavani Brain, Renzo Ivo  
Chang Kcomt, Romy Alexandra  
Chau Quispe, Lourdes Rocío  
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente  
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José  
Del Mastro Puccio, Fernando  
Delgado Menéndez, María Antonieta  
Delgado Menéndez, María del Carmen  
Durán Rojo, Luis Alberto  
Durand Carrión, Julio Baltazar  
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés  
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso  
Falla Jara, Gilberto Alejandro  
Fernández Revoredo, María Soledad  
Foy Valencia, Pierre Claudio  
Gálvez Montero, José Francisco  
Gamio Aita, Pedro Fernando  
Hernández Gazzo, Juan Luis  
Huaita Alegre, Marcela Patricia María  
Huerta Guerrero, Luis Alberto  
La Rosa Calle, Javier Antonio  
Ledesma Narváez, Marianella Leonor  
León Vásquez, Jorge Luis  
Luna-Victoria León, César Alfonso  
Mantilla Falcón, Julissa

Matheus López, Carlos Alberto  
 Mendoza del Maestro, Gilberto  
 Mercado Neumann, Edgardo Raúl  
 Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo  
 Morales Hervias, Rómulo Martín  
 Palacios Pareja, Enrique Augusto  
 Pariona Arana, Raúl Belealdo  
 Patrón Salinas, Carlos Alberto  
 Quiñones Infante, Sergio Arturo  
 Revilla Vergara, Ana Teresa  
 Reyes Tagle, Yovana Janet  
 Saco Chung, Víctor Augusto  
 Sevillano Chávez, Sandra Mariela  
 Solórzano Solórzano, Raúl Roy  
 Soria Luján, Daniel  
 Tabra Ochoa, Edison Paul  
 Ulloa Millares, Daniel Augusto  
 Valencia Vargas, Areli Seraya  
 Velazco Lozada, Ana Rosa Albina  
 Villagra Cayamana, Renée Antonieta  
 Villegas Vega, Paul Nicolás  
 Vinatea Recoba, Luis Manuel  
 Zambrano Chávez, Gustavo Arturo

### Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso  
 Alfaro Valverde, Luis Genaro  
 Aliaga Farfán, Jeanette Sofía  
 Apolín Meza, Dante Ludwig  
 Arribas Irazola, Guillermo José  
 Barboza Beraun, Eduardo  
 Bazán Seminario, César  
 Benavides Torres, Eduardo Armando  
 Bermúdez Valdivia, Violeta  
 Blanco Vizarreta, Cristina María del Carmen

337

PROFESORES  
DE LA  
FACULTAD DE  
DERECHO

Campos García, Héctor Augusto  
Candela Sánchez, César Lincoln  
Castro Otero, José Ignacio  
Chanjan Documet, Rafael Hernando  
Constantino Caycho, Renato Antonio  
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro  
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto  
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos  
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo  
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo  
Delgado Silva, Angel Guillermo  
Díaz Castillo, Ingrid Romina  
Escobar Rozas, Freddy Oscar  
Espinoza Goyena, Julio César  
Fernández Salas, José Carlos  
Gago Prialé, Horacio  
Garcés Peralta, Patricia Carolina Rosa  
García Chávarri, Magno Abraham  
García Landaburu, María Katia  
García-Cobían Castro, Erika  
Grandez Castro, Pedro Paulino  
Guimaray Mori, Erick Vladimir  
Guzmán Napurí, Christian  
Hernando Nieto, Eduardo Emilio  
Herrera Vásquez, Ricardo Javier  
Higa Silva, César Augusto  
Huapaya Tapia, Ramón Alberto  
Liu Arévalo, Rocío Verónica  
Martin Tirado, Richard James  
Mejía Madrid, Renato  
Montoya Stahl, Alfonso  
Morón Urbina, Juan Carlos  
Núñez del Prado Chaves, Fabio  
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia  
Ormachea Choque, Iván

Peña Alegría, Pablo Guillermo  
Pérez Vargas, Julio César  
Pérez Vásquez, César Eliseo  
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro  
Ramírez Parco, Gabriela Asunción  
Rejanovinski Talledo, Moisés Arturo  
Reyes Milk, Michelle Elisa  
Rivarola Reisz, José Domingo  
Robles Moreno, Carmen del Pilar  
Rodríguez Santander, Róger Rafael  
Rojas Leo, Juan Francisco  
Rojas Montes, Verónica Violeta  
Sánchez-Málaga Carrillo, Armando  
Sasaki Otani, María Angela  
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos  
Soria Aguilar, Alfredo Fernando  
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana  
Sotomayor Trelles, José Enrique  
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción  
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo  
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel  
Villa García Vargas, Javier Eduardo Raymundo  
Vivar Morales, Elena María  
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia  
Zas-Friz Burga, Jhonny



## INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

### I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

### II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

### III. Forma y preparación de los artículos

#### III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

#### III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

#### III.3. Características de los artículos

##### III.3.1. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO: en el idioma del artículo y en inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESUMEN (*abstract*): texto breve en el idioma del artículo y en inglés, en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre 200 y 400 palabras).

- CONTENIDO: se consignará en el idioma del artículo y en inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE (*keywords*): en el idioma del artículo y en inglés (mínimo 5 palabras, máximo, 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

### III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las notas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto y se ordenarán correlativamente según su aparición.

### III.3.3. Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben estar actualizadas, ser relevantes y elaborarse con la información necesaria. No deben omitirse referencias importantes para el estudio y se debe cumplir estrictamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la séptima edición del *Manual de Publicaciones APA*.

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor o institución, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s); por ejemplo: (Rubio, 1999, p. 120).

También deben citarse en el cuerpo del texto las normas jurídicas, las resoluciones de toda clase de organización y las sentencias judiciales, colocando entre paréntesis las referencias correspondientes del modo en que se indica más abajo. Las referencias parentéticas en el cuerpo del texto deben remitir a la lista de referencias situada al final del documento. En dicha lista deberá aparecer la información completa de cada fuente citada.

Para mayor información, pueden revisarse las normas para autores a través del siguiente enlace: [www.pucp.edu.pe/EduKtv](http://www.pucp.edu.pe/EduKtv)

## GUIDELINES TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR *DERECHO PUCP*

### I. Aim and policy of *Derecho PUCP*

*Derecho PUCP* publishes legal or interdisciplinary unpublished and original research articles, which are revised by external peers who have previously published similar researches. The evaluations are made anonymously and are about the quality and the validity of the arguments showed on the articles.

### II. Ethics publication

In case of being detected a fault against the ethics academic publication during or after the process of revision of the publication of the article, the journal will behave according to the correspondent ethics publication international regulations and will take the corresponding legal action to penalize the author of the fraud.

### III. Form and Preparation of the articles

#### III.1. General regulations

All the articles given to *Derecho PUCP* have to be about legal or interdisciplinary subjects. They have to be unpublished and original. The journal has the following categories or usual sections:

- Main subject (or specialized subject)
- Miscellaneous
- Interdisciplinary

The three sections are under double-blind peer review.

#### III.2. Necessary documents

- Affidavit of authorship and authorization for publication. It must be signed by all the authors and sent with the applicant article.

#### III.3. Characteristics of the articles

##### III.3.1. First page

It has to include:

- TITLE: in the original language of the article and in English, a short title no more than 60 characters.
- AUTHOR'S NAME (or authors): On a footnote has to be included the institutional affiliation, the city and the country, the profession and the academic degree, and also the e-mail, and the ORCID code.
- ABSTRACT: short text in the original language of the article and in English where are showed the most important research ideas (among 200 and 400 words).

- **CONTENT:** It is recorded in the original language of the article and in English. The summary of the chapters and sub-chapters that are part of the article.
- **KEYWORDS:** in the original language of the article and in English (minimum 5 words, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

### III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes in size 12, Arial; double-spaced lines.
- Use Word program to write the texts.
- Graphics and tables can be used.
- The bibliographic references will only be those mentioned in the text and will be correlatively organized in order of appearance.

### III.3.3. Bibliographic references

The bibliographic references have to be updated, important, elaborated with the necessary information, without omitting any relevant reference to the study and fulfilling all the regulations of the academic ethics.

These references must be according to the APA Style (The American Psychological Association) gathered on the 7th edition of the *APA Publication Manual*.

That's why the bibliographic references have to be made in the text, indicating between parentheses the author's last name, or institution, the year of publication, and the corresponding page(es); for example: (Rubio, 1999, p. 120).

And also it has to be quoted in the body text the legal regulations, the resolutions of all kind of organizations and the legal sentences, putting in parentheses the corresponding references as it is indicated below. The parenthetical references on the body text have to send us to the list of references located at the end of the document. In that list has to appear the complete information of each source quoted.

To have more information, you can visit the author's guidelines link: [www.pucp.edu.pe/EduKtv](http://www.pucp.edu.pe/EduKtv)