

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política | Universidad Ricardo Palma

ISSN: 2519-7274 (En línea)
ISSN: 2410-5937 (Impreso)

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2023
Lima, Perú

14



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14

DIRECTOR

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>

E-mail: irodriguez@urp.edu.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

E-mail: gladys.floresh@urp.edu.pe

EDITORES ASOCIADOS

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO

Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

E-mail: mjimenezm2@derecho.unam.mx

JORGE LUIS ROGGERO

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

CONSEJO EDITORIAL

DIEGO DUQUELSKY GÓMEZ

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3222-7544>

E-mail: dduquelsky@derecho.uba.ar

MARÍA ISOLINA DABOVE

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7577-3812>

E-mail: mariadabove@derecho.uba.ar

DIEGO LUNA

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-1064-6664>

E-mail: diegoluna@derecho.uba.ar

RODRIGO BRITO MELGAREJO

Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0786-1543>

E-mail: rbritom@derecho.unam.mx

MARIANA MORANCHEL POCATERRA

Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa, Ciudad de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8232-6028>

E-mail: mmoranchel@cua.uam.mx

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0005-1404-7074>

E-mail: francisco.tavara@urp.edu.pe

FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8102-9619>

E-mail: felipe.villavicencio@urp.edu.pe

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1155-0249>

E-mail: jose.sotomayor@urp.edu.pe

EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6070-1533>

E-mail: edgardo.rodriguez@urp.edu.pe

JAVIER MORALES MENA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-6014-358X>
E-mail: jmoralesm@unmsm.edu.pe

CONSEJO CONSULTIVO

JOSÉ HURTADO POZO
Universidad de Friburgo, Friburgo, Suiza
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1290-3023>
E-mail: jose.hurtado@unifr.ch

CARLOS RUIZ MIGUEL
Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7001-7962>
E-mail: carlos.ruiz@usc.es

VÍCTOR BAZÁN
Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5066-0467>
E-mail: vabmarg@yahoo.com.ar

FRANCISCO DÍAZ REVORIO
Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7260-8275>
E-mail: FcoJavier.DRevorio@uclm.es

SUSANNA POZZOLO
Universidad de Brescia, Brescia, Italia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8566-517X>
E-mail: susanna.pozzolo@unibs.it

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0246-3159>
E-mail: bgarcia@pucp.edu.pe

PEDRO GRÁNDEZ CASTRO
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7174-5534>
E-mail: pgrandez@pucp.pe

GORKI GONZALES MANTILLA

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6872-672X>
E-mail: gorki.gonzales@pucp.edu.pe

LEYSSER LEÓN HILARIO

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4395-6710>
E-mail: lleon@pucp.edu.pe

BETZABÉ MARCIANI BURGOS

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4097-5614>
E-mail: marciani.bx@pucp.edu.pe

MIGUEL LEÓN UNTIVEROS

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2029-7342>
E-mail: mleonun@unmsm.edu.pe

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>
E-mail: jpalomino@unmsm.edu.pe

DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>
E-mail: dante.paiva@unmsm.edu.pe

JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA

Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-2770-0309>
E-mail: jcoaguila@ucsp.edu.pe

EQUIPO TÉCNICO

Corrección de textos: Gloria Pajuelo Milla
Traducción: Yuri Tornero Cruzatt
Diseño: Rodolfo Loyola Mejía
Gestión y publicación OJS: Infoedutec.com

ISSN: 2519-7274 (En línea)

ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-03913

© Facultad de Derecho y Ciencia Política

Universidad Ricardo Palma

Av. Benavides 5440, Santiago de Surco, Lima 33, Perú

Teléfono: (511) 7080000, anexo: 0140

E-mail: fac.derecho@urp.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Av. Benavides 5440, Santiago de Surco, Lima 33, Perú

E-mail: iusinkarri@urp.edu.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

INDIZACIONES

DOAJ

Latindex 2.0

MIAR

LatinREV

Base

Google Scholar

LICENCIA



Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

REVISORES DE *IUS INKARRI*, NÚMERO 14

JORGE LUIS ROGGERO

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO

Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

E-mail: mjimenezm2@derecho.unam.mx

JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA

Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2770-0309>

E-mail: jcoaguila@ucsp.edu.pe

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

E-mail: jpalomino@unmsm.edu.pe

DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

E-mail: dante.paiva@unmsm.edu.pe

Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y de disciplinas afines como las ciencias sociales y las humanidades. La cobertura temática de la revista incluye la amplitud de las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras.

Los artículos de la revista son arbitrados bajo la modalidad de simple ciego (*single-blind review*), en la cual los evaluadores externos a la institución conocen los datos de los autores al momento de la revisión y toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, actualidad y contribución al conocimiento científico y jurídico.

Ius Inkarri recibe las colaboraciones de todos los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de nuestra casa de estudios, así como de profesores de otras universidades nacionales e internacionales, de investigadores en temas de derecho y disciplinas afines. La presente publicación está dirigida a investigadores del derecho, docentes universitarios, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica.

IusInkarri[™]

Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma is an semiannual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal issues and related disciplines such as social sciences and humanities. The journal's thematic coverage includes the breadth of legal specialties, including constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy of law, and legal theory. It also promotes the use of inter and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law and philosophy, sociology, political science, economics, and anthropology, among others, closer together.

The articles in the journal are refereed through the single-blind review modality, in which the external reviewers of the institution are aware of the authors' data at the time of the review. They take into account the following evaluation criteria: originality, topicality, and scientific and legal contributions.

Ius Inkarri receives contributions from our university professors of the Faculty of Law and Political Science, as well as from other national and international professors and researchers in law and related disciplines.

IusInkarri[™]

Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma è una pubblicazione semestrale, il cui obiettivo principale è la diffusione di articoli inediti che sono il risultato di ricerche su questioni giuridiche e su discipline correlate come le scienze sociali e umane. La copertura tematica della rivista comprende l'ampiezza delle specialità giuridiche, tra cui: diritto costituzionale, diritti umani, diritto amministrativo, diritto civile, diritto penale, diritto processuale, filosofia del diritto e teoria generale del diritto. Promuove inoltre l'uso di approcci e metodologie inter e multidisciplinari che avvicinano il diritto alla filosofia, alla sociologia, alle scienze politiche, all'economia e all'antropologia, tra gli altri.

Gli articoli della rivista sono sottoposti a revisione secondo il metodo della revisione in singolo cieco, in cui i revisori esterni all'istituzione sono a conoscenza dei dati degli autori al momento della revisione e tengono conto dei seguenti criteri di valutazione: originalità, attualità e contributo alla conoscenza scientifica e giuridica.

Ius Inkarri riceve contributi da tutto il corpo docente della Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche della nostra università, nonché da professori di altre università nazionali e internazionali e da ricercatori di diritto e di discipline affini. Questa pubblicazione si rivolge a ricercatori giuridici, professori universitari, studenti e a un pubblico interessato ai temi della ricerca giuridica.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14

TABLA DE CONTENIDO

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- Miguelina Aurora Acosta Cárdenas: un capítulo del feminismo jurídico peruano
19 GLADYS FLORES HEREDIA
- Derecho al olvido y perspectiva de género. Análisis del fallo recaído en el caso Denegri: aportes desde una «ciencia romántica»
41 SOFÍA PAOLA LORENZO
- Bioética para la regulación de las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución en México
55 AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE PARADA
- Doce experiencias de identidad digital
81 JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS
- El derecho de propiedad (1917-1957). Análisis constitucional y jurisprudencial
117 RODRIGO BRITO MELGAREJO y LUIS JULIÁN MIRELES ROMERO
- Algunos apuntes sobre los conceptos jurídicos fundamentales en la obra de Wesley Hohfeld y Carlos Cossio. Un diálogo con María Beatriz Arriagada Cáceres
149 DIEGO LUNA

Antecedentes a la Constitución de 1823: entre el Antiguo Régimen y la formación jurídica del Estado republicano peruano
177 YURI TORNERO CRUZATT y CARLOS MORALES CERON

El trabajo en las cárceles en el Perú y su adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos
197 ANÍBAL RUIVO RODRÍGUEZ SALAZAR

La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos
227 CARLOS MARTÍNEZ LOZA

Private property rights from an international human rights law perspective. The black sheeps of human rights?
257 PATRICIO D'ACUTI

La lógica de la revocación de mandato y el juego de la indeterminación
301 FRANCISCO ALEJANDRO OLMOS DE LA TORRE

El derecho de unos pocos: Orwell y *Rebelión en la granja*
325 ALBA NIDIA MORIN FLORES

El juez entre el derecho y la literatura. Realidad y ficción del juez literario y su justicia poética
343 MARCOS GERALDO HERNÁNDEZ RUIZ

RESEÑAS

Figueroa Gutarra, E. (2022). *Entre el ocaso y la fe*
365 GUSTAVO REYNALDO DOMINGUEZ CHINCHA

Coaguila Valdivia, J. (2010). *El otro corazón del derecho. 20 ensayos literario-jurídicos sobre teoría del derecho*
371 MARTÍN ARREDONDO PALACIOS

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.01

MIGUELINA AURORA ACOSTA CÁRDENAS: UN CAPÍTULO DEL FEMINISMO JURÍDICO PERUANO

Miguelina Aurora Acosta Cárdenas: a chapter in
Peruvian legal feminism

Miguelina Aurora Acosta Cárdenas: un capitolo del
femminismo giuridico peruviano

GLADYS FLORES HEREDIA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: gladys.floresh@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

RESUMEN

El presente artículo busca explicar algunas de las reflexiones que Miguelina Aurora Acosta Cárdenas (1887-1933) realiza sobre la condición jurídica de la mujer. Para ello, dividimos el texto en dos partes. En la primera se presenta el proceso de formación intelectual de Miguelina, y en la segunda parte se comentan y explican las ideas matrices que la autora desarrolla en artículos publicados en revistas de la época y sus tesis universitarias a propósito de la necesaria orientación moderna que deben tener la normativa y las instituciones que regulan los derechos y las oportunidades del hombre y la mujer.

Palabras clave: Miguelina Acosta Cárdenas; feminismo jurídico; patriarcado; filología jurídica crítica.

Términos de indización: movimiento de liberación femenina; condición de la mujer; estatus jurídico (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article seeks to explain some of the reflections of Miguelina Aurora Acosta Cárdenas (1887-1933) on the legal status of women. To this end, we divide the text into two parts. The first part describes the process of Miguelina's intellectual formation, and the second part comments on and explains the main ideas that the author developed in articles published in journals of the time and in her university theses on the necessary modern orientation that the rules and institutions that regulate the rights and opportunities of men and women should have.

Key words: Miguelina Acosta Cárdenas; legal feminism; patriarchy; critical legal philology.

Indexing terms: womens liberation movement; womens status; legal status (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Questo articolo cerca di spiegare alcune riflessioni di Miguelina Aurora Acosta Cárdenas (1887-1933) sullo status giuridico delle donne. Per farlo, dividiamo il testo in due parti. La prima parte presenta il processo di formazione intellettuale di Miguelina, mentre la seconda commenta e spiega le idee principali che l'autrice sviluppa negli articoli pubblicati nelle riviste dell'epoca e nelle sue tesi universitarie sul necessario orientamento moderno che dovrebbero avere le norme e le istituzioni che regolano i diritti e le opportunità di uomini e donne.

Parole chiave: Miguelina Acosta Cárdenas; femminismo giuridico; patriarcato; filologia giuridica critica.

Termini di indicizzazione: movimento per la liberazione delle donne; status femminile; status giuridico (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 25/08/2023

Revisado: 12/09/2023

Aceptado: 14/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: La autora declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

mjimenezm2@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

1. INTRODUCCIÓN: LA FAMILIA, LA UNIVERSIDAD Y EL ACTIVISMO

Miguelina Acosta Cárdenas nació el 26 de noviembre de 1887 en Yurimaguas (Loreto). Creció en el seno de una numerosa familia asentada en la selva; sus padres, Miguel Acosta Sánchez y Grimanesa Cárdenas Montalván, se dedicaban a la extracción y la exportación de la *shiringa* o caucho. Téngase en cuenta que, para fines del siglo XIX, estas actividades relacionadas con la economía de la «goma», como también se le denominaba, transformaron profundamente el cosmos y la realidad social de cada uno de los pueblos amazónicos, pues eran territorios con pocos pobladores, pero luego pasaron a albergar a miles de habitantes, como bien señala Rony Pariona Medina en *Las rutas del caucho: planos y croquis de la Amazonía 1880-1930*: «El auge del caucho reactivó el asentamiento de nuevas localidades, propició el surgimiento del comercio de la selva peruana y transformó la vida social de las comunidades nativas» (2021, p. 17). La familia Acosta Cárdenas, en sintonía con el proceso socioeconómico, se dedicó durante muchos años a la extracción y exportación del caucho. Agreguemos que, desde mediados del siglo XIX, en 1851 para ser precisos, nuestro país suscribió con el gobierno del Brasil el Tratado de Navegación por el río Amazonas. Ello supuso no solo el dinamismo económico y una transformación del paisaje social, sino también el establecimiento y el desarrollo de rutas de comunicación con el resto del mundo: «una vez firmado dicho tratado, se contrató un servicio de

barcos a vapor que debían comunicar el puerto de Nauta con Belén de Pará y el océano Atlántico [...] en la década de 1870 asomaron por Iquitos compañías navieras británicas y comerciantes brasileños interesados en el negocio del caucho» (Contreras, 2021, p. 317).

Se comprende, en tal sentido, que cuando Miguelina era adolescente, acompañó a su madre a Europa, donde esta última recibió tratamientos médicos. A propósito de ello, en el programa televisivo *Sucedió en el Perú*, emitido el 16 de agosto de 2020, la conductora Norma Martínez entrevistó a Joaquín Vargas, sobrino nieto de Miguelina; él señaló, sobre dicho viaje, que madre e hija decidieron trasladarse a Europa por medio del río Amazonas hacia el océano Atlántico, no solo porque era más rápido, sino también más económico. Vargas refirió que, a su corta edad, Miguelina asumió la gran responsabilidad de tener la custodia de su madre, quien fue internada en un hospital; entre tanto, la joven yurimagüina estudió en Suiza. Según el filósofo Joel Rojas (2020), es probable que en dicha estancia Miguelina haya conocido de primera mano las reformas sociales europeas del siglo xx (p. 9).

Cuando regresó al Perú, Acosta fundó la primera escuela de señoritas y la primera escuela de educación inicial en Yurimaguas. En 1910 llegó a Lima con la intención de ingresar a la universidad. La historiadora Elizabeth Caviedes explicó que Acosta sufrió un percance que retrasaría su ingreso a la universidad: sus certificados de estudios secundarios, realizados en Europa, se extraviaron en un naufragio en el río Huallaga, de modo que no pudo presentarlos para postular. Sin embargo, asentada en la capital, llevó cursos de instrucción media para luego rendir los exámenes respectivos y solicitar su ingreso a la Decana de América. El nombre del colegio donde estudió es incierto: dudamos si fue en «un plantel dirigido por Elvira García y García, posiblemente el Liceo Fanning» (Rojas, 2020a, p. 10) o en el emblemático colegio Guadalupe, institución donde, de acuerdo con Caviedes, rindió sus exámenes (Martínez, 2020, 35:10).

Sin precisar la fecha exacta, Vargas comentó que Miguelina habría sufrido graves problemas de visión. Solo después de mejorar su salud, retomó los estudios para postular a la universidad. En 1913 ingresó a la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en 1915, a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas.

Al igual que Trinidad Enríquez, a causa de su género, Miguelina enfrentó múltiples situaciones de discriminación en las aulas universitarias, tanto por parte de alumnos como de profesores¹. Y si bien Augusto B. Leguía había promulgado en 1908 la Ley n.º 801, donde se reconocía el derecho de la mujer a matricularse en cualquier universidad, hacerse de grados y profesiones, la base de la estructura social y mental no había cambiado completamente. Miguelina se sentía empoderada, pero a la vez triste al constatar que la estructura machista aún organizaba la vida cotidiana de todos los campos.

En el plano familiar recibió duros golpes, pues en 1911 murió su madre. A raíz de este nefasto suceso, Clara y Clotilde, hermanas de Miguelina, se trasladaron a Lima, donde ella residía hace un año, junto a sus hermanos Darío, Miguel y Pedro, también estudiantes de Derecho (Rojas, 2020a, pp. 9-10). Años después, cuando cursaba su carrera, su padre falleció, por lo que Miguelina tuvo que velar por sus hermanos menores y, a la par, realizar diversos oficios: «se dedicaba a la venta de automóviles usados o a la crianza de aves de corral. En el mejor de los casos, imparte clases o redacta crónicas periodísticas, utilizando a veces seudónimos masculinos [como John Hilston]» (Ramos y Baigorria, 2017, p. 115). Sin duda, el curso de su vida universitaria tuvo numerosos obstáculos; sin embargo, los superó con éxito, gracias a su innegable empeño y responsabilidad, así como al apoyo de sus amistades y compañeros de las luchas sociales.

Conviene resaltar que sus labores académicas se desarrollaron paralelamente a su activismo social, ya que Acosta fue integrante del Bazar Nacional, anexo femenino de la Liga Agraria; la Asociación Pro Indígena, dirigida por Joaquín Capelo (1852-1928), donde también participaron otros importantes intelectuales, entre ellos Dora Mayer (1868-1959) y Pedro Zulen (1889-1925); además, fundó el Movimiento

1 Hemos desarrollado una aproximación explicativa de la formación intelectual de la cusqueña María Josefa Trinidad Enríquez Ladrón de Guevara (Flores, 2022), mencionamos entonces que institucionalmente no había lugar de formación profesional para la mujer, pues, por ejemplo, el jurista Paul Pradier-Fodéré (1827-1904), decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de San Marcos, en 1875, sostenía, apoyándose en los Enciclopedistas franceses que, según las leyes de la naturaleza y la providencia, el destino de toda mujer es el cuidado del hogar.

Evolución Femenina, dirigido por la educadora feminista María Jesús Alvarado (1878-1971), quien promovió la construcción de escuelas secundarias para mujeres.

Cuando aún era estudiante, Miguelina publicó artículos en *El Tiempo* (1916- 1917) y *El Deber Pro-Indígena* (1917), en los cuales reflexionó sobre Loreto, su tierra natal, especialmente respecto a las terribles condiciones laborales que padecían los lugareños, quienes, mediante el enganche, eran capturados y explotados sin piedad por los comerciantes de caucho. Acosta exhortaba a sus paisanos a defender sus propios derechos, ya que en esa zona el Estado no se preocupaba por erradicar aquella modalidad de esclavismo laboral ni luchaba contra la corrupción imperante.

Figuras 1 y 2

Artículos de Miguelina Acosta en los n.ºs 47 y 50 de *El Deber Pro-Indígena*. Publicación mensual doctrinaria diri[g]ida por Dora Mayer



LORETO Y SU VERDADERO MEJORAMIENTO
El artículo de Miguelina Acosta en el número 47 de El Deber Pro-Indígena, publicado en agosto de 1917, aborda las condiciones de vida y trabajo en Loreto. Critica el sistema de enganche que explota a los indígenas y llama a una reforma social y política que mejore el bienestar de la población local.



LORETO Y SUS AUTORIDADES
Este artículo, publicado en noviembre de 1917, analiza la gestión de las autoridades locales en Loreto. Miguelina cuestiona la corrupción y la falta de transparencia en el uso de los recursos públicos, exhortando a una mayor responsabilidad y justicia social.

Fuente: Kapsoli (2021).

En los números 47 y 50 de *El Deber Pro-Indígena*, publicados en agosto y noviembre de 1917, respectivamente, Miguelina firmó con las iniciales «MAAC» [Miguelina Aurora Acosta Cárdenas] los artículos «Loreto y su verdadero mejoramiento» y «Loreto y sus autoridades». La crítica que expone apunta hacia instrumentar a la población sobre sus

derechos para que exija a sus autoridades el cumplimiento de las funciones que se les ha delegado, para que denuncien y combatan cívicamente contra la corrupción y la inmoralidad, más todavía, pues como «hijos de la selva» están acostumbrados a luchar «con las poderosas fuerzas de la naturaleza» (MAAC, 1917, n.º 47, p. 3). De hecho, el cuadro que dibujan sus palabras sobre la administración política parece haber sido escrito contemplando nuestra dinámica política reciente, ya que Miguelina se refiere a los congresistas que en el parlamento «negocian los votos de los departamentos [y] cobran impuesto a los empleos que proporcionan» (MAAC, 1917, n.º 50, p. 2)².

Luego de que la Asociación Pro-Indígena se disolvió, la activista Dora Mayer y Miguelina Acosta fundaron el semanario independiente *La Crítica*, cuyo primer número apareció el 9 de septiembre de 1917.

Figura 3

Portada de *La Crítica*. Semanario independiente dirigido por Dora Mayer y Miguelina Acosta Cárdenas



Fuente: Mayer y Acosta (16 de diciembre de 1917).

2 Tomamos las referencias de la edición facsimilar del boletín *El Deber Pro-Indígena* editado por Wilfredo Kapsoli Escudero (2021).

La oficina de redacción de este importante medio de expresión se localizó en la plaza Santa Ana 405, actual plaza Italia, en Barrios Altos. Esta revista fue censurada en 1920 debido a su carácter político contestatario y feminista, pues en sus páginas se denunciaban los abusos contra los indígenas de la sierra y la selva, los obreros y las mujeres; además, se promovió el sindicalismo. La entrega del 16 de diciembre de 1917, en la columna «Proindígena», hacía un llamado para rediseñar las acciones políticas que impliquen el desarrollo y el progreso de una parte significativa de la población: los indígenas. Así:

El espíritu de la raza indígena se halla desconectado con el progreso histórico y por eso, este progreso no puede favorecerlo en ningún momento si no se trabaja por comunicarlo con las ideas del tiempo. El desarrollo de la industria arrincona más al peón de habla quechua; los ferrocarriles cortan los caminos del tráfico comercial primitivo; las leyes modernas descenden como nuevos yugos sobre la bestia ya sobrecargada de faenas agrícolas y viales [...] Debemos revisar nuestras leyes, de las cuales ninguna se formula hoy recordando el efecto que tendrá sobre la raza nacional, que aún a nadie importa ni preocupa; debemos alterar nuestra organización civil en todo sentido, trayendo a la memoria a los olvidados ([Mayer y Acosta], 1917, p. 2).

Justamente este llamado a transformar, alterar o interrumpir el *statu quo* de la sociedad llevará a Acosta a participar activamente en las luchas anarcosindicales al punto de ser elegida en el cargo de presidenta del Comité Femenino Pro-Abaratamiento de las Subsistencias y Alquileres. Estamos frente a un notable ejemplo de la confluencia del pensamiento teórico y político feminista, y la correspondiente acción. No el feminismo de gabinete. No el feminismo abstracto. Sí el feminismo como vida, pensamiento y acción. El 22 de mayo de 1919 se realizó en Lima una asamblea de mujeres que reunió a obreras e intelectuales con el objetivo de apoyar a las clases populares.

Figura 4

Portada del n.º 97 de *La Crítica*. Semanario independiente dirigido por Dora Mayer y Miguelina Acosta Cárdenas



Fuente: Mayer y Acosta (1 de agosto de 1919).

En las páginas del semanario *La Crítica* del 1 de agosto de 1919, se reprodujeron cada uno de los ítems que componen el memorial que el Comité Femenino Pro-Abaratamiento de Subsistencias (CFPAS) elaboró e hizo llegar al presidente Augusto B. Leguía. Los tres numerales hacen un llamado al establecimiento sistemático de una «política agrícola a fin de contrarrestar la carestía de alimentos» (Acosta, 1919, p. 2). Se solicita también que los terrenos de cultivo de algodón se usen más bien para el cultivo de hortalizas y se exhorta a incentivar en la juventud la opción por las carreras de agricultura y ganadería para que produzcan alimentos y desarrollo en sus respectivas localidades. Se trata de pedidos que buscan reorientar sistemáticamente las limitadas y erráticas políticas públicas que por entonces tenía el Estado.

El CFPAS y los sindicatos obreros organizaron una marcha multitudinaria que protestaría enérgicamente en contra de las exportaciones. Según narra Joaquín Vargas (Martínez, 2020), el Gobierno prohibió

dicha manifestación; no obstante, el 25 de mayo de 1919, Miguelina, las mujeres y los obreros que la apoyaban se reunieron en el parque Neptuno y caminaron hacia Palacio de Gobierno. Lamentablemente, los manifestantes fueron reprimidos por el ejército, hubo muertos y heridos. Pese a ello, la multitud llegó hasta el patio de la Catedral de Lima, donde se dio el denominado Mitin del Hambre Femenino. Los sindicatos del Callao, Lima y Huacho volvieron a convocar a las masas para protestar hasta que se solucionara la situación; el Estado ordenó encarcelar a muchos obreros, quienes fueron representados jurídicamente por Acosta. Cabe aclarar que ella también defendió a los integrantes de la Federación de Yanaconas y Trabajadores del Valle de Chancay (Rojas, 2020a, p. 13). Su compromiso con los intereses y los derechos de los obreros, el campesinado y, sobre todo, las mujeres y las familias demuestra que Miguelina fue «una activista feminista que entregó su vida a favor de los más desprotegidos y que luchó incansablemente por todo lo que estaba mal en la sociedad peruana de su tiempo» (Ferrari, 2020, párr. 3).

2. EL FEMINISMO JURÍDICO

En su tesis de bachillerato *Nuestra institución del matrimonio rebaja la condición jurídica y social de la mujer*, sustentada el 24 de junio de 1920, Acosta critica el matrimonio, por tratarse de un trámite administrativo cuyo fundamento patriarcal desmerecía a las mujeres, pues les negaba su autonomía y les restaba derechos sociales y económicos. Para que esta crítica no caiga en saco roto, la tesista desarrolla dos argumentos que sostienen su postura. La primera de ellas es recordar que las «aspiraciones sociales» se transforman de generación en generación; por tanto, el cuerpo normativo legal que organiza la dinámica de la interacción social también debe transformarse o replantearse para estar acorde con el mundo y la sociedad; el cuerpo legislativo no debe estar de espaldas a la realidad que regula: «deben inspirarse en la vida misma, siguiendo las ondulaciones de la época en que debe aplicarse» (Acosta, 2020, p. 23).

Esta apelación a la estructura dinámica de la historia, considerando el influjo en la macroestructura social e institucional, se complementa con la segunda idea respecto a que la racionalidad conservadora local ha olvidado dicha dinámica de la historia, o si la ha recordado, no es

para afirmar que es necesario repensar la legislación respecto a la familia y la mujer; por ello, la tesista precisa que es necesario reconocer legalmente la emancipación de la mujer: «seguir desconociendo egoístamente la parte que se refiere a la mujer es la mayor de las injusticias que puede cometer el hombre» (Acosta, 2020, p. 25). En tal sentido, centra su atención en develar y cuestionar a la institución del matrimonio por cercenar los derechos de la mujer. Cabe recalcar que en aquel tiempo estaba vigente el Código Civil de 1852, el cual, en palabras de María Emma Mannarelli, «había adoptado el derecho canónico para regular el matrimonio, [así] se establece la inferioridad de las mujeres, la subordinación al marido, [...] la jerarquía entre los géneros y las priva de un conjunto de derechos [por ser casadas]» (Martínez, 2020, 24:54-25:20).

Miguelina critica la condición jurídica asimétrica que limita legalmente la libertad de la mujer, la misma que se expresa en el artículo 175 bajo el imperativo de que «El marido debe proteger a la mujer y la mujer obedecer al marido». La estructura discursiva de la ley ofrece una imagen de la mujer que —para la tesista— es completamente cuestionable. Se trata de la imagen de la «mujer niña», esto es, la idea que el sistema tiene sobre las mujeres como sujetos en condición de minoría de edad, por tanto, carentes de autoridad para opinar y llevar por sí solas el curso de sus vidas, por defecto, sumisas, sin ciencia, ni inteligencia: «triste, tristísima es la condición jurídica de la mujer casada por solo el hecho del matrimonio» (Acosta, 2020, p. 29).

La tesis de Miguelina también cuestiona y explica las contradicciones de los artículos 179, 181, 182 y 202. Para poder evaluar con justicia sus observaciones, se debe tener en cuenta que la orientación analítica de su tesis se realiza mucho antes de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) planteen teorías y conceptos para encarar el problema de la asimetría jurídica que signa el curso de la historia de los derechos y las oportunidades de la mujer. Las reflexiones de Miguelina se realizan en el marco de la consolidación del discurso crítico femenino peruano que, desde 1870, fue agrietando el edificio del pensamiento patriarcal y que tuvo en 1873 una fecha clave, pues la cusqueña María Josefa Trinidad Enríquez (1846-1891)

decidió cursar la carrera de Jurisprudencia para «iniciar la emancipación cultural de la mujer y obtener el título de abogado para defender mejor el derecho de los pobres en los Tribunales de la República» (Salas, 1954, p. 15).

En esa línea, Miguelina llama la atención para complementar su decidido activismo político y reivindicativo con lo que podríamos llamar, a falta de otra caracterización, el desarrollo de una filología crítica del discurso jurídico patriarcal. Esta sería una estrategia de análisis discursivo que serviría para develar las verdaderas intenciones del discurso iusfalologocentrista³ que cuando reconoce la igualdad de derechos a la mujer, lo hace para sujetarla a la autoridad del varón. En tal sentido, este procedimiento analítico y crítico calibra las construcciones sintácticas y la estructura discursiva de los enunciados institucionales para hacer visible cómo buscan neutralizar las potencialidades transformadoras que tiene la mujer como sujeto de derecho. Por ello escribe:

si toda la naturaleza y la sociedad nos ofrecen ejemplos de que la energía humana ha existido y existe repartida entre los dos sexos, seguir desconociendo egoístamente la parte que se refiere a la mujer es la mayor de las injusticias que puede cometer el hombre y ante la fuerza de los hechos que han llegado a emancipar ya a la mujer no queda más recurso que reconocer su emancipación legalmente (Acosta, 2020, p. 25).

Tanto el hombre como la mujer son responsables del funcionamiento del hogar y, por tanto, merecen ser tratados con igualdad ante la sociedad, la ley y la justicia. El discurso crítico de Miguelina exige la igualdad de oportunidades ante la ley y la igualdad formal en la ley.

3 El neologismo iusfalologocentrista sintetiza y combina los conceptos de *ius*, término latino en cuya estela de sentido se hallan asociados el derecho y la justicia, con falocentrismo y logocentrismo, categorías que pertenecen, respetivamente, al pensamiento psicoanalítico de J. Lacan y al devenir reflexivo deconstructor de J. Derrida. El neologismo quiere dar a entender que la estructura discursiva y social del derecho y la ley privilegian lo masculino y, por tanto, el trabajo del pensamiento y el accionar del feminismo jurídico debe comenzar por identificar y sabotear todas aquellas estructuras que impiden pensar simétricamente la administración de justicia y la enunciación de las leyes.

Como se puede percibir, la graduanda formula el problema de su investigación realizando un examen sobre el relegamiento de la mujer tanto en el orden jurídico como en el social. El título de su tesis es un llamado a corregir esa orientación jerárquica y falocentrista en esa suerte de contrato social de los sentimientos.

La pensadora no se permite contemplaciones, incluso en la más directa arremetida contra las estructuras del orden patriarcal, procede con imparcialidad, exige justicia, equilibrio y verdad: la mujer y el hombre se complementan en las esferas pública y privada; por tanto, continuar manteniendo la dominación masculina es una decisión premoderna, y si el Código Civil (1852) es el fundamento que ampara aquella estructura verticalista y castrante de las potencialidades de la mujer, para Miguelina, la acción que se debe realizar es una sola: modernizar aquella normativa hasta quitarle la mentalidad patriarcal que la estructura y alienta, o tacharla por resultar contradictoria en un mundo moderno. En palabras de Acosta (2020): «no es aceptable [que el Código] siga por más tiempo encadenando legalmente la libertad de la mujer, reconocida ya casi universalmente como sujeto de derecho» (p. 26).

El curso de la defensa de nuestros derechos se hace mostrando como punta de lanza a la pasión, y en esta práctica de alegato pulsional, a veces, puede que una espesa bruma nuble nuestra percepción de los hechos y nos imposibilite contemplar las dimensiones del problema y advertir los peligros del campo minado. Las palabras de Miguelina nos enseñan la combinación equilibrada de la pasión y la razón. Pensamiento y acción. Su defensa es conceptual; por ello, percibimos el filo que tienen categorías como «sujeto de derecho» y «libertad», de las que se desprenden tantas otras como «emancipación» e «igualdad jurídica» para referirse a los derechos que deben reconocérsele a la mujer.

Para la abogada y luchadora social yurimaguina, el matrimonio no cambia la naturaleza ni las capacidades de la mujer, así que no se le debe reducir su condición jurídica por el simple hecho de haberse casado. En tal condición se agrupaban derechos de los ámbitos administrativos (comprar, hipotecar, etc.), judiciales (poder testar sin autorización del marido) e incluso familiares (obtener la tutela de sus hijos mientras dure el juicio de nulidad de matrimonio o divorcio).

Justamente ese derrotero reformador —diríamos, también, modernizador— orientará su tesis de doctorado, cuyo título condensa el argumento central sobre la igualdad jurídica del hombre y la mujer, a saber: *Reformas necesarias del Código Civil común peruano tendientes a hacer efectiva la igualdad civil y jurídica del hombre y la mujer*. La tesis fue sustentada el 20 de septiembre de 1920; en ella, Acosta retomó con mayor firmeza la defensa de los derechos de las mujeres y citó todos los artículos del Código Civil que, desde su perspectiva, debían modificarse en favor de la igualdad de derechos en el matrimonio; en esa línea, cuestionó el divorcio y la patria potestad del marido, así como defendió la idea de que el derecho debería ser una herramienta que impulse el progreso de la mujer, más que un dispositivo que la relegue. En tres de sus veinticinco conclusiones proponía comprender y practicar el derecho como una herramienta propulsora del progreso social, y que las igualdades civil y jurídica del hombre y la mujer se alcanzarían si se reformaran ciertos aspectos del Código Civil.

El despliegue de lo que denominamos «filología crítica del discurso jurídico» propone una suerte de deconstrucción del lenguaje iusfalologocentrista en el entendido de que el lenguaje jurídico resulte un espacio justo, hospitalario, moderno e integrador para la mujer como sujeto de derecho. Miguelina planteaba la «Necesidad de reemplazar las palabras *hombre* y *mujer* por la de *persona* [pues] abarca en su acepción a los dos sexos, puesto que según lo define el Derecho Romano: persona es todo sujeto de derechos y obligaciones» (Acosta, 1920, p. 22; cursivas del original), también proponía que se reconozca la «Autonomía de la mujer en la administración de sus bienes propios, por estar comprobado que la responsabilidad que adquiere la mujer con el ejercicio de este derecho favorece grandemente el desarrollo de su personalidad sin destruir por eso la armonía del hogar» (Acosta, 1920, p. 23). Y, en esa misma línea de independencia económica de la mujer, exige reconocer la «Responsabilidad de la mujer casada por los actos y contratos que celebra sin autorización del marido y supresión del derecho de restitución a que se alude en los artículos 2281 y 2282» (Acosta, 2020, pp. 50-53). Escriba como se escriba, para Miguelina, la reforma no es tal si es que no se posiciona a la mujer como sujeto autónomo e independiente del orden jurídico hegemónicamente masculino.

Por estas y otras reflexiones podríamos sostener que estamos frente a una pensadora que proporciona sólidos fundamentos para la consolidación del feminismo jurídico peruano en las primeras décadas del siglo xx. Entendamos que el feminismo jurídico es aquella postura del pensamiento y la acción jurídica que busca reivindicar los derechos de las mujeres, pues constata que, a lo largo de la historia, persiste contra nosotras una profunda desigualdad tanto en el orden jurídico como en el social; en tal sentido, se desarrolla como una crítica de leyes y costumbres institucionales y cotidianas que privilegian y anteponen lo masculino en detrimento de lo femenino. Los fundamentos conceptuales y las estrategias críticas provienen de la tradición del pensamiento feminista de mediados del siglo xix e inicios del xx, y con estas implementa y desarrolla una especie de discurso crítico del sistema jurídico patriarcal. Esta postura lucha contra la negativa de proporcionar a la mujer sus derechos civiles y políticos, por la igualdad jurídica y porque la diferencia sexual no se traduzca en discriminación: «Durante más de cien años los movimientos de las mujeres han luchado por la igualdad en el derecho y por la extensión de los derechos» (Pitch, 2010, p. 437).

De hecho, este feminismo jurídico es el que devela tempranamente el funcionamiento de la institución del matrimonio como dispositivo disciplinario y de control de la mujer. Se trata de un cuestionamiento que se continuará desplegando desde el feminismo contemporáneo. Si Miguelina criticó los fundamentos patriarcales y premodernos del matrimonio en las primeras décadas del siglo xx, en la actualidad, su pensamiento y acción encajarían en varias líneas conceptuales del feminismo jurídico global, el mismo que clasifica y caracteriza la investigadora argentina Malena Costa (2010)⁴, pues, como ella sostiene: si se pretende tener una idea clara del proceso y los fundamentos del feminismo jurídico latinoamericano, este no se puede comprender sin inscribirlo en un marco histórico global de la lucha de la mujer por el reconocimiento de sus derechos, lo que hacen contemporáneamente los «Feminismos de la

4 En este punto, agradecemos las sugerencias del Dr. Manuel de J. Jiménez Moreno toda vez que resulta importante comprender el feminismo jurídico de Miguelina Acosta en el contexto de los feminismos jurídicos latinoamericanos.

Igualdad», los «Feminismos de la Diferencia» y los «Feminismos Deconstructivistas o Postfeminismos»⁵, es decir, criticar

el modo en que la aplicación sexista de las leyes opera en función de preservar el dominio de la esfera pública por parte los varones y mantener a las mujeres como únicas o principales responsables del cuidado de niñas/os y ancianos/as y del mantenimiento del hogar, reproduciendo su relegación en el espacio doméstico y dificultando su desarrollo en el espacio político (Costa, 2010, p. 241).

El quehacer reflexivo de Miguelina critica, precisamente, este contrato jurídico y social que se cierne históricamente sobre la mujer. En sintonía con sus argumentos, y a manera de evaluar su actualidad, por ejemplo, la pensadora feminista estadounidense, Iris Marion Young advierte la necesidad de desmontar las estructuras de «opresión y dominación» sobre las cuales están organizadas algunas instituciones que limitan y obstaculizan tanto el autodesarrollo de la mujer como su participación cotidiana en asuntos que trasciendan los límites del hogar; por ello, cuestiona estas estructuras, pues son formas de administrar «injusticia» (Young, 2000, p. 71).

Ya titulada, Miguelina se convirtió en la segunda mujer que se recibió como abogada en nuestro país⁶, pero la primera que ejerció su

5 No es intención nuestra profundizar en la periodización y la caracterización del feminismo, solo precisemos que los «Feminismos de Igualdad» cuestionan las diversas formas de ocultar la falta de imparcialidad e igualdad de oportunidades de la mujer con respecto al varón; mientras que los «Feminismos de la Diferencia» critican que el derecho esté al servicio de los ideales masculinos y, por tanto, que el modelo de mundo que proyecta es asimétricamente patriarcal, aunque predique sobre la igualdad. Finalmente, los «Feminismos Deconstructivistas o Postfeminismos» focalizan su atención en la idea de género; en tal sentido, proponen deconstruirlo y develar los mecanismos con los que produce identidades: «el derecho es un conjunto de discursos que se afirma en la idea de *diferencia sexual* que distingue *macho* y *hembra*, la cual no cuestiona; y se manifiesta como un dispositivo clave de constitución y fijación, un lugar de producción de significados de género» (Costa, 2010, pp. 247-248; cursivas en el original).

6 Según Ramos y Cuadros (2019), la primera mujer peruana que obtuvo el título de abogada fue Rosa Dominga Pérez Liendo (Universidad Nacional Mayor de San

profesión; fue también la primera litigante. A la par, continuó colaborando en *La Crítica*, donde, mediante un anuncio, ofrecía sus servicios como asesora jurídica legal, señalaba la dirección de su consultorio, ubicado en la calle Tarma 209 (Lima), e indicaba el horario de atención (de 8:00 a. m. a 2:00 p. m.). Es necesario destacar que, para Acosta, su profesión era de servicio, por lo que destinó los sábados para brindar consultas gratuitas a quienes no podían costearlas. Su espíritu de servicio permanecía firme. Sus especialidades eran las siguientes:

Derechos de la mujer dentro y fuera del matrimonio; separación de cuerpos y bienes; divorcio absoluto; derechos de familia; herencias; intestados; división y partición de bienes; tramitación de expedientes administrativos y judiciales y de matrimonios civiles; reclamación de montepíos; indemnización por accidentes de trabajo y accidentes automovilísticos; causas criminales; delitos contra el honor sexual [y] derechos del obrero y del indígena.

Redacción de memoriales, solicitudes y todo género de escritos. Gestión de asuntos de provincias que se ventilan en Lima (Acosta, 1920, p. 8).

Figura 5

Aviso del consultorio jurídico legal de Acosta publicado en *La Crítica*



Fuente: Acosta (1920, p. 8).

Marcos, 1919). Y en México, la primera mujer en obtener y ejercer la profesión de abogada, en 1898, fue María Asunción Sandoval (1868-1943).

La imagen de intelectual y luchadora es precisa para Miguelina Acosta, pues, pese a sus capacidades profesionales y su anhelo por vivir de su profesión, su situación económica era ajustada, ya que no conseguía muchos casos para asesorar o defender, acaso también por su condición de mujer. Su sobrino nieto Joaquín Vargas conserva unas cartas en las que Miguelina se dirigía a algunas empresas para solicitarles empleo como vendedora de autos, asesora textil o avicultora. Y es que, como cabeza de familia, Acosta no podía quedarse de brazos cruzados frente a la crisis económica que no solo la afectaba a ella, sino también a sus hermanos.

En 1924, fue catedrática en la Universidad Popular Manuel González Prada (Jauja). Demostró un interés educativo, enseñó a mujeres y obreros, confiando en que la educación laica era la clave para la conquista de sus derechos y el progreso. En consonancia con este ideal ilustrado y moderno, fundó el colegio Bolognesi en Loreto y el Instituto Sudamericano para Señoritas en Lima (Rojas, 2020a, p. 14). Asimismo, dictó numerosas conferencias en las que reflexionó sobre la educación de los menos favorecidos; a propósito de ello, participó en la Segunda Conferencia Panamericana de Mujeres (Lima, 1925), donde expuso sobre las «Escuelas rurales ambulantes para la educación de los niños indígenas», una disertación en la cual se manifestó en contra del modelo educativo monocultural que el Estado planeaba aplicar en las poblaciones indígenas. Mannarelli califica como revolucionaria dicha postura, debido a que Acosta propuso, más bien, un modelo intercultural, con docentes que se preocupen por enseñar conocimientos prácticos a los niños y las niñas indígenas, de acuerdo con sus propias necesidades (Martínez, 2020).

Esta ponencia fue recogida tres años más tarde en *El Proceso del Gamonalismo. Boletín de Defensa Indígena*, un suplemento de *Amauta*, dirigido por el joven autodidacta José Carlos Mariátegui. En marzo de 1929 en esta revista se publicó también el artículo «Los educacionistas suizos piden la abolición de la milicia».

El reconocimiento del aporte intelectual de Miguelina sobre Loreto era indiscutible para Mariátegui. En una de las anotaciones en las que suele diseminar su pensamiento, el *Amauta* escribe en los márgenes del sexto ensayo dedicado al tema del «Regionalismo y centralismo»:

quiero considerar con la más amplia justicia las observaciones de Miguelina Acosta. Una de estas, la esencial, es que de la sociología de la montaña se sabe muy poco [...] es imposible no declararse de acuerdo con la doctora Acosta Cárdenas, a quien toca, sin duda, concurrir al esclarecimiento de la realidad peruana con un estudio completo de la sociología de Loreto (Mariátegui, 1979, p. 133).

Miguelina no solo colaboró en publicaciones nacionales, sino también en otros medios latinoamericanos, como *Nuestra Causa. Revista Mensual. Órgano de la Unión* (Rojas, 2020b), además de

diversos voceros de avanzada de Estados Unidos y Europa. Al mismo tiempo, y en la línea del pensamiento y la acción, se desempeña como asesora legal de sindicatos de braceros y de federaciones de trabajadores del campo. Dirige el Instituto Sudamericano para Señoritas de Lima, forma parte de la Alianza Interamericana para el sufragio Femenino y de la Liga de Mujeres Pro Paz, entre otras instituciones y gremios (Ramos y Baigorria, 2017, p. 116).

El activismo de Miguelina era decidido y en primera línea. Por ello, más de una vez fue encarcelada junto con obreros y estudiantes que protestaban contra el capitalismo norteamericano del gobierno de Augusto Bernardino Leguía. Pero su activismo comprendía también la lucha contra manifestaciones del pensamiento retrógrado. El 3 de agosto de 1927 fue detenida en su casa y luego recluida en la cárcel del colegio Santo Tomás de la Santísima Trinidad por haber participado en la manifestación en contra de la consagración al Sagrado Corazón de Jesús. El lugar donde la encarcelaron se convertiría en el colegio Mercedes Cabello de Carbonera. Durante su reclusión, se declaró en huelga de hambre; pese a la difícil situación, recibió el apoyo de sus compañeras intelectuales Dora Mayer y Angélica Palma, los diputados de Loreto y la juventud loreтана. Fue liberada el 9 de agosto, gracias a la mediación de Bertha Ríos y Victoria Medrano (Rojas, 2020b).

En 1931, Acosta ingresó a Feminismo Peruano, organización dirigida por la escritora Zoila Aurora Cáceres, cuyo objetivo principal era la consecución del voto femenino en nuestro país.

El corazón de esta valiente defensora de las peruanas y los peruanos desprotegidos dejó de latir el 26 de octubre de 1933; no pudo con ella ni el sistema opresor de la época, ni la cárcel, ni el amedrentamiento sistemático de la sociedad patriarcal: fue la diabetes la causa indirecta de su muerte. Según cuenta Joaquín Vargas, le extrajeron una muela y la herida se infectó; tras algunos días, la infección se generalizó y Miguelina no pudo resistir. La enterraron en el cementerio Británico del Callao; después, sus restos fueron trasladados al Presbítero Maestro. Ahí descansa probablemente esperando una sociedad peruana más igualitaria y menos afecta al patriarcado y sus formas invisibles y visibles de control y marginación de la mujer.

REFERENCIAS

- Acosta, M. (1919, 1 de agosto). Labor del comité femenino pro-abaratamiento de la subsistencias y alquileres. *La Crítica*, 1-2.
- Acosta, M. (1920). Consultorio jurídico legal [Aviso]. *La Crítica*, 8.
- Acosta, M. (2020). *Escritos selectos*. Heraldos Editores.
- Costa, M. (2010). El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos. *Feminismos*, (15), 235-252. <https://doi.org/10.14198/fem.2010.15.12>
- Ferrari, V. (2020, agosto). Reseña: Miguelina Acosta Cárdenas. Escritos selectos. *Mano Alzada*. <https://manoalzada.pe/feminismos/resena-miguelina-acosta-cardenas-escritos-selectos>
- Flores, G. (2022). María Josefa Trinidad Enríquez Ladrón de Guevara (1846-1891): la construcción intelectual de la primera abogada peruana. *Ius Inkarrí*, 11(12), 253-273. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v11n12.5283>
- Kapsoli, W. (Ed.). (2021). *El Deber Pro-Indígena*. Edición facsimilar. Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Mariátegui, J. C. (1979 [1928]). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Prólogo de A. Quijano. Notas y cronología de E. Garrels. Biblioteca Ayacucho.

- Martínez, N. (2020, 18 de agosto). Miguelina Acosta [Video]. *Sucedió en el Perú*. <https://www.youtube.com/watch?v=U91GdJIVKlc&t>
- [Mayer, D. y Acosta, M.] (1917, 16 de diciembre). Portada. *La Crítica*.
- [Mayer, D. y Acosta, M.] (1919, 1 de agosto). Portada. *La Crítica*.
- Pariona, R. (2021). *Las rutas del caucho: planos y croquis de la Amazonía 1880-1930*. Archivo General de la Nación.
- Picht, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 435-459.
- Ramos, C. y Baigorria, M. (2017). *Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes*. Legis.pe.
- Ramos, C. y Cuadros, H. (2019). *Crónicas de claustro: cien años de historia de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/174253/Cr%c3%b3nicas%20del%20claus tro%20Historia%20de%20la%20Facultad%20de%20Dere cho%20de%20la%20PUCP.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rojas, J. (2020a). Estudio preliminar. En M. Acosta, *Escritos selectos* (pp. 9-15). Heraldos Editores.
- Rojas, J. (2020b, 8 de diciembre). *Miguelina Acosta Cárdenas* [Videoconferencia]. En Biblioteca Nacional del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=S4sP92IpE5Y&t=532s>
- Young, I. (2000). *Justicia y política de la diferencia*. Cátedra.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.02

DERECHO AL OLVIDO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO. ANÁLISIS DEL FALLO RECAÍDO EN EL CASO DENEGRI: APORTES DESDE UNA «CIENCIA ROMÁNTICA»

Right to be forgotten and gender perspective. Analysis of the ruling in the Denegri case: contributions from a «romantic science»

Diritto all'oblio e prospettiva di genere. Analisi della sentenza sul caso Denegri: contributi di una «scienza romantica»

SOFÍA PAOLA LORENZO
Universidad de Buenos Aires
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: lorenzo373@est.derecho.uba.ar
<https://orcid.org/0009-0005-4068-9257>

RESUMEN

Este trabajo se propone abordar el «derecho al olvido» a partir del fallo argentino «Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas», que invita a pensar si en el derecho hay modos trazados de interpretar el olvido y construir la memoria, y si existiría otro modo posible de interpretar ambas nociones a través de una «ciencia romántica» que permita introducir un enfoque transdisciplinario en el tratamiento de los dramas que a la órbita del derecho lleguen.

Palabras clave: derecho al olvido; memoria; ciencia romántica; Natalia Ruth Denegri; Google.

Términos de indización: protección de datos; igualdad de género; sentencia judicial (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This paper aims to address the «right to be forgotten» based on the Argentinean ruling «Denegri, Natalia Ruth v. Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas» (Denegri, Natalia Ruth v. Google Inc. s/ Personal rights: Related actions), which invites us to think about whether there are ways of interpreting forgetting and constructing memory in law, and whether there is another possible way of interpreting both notions through a «romantic science» that would allow the introduction of a transdisciplinary approach in the treatment of the dramas that reach the sphere of law.

Key words: right to be forgotten; memory; romantic science; Natalia Ruth Denegri; Google.

Indexing terms: data protection; gender equality; legal decisions (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il presente lavoro si propone di affrontare il tema del «diritto all'oblio» a partire dalla sentenza argentina «Denegri, Natalia Ruth v. Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas» (Denegri, Natalia Ruth v. Google Inc. s/ diritti personali: azioni correlate), che ci invita a riflettere se esistano modi di interpretare l'oblio e la costruzione della memoria nel diritto, e se esista un altro possibile modo di interpretare entrambe le nozioni attraverso una «scienza romantica» che permetta di introdurre un approccio transdisciplinare nel trattamento dei drammi che raggiungono la sfera del diritto.

Parole chiave: diritto all'oblio; memoria; scienza romantica; Natalia Ruth Denegri; Google.

Termini di indicizzazione: protezione dei dati; parità di genere; decisioni legali (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 05/09/2023

Revisado: 08/09/2023

Aceptado: 08/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: La autora declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

mjimenezm2@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

1. ACERCA DEL «DERECHO AL OLVIDO»

A fin de analizar el caso jurídico «Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas», es preciso referirse primero al concepto de olvido tanto en el derecho como en la literatura.

1.1. EL «DERECHO AL OLVIDO» EN EL ÁMBITO JURÍDICO

El concepto «derecho al olvido» surge jurídicamente a partir de la sentencia del 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el caso «Google Spain S. L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González». En este caso se abordó al «derecho al olvido» como aquel «derecho de los ciudadanos a que cierta información relativa a su persona y recogida en Internet sea borrada o suprimida cuando afecte a sus derechos fundamentales o cuando haya quedado obsoleta» (Sala Ledesma, 2014, p. 311). Asimismo, es analizado a la luz del rol de los proveedores de servicios de búsqueda y la normativa de la Unión Europea que surge de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos. En este sentido, el Tribunal entendió que no se trata de eliminar la información de Internet, sino que la persona afectada tenga la posibilidad de solicitar que se retiren de las listas de resultados los enlaces

de páginas web con dichos datos. Así, se buscó que, ante la imposibilidad de la eliminación de dichos datos, el motor de búsqueda los olvide.

Actualmente, cualquier persona física puede directamente o a través de otra, con autorización legal en su nombre, solicitar que se retire contenido de los motores de búsqueda de acuerdo con la legislación de protección de datos. Para realizar dicha solicitud, Google prevé un formulario web donde se pide, en primer lugar, especificar el país cuya legislación se aplica y los datos personales de la persona que realiza la solicitud. Luego, se debe identificar las URL específicas donde se encuentra el contenido que se desea retirar, junto con el nombre de la consulta de búsqueda que se realizó cuando apareció el contenido. Finalmente, se deberá describir la relación que hay entre el contenido y la persona afectada, especificando los motivos por los cuales debería retirarse de los resultados de búsqueda de Google.

Una vez enviada la solicitud, el proceso continúa a través de un revisor profesional, quien examinará la solicitud en relación con varias fuentes de legislación para constatar si la información en cuestión puede ser considerada de interés público y de qué manera. Con este fin, se tienen en cuenta los siguientes factores: el papel que desempeña la persona afectada en la vida pública, el origen de la información, la antigüedad del contenido, el efecto en los usuarios de Google, la veracidad o la falsedad y si se trata de datos sensibles.

De acuerdo con la Ley de Protección de Datos, de hacerse lugar a la solicitud, solo se retirará el contenido de los resultados de búsqueda relacionadas con el nombre de la persona afectada, por lo que seguirá apareciendo en relación con otras consultas.

1.2. LA «CIENCIA ROMÁNTICA»: LA MEMORIA Y EL OLVIDO EN LA LITERATURA Y LAS CIENCIAS DE LA SALUD MENTAL

En cuanto a la literatura, el modo de presentar al olvido puede determinarse a través del concepto de «ciencia romántica», que parecería otorgarle otro sentido y trazar otros modos de interpretarlo. Para marcar un primer acercamiento a esta noción, podemos partir del cuento «Funes el memorioso» de Jorge Luis Borges (2017). Allí el autor nos presenta el encuentro entre el narrador e Ireneo Funes, un personaje incapaz

de olvidar. Este había aprendido sin esfuerzo múltiples idiomas, hasta podía reconstruir sin dificultad un día entero, pero era incapaz de adquirir conceptos generales. No podía concebir que el «genérico *perro* abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; [por lo cual] le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)» (p. 133). El narrador sospechaba que Funes no era muy capaz de pensar, ya que el mismo Ireneo le había advertido que su memoria era un vaciadero de basura, y contaba con más recuerdos que cualquier hombre del mundo. Sin embargo, en ese mundo de Funes solo había detalles precisos, y pensar implica olvidar las diferencias entre cosas para poder crear generalidades. Lo interesante es que el olvido es presentado con igual importancia que la memoria.

A propósito de lo anterior, sorprendentemente, este caso literario ocurrió y fue publicado en 1987 por el neuropsicólogo Alexander Luria en su segundo libro titulado *The mind of a mnemonist: A little book about a vast memory* (*Pequeño libro de una gran memoria. La mente de un mnemonista*). Se trata del caso del paciente Solomon Shereshevsky, quien padecía la misma patología que Funes. El relato del autor no se encuentra limitado a la memoria, ya que, según él, ese no era el tema central del libro, sino el impacto que su memoria producía en su personalidad y vínculo con el mundo. Ese análisis, que Luria indica como necesario para abordar el problema, pertenece a un género de investigación que no se corresponde con la neurología clásica, sino que se trata de una investigación tanto de la imaginación como de la memoria (Sacks, 2019a, p. 122) y es denominada por el autor como «ciencia romántica». A través de esta, se intentaría recuperar elementos que parecerían perderse en la evolución de la ciencia clásica, sobre todo luego de que el desarrollo tecnológico, el avance de la biofísica y los métodos auxiliares de laboratorio contribuyeran a que se instalara el reduccionismo en una ciencia que supo caracterizarse por el arte de la observación y la descripción. Si bien tanto en el ámbito de la medicina como en la psicología, a la hora de diagnosticar una patología y luego dar cuenta de su tratamiento, se solía categorizar un síndrome a partir de extensas descripciones de los comportamientos humanos y los síntomas más significativos, el avance

de una ciencia impersonal los hizo desaparecer y reducir estos comportamientos y procesos psicológicos a un nivel molecular.

Continuando con esta línea de investigación, el autor escribió tanto libros clínico-académicos, que constituyen esa «ciencia clásica», como dos novelas biográficas, que integran lo que él denominaba «ciencia romántica». Esta última es el nombre que Luria le dio a un tipo de ciencia que busca recuperar aquello que el reduccionismo del método clásico pierde, enfocándose en un método narrativo del tipo literario que, por medio de la descripción, posibilite capturar aquellas nociones del objeto de estudio que de otra forma se perderían. Así, mientras que la «ciencia clásica» implicaría la implementación de métodos auxiliares de laboratorio donde la descripción pasa a un segundo plano, la «ciencia romántica» buscaría «preservar la riqueza de la realidad viva, y aspirar a una ciencia que conserve esta riqueza» (Sacks, 2019a, p. 122), a través de un enfoque literario que permitiría recuperarla.

Al igual que Luria, el neurólogo Oliver Sacks (2019a), en su obra *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero*, retoma el concepto para referirse a las deficiencias que la ciencia clásica produce y que se visualizan principalmente en las historias clínicas. Si bien señala que, en un principio, las historias clínicas eran ricas en contenido humano, luego se volvieron más rígidas y mecánicas. Las historias no transmiten nada de la persona que padece la enfermedad ni de su experiencia afrontándola, sino que aluden a un sujeto con una frase rápida que «podría aplicarse igual a una rata que a un ser humano» (Sacks, 2019a, p. 10). La misma dinámica se observa en los expedientes judiciales que, desde su inicio, desafectivizan su contenido narrado para poder encuadrarlo en las formalidades que el proceso exige y, así, sintetizar los hechos en la sentencia. En ese recorrido, el «yo» parece perderse y generarse un doble proceso contrapuesto donde opera una memoria propia del recuerdo personal diferente al que termina aludiéndose en las fojas del expediente.

2. EL CASO «DENEGRÍ, NATALIA RUTH C/ GOOGLE INC. S/ DERECHOS PERSONALÍSIMOS: ACCIONES RELACIONADAS»

El caso «Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas» surge a partir de la demanda que realiza la actriz

argentina Natalia Denegri (Buenos Aires, 1976) a Google Inc., con el fin de lograr que se supriman ciertos sitios web que la afectada identificó que aparecían mediante el ingreso de su nombre en el motor de búsqueda, y que exponían información suya relativa a hechos ocurridos en 1996 (caso Cóppola). Dado que la información le resultaba perjudicial, antigua e irrelevante y formaba parte de un pasado que no deseaba recordar, sustentó su pretensión en el «derecho al olvido». Asimismo, puntualizó que dicha información afectaba actualmente su vida personal, laboral y familiar al verse vulnerados su intimidad, privacidad, honor y reputación.

En primera instancia, se admitió parcialmente la pretensión. De esta forma, se ordenó que la parte demandada suprima de sus buscadores (Google y YouTube) todo vínculo

entre las palabras «Natalia Denegri», «Natalia Ruth Denegri» o «Natalia Denegri caso Cóppola» y cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhiban eventuales escenas que pudo haber protagonizado la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada (Juzgado Nacional en lo Civil n.º 78, 2020, considerando 2).

Por otra parte, el 10 de agosto de 2020, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión de primera instancia, señalando que la difusión de la información en cuestión actualmente no causaba «beneficio alguno por falta de interés público, histórico, científico, etc.» (p. [9]), a la vez que recordó que para ejercer el derecho al olvido no es necesario que se elimine la información, sino que se obstaculice su acceso por parte de los medios tradicionales de búsqueda.

Asimismo, el Tribunal señaló que el derecho al olvido debía ser interpretado de forma restrictiva, ya que su ejercicio abusivo podría extender derechos por sobre otros de índole colectiva. En este sentido, la Sala H entendió que resultaba inadmisibles la pretensión en cuanto al bloqueo de acceso de los usuarios de internet a la información referida

al caso Cóppola. Por otro lado, destacó que Google no cuestionó de modo expreso la valoración que el juez de grado había efectuado de la información, pues se trataba de escenas grotescas, sin interés periodístico y nada tenían que ver con el interés general que pudo tener el caso, sino que formaba parte de «la parafernalia de contenidos excéntricos de nulo valor cultural o informativo, que cobraron notoriedad por el culto al rating de ciertos programas televisivos» (Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, 2020, p. [4]).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó por unanimidad la sentencia dictada por la Sala H, en la cual se había reconocido el derecho al olvido de Natalia Denegri. En esta sentencia, la Corte comienza haciendo un repaso de la libertad de expresión, cuya protección se encuentra garantizada por la Constitución Nacional argentina, destacando que «no solo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático» (considerando 7). Además, señaló la importancia que tienen los motores de búsqueda como herramientas para el acceso a la información, rol fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión en cuanto potencian el ejercicio de su dimensión social.

A partir de este análisis, la Corte consideró que desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional, ya que

se impediría la concreción del acto de comunicación —o, al menos, [...] se lo dificultaría sobremanera—, por lo que tal pretensión configura una medida extrema que, en definitiva, importa una grave restricción a la circulación de información de interés público y sobre la que pesa [...] una fuerte presunción de inconstitucionalidad (considerando 12).

De igual forma, la Corte argumentó que «[s]i se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar» (considerando 14); en esa línea, concluye que la protección de la libertad de expresión es más intensa cuando se trata de

funcionarios, personas «o temas de interés público por el prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o materias de interés público como garantía esencial del sistema republicano» (considerando 17).

A partir de la lectura de la «sentencia Denegri» desde la óptica de la ciencia romántica, se pueden advertir aspectos que se habrían perdido en la resolución del caso. Si se aborda al sujeto desde un enfoque que tenga en cuenta la integridad del contexto y el padecimiento del individuo, se observan cuestiones que el derecho parecería filtrar o desechar. Por ejemplo, el género no fue mencionado ni considerado como factor fundamental para el ejercicio del derecho al olvido, lo que denota un problema para resolver el drama que llega a la órbita del derecho.

En este punto, es necesario apuntar que el ordenamiento jurídico de la República Argentina ratificó tanto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En cuanto a la primera, los Estados partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y se comprometen a adoptar las «medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban [y eliminen] toda discriminación contra la mujer, [además de modificar o] derogar [leyes, reglamentos, usos y prácticas] que constituyan discriminación contra la mujer» (artículo segundo).

En relación con la Convención de Belém do Pará, los Estados partes también condenan todas las formas de violencia contra la mujer y se comprometen a adoptar las medidas necesarias para sancionar y erradicar dicha violencia. En este sentido, entre estas medidas, se suscribe que los Estados deberán

establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer [víctima de] violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

[así como también] los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que [...] tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (artículo 7).

Si bien no se consideraron estos parámetros para la resolución del caso, la actora era menor de edad cuando ocurrieron los hechos que pretendía «olvidar», ya que fue detenida ilegalmente a los 19 años (en ese entonces, la mayoría de edad era a los 21) y fue amenazada para salir en los medios de comunicación. En los programas en que participó se reprodujeron estereotipos de género, propiciando un ambiente de impunidad que facilita y promueve, en general, la repetición de los hechos de violencia al aceptarla. Al quedar estigmatizada en Argentina por este hecho, la actora tuvo que desarrollarse profesionalmente fuera del país. Por otra parte, resulta revictimizante, más aún teniendo en cuenta que, según relata en la causa, la información que aparece al buscar su nombre le ocasiona un daño actual y la ha convertido en víctima de un acoso constante desde hace 26 años.

Uno podría preguntarse si hubiese sido adecuado incluir una perspectiva que tenga en cuenta el género en la sentencia y sitúe al «yo» en el centro de la escena nuevamente. De hecho, cuando Sacks aborda el concepto de ciencia romántica de Luria, se cuestiona si sería necesario aplicarlo en la medicina porque es a partir de este que se puede prestar la atención debida a aspectos que en la ciencia clásica pueden equipararse a lo trivial. En este caso, parecerían escapar de la órbita del derecho ciertos aspectos que, en última instancia, terminan por configurar la esencia de la individualidad. Tal como lo muestra Luria en sus novelas, la ciencia romántica y su forma literaria permiten un acercamiento humano para desarrollar respuestas distintas a las problemáticas que cada caso presenta.

3. CONCLUSIÓN

La idea de un enfoque romántico que permita explorar con otra perspectiva y profundidad al «yo» conduciría a diferentes soluciones de los casos que aparecen en sus respectivos campos. Cuando Oliver Sacks realizó

sus investigaciones retomando las ideas de Luria, subrayó que, si bien en sus primeros libros comenzó escribiendo acerca de la «conservación» y la «pérdida» del «yo» en trastornos neurológicos, con el tiempo llegó a pensar que esos términos eran demasiado simples y el estudio de las enfermedades exigía un estudio de la identidad y los mundos interiores que los pacientes creaban bajo la enfermedad, los cuales no podían comprenderse totalmente observando sus comportamientos desde el exterior. Lo mejor para ello parecía ser la utilización de una aproximación interdisciplinar que, al igual que lo plantea Foucault, permita «ver el mundo patológico con los ojos del propio paciente» (Sacks, 2019b, p. 19). Sobre esta cuestión indica que la investigación y la criminología se entienden como ciencias porque

[s]e refieren a salir del hombre, a estudiarlo como si se tratara de un gigantesco insecto; en lo que ellos llaman una luz imparcial; en lo que yo llamaría una luz deshumanizada. Se refieren a alejarse un gran trecho de él, como si fuera un lejano monstruo prehistórico; observar la forma de su «cráneo criminal» como si se tratara de una protuberancia misteriosa, como el cuerno que hay en el hocico del rinoceronte (Sacks, 2019b, p. 20).

Esa deshumanización se visualiza con claridad en el ámbito del derecho, especialmente en los expedientes judiciales. Las necesidades procesales obligan a abstraer al sujeto para que pueda insertarse en una categoría jurídica y resolver el caso, alejándose cada vez más del individuo, su recuerdo y su memoria. Justamente, cuando Sacks alude a las dos obras centrales de Luria como «novelas», se refiere a una forma narrativa que devuelve al sujeto el protagonismo, abordándolo con empatía en un intento de acercarse más él. La narrativa y el tratamiento humano que habilitaría la ciencia romántica, mediante un acercamiento a la forma literaria, permitiría dar lugar a otro tipo de olvido que preserve la esencia dramática que hace singular al individuo y que parecería perderse en el derecho.

REFERENCIAS

- Asamblea General de Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.
- Borges, J. L. (2017). *Ficciones*. Penguin Random House.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala H. (2020, 10 de agosto). Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas. Expte. n.º 50016/2016. <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-denegri-natalia-ruth-google-inc-derechos-personalisimos-acciones-relacionadas-fa20020049-2020-08-10/123456789-940-0200-2ots-eupmocsollaf>
- Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de los Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2022, 28 de junio). Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas. Sentencia (Fallos: 345:482). <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-denegri-natalia-ruth-google-inc-derechos-personalisimos-acciones-relacionadas-fa22000052-2022-06-28/123456789-250-0002-2ots-eupmocsollaf?>
- Juzgado Nacional en lo Civil n.º 78. (2020, 20 de febrero). Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas. Expte. n.º 50016/2016. Sentencia. <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primer-instan-civil-nro-78-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-denegri-natalia-ruth-google-inc-derechos-personalisimos-acciones-relacionadas-fa20020002-2020-02-20/123456789-200-0200-2ots-eupmocsollaf>
- Luria, A. R. (1987). *The mind of a mnemonist: A little book about a vast memory*. Harvard University Press.
- Sacks, O. (2019a). *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero*. Anagrama.

Sacks, O. (2019b). *Un antropólogo en Marte*. Anagrama.

Sala Ledesma, E. (2014). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González: Derecho al olvido. *Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), 311-313. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12827>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). (2014, 13 de mayo). Google Spain, S. L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. Sentencia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.03

BIOÉTICA PARA LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

Bioethics for the regulation of assisted reproduction techniques and gestational surrogacy in Mexico

Bioetica per la regolamentazione delle tecniche di riproduzione assistita e della maternità surrogata gestazionale in Messico

AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE PARADA
Universidad Nacional Autónoma de México
(México, México)

Contacto: acsanvicente@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0823-8120>

RESUMEN

Las técnicas de reproducción permiten que las personas concreten su deseo de ser padres o madres; sin embargo, estas técnicas son onerosas y se necesita el material biológico de otros humanos para cumplir con tal anhelo. Esto genera varias situaciones: el biocapitalismo, la mercantilización e instrumentalización del cuerpo y las brechas socioeconómicas; además, supone el ejercicio y la posible violación de los derechos reproductivos, el derecho a la identidad (que se integra por derecho al nombre, la filiación, conocer el origen biológico y la nacionalidad), el derecho a la intimidad, el derecho a la unidad familiar, entre otros. Por otra parte, en algunos casos de gestación por sustitución, las mujeres gestantes se

encariñan con el niño, quien es arrebatado de sus brazos porque hay un acuerdo previo. En otros casos, los niños nacen con patologías y las parejas contratantes no los quieren, entonces, como el convenio no tiene marco jurídico, los niños quedan en estado de indefensión. En todos estos casos hay implicaciones ético-jurídicas que deben ser atendidas. Este artículo tiene como objetivo reflexionar sobre la necesidad de la bioética para regular adecuadamente las técnicas de reproducción asistida y la gestión por sustitución, partiendo del análisis de casos reales como los gemelos con hidrocefalia abandonados o el niño que nació con la ayuda de tres padres en México; también abordaremos la legislación de otros países, como Inglaterra, para sugerir los dilemas ético-jurídicos que se pueden presentar y su posible solución.

Palabras clave: técnicas de reproducción asistida; gestación por sustitución; bioética; derechos sexuales y reproductivos.

Términos de indización: bioética; derechos reproductivos; procreación artificial (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Reproductive techniques allow people to realise their desire to become parents; however, these techniques are expensive and the biological material of other humans is needed to fulfil this desire. This generates several situations: biocapitalism, the mercantilisation and instrumentalisation of the body and socio-economic gaps; it also implies the exercise and possible violation of reproductive rights, the right to identity (which includes the right to a name, filiation, knowledge of biological origin and nationality), the right to privacy, the right to family unity, among others. On the other hand, in some cases of surrogacy, the pregnant women become attached to the child, who is taken from their arms because there is a prior agreement. In other cases, the children are born with pathologies and the contracting partners do not want them; then, as the agreement has no legal framework, the children are left in a state of defencelessness. In all these cases there are ethical-legal implications that need to be addressed. This article aims to reflect on the need for bioethics to adequately regulate assisted reproduction techniques and surrogate

management, based on the analysis of real cases such as the twins with hydrocephalus who were abandoned or the child who was born with the help of three parents in Mexico; we will also look at the legislation of other countries, such as England, to suggest the ethical-legal dilemmas that may arise and their possible solution.

Key words: assisted reproduction techniques; surrogacy; bioethics; sexual and reproductive rights.

Indexing terms: bioethics; reproductive rights; artificial procreation (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Le tecniche di riproduzione permettono alle persone di realizzare il loro desiderio di diventare genitori; tuttavia, queste tecniche sono costose e per soddisfare questo desiderio è necessario il materiale biologico di altri esseri umani. Questo genera diverse situazioni: il biocapitalismo, la mercificazione e la strumentalizzazione del corpo e i divari socio-economici; implica anche l'esercizio e la possibile violazione dei diritti riproduttivi, del diritto all'identità (che include il diritto al nome, alla filiazione, alla conoscenza dell'origine biologica e alla nazionalità), del diritto alla privacy, del diritto all'unità familiare, tra gli altri. D'altra parte, in alcuni casi di maternità surrogata, le gestanti si affezionano al bambino, che viene loro strappato dalle braccia perché c'è un accordo preventivo. In altri casi, i bambini nascono con patologie e i partner contraenti non li vogliono; allora, dato che l'accordo non ha un quadro giuridico, i bambini vengono lasciati in uno stato di indifendibilità. In tutti questi casi ci sono implicazioni etico-giuridiche che devono essere affrontate. Questo articolo si propone di riflettere sulla necessità che la bioetica disciplini adeguatamente le tecniche di riproduzione assistita e la gestione delle madri surrogate, partendo dall'analisi di casi reali come quello dei gemelli con idrocefalo abbandonati o del bambino nato con l'aiuto di tre genitori in Messico; si esaminerà inoltre la legislazione di altri Paesi, come l'Inghilterra, per suggerire i dilemmi etico-giuridici che possono sorgere e la loro possibile soluzione.

Parole chiave: técnicas de reproducción asistida; maternidad surrogata; bioética; derechos sexuales y reproductivos.

Termini di indicizzazione: bioética; derechos de reproducción; procreación artificial (Fuente: Unesco Thesaurus).

Recibido: 24/08/2023

Revisado: 27/08/2023

Aceptado: 28/08/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: La autora declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Dante Martin Paiva Goyburu (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

dante.paiva@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

1. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida no son algo nuevo en la vida cotidiana. En 1978 nació Louise Brown, la primera niña fruto de la inseminación artificial. Si bien la ciencia tuvo un gran avance, también es cierto que, para el derecho y la ética, el uso de las técnicas acarrea nuevas problemáticas, porque los bienes que durante muchos años permanecieron dentro del concepto de *res extra commercium* —debido a que no eran susceptibles de transacciones jurídicas porque el titular no podía disponer de ellos— ahora son biomateriales de origen biológico altamente codiciados por la industria de la biotecnología; en ese sentido, bienes esenciales como la vida, el cuerpo, los tejidos, las células (especialmente los gametos) y los fluidos forman parte del tráfico jurídico. Como consecuencia de lo anterior, la ética reflexiona respecto a las implicaciones de la instrumentalización del cuerpo de los seres humanos, la soberanía sobre el cuerpo, la mercantilización del cuerpo y la inseguridad jurídica a la que están sometidos los niños que son frutos de estas técnicas, pues muchas veces son desconocidos por los padres o reclamados por los donadores o

la madre gestante; cabe destacar que los niños nacidos por las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) sufren más discriminación al nacer con una condición de discapacidad, sobre todo en los casos de maternidad subrogada. Para evidenciar lo anterior relatamos dos casos reales:

- 1) En 2020, en la Ciudad de México, nacieron dos gemelos prematuros en el Hospital General de México y uno de ellos tenía hidrocefalia; los niños eran parte de un contrato de gestación por sustitución. La madre gestante entró en labor de parto de forma prematura, por lo que el hospital encargado de atender su embarazo no la recibió, entonces la joven desesperada se trasladó al Hospital General, donde dio a luz. Cuando los padres de intención acudieron al hospital y recibieron la noticia de la condición de los gemelos, no quisieron hacerse cargo, así que regresaron a Estados Unidos; por su parte, la madre gestante abandonó a los menores. El personal del Hospital General de México asumió la tarea de cuidarlos, pero, durante la pandemia, se vieron rebasados, por lo que solicitaron la intervención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, institución que finalmente acogió a los niños.
- 2) En 2013, en Tailandia, una pareja australiana contrató como madre gestante a una vendedora ambulante de 21 años; durante el embarazo se les comunicó a las partes que uno de los gemelos tenía síndrome de Down, así que la pareja de intención solicitó a la madre gestante que abortara, pero esta se negó. Cuando los niños nacieron, la pareja se llevó a la niña, pero al niño con síndrome de Down lo dejaron con la madre. Ninguna de las naciones hizo nada por responsabilizar a los padres australianos para que se encarguen del niño; el caso causó revuelo y la madre gestante se enteró de que el padre de intención había cumplido una pena por abusar de una niña de 13 años en 1998; por tal motivo, pidió ayuda para que le devolvieran a su hija. A la fecha, se sabe que Australia ha cerrado muchas clínicas que ofertaban este tipo de servicios en Tailandia; por su parte, Tailandia prohibió la gestación por sustitución onerosa.

Estos casos ejemplifican los dilemas ético-jurídicos que acarrearán las TRA; a continuación, nos daremos a la tarea de establecer el marco conceptual para después poner sobre la mesa algunos dilemas ético-jurídicos que deben ser tomados en cuenta para regular debidamente las TRA. Este artículo pretende evidenciar que la bioética es una herramienta hermenéutica indispensable para los legisladores en materia de TRA.

2. PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS EN LAS TRA

Las técnicas de reproducción asistida facilitan el nacimiento de un ser vivo cuando una pareja presenta problemas de infertilidad. Las TRA son tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Las TRA incluyen

la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye [la gestación por sustitución e] inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante (Organización Mundial de la Salud, 2010, s. p.).

En México, el uso de las técnicas de reproducción asistida ha originado el concepto de voluntad procreacional, que deviene de la autonomía reproductiva. Nos permitimos conceptualizar ambos términos:

- a) Autonomía reproductiva: «libertad que permite a las personas planificar su propia vida reproductiva, libre de interferencias externas» (Serrano, 2022, p. 123), así como elegir o no emplear técnicas de reproducción asistida para ejercer su maternidad o paternidad. Este concepto se desarrolló a partir de la oposición a las limitaciones no consentidas sobre la capacidad de procrear como la esterilización forzada.

b) Voluntad procreacional: es el común acuerdo de una pareja para que la mujer se someta a técnicas de reproducción asistida para poder concebir; como consecuencia el menor que nazca fruto de dichas técnicas tendrá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguineidad, aunque carezca de la carga genética del padre o la madre, por lo que la identidad biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues, en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación. Ello está reconocido en el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal: «El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos».

Por su parte, el artículo 466 de la Ley General de Salud establece la prohibición a la mujer casada de consentir «ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge».

La inseminación artificial heteróloga es aplicada a una mujer que es fecundada con un material genético de un donador anónimo; por lo que en un círculo familiar, el hijo producto de una inseminación de ese tipo no tendrá biológicamente un material genético compatible con el cónyuge varón; siendo este el escenario, lo que se debe acreditar es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguineidad; así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de ellos para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan

lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018a, p. 3).

En esa línea de pensamiento, de acuerdo con el artículo 14.1.b del Protocolo de San Salvador,

en que se reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, en el entendido de que la mencionada Corte ha señalado que la salud reproductiva implica los derechos del hombre y la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

De ese modo, la Corte Interamericana ha reconocido el derecho al acceso a Técnicas de Reproducción Asistida para lograr el nacimiento de un hijo, en referencia a parejas con problemas de infertilidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018b, p. 3).

Sin embargo, en México no se han organizado debates para legislar las TRA, por lo que el derecho consignado en el artículo anteriormente comentado no puede ser ejercido de forma plena, mientras México carezca de una regulación sobre técnicas de reproducción asistida. En la Ley General de Salud tal derecho solamente se menciona una vez y hace referencia a la planeación familiar. No hay definiciones ni descripciones de las diversas técnicas, lo cual trae por consecuencia lagunas legales que no permiten a las parejas acceder a ellas en una vía legal clara. Además, las técnicas *per se* son costosas, lo que restringe que solamente personas pertenecientes a cierta clase socioeconómica puedan acceder a ellas. Es dable indicar que no se han llevado a cabo consultas con expertos en el ámbito de la medicina reproductiva, ni en el ámbito de la bioética.

Otro fenómeno que acarrea lo anterior es el turismo reproductivo y la experimentación biomédica ilícita, ya que muchas parejas extranjeras vienen a México porque no hay un marco legal que prohíba expresamente las técnicas o las regule; por ello, con frecuencia estas parejas

contratan técnicas que aún son experimentales, verbigracia, en el 2016 nació un niño con el uso de tres gametos: dos óvulos y un espermatozoide (Camhaji, 2016; Salas, 2016). Eso implica que los donadores y las mismas parejas contratantes se sometan a técnicas y tratamientos que no fueron aprobados por el marco legal vigente, lo que puede causar daños en su salud o sus derechos, por ejemplo, determinar el derecho a la identidad del menor; esto es importante porque el menor, en un futuro, puede requerir información sobre su origen biológico debido a alguna enfermedad congénita.

A continuación, describimos brevemente los dilemas ético-jurídicos entorno a la regulación de las TRA, lo que permitirá evidenciar por qué la bioética es un recurso invaluable para legislar adecuadamente sobre esta materia.

2.1. LA SELECCIÓN EUGENÉSICA DE LOS EMBRIONES

Este es un problema importante, pues por diagnóstico preimplantacional es posible determinar si el ovocito tiene un gen no deseado (como una enfermedad hereditaria), pero también puede ser un gen que determine el color de los ojos y la piel. El diagnóstico preimplantacional no siempre da resultados, pues muchas veces hay mosaicismo —así se le conoce en genética— y ello implica que el ovocito presenta, al mismo tiempo, genes deseados y no deseados. Actualmente, la selección de las características físicas está prohibida y solo se admite el uso del diagnóstico preimplantacional para casos de enfermedades graves que amenacen la vida o la calidad de vida de los niños o bien la vida y la integridad física de la madre o gestante.

2.2. LA REDUCCIÓN FETAL

Esta se efectúa en los embarazos múltiples, puesto que mientras haya más embriones menor es la probabilidad de un desarrollo pleno para todos ellos. En otras ocasiones, uno de los embriones está enfermo o presenta graves anomalías y puede poner en peligro a los que están sanos, porque afecta sus desarrollos o puede provocar un aborto espontáneo; no omitimos señalar que, desde luego, ello supone un peligro para la gestante. En esos casos, la reducción fetal consiste en eliminar o interrumpir el

desarrollo del embrión, así que el cuerpo del embrión es reabsorbido y el embarazo puede continuar. Otros casos en los que se sugiere este procedimiento son la muerte fetal intrauterina, el riesgo de parto prematuro, el retraso del crecimiento intrauterino, las complicaciones cardiovasculares graves, la ruptura uterina, las hemorragias, las malformaciones fetales y el sufrimiento fetal (De la Fuente y Salvador, 2018, párr. 11).

Existen casos de gestación por sustitución cuando se detecta una malformación o debido a que el embarazo es múltiple —lo que suele suceder por el uso de las TRA— y los padres de intención no desean más que a un niño, por lo que le piden a la gestante llevar a cabo el procedimiento; esta situación supone dilemas bioéticos porque es un procedimiento sumamente invasivo realizado en el cuerpo de una mujer por órdenes o deseos de terceras personas; incluso en estos casos los sistemas de creencias de la mujer gestante y los padres de intención pueden entrar en contradicción. Por ejemplo: en el 2019, en Estados Unidos, una mujer esperaba trillizos, pero el padre de intención solo deseaba tener un niño; ella se negó tanto al aborto como a la reducción fetal y, al final, dio a luz a los tres niños; hoy el padre de intención pide la custodia, pues la madre gestante se rehúsa a entregarle a los niños, ya que desconfía del padre de intención que, de manera muy sencilla, solicitó terminar con la vida de los embriones porque no eran lo que él esperaba; para la madre gestante, el padre de intención no puede ser un buen padre, por lo que el asunto está en tribunales (Torres Quiroga, 2020).

En ese mismo sentido, cuando existe embarazo ectópico, preclamsia o embarazos múltiples, también se sugiere el aborto.

2.3. LA CERTEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Determinar la certeza jurídica de las relaciones familiares es complicada, pues, como veremos a continuación, muchas veces se conjugan más de dos personas para concebir. La antigua máxima *mater sempre certa est* hoy ha quedado rebasada, ya que encontramos una pluralidad de sujetos: la madre genética (quien aporta el ovocito fecundado), la madre biológica (quien lleva a cabo la gestación), la madre social (quien asume la responsabilidad parental del nacido), el padre del registro y el padre biológico (el donante). Incluso puede existir la madre que solo done el óvulo, pero

a este se le desprende el núcleo para incluir el ADN mitocondrial de la otra madre, quien normalmente no puede tener hijos por sufrir alguna enfermedad que pudiera transmitirse al embrión. En ese caso, hay dos madres y dos cargas genéticas: la del ADN mitocondrial, que solo pasa de la madre a los hijos (este ADN se utiliza en la ciencia forense para identificar personas desconocidas), y el ADN de la célula sexual que dará pie a la individualización del sujeto; esto se conoce como perfil genético y es lo que distinguirá a la persona y le dará sus características propias.

Lo anterior implica tres problemas: el derecho a la identidad del menor, el derecho a la familia y el derecho a la intimidad de quienes donan sus gametos. Al respecto, podemos advertir que frecuentemente los niños nacidos a través de TRA son discriminados por su origen. Existe una invisible división entre los niños que nacen de la forma tradicional y los niños frutos de las TRA, basta con ver los casos en los que los niños nacen con discapacidad o alguna condición que afecta notoriamente su salud; cuando los niños nacidos tradicionalmente tienen una condición de discapacidad, son aceptados por la familia, usualmente no es necesario coaccionar a los padres para que se hagan cargo. Sin embargo, cuando los niños nacidos por TRA tienen una discapacidad motriz o mental, son rechazados; los padres de intención se escabullen y es necesario que el Estado intervenga para hacerlos cumplir con sus obligaciones parentales. En otros casos, le dejan toda la carga a la gestante, arguyendo que le sugirieron abortar, pero ella se negó; por tanto, la carga es para ella.

Desde mi punto de vista, estas acciones instrumentalizan y cosifican a la gestante y los niños, ya que los vuelven objetos que deben brindar un excelente servicio o satisfacer sus ideales y deseos, y cuando no cumplen esa función, son tratados como mercancías defectuosas que nadie quiere. No es posible que el derecho avale este tipo de violaciones a los derechos humanos de grupos vulnerables como lo son mujeres y niños; desde la bioética, cabe preguntarse dónde quedan los principios de justicia y de respeto por las personas cuando se permite que se despersonalice de esa manera a una persona, amparándose en cláusulas contractuales o simplemente huyendo de la obligación generada por el vínculo jurídico entre las partes.

En este aspecto, se sugiere que, antes de comenzar con el proceso de gestación y sobre todo en el caso de la gestación por sustitución, los padres de intención adopten al futuro niño o niña, pues de esta manera se les puede obligar a cumplir con sus obligaciones parentales. California, Maine, Connecticut, Nevada, Washington y New Hampshire obligan a los contratantes a llevar a cabo la Pre-Birth Order, un procedimiento que se realiza antes del embarazo o a las pocas semanas de establecerse el embarazo; su objetivo es que los padres de intención obtengan la patria potestad sobre el niño o la niña y adquieran derechos y obligaciones sobre ellos. Esta figura jurídica también permite que los niños no sean apátridas, puesto que adquirirían la nacionalidad por vía de consecuencia, ya que compartirían un vínculo consanguíneo establecido mediante la filiación a través de la Pre-Birth Order. En esa misma línea de pensamiento, en Grecia, antes de la transferencia embrionaria, se resuelve sobre la paternidad o la maternidad.

Aunado a lo anterior, nos permitimos señalar que en la India, el niño es apátrida, pues no se reconoce su vínculo con la madre gestante, sino con los padres de intención, pero la doble nacionalidad no se acepta. Otro caso está Islandia, en donde la madre gestante tiene la patria potestad; esto ha dado pie a que, en algunos casos, la madre se rehúse a entregar al niño o la niña.

En España, la figura de gestación por sustitución está prohibida, ya que la Ley número 14/2006 no le permite a la mujer gestante renunciar a la filiación que se establece por alumbramiento. Hoy, sin embargo, España admite que los niños nacidos a través de la gestación por sustitución sean registrados en su territorio. Esto se lleva a cabo a través de una sentencia judicial que determina la paternidad o la maternidad; con este documento se registra al niño de manera automática ante el consulado del país en el que se llevó a cabo la gestación por sustitución. Por ejemplo, si los padres de intención son españoles y quieren acceder a la gestación por sustitución, deberán acudir a otro país donde sea legal; usualmente acuden a Miami, donde hacen todo el procedimiento; el niño nace en Estados Unidos, después lo llevan a su país natal (España) y deben presentarlo ante el consulado de Miami. Hoy los padres de intención tendrán la facultad y la obligación de registrar al niño previo procedimiento

jurisdiccional, de esta manera se impide que el niño o la niña fruto de la gestación por sustitución sufra alguna violación al derecho humano a la identidad en su modalidad de acceder a una nacionalidad.

Es necesario destacar que estas soluciones jurídicas ayudan a proteger el interés superior del menor, empero, puede existir un limbo entre el nacimiento del menor y su llegada al país de origen de los padres de intención, pues en ese lapso el menor puede ser desconocido o abandonado, como en el caso mencionado de la India, donde el niño prácticamente es un apátrida y sus derechos humanos pueden ser vulnerados.

2.4. LA SATISFACCIÓN JURÍDICA DEL DESEO DE SER PADRE O MADRE

Cabe preguntarse si el derecho tiene como objetivo patentizar los deseos de las personas y otra cuestión sería si ser padre o madre es un deseo o una necesidad. En este apartado, nos permitimos hablar sobre el ejercicio un tanto caprichoso del derecho a la paternidad o la maternidad ejecutado a través de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, ya que muchas veces los padres de intención pueden solicitar la interrupción del embarazo porque el producto está presentando alguna malformación, condición médica que afecta gravemente su salud o porque se ha detectado que puede sufrir una enfermedad que le cause una discapacidad motora o mental. En estos casos, los padres de intención están disponiendo del cuerpo de la gestante para que se efectúe un procedimiento traumático e invasivo sobre él. Aunado a ello cabría preguntarse si es válido que la gestante presente una objeción de conciencia, ya que ella tiene derecho a salvaguardar su sistema de creencias. En ese sentido, podría ser que la gestante no esté a favor del aborto; sin embargo, por virtud del contrato, puede ser obligada a abortar o bien puede decidir tener al niño o continuar con el embarazo bajo su propio riesgo, pues lo usual es que los padres de intención rescindan el contrato y abandonen a su suerte a la madre gestante, ya que no desean hacerse cargo de un niño que presenta una patología.

Se han establecido como formas para dirimir este tipo de controversias los siguientes supuestos:

- a) el tiempo del embarazo¹
- b) la voluntad procreacional
- c) si la gestante proporcionó material genético; en ese caso, se le da la potestad de decidir sobre la continuación del embarazo, pero, de no ser así, prácticamente es obligada a interrumpir el embarazo.
- e) finalmente, si la gestante decide continuar con el embarazo, será bajo su propio riesgo porque se entiende como una causa de rescisión del contrato.

Las consecuencias de lo anterior son las siguientes: a) que la discapacidad del niño sea asumida por los padres de intención; b) que los padres de intención insistan en el aborto y, ante la negativa de la madre gestante, se rehúsen a encargarse del niño o niña y c) que se obligue a la madre gestante a hacerse cargo del niño o niña con discapacidad. Siguiendo el concepto de voluntad procreacional, es obligación de los

1 Al respecto, anotamos el caso de Crystal Kelley, acontecido en Connecticut en 2011. Crystal llevaba 5 meses de embarazo cuando detectaron que la bebé tenía labio leporino, quistes cerebrales y defectos cardíacos, solo había 25 % de probabilidades de que la niña tuviera una vida normal; ante esta situación, los padres de intención solicitaron a Kelley que abortara y le ofrecieron diez mil dólares para hacerlo. Cabe agregar que Kelley vivía una situación económica muy adversa y había aceptado ser gestante por la suma de veintidós mil dólares, pues ella necesitaba mucho el dinero. Sin embargo, rechazó la idea de la interrupción del embarazo y argumentó que simplemente no podía hacerlo, ya que sentía a la bebé, sus movimientos y sus pataditas. Los padres de intención insistieron, pues ellos habían aportado el material genético, es decir, genéticamente eran los padres de la bebé, pero legalmente no podían obligar a Kelly para que abortara. Sin avisarles, ella viajó a Michigan para tener a la bebé allá, pues, de acuerdo con la legislación, si daba a luz ahí, sería la mamá legalmente; Kelley dio en adopción a la niña a una pareja de Michigan, quienes le garantizaron que se harían cargo, ya que ella estaba desempleada y tenía dos hijos que mantener, por ello no podía criar a la niña.

Finalmente, la niña nació en junio, pesó tres kilogramos, pero no respiraba bien y su ritmo cardíaco era muy bajo. Los pediatras la ayudaron a sobrevivir. En su partida de nacimiento, el nombre de Kelley aparece como la madre. «[La bebé tiene] labio leporino, paladar hendido y una oreja deforme, [además de] graves problemas cerebrales y cardíacos. Necesitará varias cirugías arriesgadas para sobrevivir. Pero, en varios sentidos, se ha desarrollado como cualquier otro bebé. Sonríe, balbucea y se divierte con juguetes» (CNN en Español, 2013).

padres de intención encargarse del menor porque ellos otorgaron su voluntad con el fin de reconocer como hijo propio a un niño o niña fruto de las TRA; por lo tanto, esa declaración de voluntad implica afrontar las consecuencias del acto jurídico, es decir, asumir los derechos y cumplir con las obligaciones.

En esa línea de pensamiento, es necesario echar mano de la bioética y los comités de bioética hospitalarios que deberían ser interlocutores válidos y fuentes de opinión respecto a la interrupción de embarazos establecidos a través de una gestación por sustitución, puesto que estamos ante conflictos de interés y la coalición de derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la libertad de creencias y la libertad contractual. Ante este panorama y dado que la bioética es un discurso laico e interdisciplinario, sería importante regular si el contrato debe incluir una cláusula de objeción de conciencia por parte de la gestante, pues sobre su cuerpo se llevarán a cabo procedimientos sumamente invasivos para interrumpir el embarazo. En los contratos de gestación subrogada no solo se deben cuidar los intereses de las compañías que ofrecen las técnicas de reproducción asistida y de los padres de intención, sino ir más allá; quienes más nos deben interesar al regular este contrato son los niños y las niñas que serán traídos al mundo a través de las TRA. Además, la mujer gestante también tiene derechos, dado que su cuerpo no es una propiedad; su cuerpo es ella misma, es su dignidad; por consiguiente, es imperioso regular sus intereses y no instrumentalizarla; de esta manera podemos cumplir con el principio de beneficencia (no maleficencia), justicia y autonomía.

2.5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Un tema de mención especial es cuando las mujeres prestan su vientre para concebir, ya que, como usted recordará, el cuerpo humano está fuera del comercio, por ello no puede ser objeto indirecto de un contrato; empero, hay argumentos que señalan que la mujer tiene derecho a la autodeterminación sobre su cuerpo, mientras otras posturas arguyen que es una forma de explotación del cuerpo de la mujer.

Antes de entrar en materia, me permito señalar que este tema debe ser regulado; de lo contrario, genera violaciones sistemáticas de derechos

humanos y lagunas jurídicas que van contra uno de los fines del derecho: brindar seguridad y certeza jurídicas. A continuación, anotamos un caso real como muestra de la imperiosa necesidad de la regulación de la gestación por sustitución: el matrimonio italiano Campanelli Paradiso acude a Rusia para hacer realidad su deseo de ser padres; pactan un acuerdo de gestación por sustitución o maternidad subrogada (trato que fue ocultado a las autoridades rusas al momento de registrar al niño). De vuelta en Italia, la pareja solicitó la transcripción de la inscripción en los registros italianos, pero fue rechazada porque se detectó falsedad y ausencia de contribución genética de los padres. El Tribunal de Menores de Campobasso inició el proceso para poner en adopción al menor. El matrimonio opuso recurso contra el Estado italiano ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida privada y familiar). En primera instancia, el Tribunal Europeo aceptó el recurso, pero en segunda instancia negó el recurso, apoyándose en la ausencia de vínculos biológicos del nacido con los miembros del matrimonio y alegó que solamente habían convivido con el menor por seis meses, lo que impedía una unidad familiar sólida. El menor fue dado en adopción, debido a que Italia quiso poner el ejemplo de que su orden público no queda al arbitrio de los particulares, porque la prohibición de la maternidad subrogada era una norma taxativa (González et al., 2021, pp. 33-36); por otra parte, este caso dio pie a que Italia regulara la figura de la gestación por sustitución y la inseminación artificial heteróloga, figuras que estaban prohibidas cuando se dio este caso.

Aunado a ello, existen casos en los que los niños nacen con patologías y los padres comitentes no desean reconocerlos. Otras veces las mujeres gestantes crean fuertes vínculos de apego y cariño con los niños, por lo que, luego del parto, no desean entregarlos a los padres de intención, lo cual nos lleva a preguntarnos si la mujer gestante puede reclamar su derecho a la maternidad tanto como lo reclaman los padres de intención. Tenemos que destacar que usualmente los contratos de gestación por sustitución son lesivos para los intereses y los derechos de la mujer gestante y los niños y las niñas; casi la mayor parte del tiempo los contratos de gestación por sustitución avalan la autonomía de la voluntad de los padres de intención y las compañías intermediarias, lo que crea profundas

desigualdades, sobre todo en los casos de gestación por sustitución, donde la gestante recibe una remuneración por quedar sometida a los deseos e intereses de terceras personas a cambio del pago, situación que puede devenir hoy en una forma de esclavitud moderna.

Hay que recordar que, en la antigua Roma, quien poseía personalidad jurídica tenía dominio y propiedad sobre otros seres humanos. Según esa tesis, la bioética debe ayudarnos a dilucidar si la gestación por sustitución onerosa no constituye una forma de despersonalización, en donde una mujer (usualmente joven y de escasos recursos económicos) se pone bajo el dominio de compañías transnacionales que ofrecen servicios de reproducción asistida a padres de intención que poseen más recursos para cumplir con sus deseos, objetivos o caprichos.

Siguiendo la línea de la remuneración, es acuciante establecer los montos o bien la gratuidad de la gestación por sustitución (como en Canadá) con el fin de brindar certeza y seguridad jurídica. Regular la gestación onerosa implica justipreciar bienes jurídicos que constituyen *res extra commercium* y de los que tradicionalmente el titular no dispone; eso quiere decir que necesitamos modificar el régimen de bienes esenciales como el cuerpo y la integridad física y psíquica para que estos ingresen al comercio y se puedan fijar las cuotas de remuneración y compensación por su uso.

Lo anterior no aplica solamente para la gestación por sustitución en cuanto a lo referido al cuerpo de la mujer, porque en las TRA se utiliza una gran cantidad de biomateriales de origen biológico como son las células sexuales o gametos, células que están cargadas de material genético, pero también hoy, producto de las técnicas, obtenemos embriones que poseen células madre², las cuales son sumamente codiciadas por la

2 El caso de fraude científico llevado a cabo por el veterinario Hwang Woo-suk, quien desde los años noventa trabajaba en la clonación de animales y la investigación de células madre, tuvo un impacto tan negativo que en Corea del Sur prohibieron la investigación con células madre. El otrora renombrado científico falsificó fotografías para sostener que había producido once células madre, afirmación que era falsa, pues solo obtuvo tres y basándose en ellas alteró el resto de las fotografías. El supuesto avance le permitió acceder a millones de fondos para continuar con una investigación que no tenía los alcances ni la viabilidad que él afirmaba. Asimismo, el material biológico que utilizaba

investigación biomédica debido a su capacidad para dar origen a otras células, órganos y tejidos. La pregunta recurrente es qué hacen las empresas con esos biomateriales de origen biológico, cuál es su destino final. En Querétaro y España la donación de embriones es gratuita, incluso en Querétaro es posible adoptar embriones, pero no hay una estadística de los que se alojan en los laboratorios ni se sabe cuál es su destino final.

En lo tocante a los gametos, la donación de óvulos es un procedimiento invasivo, doloroso y puede tener como consecuencia la esterilidad; las mujeres son sometidas a tratamientos hormonales que suponen molestias; además, para captar los óvulos que se producen por la hiperestimulación de los folículos es necesario punzar el vientre de la mujer. Por tales motivos, la donación de óvulos es un proceso complejo y sofisticado en comparación con la donación de esperma. De igual manera, nos preguntamos por el destino final de esos gametos, por los precios que se pagan para sus donaciones, por si existen controles para los donantes y cuáles son los estándares, así como cuándo es factible que el principio de confidencialidad y privacidad sea relevado para que una persona tenga derecho a conocer su origen o los datos sobre su genoma que lo predispongan a alguna enfermedad. Desde mi punto de vista, en estos casos se debe hacer la excepción a los principios de confidencialidad y privacidad, pues existe un interés superior: el derecho a la salud. En ese sentido, los contratos deben contar con una cláusula que regule este tipo de situaciones. Sin duda, es conveniente que el laboratorio cuente con un historial clínico de los donantes.

Algunas consecuencias de la donación de óvulos son los cambios de humor, la hinchazón abdominal, las piernas pesadas, la sequedad vaginal y el cansancio. Mención aparte merece el síndrome de hiperestimulación ovárica: se desencadena la ovulación antes de la punción

para sus investigaciones fue obtenido mediante engaños y presión; el investigador empujó a sus jóvenes estudiantes a donar óvulos, argumentando que en ellas estaba el futuro de la medicina genómica; esto provocó que las estudiantes estuvieran bajo mucha presión, donaran sus óvulos en grandes cantidades y ellas mismas hicieron investigaciones con sus propias células, lo que va en contra de la objetividad y de la ética en investigación. Para mayor abundancia en el tema, se sugiere ver el documental «El rey de los clones: La caída del Dr. Hwang Woo-suk».

folicular y el sistema sanguíneo se sobrecarga, por lo que se afectan otros sistemas (hepático, hematológico, renal y respiratorio); en estos casos es necesario cancelar el ciclo de ovodonación. Algunos de los síntomas son dolor de cabeza, acumulación de líquido en la cavidad abdominal, mareos, vómitos, dolor en la zona baja de la espalda y aumento del volumen ovárico, los cuales cesan con la menstruación. Para evitar estos casos existen controles a través de medicación y ecografías para determinar la respuesta ovárica en las donantes. Respecto a la punción para extraer los óvulos, en raras ocasiones puede surgir una infección bacteriana fúngica en el tracto reproductor femenino. Ante este panorama, resulta necesario informar a las donantes de manera objetiva y sin asustarlas.

2.6. DONACIÓN Y ADOPCIÓN DE EMBRIONES

Para establecer un embarazo exitoso se inseminan varios óvulos al mismo tiempo y el más viable se usará para la implantación; esto implica que se produzca mucho material genético que puede ser aprovechado por otras parejas para que los costos de las TRA sean menores y ese material sea utilizado para fines diáfanos. El temor aquí es la investigación biomédica ilícita en materia de células madre llevadas a través del uso de embriones, puesto que en algunos países (como Corea) está prohibida y en otros (como Alemania) está permitida bajo ciertos parámetros. En otras palabras, es necesario transparentar el uso de los embriones y el destino final de los mismos.

2.7. LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO EN NEONATOLOGÍA

Estamos ante un tema muy delicado digno de un estudio especializado, pero en estas líneas solo lo bordaremos. Existen casos en los que los recién nacidos agonizan debido al cuadro clínico biológico que presentan; las guías señalan que el personal médico debe tomar decisiones para el tratamiento del neonato en conjunto con los padres, considerando el interés superior del niño y la condición específica del niño, pues el esfuerzo terapéutico debe cesar cuando es incompatible con la condición de vida del neonato y resulta fútil o poco beneficioso (American Academy of Pediatrics, 2017). Para el caso de la gestación por sustitución, es

importante establecer que los padres comitentes tomarán activamente las decisiones, porque usualmente a quien primero se dirige el personal de salud es a la mujer que acaba de dar luz, aunque, en este caso, ella no sería la madre. En esta parte, cabría señalar si la gestante puede o no intervenir en la toma de decisiones, pero esto debe quedar asentado en la ley y el contrato.

Cabe resaltar que los neonatólogos refieren que es muy difícil entablar un diálogo racional con los padres, quienes están en un momento crítico, lo que los hace vulnerables. La mayor parte del tiempo, los padres optan por el mayor esfuerzo terapéutico sin tomar en cuenta el sufrimiento que se puede ocasionar al neonato (por ejemplo, el daño cerebral) y, derivado de ello, las posibles discapacidades que puede acarrear el esfuerzo terapéutico. Es comprensible que los padres busquen la sobrevivencia de sus hijos y que en ese momento de crisis sean susceptibles y sumamente emocionales, pero esto puede presentar una disyuntiva con la gestante y poner en riesgo el bienestar del bebé. Por ello se recomienda que las decisiones urgentes tomen en cuenta el nivel de dolor y sufrimiento del neonato; en ese sentido, es necesario que las guías incluyan estas consideraciones (Ruiz Macías, 2019) y que las mismas sean consideradas en los contratos. Además, hay que considerar que, aunque el personal de salud posee los conocimientos para establecer las posibilidades y las consecuencias del acto médico, sufre mucho estrés moral, pues en ocasiones ellos saben que el tratamiento es innecesario porque no representa ninguna mejoría y son conscientes del sufrimiento que se inflige al neonato en las maniobras del esfuerzo terapéutico (Ruiz Macías, 2019).

Lo anteriormente descrito tiene dos implicaciones manifiestas para el tema que nos ocupa: a) puede existir un conflicto de interés entre los padres comitentes y la gestante y b) si después del esfuerzo terapéutico el niño sobrevive con alguna discapacidad, es necesario que los padres comitentes asuman las consecuencias de la filiación, pues, como ya hemos visto, en los casos de discapacidad, los padres comitentes suelen rehusarse a hacerse cargo del niño o la niña con discapacidad; en consecuencia, los abandonan a su suerte y estos quedan a cargo de la gestante o el Estado. De nueva cuenta insistimos en que, para evitar el abandono de los niños, los padres comitentes deben tener la filiación desde que se establece el embarazo.

2.8. LA SALUD MENTAL

Poco se habla de la salud mental de la gestante y la pareja contratante, pese a que es otro tópico trascendental. Hay gestantes que sufren ansiedad, depresión o tendencias suicidas; en los contratos no existen mecanismos para verificar su salud mental antes, durante y después del embarazo. Es importante que las gestantes reciban atención psicológica y que en el contrato se establezcan cláusulas que les permitan acceder a servicios de salud mental de manera confidencial. Incluso antes de la transferencia embrionaria sería conveniente determinar la salud mental de la gestante con el fin de no causarle un daño mayor a su integridad psíquica, porque la situación de la gestante puede influir en la expresión de su voluntad; tal vez sus circunstancias y su precaria salud mental la orillan a tomar la decisión de llevar a cabo el contrato, por lo que su voluntad no sería libre ni espontánea; esto puede tener consecuencias como depresión, ansiedad o apego con la niña o el niño que debe ser entregado. Monitorear la salud mental de la mujer durante y después del embarazo debe ser una prestación obligatoria dentro de los contratos de gestación por sustitución.

Finalmente, es importante destacar que, al regular estas situaciones, nos enfrentamos a emociones, afectos, deseos y la intimidad del cuerpo; no se trata de hechos clínico-biológicos que puedan ser plasmados en cláusulas.

3. CONCLUSIÓN

Hoy se mantiene un discurso sobre la inviolabilidad del cuerpo en la teoría, pero en la práctica los tribunales internacionales deciden que las partes del cuerpo, las líneas celulares y los genes pierden su sacralidad al momento de desprenderse del cuerpo, y pasan a ser concebidos como herramientas de trabajo, materiales sobre los cuales aplicar la técnica y ser objetos susceptibles de apropiación y explotación personal cuando se vuelven patentes. Es decir, que las partes fragmentadas del cuerpo son objetos de apropiación particular y, por tanto, de especulación comercial. Esta situación nos lleva a asegurar que el biocapitalismo ha ganado terreno frente al derecho que imperiosamente necesita de la bioética para establecer diques normativos que protejan la dignidad de los seres humanos en el campo de la medicina reproductiva.

Paradójicamente, el sistema de patentes —que recompensa los esfuerzos innovadores y creativos— ha ganado espacio y se ha fortalecido a través del derecho a la propiedad intelectual; las modalidades de concesión de patentes sobre genes o líneas celulares, por parte de científicos, institutos de investigación, universidades o instituciones privadas como laboratorios y farmacéuticas, gozan de una tutela jurídica amplia en las últimas cinco décadas en detrimento de la protección jurídica del cuerpo como materia prima, y es que hace mucho que la ciencia dejó de servir a los seres humanos; por el contrario, hoy los seres humanos le sirven a la ciencia y al progreso.

Las técnicas de reproducción permiten que las personas accedan a su deseo de ser padres o madres; sin embargo, estas técnicas son onerosas y se necesita del material biológico de otros humanos para cumplir con tal anhelo. Esto genera dos situaciones: la mercantilización e instrumentalización del cuerpo y las brechas socioeconómicas, pues muchos donadores acceden a dar su material genético a cambio de dinero, lo cual implica que personas de escasos recursos vean en ello una fuente de ingresos.

Por otra parte, en algunos casos, las mujeres gestantes se encariñan con el niño, quien es arrebatado de sus brazos porque hay un acuerdo previo. En otros casos, los niños nacen con patologías y las parejas contratantes no los desean, así que los dejan a merced de las madres gestantes o a cargo del Estado, pues a veces ellas los dan en adopción, porque no tienen posibilidad de ejercer su maternidad desahogadamente. En estas circunstancias, ¿qué sucede con los niños y sus derechos a conocer sus orígenes biológicos y a ser reconocidos? ¿Dónde queda el derecho a la familia y la unidad familiar?

La gestación por sustitución es una técnica que ha sido objeto de cuestionamientos en el campo de la bioética y la doctrina jurídica, precisamente por su validez ética y jurídica, ya que se considera que atenta contra la dignidad de las personas, pues implica que el cuerpo de la mujer y la filiación del bebé son materias de una transacción entre partes (comercio); asimismo, se desdeña el lazo o el vínculo que se genera entre el bebé y la madre gestante durante el embarazo, que no solo es biológico, sino también psíquico-afectivo y lleno de emociones. Por todo

ello se señala que implica la utilización o la explotación de las madres pobres, incluso para evitarles a las ricas las incomodidades del embarazo.

Las técnicas de reproducción asistida, sobre todo la gestación por sustitución, exacerbaban el biocapitalismo reproductivo que tiende a cosificar los cuerpos de las personas (parte de la condición humana) y convertirlos en mercancías, es decir, objetos de intercambio comercial. Las mujeres jóvenes y de escasos recursos son las que más se ven atropelladas por el biocapitalismo reproductivo, puesto que tanto para la donación de óvulos como para la gestación por sustitución se requieren mujeres de 18 a 35 años; evidentemente, las mujeres que llevan a cabo estas prácticas no cuentan con una condición económica favorable o se encuentran frente a una emergencia económica. No negamos los casos de altruismo; sin embargo, no debemos perder de vista que tanto la donación de óvulos como la gestación por sustitución son intervenciones médicas sumamente invasivas que comprometen la salud de la mujer y suponen molestias, situaciones que se compensan a través de una remuneración económica. Pero ¿es válido que las personas vivan de su cuerpo?

Ahora bien, lo anteriormente enunciado crea nuevas desigualdades porque las mujeres, los hombres o las parejas que puedan pagar por este tipo de servicios van a recurrir a mujeres que se encuentran en apuros económicos; esto fomenta el turismo reproductivo y la creación de intermediarios que normalmente son empresas trasnacionales que consiguen el salvoconducto para explotar a seres humanos.

También es importante apuntar que la autonomía reproductiva no es un derecho absoluto; por ello, no es admisible cualquier demanda para ser padre o madre, de tal manera que el Estado no está obligado a financiar técnicas de reproducción asistida, como si fuera un capricho que imperiosamente se debe cumplir. Eso no quiere decir que el derecho no está obligado a legislar sobre la materia o aceptar todos los avances técnicos y tecnológicos de la ciencia sin cuestionarlos. Por el contrario, el derecho debe analizar los avances y ayudarse del discurso laico, público e interdisciplinario de la bioética.

El avance de las ciencias duras y su predominancia en el sistema de producción instaurado desde la Modernidad a través del discurso del Siglo de las Luces ha provocado que las humanidades hayan sido relegadas

del discurso público, lo que ha traído como consecuencia la supresión de la reflexión ética; a su vez, ello ha provocado el daño irreversible en los ecosistemas, la pérdida de biodiversidad, la instrumentalización del cuerpo humano, la exacerbación de la brecha socioeconómica entre seres humanos y la violación sistemática de los derechos humanos de grupos vulnerables como mujeres y niños a manos de la industria y del corporativismo. Esta situación incide directamente en la salud de los seres humanos, su autopercepción y su dignidad. El discurso de las humanidades en la ciencia y la tecnología es una necesidad, no un lujo.

La bioética, que es el culto a la vida, nos conmina a reflexionar en torno a todos los seres sintientes para interactuar con nuestro entorno como un fin y no como un medio. La postura crítica, laica y libre de ideologías que propone la bioética ayuda a profundizar en el sentido de las acciones y la interdependencia entre humanos, medio ambiente y animales; asimismo, permite evidenciar la fragilidad del ser humano frente a los avances de la ciencia y la tecnología. En esa línea de pensamiento, la bioética recupera la sensibilidad y la empatía, pues su visión holística e incluyente atiende a la sacralidad de la vida, la cual ha sido opacada por el discurso de la razón instrumental. Ante los avances de la ciencia y la medicina, la bioética es un discurso que da cabida a la dignidad de las personas frente al progreso.

Por último, considero que los comités de ética deben revisar los procedimientos de TRA antes, durante y al finalizarlos para prevenir conflictos de interés, objeciones de conciencia y proteger los intereses de los más vulnerables: los niños y las gestantes. Además, se solicita la intervención de los comités de ética para avalar investigaciones. De la misma manera, se debe contar con el respaldo de los comités para aprobar los contratos; recordemos que los comités son interdisciplinarios, esto ayudaría a que se cuente con diversos puntos de vista. En cuanto a los problemas y los dilemas que puedan surgir una vez establecido el embarazo, la ayuda de los comités de bioética es una herramienta invaluable, ya que ellos pueden ser interlocutores válidos y mediadores en los conflictos para orientar la toma de decisiones con arreglo a la bioética.

REFERENCIAS

- American Academy of Pediatrics. (2017, septiembre). *Guidelines for Perinatal Care*. <https://publications.aap.org/aapbooks/book/522/Guidelines-for-Perinatal-Care?autologincheck=redirected>
- Camhaji, E. (2016, 8 de noviembre). Los vacíos legales en México sobre reproducción asistida. *El País*. https://elpais.com/internacional/2016/10/06/mexico/1475720684_972480.html
- CNN en Español. (2013, 5 de marzo). Ofrecen 10 mil dólares a madre de alquiler para que aborte tras saber problemas del bebé. *CNN*. <https://cnnespanol.cnn.com/2013/03/05/ofrecen-10-mil-dolares-a-madre-de-alquiler-para-que-aborte-tras-saber-problemas-del-bebe/>
- Código Civil para el Distrito Federal*. (2021 [1928]). <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2aef33e50ef1ed68d82450cf368578c0.pdf>
- De la Fuente, P. y Salvador, Z. (2018, 19 de julio). Reducción de embriones o fetos en el embarazo múltiple. *Reproducción Asistida ORG*. <https://www.reproduccionasistida.org/reduccion-de-embriones/>
- González, F., Guerrero, S., Hernández, P., Holgado, L., Ingelmo, L., Justo, L., Lázaro, D., López, N., Lucas, C., Martín, T., Mateos, I. y Mateos, A. (2021). TEDH y gestación por sustitución [Trabajo, Universidad de Salamanca]. <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/145480/Seminario%20wiki%20definitivo%20TEDH%20y%20GS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley General de Salud*. (2023 [1984]). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>
- Organización Mundial de la Salud (2010 [2009]). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.

- Ruiz Macías, H. (2019, marzo). *Recomendaciones bioéticas en el manejo de límite de esfuerzo terapéutico en neonatología* [Tesis de maestría, Universidad Panamericana]. *Scripta*. <https://scripta.up.edu.mx/bits/tream/handle/20.500.12552/5420/198897.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Salas, J. (2016, 5 de octubre). Nace un bebé con la nueva técnica de «tres padres genéticos». *El País*. https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059_678680.html
- Serrano, M. (2022). El acceso en igualdad a las técnicas de reproducción médicamente asistida: carencias legislativas y gestación por sustitución. *Ius et Scientia. Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, 8(2), 122-135. <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/22247/20105>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2018a). Tesis relevantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* del 22 de junio al 6 de julio de 2018. https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/comunicacion_digital/2018-07/TesisPrimeraSaladel22dejulioal6dejulio2018.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2018b, 21 de noviembre). *Amparo en revisión 553/2018*. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-553-2018-181022.pdf
- Torres Quiroga, M. Á. (2020). *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*. Edicions de la Universitat de Barcelona.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.04

DOCE EXPERIENCIAS DE IDENTIDAD DIGITAL

Twelve experiences of digital identity

Dodici esperienze di identità digitale

JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS

Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

Contacto: jjimenezvi@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7972-2804>

RESUMEN

La transformación digital está alcanzando al individuo y la sociedad en toda su magnitud. La identidad es un elemento que relaciona al primero con la segunda, permite la interacción de las personas entre sí dentro de la sociedad y posibilita establecer todo tipo de relaciones con personas, organizaciones, el Estado, etc. Estas facetas se desarrollan dentro del entorno de la transformación digital y, por ello, están generando distintas formas de identidad digital. Las encontramos en el ejercicio de derechos fundamentales, nuestra documentación oficial, las decisiones judiciales, las modernas tecnologías, las redes sociales, y las veremos desarrollarse en mayor número y profundidad. Este trabajo testimonia las variantes que la identidad digital viene asumiendo, y propone una reflexión acerca de los criterios que nos permitirán comprender futuras vertientes de la digitalización de nuestra identidad.

Palabras clave: persona; sociedad; derecho a la identidad; identidad digital; transformación digital.

Términos de indización: identidad; digitalización; cambio social (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The digital transformation is reaching the individual and society in all its magnitude. Identity is an element that relates the first to the second, allows people to interact with each other within society and makes it possible to establish all kinds of relationships with people, organisations, the State, etc. These facets are developing within the environment of digital transformation and are therefore generating different forms of digital identity. We find them in the exercise of fundamental rights, our official documentation, judicial decisions, modern technologies, social networks, and we will see them develop in greater number and depth. This work bears witness to the variants that digital identity is taking on, and proposes a reflection on the criteria that will allow us to understand future aspects of the digitalisation of our identity.

Key words: person; society; right to identity; digital identity; digital transformation.

Indexing terms: identity; digitization; social change (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

La trasformazione digitale sta raggiungendo l'individuo e la società in tutta la sua ampiezza. L'identità è un elemento che mette in relazione il primo con la seconda, permette alle persone di interagire tra loro all'interno della società e consente di stabilire ogni tipo di relazione con le persone, le organizzazioni, lo Stato, ecc. Queste sfaccettature si stanno sviluppando nell'ambito della trasformazione digitale e stanno quindi generando diverse forme di identità digitale. Le ritroviamo nell'esercizio dei diritti fondamentali, nella nostra documentazione ufficiale, nelle decisioni giudiziarie, nelle moderne tecnologie, nelle reti sociali, e le

vedremo svilupparsi in numero e profondità sempre maggiori. Questo lavoro testimonia le varianti che l'identità digitale sta assumendo e propone una riflessione sui criteri che ci permetteranno di comprendere gli aspetti futuri della digitalizzazione della nostra identità.

Parole chiave: persona; società; diritto all'identità; identità digitale; trasformazione digitale.

Termini di indicizzazione: identità; digitalizzazione; cambiamento sociale (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 16/08/2023

Revisado: 21/08/2023

Aceptado: 25/08/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Dante Martin Paiva Goyburu (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

dante.paiva@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

1. IDEAS PRELIMINARES

¿Alguna vez ha soñado con un ser humano sin rostro? No tendría facciones, carecería de mirada y no emitiría una voz, pero sabría que se trata de un ser humano. Todos los seres humanos cambiamos. Nuestra personalidad se caracteriza por la posibilidad de variar con el transcurso del tiempo, lo que es permanentemente posible y hasta inevitable. El problema no radica en la modificación de ciertos aspectos de la personalidad, sino en la intensidad del proceso de cambio que experimente la persona. Las modificaciones que con el tiempo se van produciendo en la personalidad se explican si tenemos en cuenta la calidad de ser libre que detenta la persona humana. La libertad hace del hombre un ser impredecible (Fernández, 2015, p. 218).

Posibilidad, inevitabilidad, intensidad y tiempo son las variables del cambio de la personalidad del ser humano, pero este cambio no se presenta en el vacío. Actualmente, se produce en el centro de la etapa de transformación digital que vive la humanidad, es decir, dentro de los alcances de las novedades ideológicas, sociales, económicas, organizacionales, jurídicas y tecnológicas que la caracterizan. Así, la personalidad humana, individual y colectiva, resulta alcanzada por dicho proceso de transformación, en el cual adquiere nuevas y propias particularidades.

En pocas décadas el progreso tecnológico nos ha sumergido en la edad cibernética [...] hemos pasado, o estamos pasando, a una edad «multimedia», en la cual, [...] los medios de comunicación son numerosos [y el] nuevo soberano es ahora el ordenador. [Este] (y con él la digitalización de todos los medios) no sólo unifica la palabra, el sonido y las imágenes, sino que además introduce entre los [elementos] «visibles» realidades simuladas, realidades virtuales (Sartori, 2019, pp. 38-39).

Las generaciones web no dejan de sorprendernos con sus avances. En medio de esta vorágine, la identidad humana y la personalidad del ser humano prosiguen su desarrollo. ¿Existen experiencias concretas en Perú y el mundo que acrediten fehacientemente este impacto, adviertan futuras tendencias y señalen sus direcciones? Sin duda, la noción misma del ser humano, sus elementos conformantes, sus características y sus apariencias son alcanzadas por las generaciones de la web y sus herramientas. Pero no es una carrera que pierda el ser humano y la sociedad, o que gane el entorno digital, no: es el encuentro de estos conceptos, su integración completa; en resumen, es la creación de la nueva identidad humana que habita en el entorno digital con sus propias particularidades. Pero ¿cómo es esta forma de identidad?, ¿cuáles son sus componentes sociales y jurídicos? y ¿cuáles son hasta hoy los casos que podemos estudiar?

Para responder a las preguntas anteriores y a otras, empezaremos desarrollando qué es el derecho a la identidad, con sus caracteres imprescindibles, junto a otros conceptos necesariamente asociados como los de identidad estática e identidad dinámica. A continuación, ahondaremos en el concepto de identidad digital, para saber qué es, cuáles son sus

elementos y de qué manera es afectado el desarrollo de la personalidad humana en el nuevo entorno digital. Todo ello nos servirá para atender luego al motivo que justifica este trabajo: la explicación de la confluencia de las identidades estática y dinámica en el entorno digital a través de algunos casos reales surgidos del derecho, la empresa, la ciencia, la tecnología y nuestra experiencia jurisdiccional. Se trata de concretas experiencias de identidad digital. Terminaremos exponiendo algunas ideas finales a manera de conclusiones.

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD: SUS CARACTERÍSTICAS, SUS ELEMENTOS Y SUS CLASES

¿Qué es el derecho a la identidad, cuáles son sus alcances y qué implicancias tiene sobre el ordenamiento jurídico? Veamos. La persona humana es un valor unitario, una realidad compuesta por múltiples intereses existenciales, que son solo facetas de la personalidad que deben siempre reconducirse a la inescindible unidad del ser humano. Existe entre todos ellos una conexión recíproca, una interacción y una interdependencia, cuyo común y único fundamento es la persona humana (Fernández, 2015, p. 212). Esta unidad que caracteriza a cada persona en sociedad torna necesarias las tareas de individualizar a cada una e identificarlas entre sí.

Es imprescindible que toda persona que integra una sociedad sea individualizada (apreciada por sus propios rasgos) e identificada (diferenciada de los demás a partir de sus individuales características). Ello les va a permitir a las personas el ejercicio de sus derechos sociales (a la salud en entidades públicas o privadas, a la educación en todos los niveles, al trabajo, a la libertad religiosa o al libre tránsito), de sus derechos políticos (como el voto), de sus derechos económicos (a la contratación o a la empresa), de su derecho de tutela judicial (ante el Poder Judicial) o de petición (ante la Administración pública). En general, la individualización y la identificación de una persona le permiten relacionarse con los demás en sociedad.

La sociedad asume las tareas de individualizar e identificar a las personas que la integran. La sociedad, precisamente, es un conjunto de personas distintas relacionándose de diferentes maneras e interactuando

en diversos entornos, dentro de un tiempo y/o espacio, sujetas a ciertas reglas, así como formando organizaciones y viviendo instituciones (Jiménez, 2021a, p. 49). La individualización de las personas es importante socialmente y alcanza relevancia jurídica; sin embargo, dentro de la sociedad, la identificación es más trascendente porque los elementos que conforman la identidad de las personas constituyen intereses existenciales que sustentan el goce de sus derechos fundamentales.

A las personas se les identifica de distintas maneras: dependiendo del tipo de relación social o jurídica, su intensidad o importancia, su empleo o proyección; las personas pueden identificarse y ser identificadas por su nombre, su número de documento de identidad, su domicilio, los nombres de sus padres, su oficio o profesión, su pertenencia a determinado grupo religioso o su militancia en cierta facción política, etc. Más que un conjunto de elementos identificadores, lo que tienen las personas es una identidad (Jiménez, 2021a, pp. 49-50).

La persona humana y su identidad han sido objetos de amplio desarrollo normativo, tanto en tratados internacionales como en constituciones políticas nacionales y legislaciones internas. En sede internacional son diversos los instrumentos sobre derechos humanos que han fijado algunas directrices. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada con ocasión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, realizada el 10 de diciembre de 1948 en París (Francia), nos acerca al tema en su artículo 6, el cual dispone que «[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». El mismo texto aparece en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución n.º 2200A del 16 de diciembre de 1966.

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana celebrada en San José (Costa Rica), entre los días 7 y 22 de noviembre de 1969, indica en su artículo 3 que «[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica». Asimismo, el artículo 18 de la convención precisa que «[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de

sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario».

En Perú, la Constitución Política, en el numeral 1 de su artículo 2, recoge, entre los diversos derechos de la persona: «A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. [...]».

La identidad ha sido objeto de atención y análisis de la doctrina. Esta la considera como el conjunto de atributos y características que posibilitan individualizar a la persona en sociedad, es todo aquello que hace que cada cual sea «uno mismo» y no «otro». Este plexo de características de la personalidad de cada uno se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, permitiendo a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en lo que ella es en cuanto ser humano específico (Fernández, 2015, p. 116).

La identidad también ha sido materia de desarrollo por la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional peruano, al sentenciar el Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC (fundamento n.º 21), indicó que

[...] entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

El Tribunal Constitucional ha manifestado similar criterio en posteriores decisiones, como en aquella dictada al sentenciar, con fecha 11 de julio de 2012, el Expediente n.º 4509-2011-PA/TC (fundamento n.º 9).

Lo afirmado por la jurisprudencia nos ayuda a entender que la identidad personal constituye un concepto unitario, compuesto por elementos que forman parte de dos categorías conceptuales. La primera está integrada por elementos estáticos que no cambian con el transcurso del tiempo; mientras que la segunda, por elementos dinámicos que sí varían producto de la maduración de la persona (Rodríguez, 2014, p. 25). Discrepando del sentido anterior, pero con las mismas directrices, se indica también que el derecho fundamental a la identidad no puede ser apreciado como un concepto unitario que englobe una única realidad o una sola clase de características que identifiquen al individuo, pues la identidad tiene una faceta estática que no cambia con el devenir del tiempo, y una faceta dinámica que sí cambia con la evolución de la persona (Eto, 2017, pp. 40-41).

En efecto, dentro del concepto de identidad podemos diferenciar una identidad estática de una identidad dinámica. La primera es conocida también como identidad objetiva y alude al conjunto de atributos y características visibles en el mundo exterior, que permiten tener una primera e inmediata visión del sujeto. Entre estos podemos considerar a los signos distintivos como «el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás» (Fernández, 2015, p. 116).

En cambio, la identidad dinámica se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, las opiniones, las creencias, las actitudes y los comportamientos de cada persona que se desplazan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior (Fernández, 2015, p. 117). También recibe el nombre de identidad subjetiva.

La identidad estática ha sido durante mucho tiempo la única considerada jurídicamente y es conocida comúnmente como «identificación». Los elementos que la configuran son el código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, entre otros. Por su parte, la identidad

dinámica está formada por un conjunto de elementos de carácter variable, como son las creencias filosóficas, religiosas e ideológicas, la profesión, las opiniones, las preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros (Eto, 2017, p. 41).

La identidad es un todo que integra ese conjunto de elementos diversos, opuestos, paralelos, convergentes o divergentes. Su presencia conjunta facilita a cada ser humano mostrarse y ser identificado en sus ámbitos personal, familiar, laboral, público, académico, etc., sin importar si la persona se encuentra presente o ausente, cercana o lejana.

La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado; por ende, su identidad es un valor de gran trascendencia objetiva —como elemento fundante y premisa del ordenamiento jurídico— y también subjetiva —para el ejercicio de los derechos de cada persona—, lo cual explica su consideración como derecho fundamental en tratados internacionales y en nuestra Constitución Política (Jiménez, 2021a, pp. 52-53).

En este punto, corresponde asignar dos características más a la identidad, ya que son importantes para los siguientes acápite del presente artículo. La primera es que vemos a la identidad como un concepto jurídico transversal. Esto puede ser entendido si recordamos su reconocimiento en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, constituciones políticas y diversas normas de rango legal, lo que imprime a la identidad una vigencia en todas las materias jurídicas. Pero es más que eso. Aquí nos referimos a que la identidad humana conservará dicha transversalidad y acompañará en su avance a todas esas materias jurídicas. Digámoslo directamente: si estas disciplinas jurídicas ingresan en nuevos espacios o entornos, la identidad también lo hará, transformándose sí, pero manteniendo su carácter rector de la interacción del ser humano en sociedad.

La segunda característica por asignar a la identidad es que se trata de un concepto global. Podríamos considerar válidamente que un concepto abordado en tratados internacionales, constituciones políticas y múltiple legislación es, sin duda, global debido a los efectos de tales instrumentos normativos en muchos países. Pero aquí nos referimos a algo distinto. La identidad define al ser humano en todos los aspectos de

su vida, ya sea en datos genéticos, físicos y biológicos, ámbitos familiares, académicos o laborales, y aspectos filosóficos, políticos o religiosos. Entonces, la identidad seguirá la dirección que sigan todos y cada uno de estos espacios de la vida. La identidad es global respecto a las facetas que asume la vida humana y lo será ante las que asuma en el futuro, transformándose.

¿Advierte usted qué es lo que resulta de la confluencia de las dos características recién anotadas? Lo que resulta es una idea puntual: la importancia, la transformación interna y la adaptación externa de la identidad representaron su pasado, son su presente y construirán su futuro. Preciado ello podemos continuar.

3. IDENTIDAD DIGITAL

Estudiar hoy la identidad observando su presente y pensando en su futuro es desarrollar la noción de identidad digital, es ensayar la construcción de su concepto y ofrecer algunos criterios para su definición. Veamos qué tenemos por ahora acerca del tema.

En primer lugar, la Constitución Política de 1993, entre los derechos de toda persona enumerados en su artículo 2, consigna en su inciso 6 el derecho «[a] que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

Dicha norma constitucional fue desarrollada en el año 2011 por la Ley n.º 29733, Ley de protección de datos personales. Esta comienza asignando un nombre al derecho que regula: el derecho fundamental a «la protección de los datos personales». A continuación, su artículo 1 señala como el objetivo de la ley: «[...] garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales previsto en el artículo 2, numeral 6 de la Constitución del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen». Más adelante, en el glosario de «definiciones» del artículo 2 de la ley, según el inciso 4, se entiende por «[d]atos personales» a «[t]oda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados».

Los datos personales son objeto del derecho fundamental comentado y, además, sirven para identificar a una persona natural. Es decir, forman parte de la identidad de la persona. Ahora bien, los datos personales integrarán nuestra identidad estática o formarán parte de nuestra identidad dinámica dependiendo del ámbito personal en el cual estos cumplan dicha función. Así, no estarán en la misma condición los datos acerca de nuestros progenitores o los referentes a las enfermedades que hemos padecido, frente a los datos sobre los domicilios que hemos tenido o respecto de las organizaciones en las cuales hemos laborado (Jiménez, 2021a, p. 59).

En segundo lugar, los datos personales fueron objetos de dos regulaciones administrativas. Por la Resolución Jefatural n.º 212-2013-JNAC-RENIEC, fue aprobado el formato y las especificaciones técnicas del «Documento Nacional de Identidad Electrónico» (DNIe) y, mediante la Resolución Jefatural n.º 230-2013-JNAC-RENIEC, fue aprobado el «Plan de Lanzamiento del Documento Nacional de Identidad Electrónico» (DNIe). El rango normativo de ambos reglamentos administrativos no significó un retroceso, sino todo lo contrario: la identidad se preparaba para incursionar en un nuevo entorno, para internarse en la transformación digital, lo cual ocurrió.

En tercer lugar, el día 13 de septiembre de 2018 fue publicado el Decreto Legislativo n.º 1412, el cual aprueba la «Ley de Gobierno Digital». Su importancia brota desde su artículo 1:

La presente Ley tiene por objeto establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno.

De esa forma, el nuevo sustantivo «identidad digital» ingresó a nuestro ordenamiento jurídico. El legislador ensayó un concepto en el artículo 10 de la misma ley, indicando que la identidad digital «es aquel conjunto de atributos que individualiza y permite identificar a

una persona en entornos digitales». Se trata de la misma identidad antes presentada, es el mismo conjunto de elementos estáticos y dinámicos, objetivos y subjetivos que concurren en cada persona humana, pero esta vez cumpliendo sus funciones individualizadora e identificadora en un nuevo entorno social impulsado por la tecnología, en el cual se transformará, se adaptará y continuará su construcción.

De esta manera, en un contexto digital surge la necesidad de una forma adecuada de identificación que, procesada electrónicamente, permita a las personas acreditar de modo fehaciente sus identidades en medios digitales. En cuanto a las personas, surge el derecho a la inclusión digital frente a la obligación del Estado de establecer e implementar las condiciones mínimas necesarias para que puedan ejercer su identidad digital y utilizar con seguridad los servicios que aquel brinda en dicho entorno como gobierno electrónico (Aliaga y Calderón, 2015, p. 170).

Dentro del entorno digital en el caso peruano, el derecho a la identidad tiene como principal instrumento al Documento Nacional de Identidad Electrónico (DNIe). La globalización y el mayor uso de la red internet

plantean la necesidad de elementos que nos permitan interactuar tanto identificándonos como dejando constancia de nuestra manifestación de voluntad de manera virtual, al igual que lo hacemos cotidianamente de manera presencial. [Todo ello, con el fin de] que los peruanos nos podamos desenvolver eficaz y eficientemente dentro de este nuevo entorno, confiando en que [ello tenga un impacto] favorable en el desarrollo de las transacciones electrónicas y el gobierno electrónico seguro, a la vez que en el índice de competitividad del país (Cueva et al., 2015, p. 197).

Y llegó el momento de dar un giro a esta exposición. Las ideas que hasta aquí hemos vertido nos han servido para tener claros los conceptos de derecho a la identidad y de identidad digital, así como para saber cuál es su relación y en qué se diferencian. Hoy conocemos que la identidad de las personas ya se transforma, se adapta y se construye en el entorno digital. A continuación, compartiremos algunas concretas fenomenalizaciones del derecho a la identidad en el contexto digital. La identidad

digital ya está entre nosotros manifestándose en diversas formas y en distintos ámbitos. Estamos seguros de que usted conoce bien alguna, más o menos otra y más de una lo sorprenderá. Sigamos entonces.

4. EXPERIENCIAS DE IDENTIDAD DIGITAL

4.1. IDENTIDAD DIGITAL Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD: MI HISTORIA CLÍNICA EN LA NUBE

Nuestra Constitución Política consagra el derecho fundamental a la salud en su artículo 7 a manera de un principio, lo cual implica, entre otras cosas, que el ejercicio de dicho derecho constituye objeto de tratamiento legal y administrativo; sin embargo, su artículo 58 también recoge la libre iniciativa privada en salud. Como consecuencia de ello, la prestación del servicio de salud y el ejercicio del derecho a la salud son temas de gestión tanto pública como privada.

Dentro de dicho esquema normativo, a mediados del año 2017, el entonces gerente general de una conocida clínica privada limeña asumió como consigna empresarial la siguiente: «Vamos a personalizar la experiencia de la salud a través de medios digitales». El objetivo de dicha directriz fue graficado de manera peculiar por el gerente de tecnologías de la información de la clínica: «¿A qué queremos llegar? A que te toque la puerta y te diga: “Súbete a la ambulancia que te puede dar un paro cardíaco”». Si bien sonaba a ficción, la propuesta no estaba lejos de la realidad. Fueron cuatro los frentes de acción identificados para lograr esa meta: el desarrollo de una nueva aplicación (app), un servicio de médico virtual, el seguimiento de enfermedades mediante un *wearable* y una historia clínica en la nube (Chiu y Reyes, 2018, p. 83). En este trabajo solo corresponde referirnos al cuarto punto.

¿De qué manera tecnologías como *big data*, *mobile*, *cloud*, realidad virtual, internet de las cosas y redes sociales pueden contribuir a la mejora de un servicio como el de salud, tradicionalmente atado a la relación física entre el médico y el paciente? (Chiu y Reyes, 2018, p. 83). Llevar la prestación del servicio de salud al entorno digital compromería, entre muchos otros temas, llevar la identidad de los pacientes a dicho entorno,

mediante el empleo de la herramienta digital a disposición que resulte más idónea. Esta fue la nube.

El proyecto se propuso trasladar todas las historias clínicas de la institución a la nube, lo cual ofrecía diversas ventajas. Una de estas era la posibilidad de que tanto el usuario como el médico podrían consultarlas siempre. Otra ventaja era que un paciente de Lima podría ser atendido desde un centro clínico ubicado en cualquier otra ciudad, ya que el médico tratante estaba en la posibilidad de revisar sus diagnósticos previos, exámenes de laboratorio, tomografías, etc. La historia clínica electrónica facilita su análisis remoto, lo que torna posible la celebración de juntas médicas virtuales ante casos clínicos difíciles (Chiu y Reyes, 2018, p. 86).

La historia clínica en la nube es una forma de llevar elementos de identidad estática y dinámica al entorno digital. Ello propiciará celebrar y documentar actos jurídicos a partir de la identidad digital alcanzada, como los contratos de servicios médicos y las autorizaciones para intervenciones quirúrgicas, además de guardar información personalísima en la nube e incrementarla mediante las sucesivas decisiones de los médicos, los avances de los tratamientos, etc.

Hoy son varios los centros de salud que están llevando las historias clínicas de sus pacientes al entorno digital y, con ello, la información acerca de sus identidades. Pronto el servicio de salud se prestará y el derecho a la salud se ejercerá, en gran medida, a partir de la identidad digital de cada paciente.

4.2. EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD ELECTRÓNICO (DNIe) Y CINCO ESPACIOS DE DESARROLLO DE LA IDENTIDAD DIGITAL

Hemos señalado que, a través de la Resolución Jefatural n.º 212-2013-JNAC-RENIEC y la Resolución Jefatural n.º 230-2013-JNAC-RENIEC, fueron aprobados, respectivamente, el formato y las especificaciones técnicas del «Documento Nacional de Identidad Electrónico» (DNIe), así como el «Plan de Lanzamiento del Documento Nacional de Identidad Electrónico» (DNIe). Hoy todos conocemos el DNI electrónico, pero ¿sabemos cuáles son sus alcances y las posibilidades que nos ofrece en el futuro?

Los alcances del DNI electrónico fueron proyectados en el artículo 45 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales.¹ A partir de dicho dispositivo, el DNIE tiene dos alcances. El primero es la acreditación de la identidad, sea de manera presencial o electrónica. El segundo es permitir la firma digital y el voto electrónico. La combinación de ambos puntos nos muestra un sinfín de posibilidades para el mencionado documento, que no son otra cosa que aplicaciones de la identidad digital a derechos fundamentales o plasmados en la ley.

En efecto, el DNIE ofrece muchas posibilidades en el futuro. Las más importantes son cinco: la interfaz dual, la identidad digital móvil, el medio de pago, el tránsito en medios de transporte y la privacidad en medios virtuales (Cueva et al., 2015, p. 210). Cada una de estas posibilidades constituye un espacio de desarrollo de la identidad digital en la vida diaria. Refirámonos brevemente a cada uno de estos ámbitos.

La interfaz dual, también conocida como interfaz híbrida o sin contactos, es de utilidad tanto en la validación de la identidad presencial en el entorno nacional como en los puestos de frontera para el tránsito hacia países vecinos. La identidad digital móvil es aquella que se verifica y utiliza a través de teléfonos celulares, la cual permite diversos niveles de seguridad y convierte al móvil en una unidad lectora inalámbrica que no requerirá cambios mayores en la infraestructura de emisión del DNIE.² El empleo del DNIE como medio de pago implica su relacionamiento con cuentas bancarias, la implementación de aplicaciones que se ejecutan en tarjetas con chip incorporado y el abandono de tarjetas de banda magnética. El tránsito en medios de transporte es otra posibilidad, la cual consiste en el empleo del DNIE para el acceso y el pago de cualquier servicio de transporte público. En cuanto a la privacidad en medios virtuales, el DNIE puede brindar la oportunidad de usar diferentes

1 La Ley n.º 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, fue promulgada el 26 de mayo del 2000. Su reglamento fue aprobado a través del Decreto Supremo n.º 052-2008-PCM de fecha 18 de julio del 2008.

2 Los autores citados señalan que es necesaria la implementación de la «especificación NFC». La *Near Field Communication* (NFC) es una tecnología inalámbrica que sirve —como lo señala su nombre— para realizar intercambios de datos en forma inalámbrica e instantánea entre equipos físicamente cercanos.

identificadores con proveedores distintos o en diversas transacciones con el mismo proveedor; todo ello mediante el uso de seudónimos que oculten la identidad real del usuario y ofrezcan seguridad al proveedor (Cueva et al., 2015, pp. 210-213).

Varias de estas experiencias se encuentran en uso y avance. La identidad digital brinda más alternativas a la contratación en cada uno de estos espacios favoreciendo las relaciones de consumo y brindando seguridades a las partes. Cada caso se proyecta hacia el futuro y merecería un tratamiento individual más amplio.

4.3. IDENTIDAD DIGITAL Y NEUROLOGÍA: MI CEREBRO ME IDENTIFICA

La transformación digital y los avances de la tecnología afectan todo: no hay un segmento de la vida en sociedad que escape de su alcance. El derecho no es la excepción, pero no solo eso, sino que, además, dicho compromiso ha tocado a sus conceptos más elevados. La transformación y los avances tecnológicos han alcanzado a los derechos humanos, lo cual implica mucho más de lo que podríamos imaginar previamente. Dos campos de la ciencia y la tecnología pueden servirnos de ejemplo para explicar lo anterior. La neurociencia y la neurotecnología son dos ámbitos íntimamente relacionados que han experimentado un inmenso avance en esta etapa de transformación, progreso que se involucra, precisamente, con los derechos humanos.

Durante mucho tiempo, los límites del cráneo han sido considerados generalmente como la línea de separación entre la dimensión observable y la inobservable de los seres humanos vivos. De hecho, aunque formas primitivas de neurocirugía utilizadas en las sociedades antiguas, incluidos los procedimientos pseudocientíficos como la trepanación, podían permitir la observación e incluso la manipulación (por ejemplo, la eliminación selectiva) del tejido cerebral, los procesos neuronales y mentales que se desarrollan en el cerebro y subyacen a las emociones, el razonamiento y el comportamiento permanecieron por mucho tiempo inobservables. En contraste, los avances modernos en la neurociencia y la neurotecnología han permitido el desbloqueo progresivo del

cerebro humano y proporcionaron información sobre los procesos cerebrales, así como sobre su relación con los estados mentales y el comportamiento observable (Ienca y Andorno, 2021, p. 144).

Desde la encefalografía (EEG), pasando por la resonancia magnética (fMRI) o la topografía de estado estable (SSI) hasta las interfaces cerebro-computadora (BCIs), tenemos una neurociencia que ha aportado neurotecnologías no invasivas para controlar el cerebro. La posibilidad descrita ha generado el interés de las industrias del entretenimiento y de los teléfonos móviles. Debido a ello han surgido dispositivos neuroestimuladores que no se utilizan principalmente para registrar o decodificar el cerebro, sino para estimular o modular eléctricamente la actividad cerebral (Ienca y Andorno, 2021, p. 147).

Para explicar mejor lo anterior podemos indicar que, entre los neuroestimuladores,

[los] dispositivos portátiles y fáciles de usar de estimulación transcraneal de corriente directa (tDCS) son la forma más extendida de neuroestimulador de consumidor. Se utilizan en una serie de aplicaciones de bajo costo dirigidas al consumidor, destinadas a optimizar el rendimiento del cerebro en una variedad de tareas cognitivas, dependiendo de la región del cerebro que se esté estimulando. [También han aparecido métodos, como] la estimulación magnética transcraneal (TMS), un método magnético utilizado para estimular brevemente pequeñas regiones del cerebro para fines tanto diagnósticos como terapéuticos, [o como la] estimulación cerebral profunda (DBS), [técnica invasiva] que implica la implantación de un neuroestimulador en el núcleo ventral intermedio del tálamo, [...] y ahora se utiliza cada vez más como tratamiento para el temblor esencial, la enfermedad de Parkinson, la distonía y el trastorno obsesivo-compulsivo (Ienca y Andorno, 2021, pp. 147-148).

La neurotecnología ha desbloqueado el cerebro humano. En «las próximas [décadas] verán a la neurotecnología convertirse en omnipresente, inmersa en numerosos aspectos de nuestras vidas y cada vez más

eficaz en modular los correlatos neuronales de nuestros procesos mentales y comportamiento[s]» (Ienca y Andorno, 2021, p. 148). Debido a ello las implicaciones éticas y legales de la revolución neurotecnológica deben ser consideradas tempranamente y de una manera proactiva.

A medida que la neurotecnología avanza, es crucial evaluar si el marco actual de derechos humanos está conceptual y normativamente bien equipado para enfrentar los nuevos desafíos que surgen del entrelazamiento cerebro-computadora-sociedad, para dar simultáneamente orientación a los investigadores y los desarrolladores de tecnología, al mismo tiempo que proteger a los individuos y los grupos (Ienca y Andorno, 2021, p. 148).

En este punto, cabe subrayar que «la neurotecnología tiene el potencial para impactar de modo especial en ciertos derechos humanos tales como la privacidad, la libertad de pensamiento, la integridad mental, el derecho a no ser discriminado, el derecho a un juicio justo o el derecho a no autoincriminarse» (Ienca y Andorno, 2021, p. 152). En esa órbita, «se identifican cuatro nuevos derechos que pueden llegar a ser relevantes en las próximas décadas: el derecho a la libertad cognitiva, el derecho a la privacidad mental, el derecho a la integridad mental y el derecho a la continuidad psicológica» (Ienca y Andorno, 2021, p. 143).

De acuerdo con todo lo anterior, la neurociencia y la neurotecnología están en la capacidad de incidir e incluso manipular elementos de la identidad de las personas con diversos fines. Esto podría comprometer desde las más pequeñas decisiones individuales diarias hasta los proyectos de vida de miles de personas.

La neurotecnología ya está desarrollando herramientas para cumplir tareas de identificación de las personas. Por ejemplo,

los decodificadores de huellas cerebrales (*brain printers*) [...] se están probando actualmente como métodos de autenticación basados en el cerebro. [...] investigadores de la Universidad de Binghamton en el Estado de Nueva York han ideado una forma de verificar la identidad basada en cómo el cerebro responde a ciertas palabras. Los investigadores observaron las señales cerebrales

de 45 voluntarios mientras leían una lista de 75 acrónimos, como FBI y DVD, y registraron la reacción de cada cerebro a cada grupo de letras, centrándose en la parte del cerebro asociada con la lectura y el reconocimiento de palabras. [...] los cerebros de los participantes reaccionaron de forma diferente a cada acrónimo, de modo que un sistema computacional fue capaz de identificar a cada voluntario con una precisión del 94 %. [Se trata de una] tecnología que podría sustituir a corto plazo a las contraseñas y las huellas dactilares como instrumento de autenticación para las cuentas personales (Ienca y Andorno, 2021, pp. 151-152).

Pronto la identidad de cada persona podrá ser resumida en algún tipo de patrón neurológico que serviría para identificarla, ya sea en la celebración de contratos, para acceder a determinados lugares, efectuar movimientos financieros u otras actividades. El mencionado patrón podría ser empleado de manera presencial o virtual. Lo anterior implicará una profunda transformación en el elenco de categorías jurídicas disponibles en la práctica del abogado y le requerirá nuevas competencias y otro *mindset*. El derecho se transformará aún más y de manera más profunda.

4.4. IDENTIDAD DIGITAL DESCENTRALIZADA: LA IDENTIDAD INVADE LA BLOCKCHAIN

En una publicación anterior, hemos escrito acerca de la estructura de la jurisdicción del futuro. En aquella ocasión, anotamos que tal nueva estructura debería sustentarse en tres premisas interrelacionadas y sistematizadas: una educativa, otra económica y una última tecnológica. Luego, hemos indicado que la premisa tecnológica, entre otros temas, comprende varias tecnologías que han irrumpido y que, en un futuro, deberán ser consideradas en la práctica del derecho, entre las cuales figura la *blockchain* (Jiménez, 2021b, pp. 37-38).

La *blockchain* es un conjunto de unidades que permiten ingresar, controlar y compartir información en distintos computadores, memorias o servidores. Estas unidades, conocidas como «nodos», se encuentran interconectadas y situadas al mismo nivel. [Las

blockchains] operan siguiendo un único protocolo informático o conjunto de reglas que rigen todas las características y funcionalidades del conjunto. Después de un primer bloque [...], se van sumando uno a uno los demás, en la medida que las personas que participen acepten las reglas comunes y agreguen información a la cadena desde su nuevo nodo. La cadena que se conforma con los nodos interrelacionados no es controlada por alguno de estos, de tal forma que se convierte en una red descentralizada de información en permanente actualización. La data así compartida resistiría el peor accidente en la red, pues para subsistir bastaría [con] que uno de los nodos la conserve (Jiménez, 2021b, p. 40).

La denominación *blockchain* agrupa a un conjunto de programas y herramientas digitales generados por distintos proveedores, que sirven para almacenar, proteger, gestionar, utilizar y compartir información de manera descentralizada. La *blockchain* sirve al derecho gestionando la información jurídica. Cuando alcanza a la identidad de las personas, lo hace descentralizando la información acerca de sus identidades. Y vaya que ya lo hace.

Existen proyectos de identidad basados en *blockchain* que buscan poner los datos de las personas en sus manos. ¿La clave de su seguridad? La descentralización y la encriptación de las *blockchains*.

Actualmente, [la] recopilación de datos que se presenta en nuestra vida diaria implica que todas las empresas con las que tengamos contacto nos pidan consentimiento para tratar nuestros datos, algunas no lo hacen porque sin nuestros datos no podrían prestar el servicio u otorgar el bien que solicitamos, pero aun así están obligadas a informarnos sobre el uso que les darán a aquellos. El hecho es que cada una de estas empresas recopila nuestra información y [la] almacena en sus bases de datos. Con lo cual, la forma en la que podemos tener cierto control de nuestros datos es mediante el ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) (Lazo, 2020, párrs. 1-2).

En esa línea, es importante destacar que

Europa está convirtiéndose en un territorio fértil para proyectos de identificación en la *blockchain*. Aunque la UE cuenta con una serie de iniciativas para impulsar la innovación de *blockchain*, Estonia y Cataluña son pioneros en materia de identidad digital.

Estonia es quizás el país líder en el mundo en lo que se refiere a tecnología *blockchain*. El avanzado sistema de identificación digital [...] no se limita a la simple identificación de los ciudadanos estonios. Los servicios electrónicos del país están ahora todos disponibles en línea, lo que permite viajar legalmente entre los Estados de la UE, el seguro de salud nacional, la prueba de identificación cuando se ingresa a los bancos, las firmas digitales, la votación, los registros médicos y más (Birch, 2020, párrs. 13-14).

En cuanto a Cataluña, su gobierno está a la vanguardia de la investigación de la identificación en la *blockchain*, especialmente a partir del 9 de septiembre del 2019, día del lanzamiento de IdentiCAT, un proyecto del Departamento de Políticas y Administración Digitales «que busca hacer a los ciudadanos “propietarios exclusivos” de su identidad digital» (Birch, 2020 párr. 15).

Otro caso de utilización de la identidad en *blockchain* está a cargo de cinco bancos canadienses que utilizan

el sistema Verified.Me, desarrollado por la *startup* SecureKey Technologies Inc. para la identificación de usuarios.

Los bancos [involucrados en] este novedoso sistema serían Royal Bank of Canada, Toronto-Dominion Bank, Bank of Nova Scotia, Canadian Imperial Bank of Commerce y Desjardins Group, y muy pronto también Bank of Montreal y National Bank of Canada.

La red se basa en la colaboración entre bancos, empresas de telecomunicaciones y agencias de crédito. [...] se espera que los consumidores [utilicen el sistema] para probar su identidad y acceder a los registros de salud, abrir cuentas en bancos y compañías telefónicas, y obtener servicios del gobierno.

La adopción de este nuevo sistema de identificación es parte de un cambio hacia la banca abierta, que permitiría a los usuarios compartir sus datos financieros con otras empresas, tal como promueve la Asociación de Banqueros Canadienses (The Crypto Legal, 2019, párrs. 1-4).

También en *blockchain* tenemos la *Self-Sovereign Identity* (SSI en inglés) o «identidad auto-soberana». Se trata de identidades en las cuales

es el usuario el que controla sus propias credenciales y sus datos, [al punto de que] se necesita su permiso para usar esas credenciales, cualesquiera que sean.

En las interacciones basadas en identidad digital auto-soberana, [...] una parte cualquiera debe presentar sus credenciales a la otra u otras y esta otra u otras pueden comprobar que esas credenciales provienen de un proveedor de confianza (Gavilán, 2022, párrs. 7-8).

Ello es así porque los sistemas de identidad auto-soberana se basan en esquemas distribuidos en redes *blockchain*. La idea es emplear contenedores de las claves de un usuario (*wallets*) para gestionar credenciales descentralizadas que se ubican en una plataforma *blockchain*. Estas identidades soberanas tienen principios como el acceso y control, la transparencia e interoperabilidad, portabilidad, consentimiento y minimización (Gavilán, 2022).

4.5. LAS REDES SOCIALES REDISEÑAN LA IDENTIDAD: «CELEBRIFICACIÓN» DE PERIODISTAS EN ECUADOR Y UNA SENTENCIA SOBRE CAMBIO DE GÉNERO EN PERÚ

Las redes sociales sirven para que las personas interactúen con otras, introduzcan y compartan sus contenidos, integren diversas comunidades, participen en diferentes eventos, verifiquen sus usuarios en transacciones comerciales, etc. En general, sirven para cumplir finalidades económicas, políticas, administrativas, académicas, religiosas, deportivas y cualquier otra posible en sociedad. Por todo ello, hemos propuesto que las redes sociales integran la identidad de una persona y, como aparecen en la

vida de sus titulares en determinados momentos para cumplir finalidades respecto a componentes de la identidad subjetiva (es decir, susceptibles de experimentar cambios), les corresponde también integrar ese tipo de identidad (Jiménez, 2021a, p. 67).

Conforme con lo anterior, una característica de las redes sociales es su variabilidad en el tiempo: su titular puede cancelarlas, suspenderlas en su uso, cambiar su orientación y alcances, borrar algún contenido, destacar otro, etc. Por ello, las redes sociales ayudan a identificar a una persona en la forma, el tiempo y el ámbito que esta elija y ante los sujetos con los cuales interactúe. En ese sentido, una persona establece los límites de la identidad que manifiesta a través de sus redes, pero luego, como consecuencia de su interacción con los diversos agentes de la sociedad, la identidad así difundida puede sufrir recortes, recibir adiciones y, en general, experimentar cambios (Jiménez, 2021a, p. 67).

Un ejemplo que sirve para ilustrar el poder de las redes sociales como instrumento para la construcción y el rediseño de la identidad subjetiva de las personas lo brinda una investigación realizada en Ecuador respecto de la construcción de los perfiles profesionales de periodistas en redes sociales, y más aún los hallazgos de la investigación. Se trata de un estudio sobre

cómo los periodistas ecuatorianos «celebrifican» su identidad digital de periodista en la red social Instagram cambiando su representación en el espacio digital. [...] La pregunta que se plante[ó] en esta investigación [fue]: ¿Cómo los contenidos de las cuentas de periodistas ecuatorianos en Instragram pueden construir una identidad digital celebrificada que modifique la representación periodística tradicional? (Argenzio, 2020, p. 126).

La investigación llegó a varios hallazgos. En cuanto a la descripción que ofrece cada periodista en su perfil, todos se identifican como periodistas o comunicadores, todos se asocian con la empresa de comunicación o programa en el que trabajan, y

en el caso de los sujetos que son padres de familia, [todos] se presentan como tal[es], haciendo ver la importancia de su familia en su vida y dando a entender que estarán presentes en sus publicaciones. [...] [Otra coincidencia es] mostrar la actividad profesional desde una perspectiva de «detrás de cámaras» (Argenzio, 2020, pp. 137-138).

Cabe destacar que

los sujetos de estudio no solo presentan un aspecto de sus identidades, sino que destacan las distintas facetas que constituyen su vida y que luego van a ser respaldadas por el contenido que publican. [...]

Un elemento que parece importante para los sujetos de estudio es la construcción periodística y profesional de su identidad que está en constante negociación con las demás temáticas presentes en sus perfiles (Argenzio, 2020, p. 143).

Todas estas ideas nos ilustran acerca de la manera en que los profesionales pueden construir y rediseñar sus identidades digitales a partir de las redes sociales.

Un segundo ejemplo brota de una sentencia emitida por un juzgado civil peruano en el año 2022, con la cual se resolvió un proceso sobre cambio de nombre.³ La demanda formulaba como petitorio que los prenombrados del demandante, culturalmente masculinos, sean reemplazados por los prenombrados «Valeria Charlot», culturalmente femeninos. Como sustento, la demanda ofrecía diversas impresiones a color sobre los perfiles utilizados por el demandante en algunas redes sociales, acerca del contenido de diversas conversaciones en chats asociados a dichas redes, además de varias fotografías. El objetivo de la demanda era demostrar que el demandante utilizaba los dos prenombrados femeninos antes indicados y era conocido por ellos en su familia y en sociedad (en redes sociales y presencialmente).

3 Se trata de la sentencia emitida en el Expediente n.º 2276-2022 por el Tercer Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho (Corte Superior de Justicia de Lima Este) el día 22 de julio del año 2022.

En su sentencia, el juzgado competente declaró fundada la demanda y ordenó el demandado cambio de prenombrados. La sentencia parte de cuatro premisas: la trascendencia del nombre en sociedad, su vinculación con el derecho fundamental a la identidad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la existencia de un marco jurídico que reconoce derechos a la comunidad LGTBIQ+. Luego, la sentencia evalúa los medios probatorios antes mencionados. En el presente trabajo, solo corresponde hacer una referencia a lo valorado sobre las redes sociales del demandante.

Al respecto, la sentencia observó los perfiles del demandante en cuatro redes sociales (Facebook, TikTok, WhatsApp e Instagram), en las cuales el demandante aparecía identificado con los prenombrados «Valeria Charlot» (primera, segunda y cuarta) o solo «Valeria» (tercera), además del uso de palabras en género femenino para referirse a su trabajo y a sí misma. También fueron examinadas las conversaciones por medio de chats con al menos once personas diferentes, todas las cuales, en una ocasión (otras en dos e incluso tres veces) identificaron a la persona con quien se comunicaban como «Valeria», dos como «Valerin» y «Valeri», y una como «Vale».

La posterior valoración conjunta de tales medios probatorios permitió establecer que el demandante se mostraba en sociedad y en el entorno virtual con los prenombrados de «Valeria Charlot», que era reconocido con el prenombre de «Valeria» por diversas personas con quienes se comunicaba y que la imagen que proyectaba en sus redes era la misma que también utilizaba socialmente en el entorno físico (hecho acreditado con otros medios probatorios). El demandante había construido una identidad social y desarrollaba su personalidad en los entornos virtual y físico con los dos prenombrados «Valeria Charlot» y con una misma imagen, construcción que era conocida por terceras personas en un número indeterminado en los dos entornos. El abandono de dos prenombrados culturalmente masculinos y su cambio por dos prenombrados culturalmente femeninos importa en la realidad un cambio de género.

4.6. EN EL CORAZÓN DE LAS REDES SOCIALES: IDENTIDAD DIGITAL EN LOS FANDOMS⁴

En otra oportunidad, hemos estudiado las nociones de las webs 1.0 y 2.0. Al hacerlo, hemos indicado que, a diferencia de la primera (un mundo virtual), la segunda es

una realidad paralela [en] la cual se [busca] información creada por los servidores y por otros usuarios, [se aportan] los propios contenidos y [se aprende] a generar y a compartir otros nuevos. La variedad, cantidad e incremento de la información disponible [y de sus fuentes] transforma la manera en que la sociedad se comunica, pues se constituye en un nuevo ámbito o entorno de socialización, en el cual lo que se aprende, los valores, las sensaciones y los criterios son expuestos, compartidos y cuestionados de manera permanente (Jiménez, 2019, p. 307).

Realidad paralela, contenidos compartidos, ámbitos de socialización, valores, sensaciones, criterios, etc., los encontramos en la web 2.0, pero también más allá: en los *fandoms*. ¿Se manifiesta la identidad en este ámbito? Pues sí, y lo hace de una manera colectiva y muy particular. Veamos.

Los «reinos de los fans» o *fandoms* (*fan kingdoms*) son comunidades en internet formadas por los seguidores o aficionados de algún artista, grupo musical o personaje famoso, incluso de ficción. En sus comienzos se trató de grupos muy informales que eran rechazados debido a su inicial apariencia excéntrica o extremista. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los *fandoms* han desarrollado reglas, valores, emociones comunes y, en general, vínculos más fuertes que los han llevado a realizar diversas actividades (por ejemplo, ayuda social) y han logrado convocar a miles e

4 Agradecemos a Diana Urquiza Cabanillas y Gina Hurtado Noblecilla, ambas comunicadoras de profesión, por su colaboración en gran parte de las ideas y las fuentes contenidas en este acápite, a la vez que asumimos toda la responsabilidad por cualquier error o inexactitud.

incluso millones de miembros en muchos países,⁵ los cuales dan forma a verdaderas ciberculturas.

Los *fandoms* operan en diferentes redes sociales bajo diversas características y se organizan en jerarquías: a más seguidores y más *likes*, mayor rango. Destacan las cuentas de los fans extremos o «cuentas stan», en las cuales la persona titular de la cuenta oculta su identidad individual y, en lugar de esta, todo el contenido que coloca es referente al artista o personaje que sigue (la foto del perfil, otras fotografías, así como la información pasada y presente de este).

La industria coreana del *k-pop* llegó para legitimar y fortalecer a los *fandoms*. Los principales *fandoms* de los grupos de *k-pop* se organizan en Twitter. La identidad de sus miembros empieza con el personal *codename* de esa red social y prosigue con la «cuenta stan» que se siga. Al final, la identidad alcanza un nombre colectivo, el cual usualmente es colocado por el artista o los miembros del grupo musical que el *fandom* sigue, a manera de un bautizo o iniciación. Son conocidos los nombres *Army* del *fandom* del grupo BTS y *Blink* del *fandom* del grupo Blackpink, entre otros.

Frente al tema de este acápite, cabe indicar que existen distintos tipos de comunidades. Uno es el de aquellas que se definen porque comparten una misma área geográfica; el segundo comprende a las comunidades que tienen intereses comunes; el tercer tipo alcanza a los grupos que se autodefinen a sí mismos por una sensación de pertenencia a una unidad social (Bell et al., 2004, p. 13). La idea de que una comunidad comparte un interés común, ubicación y experiencia de vida es común a muchos teóricos en varias disciplinas; sin embargo, con diferente énfasis y enfoque. Las comunidades en línea han alterado muchos de estos entendidos de comunidades. Esto debido a su habilidad de prescindir de la necesidad de un espacio físico compartido (Kent, 2012, p. 245).

5 Entre muchos más *fandoms*, existen aproximadamente veinte con gran poder de convocatoria; el más grande es el *fandom* de BTS (autodenominado *Army*), que supera los cuarenta millones de miembros a la fecha en que se escribe este artículo.

En los *fandoms*, la identidad se expresa a partir de los intereses comunes y la sensación de pertenencia se ejerce a partir de un *nickname* o *codename*, pero se plasma en un nombre colectivo que sirve a los miembros para vivenciar tales intereses, pertenecer a la comunidad y construir su cibercultura, en la cual se interactúa con conciencia de pertenencia. La identidad estática u objetiva individual se reduce al mínimo en favor de una identidad dinámica o subjetiva grupal que crece, se especializa y habita en los principios, finalidades, valores y actividades del colectivo *fandom*. Cada miembro hace suya la identidad desarrollada entre todos.⁶

Los *fandoms* tienen relevancia social, jurídica y económica. Los miembros son, en conjunto, un mercado para el artista o el grupo musical, además de cualquier empresa que acceda hasta el colectivo a través del artista, de terceros o por iniciativa propia. Son también una forma de organización de la sociedad sin referencia territorial, a partir de los patrones construidos por los propios participantes y que puede llegar a servir para otros fines, de acuerdo con las circunstancias.

4.7. LAS «TRIBUS DIGITALES»: OTRA FORMA DE IDENTIDAD DIGITAL COLECTIVA

La identidad digital significa un conjunto de novedades y oportunidades para el ser humano en sociedad, pero su construcción puede introducir nuevas dificultades en esta, quizá revivir o replantear problemas preexistentes no solucionados ni atendidos, e incluso llevarnos por rutas desconocidas hacia escenarios hace poco inimaginables, de inventiva y avance o de violencia y destrucción.

Un mundo intacto solo es posible en una sociedad homogénea que comparte los mismos valores y tradiciones culturales, pero la globalización, la hiperculturización de la sociedad, la digitalización, la creación de redes están disolviendo los contextos culturales y las tradiciones que nos anclan a ese mundo inicial, están desintegrando el mundo de la vida que conocíamos, del cual provenimos. El mundo se desfactifica

6 Nos interesa el fenómeno *fandom* porque lo vemos dotado de un importante potencial de cambio de las identidades digitales. Los años futuros pueden deparar sorpresas al respecto.

y se descontextualiza. Las ofertas convencionales de identidad, que nos anclaban a nuestras sociedades anteriores a todos esos fenómenos ya no existen hoy (Byung-Chul, 2022, p. 51).

En Perú tenemos ejemplos del proceso presentado. Uno claro es el de la integración de las poblaciones selváticas al resto del país. El legítimo acceso a los servicios de educación, salud, vivienda y otros implica también un encuentro con innumerables novedades, costumbres y concepciones de la vida, las cuales ponen en riesgo sus culturas originarias, empezando por sus lenguas, sus organizaciones y su cosmovisión. La intención de respetar y conservar su acervo cultural ha llevado a legislar y reglamentar el contacto y los servicios básicos que brinda el Estado. Sin embargo, la identidad de los pueblos y de sus habitantes queda tocada para siempre, no volverá a ser la misma.⁷

Ante estos procesos,

surgen necesidades y esfuerzos para organizar espacios en la red para que vuelvan a ser posibles las experiencias de identidad y comunidad, es decir, para establecer un mundo de la vida basado en la red que se viva como real y aproblemático. Entonces, la red [sufre un proceso de reafectación que la deja tribalizada.] Las tribus digitales hacen posible una fuerte experiencia de identidad y pertenencia a partir de información que no es un recurso para el conocimiento, sino para la identidad. Las tribus digitales se encierran en sí mismas seleccionando la información y utilizándola para su política de identidad (Byung-Chul, 2022, pp. 51-52).

Las tribus digitales forman infoburbujas dentro de las cuales se enfrentan a todo hecho que contradiga sus creencias porque no encajan en el relato creador de su identidad. En su interior el entendimiento no es posible, pues las opiniones no son discursivas, sino sagradas. La pretensión de validez de las tribus digitales no es discursiva, sino absoluta,

7 Hemos tenido la oportunidad de ver cómo dos conocidas comunidades indígenas, que forman parte de concurridas rutas turísticas (una en la selva central y otra en el río Amazonas), reciben a los turistas con sus atuendos, pinturas y objetos ancestrales, pero en ausencia de estos llevan una vida totalmente al estilo occidental.

porque carecen de racionalidad comunicativa, prescinden de toda racionalidad. Fuera del territorio tribal solo hay enemigos. La sociedad se desintegra y se convierte en un campo de guerra de identidades, ya no nos escuchamos en su interior (Byung-Chul, 2022, pp. 52-54). Las tribus digitales encuentran su alimento en el extremismo, la intolerancia y la violencia que esconde la sociedad.

¿Identifica usted algunas tribus digitales? Son muchas y de diversos tipos. Un fácil ejemplo de estas identidades, antiguo pero hoy muy presente en el ciberespacio, es el de las hinchadas de los equipos de fútbol que protagonizan el «clásico» de un país o una ciudad. En Perú, otro claro ejemplo fue el de los prosélitos de Keiko Fujimori frente a los de Pedro Pablo Kuczynski en el 2016 o los de la misma candidata ante los de Pedro Castillo en el 2021. Todos sabemos hasta qué niveles cayó el debate en los sets de televisión y las cabinas de radio, pero también en las redes sociales, blogs, foros y demás. Mucha televisión comercial subsiste incentivando la formación de tribus digitales en torno a personajes de la farándula, equipos de programas *reality shows*, entre otros. Algunos *influencers* y los casos judiciales mediáticos también provocan la formación de estas comunidades digitales. Estamos seguros de que usted podrá advertir más ejemplos.

Las tribus digitales importan una conjugación entre una mínima identidad estática u objetiva sometida a una identidad dinámica o subjetiva grupal, pero que, a diferencia de los *fandoms*, está dividida en una parte propia o interna al colectivo y en otra porción ajena o externa a este. La parte interna es un conjunto de aportes individuales y/o coyunturales de tipo social, regional, psicológico, gremial o generacional. La porción externa es aquella que identifica al sujeto u objeto contrario, da forma al grupo, define su identidad y orienta sus actividades. El control de los líderes de la comunidad puede ser variado en cada segmento.

Pero ¿cuál es la relevancia jurídica de estas tribus digitales? También es variada. Estas identidades equivalen a segmentos de consumidores cuyos comportamientos son seguidos atentamente por analistas de mercado, quienes, a partir de *big data*, orientan sus decisiones comerciales respecto de estos colectivos. Por tomar el ejemplo de las hinchadas

de equipos rivales, observamos, desde las páginas web oficiales de estos clubes hasta el comercio ambulante, todo tipo de *souvenirs* con los símbolos y colores que integran la identidad de cada club, o bien con imágenes de burla respecto a otros equipos. La polarización del mercado es una forma de alentar el consumo. Se trata de una gran industria o quizá de varias coexistentes.

5. IDEAS FINALES

El ser humano es individualidad, pero también colectividad: desde siempre fue una entidad sola, pero a su vez parte de una *gens*, una agrupación, una sociedad, un país, una cultura. El ser humano siempre se ha identificado con la información que brota de su origen y con aquella que va construyendo a través de su recorrido vital, y lo seguirá realizando en cualquier presentación individual, manifestación colectiva o entorno donde lo lleve su voluntad, la ciencia y la tecnología. La transformación digital alcanza todo, también la identidad del ser humano, haciéndola digital en todas esas expresiones individuales y grupales. El presente trabajo ha presentado algunas de esas expresiones.

La identidad digital permite a las personas el goce de derechos fundamentales, sirve para ampliar las posibilidades contractuales y de acceso a servicios públicos, posibilita el empleo de patrones neurológicos, diversifica las operaciones financieras, facilita la gestión de las claves de la propia identidad digital, hace posible direccionar perfiles profesionales y diseñar los elementos de la identidad subjetiva de las personas, es útil para construir colectividades y ciberculturas en la red, alienta la construcción de mercados, entre muchas otras actividades.

En siete numerales, hemos mencionado hasta doce experiencias de identidad digital, tan distintas como profundas, ya plasmadas en la realidad, pero guardando a la vez muchas posibilidades. Estas nos muestran algunos de los ámbitos jurídicos, económicos y sociales a través de los cuales ya discurre la identidad digital. El futuro verá su continuación y evolución, así como la apertura de nuevos espacios para su empleo. La transformación digital es un momento de la historia aún joven, es una

etapa volátil, incierta, compleja y ambigua que traerá muchas sorpresas; dependerá de nosotros organizar los conceptos y las prácticas para enfrentarlas. En otras palabras, nos corresponderá preparar al derecho y a nuestros enfoques para atender el futuro de nuestra sociedad. Son estas las intenciones de nuestro trabajo.

¿Alguna vez ha soñado con un ser humano sin rostro? No tendría facciones, carecería de mirada y no emitiría una voz, pero sabría que se trata de un ser humano. Ahora sabemos que ese ser humano existe, que podría estar en cualquier archivo digital del Estado, en algún ordenador privado, en un patrón neurológico, en alguna *blockchain*, formando comunidades o en la red. Ahora conocemos la necesidad de que el derecho lo proteja y cumpla sus fines en todos esos entornos. Ahora sabemos que ese ser humano sin rostro podría ser cualquiera de nosotros.

REFERENCIAS

- Aliaga, T. y Calderón, E. (2015). Interoperabilidad en el Perú. En Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), *Identidad digital. La identificación desde los registros parroquiales al DNI electrónico* (pp. 169-183). Reniec.
- Argenzio, D. (2020). Celebrificación de la identidad digital del periodista a través de sus contenidos en Instagram. *Revista ComHumanitas. Revista Científica de Comunicación*, 11(2), 123-148. <https://www.comhumanitas.org/index.php/comhumanitas/article/view/245/241>
- Bell, D., Loader, B., Pleace, N. y Schuler, D. (Eds.) (2004). *Cyberculture. The Key Concepts*. Routledge.
- Birch, J. (2020, 24 de marzo). Identidad digital en la *blockchain*. Poniendo a la gente en control de sus datos. *Cointelegraph*. <https://es.cointelegraph.com/news/blockchain-digital-id-putting-people-in-control-of-their-data>
- Byung-Chul, H. (2022). *Infocracia*. Taurus.
- Chiu, A. y Reyes, D. (2018). *Revolución.pe. La transformación digital de once empresas en el Perú*. Penguin Random House Grupo Editorial.

- Congreso Constituyente Democrático. (2023 [1993]). *Constitución Política del Perú*. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Congreso de la República. (2011). Ley n.º 29733. Ley de protección de datos personales. Lima: 3 de julio de 2011. <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/243470-29733>
- Congreso de la República. (2018, 13 de septiembre). Decreto Legislativo n.º 1412. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gobierno Digital. *Diario Oficial El Peruano*, 4-8. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/353216/decreto-legislativo-que-aprueba-la-ley-de-gobierno-digital-decreto-legislativo-n-1412-1691026-1.pdf>
- Cueva, E., Verástegui, E. y Gallo, A. (2015). El Documento Nacional de Identidad Electrónico. En Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), *Identidad Digital. La identificación desde los registros parroquiales al DNI electrónico* (pp. 197-214). Reniec.
- Eto, G. (2017). El derecho a la identidad sexual de los transexuales (la derrotabilidad de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano). *Gaceta Constitucional*, (109), 15-47.
- Fernández, C. (2015). *Derecho a la identidad personal*. Instituto Pacífico.
- Gavilán, I. (2022, 8 de junio). Principios de una identidad digital auto-soberana. *Blue Chip. Reflexiones y lectura sobre tecnología, economía, empresa y sociedad en un mundo digital*. <https://ignaciogavilan.com/principios-de-una-identidad-digital-auto-soberana/>
- Ienca, M. y Andorno R. (2021). Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y neurotecnología. *Análisis Filosófico*, 41(1), 141-185. <https://doi.org/10.36446/af.2021.386>
- Jiménez, J. (2019). Las generaciones de la red internet frente al derecho y a la sociedad. *Revista del Foro*, (106), 301-320. <https://www.cal.org.pe/revistadelforo/revistadelforo106.html#p=302>
- Jiménez, J. (2021a). *El nombre, cambio y rectificación. Cambio de sexo, cambio de apellido y otros*. Iustitia.

- Jiménez, J. (2021b). Estructura de la jurisdicción del futuro: una propuesta sistémica y holística. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 13(15), 19-58. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i15.389>
- Kent, M. (2012). When community becomes a commodity. In T. Brabazon (Ed.), *Digital Dialogues and Community 2.0: After Avatars, Trolls and Puppets* (pp. 243-262). Elsevier Science & Technology.
- Lazo, M. (2020, 25 de marzo). ¿Podemos tener el control exclusivo de nuestros datos? Identidad digital en la blockchain. *The Crypto Legal*. <https://thecryptolegal.com/podemos-tener-el-control-exclusivo-de-nuestros-datos-identidad-digital-en-la-blockchain/>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José: 22 de noviembre de 1969. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Rodríguez, R. (2014). La protección constitucional del derecho a la identidad (cambio de nombre) de los transexuales. Derribando los muros del formalismo y legalismo en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal*, (7), 21-40.
- Sartori, G. (2019). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Penguin Random House.
- Tercer Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho, Corte Superior de Justicia de Lima Este. (2022). Sentencia del Expediente n.º 2276-2022. Lima: 22 de julio del 2022.

- The Crypto Legal (2019, 2 de mayo). Bancos canadienses comienzan a adoptar tecnología *blockchain* para la identificación de sus usuarios. *The Crypto Legal*. <https://thecryptolegal.com/bancos-canadienses-comienzan-a-adoptar-tecnologia-blockchain-para-la-identificacion-de-usuarios/>
- Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia del Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC. Lima: 20 de abril de 2006. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>
- Tribunal Constitucional. (2012). Sentencia del Expediente n.º 4509-2011-PA/TC. Lima: 11 de julio de 2012. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04509-2011-AA.html>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.05

EL DERECHO DE PROPIEDAD (1917-1957). ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL

The right to property (1917-1957). Constitutional and jurisprudential analysis

Il diritto di proprietà (1917-1957). Analisi costituzionale e giurisprudenziale

RODRIGO BRITO MELGAREJO

Universidad Nacional Autónoma de México
(México, México)

Contacto: rbritom@derecho.unam.mx
<https://orcid.org/0000-0003-0786-1543>

LUIS JULIÁN MIRELES ROMERO

Universidad Nacional Autónoma de México
(México, México)

Contacto: lmirelesr@derecho.unam.mx
<https://orcid.org/0009-0006-8669-2619>

RESUMEN

Dentro de un Estado constitucional, el derecho de propiedad es un elemento central. Con la Constitución de 1917, emitida a partir de la Revolución mexicana, su regulación se hizo a través de los artículos 14 y 27 constitucionales, enfocados primordialmente en desarticular el latifundio porfirista, lograr el reparto agrario con el fin de eliminar la concentración de tierras en pocas manos y privilegiar el interés colectivo frente al privado, así como la participación del Estado. En ese sentido se

estableció la redacción del texto fundamental. Por lo que respecta a la Corte y los criterios emitidos durante la quinta época (1917-1957) sobre los artículos antes mencionados, se observa que mantienen los postulados tendientes a satisfacer las demandas sociales hechas desde el periodo revolucionario junto a la permanencia de la propiedad individual.

Palabras clave: derecho de propiedad; Constitución mexicana; artículos 14 y 27 constitucionales; jurisprudencia.

Términos de indización: derecho a la propiedad; Constitución; teoría legal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Within a constitutional state, the right to property is a central element. With the 1917 Constitution, issued after the Mexican Revolution, its regulation was made through articles 14 and 27 of the Constitution, primarily focused on dismantling the Porfirian latifundia, achieving agrarian distribution in order to eliminate the concentration of land in few hands, and privileging the collective interest over the private interest, as well as the participation of the State. It was in this sense that the wording of the fundamental text was established. With regard to the Court and the criteria issued during the fifth period (1917-1957) on the aforementioned articles, it is observed that they maintain the postulates tending to satisfy the social demands made since the revolutionary period together with the permanence of individual property.

Key words: property rights; Mexican Constitution; constitutional articles 14 and 27; jurisprudence.

Indexing terms: right to property; Constitutions; legal theory (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

In uno Stato di diritto, il diritto di proprietà è un elemento centrale. Con la Costituzione del 1917, emanata dopo la Rivoluzione messicana, la sua regolamentazione è avvenuta attraverso gli articoli 14 e 27 della Costituzione, incentrati principalmente sullo smantellamento del

latifondo porfiriano, sulla realizzazione della distribuzione agraria al fine di eliminare la concentrazione della terra in poche mani, e sul privilegio dell'interesse collettivo rispetto a quello privato, nonché sulla partecipazione dello Stato. È in questo senso che è stata stabilita la formulazione del testo fondamentale. Per quanto riguarda la Corte e i criteri emessi durante il quinto periodo (1917-1957) sui suddetti articoli, si osserva che essi mantengono i postulati che tendono a soddisfare le richieste sociali avanzate dal periodo rivoluzionario insieme alla permanenza della proprietà individuale.

Parole chiave: diritti di proprietà; Costituzione messicana; articoli costituzionali 14 e 27; giurisprudenza.

Termini di indicizzazione: diritto di proprietà; Costituzioni; teoria giuridica (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 29/08/2023

Revisado: 16/09/2023

Aceptado: 18/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la historia y del desarrollo de la vida constitucional en nuestro país, el derecho de propiedad ha sido protegido. Desde la Constitución de Cádiz hasta la que está en vigor en nuestros días ha sido incluido como uno de los derechos que la persona requiere para su libre desarrollo.¹

1 En la Constitución de Cádiz de 1812, el derecho de propiedad está regulado en el artículo 4, el cual establece que se debía conservar y proteger por leyes sabias junto a

No es extraño que los constituyentes se preocuparan porque la propiedad fuera salvaguardada y regulada. Sin embargo, hay que precisar que para 1917, cuando se promulga la actual Constitución, la discusión sobre dicho derecho estuvo matizada por un pasado donde sufrió varias modificaciones, por ejemplo, por unas leyes de reforma que distorsionaron la propiedad de bienes inmuebles a partir del último tercio del siglo XIX con una tendencia a la concentración de altas extensiones de tierras, por una administración porfirista que benefició a los grandes propietarios hasta consolidar al latifundio² (Womack, 2017, p. 385), y por un movimiento revolucionario que, entre sus múltiples exigencias, también incluía al reparto agrario en favor de los grupos de campesinos

la libertad y los demás derechos. La Constitución de Apatzingán de 1814, proyecto encabezado por Morelos, también lo protegía, en específico, en los artículos 32, 33 y 34, en los cuales se decretaba la inviolabilidad del domicilio, se mantenían limitaciones a las ejecuciones civiles y visitas domiciliarias, y se señalaba que todo individuo tenía derecho a adquirir propiedades y poder disponer de ellas a su libre elección.

Las constituciones federales también lo incluyen dentro de sus derechos, por ejemplo, la Constitución de 1824, aunque de una manera un tanto superflua, la regula en el artículo 112, fracción III, al prohibir al presidente de la República ocupar la propiedad de los particulares o corporaciones ni perturbar la posesión, uso y aprovechamiento de ella; si lo hacía, debía tener la aprobación del Senado o el Consejo de Gobierno; además, el artículo 147 prohibía la confiscación de bienes. Con el regreso del federalismo a partir de 1846, el Acta Constitutiva y de Reformas del siguiente año, en su artículo 5, establecía la obligación de proteger la propiedad junto con la seguridad, la libertad y la igualdad. Asimismo, la Constitución de 1857, en su artículo 27, prohibía ocupar las propiedades de las personas sin su consentimiento y solo por causa de utilidad pública con previa indemnización.

Por otro lado, las constituciones centralistas también establecen el derecho de propiedad. En las Siete Leyes Constitucionales de 1836, en la fracción III del artículo 2 de la Primera Ley Constitucional se señalaba que nadie podía ser privado de la propiedad ni de todo lo que implicaba el ejercicio de esta; además, en las fracciones XI y XIII del artículo 9 de las Bases Orgánicas de 1843 también se establecía la inviolabilidad y la prohibición para catear casas o registrar documentos.

- 2 En el anexo A de su libro, Womack (2017) incluye las extensiones de tierras de las haciendas más importantes en el Estado de Morelos. Por ejemplo, las denominadas Santa Clara, Tenango y San Ignacio, propiedades de Luis García Pimentel, llegaron a tener una extensión de 68 000 hectáreas, mientras que las de San Gabriel y Actopan, propiedades de Emmanuel Amor, alcanzaron un poco más de 20 000 hectáreas y la de Temixco de Concepción T. G. de Fernández llegó a tener una extensión de 17 300 hectáreas.

que las trabajaban, pero que no eran propietarios de ellas por el paulatino despojo que años atrás habían sufrido. Por consiguiente, el concepto de propiedad será fundamental para inicios del siglo xx, ya no limitado a una concepción liberal, sino también social (Gilly, 2007, p. 19).³

Por todo lo anterior, Alan Knight (2010) señala que la Revolución mexicana, iniciada en 1910, fue «una revuelta “social” comparable a la rusa y sin precedentes en Latinoamérica. Su carácter revolucionario social se derivó de la participación de las masas y de la expresión de descontento genuinamente popular, factores que fueron evidentes desde su inicio» (p. 124). De hecho, aunque cierta parte de la historiografía actual niegue una ideología y un plan dentro de la Revolución mexicana, es evidente que en sus exigencias estaba una distribución más equitativa de la propiedad.

Después de explicar los diferentes momentos por los que pasó el derecho de propiedad, un derecho que no debe ser limitado a los bienes inmuebles y en particular a la tierra de cultivo, cabe mencionar que el presente artículo se centrará en estudiarlo desde la perspectiva constitucional y jurisprudencial, a partir de la Constitución de 1917, promulgada dentro del contexto revolucionario. Los dos enfoques escogidos corresponden a estudiar cómo se reguló en el texto fundamental y cómo luego fue interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por lo tanto, si bien es cierto que el artículo constitucional referente para esta cuestión es el 27, no debe olvidarse el contenido del artículo 14.

En cuanto a la temporalidad, este trabajo abarca desde 1917, año en que fue promulgada la Constitución actual, hasta 1957, cuando terminó la quinta época de la Suprema Corte de Justicia (Saavedra, 2017, pp. 4-6).⁴ Respecto al tiempo de estudio, se debe mencionar que coincide con los periodos presidenciales de Venustiano Carranza, Álvaro Obregón, Plutarco Elías Calles junto al Maximato, Lázaro Cárdenas, Manuel Ávila Camacho, Miguel Alemán y Adolfo Ruiz Cortines. Varios

3 Gilly (2007) señala que el principal resultado de la reforma del siglo xix, en específico de las llamadas Leyes de Reforma, no fue el surgimiento de pequeños agricultores propietarios, sino una concentración latifundista de la propiedad agraria con tendencia a devorar las tierras comunales de los pueblos de indios.

4 De acuerdo con el autor, hubo más de cien mil criterios emitidos durante las cuatro décadas de su duración.

de ellos propiciaron dentro de sus políticas un reparto agrario, entre los que podemos destacar a Obregón y Cárdenas (Nava, 2010).⁵

2. LA PROPIEDAD A PARTIR DE 1917

Después de un proceso de elección de los diputados constituyentes como resultado de la ruptura ocasionada por la dictadura huertista al orden constitucional, el viernes 1 de diciembre de 1916 se dio la sesión inaugural del Congreso que habría de elaborar en dos meses la Constitución de 1917.⁶ En dicha sesión, Venustiano Carranza hizo la exposición de motivos en torno a la necesidad de un nuevo texto fundamental a partir de una serie de reformas al constitucionalismo de 1857.

De manera muy general, Carranza criticó la Constitución de 1857 y justificó la necesidad de reformarla; consideró ese texto constitucional como «la proclamación de principios generales que no procuraron llevar a la práctica, acomodándolos a la necesidades del pueblo mexicano para darle pronta y cumplida satisfacción» (Cámara de Diputados, 1916a, p. 260); en cuanto a los derechos individuales, el primer jefe del Ejército Constitucionalista mencionaba que si bien era cierto que fueron la base

5 Nava (2010) menciona que el artículo 27 constitucional de 1917 resultó ser una síntesis jurídica de la lucha social durante la Revolución, dado que estableció como obligación para el Estado mexicano iniciar el reparto agrario. Es importante destacar que Elías Calles decretó la división obligatoria de los ejidos y el inicio de la intervención del Estado en ellos, con lo que se buscaba el debilitamiento de sus caciques. Durante el Maximato, específicamente en el periodo de Portes Gil, se tendió al reparto de tierras como elemento para contrarrestar a los cristeros, mientras que con Pascual Ortiz Rubio se minimizó, por lo que se decretó el fin en 10 entidades del país. En 1934 llegó al poder Lázaro Cárdenas, cuya finalidad, desde el inicio del sexenio, fue la reforma agraria en su integridad, la cual seguía pendiente a casi 20 años de iniciada la Revolución. Desde el punto de vista de Cárdenas, el problema no era la falta de productividad de las tierras, sino la injusta distribución de ellas, por lo que inició un plan integral para beneficiar al sector campesino.

6 Sánchez (2017) ha publicado un estudio sobre el proceso de integración del último Congreso Constituyente y los mecanismos de objeción de las credenciales hacia algunos diputados. También señala que quedaron excluidos algunos grupos, como los huertistas o los convencionalistas, fortaleciendo el grupo de los constitucionalistas, encabezado por Carranza y, luego, Obregón, con una unión para evitar el reforzamiento del bando contrario, liderado por Villa y Zapata.

de las instituciones sociales, habían «sido conculcados de una manera casi constante por los diversos gobiernos que desde la promulgación de aquélla se [habían] sucedido en la República» (Cámara de Diputados, 1916a, p. 260).

De acuerdo con la anterior declaración, la justificación de Carranza para modificar la Constitución radicaba en la inoperancia y la no aplicación del contenido del texto emitido para 1857. Aún más, veía una sistemática violación de derechos individuales desde ese año, con una crítica al régimen porfirista. También cuestionaba el funcionamiento del amparo, cuya misión principal era proteger dichos derechos; sostuvo que aquel se había convertido en un arma política, así como un mecanismo tendiente a minar la soberanía de los Estados, es decir, del federalismo, debido a que la Corte se dedicaba a revisar «los actos más insignificantes de las autoridades» (Cámara de Diputados, 1916a, p. 261) y lejos había quedado su «fin social».

Ya que se ha establecido cómo Carranza veía el funcionamiento y la vigencia de la Constitución de 1857 en la parte dedicada a los derechos, así como su relación con el amparo, en cuanto mecanismo distorsionado de protección constitucional, solo queda apuntar que, desde su perspectiva, «lo primero que [debía] hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el Gobierno, a pretexto del orden o de la paz, [...] tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro» (Cámara de Diputados, 1916a, p. 262).

En cuanto al derecho de propiedad, refirió el contenido del artículo 27 de la Constitución de 1857, el cual reconoce que no está mal que se faculte para ocupar la propiedad de las personas sin su consentimiento y con previa indemnización, siempre y cuando sea por causa de utilidad pública, lo cual facilitaría el reparto de tierras y la erosión del latifundio con la finalidad de entregarlas «entre el pueblo que quiera dedicarse a los trabajos agrarios, fundando así la pequeña propiedad» (Cámara de Diputados, 1916a, p. 264). Lo único que observó como necesario de reformar fue que la declaratoria de utilidad fuera hecha por una autoridad administrativa, de modo que se limitaría al Poder Judicial para que

solo interviniera en la fijación del valor de los bienes sujetos a expropiación (Cámara de Diputados, 1916a, p. 265).

Hasta aquí se podría concluir que, por lo menos en el discurso, Carranza era partidario del reparto agrario, así como de la entrega de tierras a los campesinos y de limitar la participación del Poder Judicial en el proceso de expropiación. Como lo explica Javier Garciadiego (2008), al ser propietario de tierras en el norte del país, no simpatizaba del todo con una reforma agraria total, «su desconfianza de las dotaciones y restituciones agrarias lo distanciaron de las agrupaciones campesinas que por entonces surgieron» (pp. 81-82).⁷

Al proseguir con su exposición de motivos, Carranza se refirió a las leyes de reforma; mencionó que el proyecto de Constitución de 1917 dejaba a salvo los postulados reformistas respecto a la prohibición para que las corporaciones civiles y eclesiásticas pudieran adquirir bienes raíces, al igual que las sociedades anónimas civiles y comerciales para poseer y administrar bienes inmuebles, siempre y cuando no tuvieran relación con su objeto, excepto las dedicadas a la beneficencia pública. También reconoció que el clero había burlado las prohibiciones constitucionales a través de estas sociedades anónimas que tenían limitantes en cuanto a los bienes inmuebles. Por último, aludió a la capacidad de los extranjeros para adquirir tierras en suelo mexicano, debido a que el proyecto contemplaba que estos «[renunciaran] expresamente a su nacionalidad, con relación a dichos bienes, sometiéndose en cuanto a ellos, de una manera completa u absoluta a las leyes mexicanas» (Cámara de Diputados, 1916a, p. 265).

7 Si embargo, Carranza reconoció una urgente necesidad de reactivar el campo mexicano y la agricultura, principalmente porque Estados Unidos ya había entrado a la Primera Guerra Mundial y no se podían importar granos de dicho país. También mencionó que debido a ello se incrementaron los cultivos azúcar, café, plátano y garbanzo. En contraposición, la política laboral fue diferente al ser más próxima al sector obrero a través de la organización de la Confederación Regional Obrero Mexicana (CROM) como un medio de contención de las acciones para reclamar o exigir demandas laborales. Garciadiego (2008) ve un cambio respecto a 1915, cuando Carranza favorecía más al campesinado y al proletariado; a partir de 1917 ya no es tan accesible con esos sectores, debido a que ya no era necesario disputar el apoyo popular con Villa y Zapata porque ya se encontraban derrotados.

Lo expuesto por Carranza se contrapone con las impresiones de algunos diputados constituyentes que esperaban una verdadera revolución en el tema de la propiedad y en particular en el reparto agrario. Por poner un ejemplo, Pastor Rouaix (2016), representante de Puebla, reconoció cierto desconuelo por las modificaciones al artículo 27 constitucional, el cual

sólo contenía innovaciones de interés secundario sobre el artículo vigente de la Constitución de 1857, sin atacar ninguna de las cuestiones vitales cuya resolución exigía una revolución que había sido provocada e impulsada por la necesidad de una renovación absoluta en el régimen de la propiedad rústica (p. 179).

Incluso hizo una comparación entre la mínima cantidad de la clase obrera mexicana (hasta ese momento poco importante) y la gran masa de campesinos de todo el país sujetos «al peonaje, que se extendía desde los lejanos confines del Estado de Sonora, en donde gozaba de medianas consideraciones, hasta las selvas vírgenes de Chiapas, en donde el indio, impotente para romper sus cadenas, se debatía en una verdadera esclavitud» (Rouaix, 2016, p. 179).

Luego de revisar la exposición de motivos de Venustiano Carranza y las divergencias de opiniones en torno a la propiedad, en específico al reparto agrario, la incapacidad de las corporaciones religiosas y eclesíásticas para adquirirla y las limitantes a las sociedades anónimas y a los extranjeros, cabe mencionar que el 6 de diciembre de 1916 se sometió a votación la integración de la Comisión de Constitución y tuvo los siguientes resultados: Enrique Colunga con 144 votos, Francisco J. Múgica⁸ con 135, Luis G. Monzón con 132, Enrique Recio con 106

8 Valenzuela (2017, pp. 32-40) señala que hay una división artificial del pensamiento político de los diputados, fomentada, desde la Presidencia del Congreso, por Luis Manuel Rojas y, desde el poder, por Venustiano Carranza y Félix Palavicini a través de *El Universal*, su periódico recién fundado. En ese sentido, percibe a los liberales carrancistas bajo la influencia del liberalismo inglés y, de otro lado, a los jacobinos obregonistas defensores del «criterio francés en la política» o de derecha y de izquierda, entendidos como partidarios del liberalismo progresista, reformador y de avanzada. Valenzuela (2017) ubica en dicha izquierda a Francisco J. Múgica, aunque reconoce que no todos los diputados ubicados dentro de ese sector eran partidarios de Obregón.

y Alberto Román con 87 (Cámara de Diputados, 1916b). La votación cobra relevancia debido a la participación de Múgica en el tema agrario, la cual se explicará más adelante.

Inmediatamente después se dio lectura al Proyecto de Constitución propuesto por Carranza; entre los elementos más importantes se encontraban los siguientes:

Artículo 27. La propiedad privada no puede ocuparse para uso público sin previa indemnización. La necesidad o utilidad de la ocupación deberá ser declarada por la autoridad administrativa correspondiente; pero la expropiación se hará por la autoridad judicial, en el caso de que haya desacuerdo sobre sus condiciones entre los interesados (Cámara de Diputados, 1916b, p. 348).

Como se puede observar, en esta primera parte se garantizaba el derecho de propiedad a través de la protección a la propiedad privada. Ahora bien, no es necesario transcribir todo el contenido del artículo 27 constitucional, basta decir que, como lo afirmó Carranza en su exposición de motivos, había limitantes a las corporaciones religiosas y civiles para adquirir propiedades, la beneficencia pública tampoco podía estar bajo la dirección de las primeras y «[l]os ejidos de los pueblos, ya sea que los hubieran conservado posteriormente a la Ley de Desamortización, ya que se les restituyan o que se les den nuevos, conforme a las leyes, se disfrutar[ían] en común por sus habitantes, entretanto se repart[ían] conforme a la ley que al efecto se expid[iera]» (Cámara de Diputados, 1916b, p. 348).

Por otro lado, es preciso recordar que el artículo 27 es el más importante debido a la cuestión agraria y la histórica e inequitativa distribución de la propiedad de las tierras destinadas a la agricultura, pero también vale tener presente el contenido del artículo 14 constitucional, cuyo segundo párrafo estaba destinado a asegurar el derecho de propiedad, al establecer lo siguiente: «nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de [sus] propiedades, posesiones y derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho» (Cámara de Diputados, 1916b, p. 346). De lo anteriormente expuesto se puede concluir que si

bien el artículo 27 está dedicado a la propiedad de las tierras o los bienes inmuebles, el artículo 14 consagrará el derecho de propiedad sin diferenciar los alcances.

3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PROPIEDAD DENTRO DEL CONGRESO CONSTITUYENTE

Como anteriormente se dijo, Carranza, al momento de participar de la inauguración de los trabajos del Congreso Constituyente, mostró entusiasmo en torno a la nueva Constitución; por otro lado, había cierto escepticismo por parte de algunos diputados como Pastor Rouaix. Sin embargo, para efectos del trabajo, habría que analizar lo argumentado por los constituyentes en torno al derecho de propiedad dentro de las sesiones.

En cuanto a la discusión en torno al artículo 14 constitucional, dentro del Congreso, en la sesión del 20 de diciembre de 1916 se leyó el proyecto con la redacción propuesta por Carranza y se acordó el siguiente día para su discusión y, en su caso, aprobación. Así se llega al 21 de diciembre en el que fue aprobado por unanimidad, de modo que el texto no sufrió modificación alguna y pasó tal cual se había propuesto (Cámara de Diputados, 1916c, [pp. 593-594]).

El artículo 27 constitucional no tuvo la misma suerte, incluso se observan algunas referencias a lo largo de toda la discusión en torno al demás contenido de la Constitución, principalmente cuando se analizan temas vinculados a la separación del Estado y la Iglesia. También hay que tomar en consideración que dicho artículo fue aprobado prácticamente al acercarse la clausura del congreso.

Fue en la sesión del 29 de enero de 1917 cuando se presentó el dictamen de la Comisión de Constitución referente al artículo 27. La argumentación expuesta para sustentar las modificaciones al proyecto original carrancista fueron, entre otras, las siguientes: si la propiedad debía considerarse como un derecho natural y cuáles serían sus alcances, así como la capacidad y las prohibiciones para la adquisición de «bienes raíces» o bienes inmuebles. También se tomaron en consideración los aportes del diputado Rouaix (Cámara de Diputados, 1917, [p. 774]).

Se reconoció que el derecho de propiedad no era absoluto, pero se defendió la propiedad privada individual, al considerar su abolición como mera «utopía» aunque no se desconoció el histórico malestar social por la excesiva concentración de tierras en pocas manos. Desde la presentación del proyecto se perfilaba que «el dominio eminente del territorio mexicano pertenece originariamente a la nación, [por lo que la propiedad privada es vista, para 1917, como un] derecho que ha cedido la nación a los particulares» (Cámara de Diputados, 1917, [p. 774]). Esto demuestra los efectos del movimiento revolucionario: la satisfacción de las demandas sociales encaminadas a un posible reparto agrario coexistente con la defensa de la propiedad privada que no era posible de desaparecer. En ese sentido, es entendible que el derecho de propiedad se centrara en la condición de las tierras de cultivo, aunque hoy en día dicho derecho no puede limitarse a ese tema.

Al continuar la exposición sobre la propiedad, se reconoció que la capacidad para adquirir bienes inmuebles no solo se centraba en principios de derecho público, también en el derecho civil. Aquí se observa el amalgamamiento entre lo privado y lo público de dicho derecho; por poner un ejemplo, desde esta perspectiva, «los primeros autorizan a la nación para probar la adquisición de tierras a los extranjeros si no se sujetan a las condiciones que el mismo artículo prescribe» (Cámara de Diputados, 1917, [p. 774]).

También incluyeron argumentos históricos al considerar que el acaparamiento de tierras implicaba «un poder formidable» de los dueños y un estorbo al desarrollo de la nación, situación que se vivió en la colonia a través del establecimiento de instituciones tendientes al sometimiento de los pueblos originarios como lo fue la encomienda. Incluso se llega a comparar la situación de la propiedad con la vivida durante la época colonial (Cámara de Diputados, 1917, [p. 774]).

Por último, se reconoce que la Ley Agraria de 1915⁹ fue un paso importante para el reparto agrario y se proponía que fuera elevada a

9 La Ley del 6 de enero de 1915, que declara nulas todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, otorgadas en contravención a lo dispuesto en la Ley de 25 de junio de 1856, expedida por Venustiano Carranza, en su calidad

rango constitucional para después desarticular el latifundio a través de la expropiación, respetando los derechos de los dueños, con la finalidad de «elevar la producción agrícola en cantidad superior a las necesidades del consumo» (Cámara de Diputados, 1917, [p. 775]). Por ello, desde la perspectiva del Congreso, la eliminación del latifundio no solo implicaba la restitución de tierras, sino también el desarrollo de un sector económico importante para inicios del siglo xx: el agrícola.

Después de la presentación del dictamen por parte del Congreso, empezó la discusión; el diputado Andrés Magallón señaló que su par, Félix Palavicini, cercano a Carranza, buscó que el tema agrario no fuera analizado por el Congreso Constituyente, sino que fuera dejado para la siguiente legislatura en su calidad de Congreso Ordinario. Desde su punto de vista, el Congreso no terminaría debidamente su labor si no se discutía la cuestión agraria. Palavicini declaró que se necesitaba más tiempo para una discusión y votación «a conciencia» (Cámara de Diputados, 1917, [p. 778]). Luego de varios intercambios de opiniones y de someter el aplazamiento ante la asamblea, se entró al fondo del asunto.

La discusión del artículo 27 constitucional se dio el día 30 de enero; al inicio de la sesión, la Secretaría de la Mesa Directiva del Congreso sometió a votación si se hacía en debate libre, es decir, con seis oradores en pro y en contra del dictamen, con uso de la palabra hasta por 30 minutos, o si se hacía con tres oradores, también en pro y en contra, con uso de la palabra hasta por 20 minutos. Ganó la primera opción, pese a la oposición ferviente de Félix Palavicini.

La discusión fue un tanto álgida; no tratamos de transcribir lo argumentado dentro del Constituyente, solo apuntamos los principales puntos esgrimidos por los diputados. El estudio fue fraccionado de acuerdo con los diferentes párrafos redactados para el artículo 27. En

de primer jefe del Ejército Constitucionalista, reconoció el despojo de la propiedad comunal para convertirla en propiedad privada, así como los efectos contraproducentes, para los pueblos y las comunidades, del artículo 27 de la Constitución de 1857 al no tener capacidad para adquirir y poseer bienes inmuebles, ni para poder defender sus derechos. En 12 artículos se buscaba devolver las tierras de dichas comunidades, así como el establecimiento de autoridades agrarias para dicha restitución (Cámara de Diputados et al., 2016, pp. 534-538).

el primero, dedicado a reconocer la propiedad originaria de las tierras por parte de la nación con la capacidad de transmitir el dominio a los particulares para que se convierta en propiedad privada, Luis Navarro, representante de Puebla, habló en contra del dictamen; él quería una redacción más radical y narró algunas circunstancias coloniales y contemporáneas (Cámara de Diputados, 1917, [pp. 781-782]). Por su parte, Juan de Dios Bojórquez, del Estado de Sonora, argumentó a favor del dictamen por la cuestión agraria causante de la revolución, así como de las circunstancias perjudiciales ahondadas por la dictadura porfirista. Con esta participación terminó la discusión del primer párrafo.

En cuanto al segundo, dedicado a la expropiación de las tierras solo por causa de utilidad pública, el diputado Epigmenio Martínez, del Estado de Puebla, disertó a favor del dictamen y de tal figura; después de su participación, se reservó dicho apartado para su votación (Cámara de Diputados, 1917, [p. 787]).

Los siguientes párrafos fueron reservados para su votación sin entrar en discusión; de acuerdo con el *Diario de Debates*, estos fueron el inciso segundo, en donde se dispuso que la nación podía imponer modalidades a la propiedad y se estableció la división del latifundio; el inciso tercero, sobre el dominio directo de la nación respecto de los minerales, los combustibles (incluido el petróleo), y el inciso cuarto, donde se estableció la propiedad de la nación sobre las aguas, los mares y los demás cuerpos de agua dentro del territorio nacional (Cámara de Diputados, 1917, [pp. 787-788]).

En cuanto al quinto inciso, sobre el dominio inalienable e imprescriptible de la nación y la capacidad de hacer concesiones por parte del Gobierno federal a los particulares, Federico Ibarra y Amado Aguirre, ambos del Estado de Jalisco, propusieron que las concesiones mineras pagaran cierto porcentaje de sus utilidades al erario, pero no hubo consenso sobre dicha propuesta, debido a que también se pedía que fuera legislado en leyes secundarias (Cámara de Diputados, 1917, [pp. 788-789]).

El inciso séptimo, dividido en siete fracciones, en donde se estableció la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y las aguas de la nación, fue el que tuvo más intervenciones. En la fracción primera, por la figura de la extranjería y su impedimento para adquirir el dominio

directo de tierras y aguas, Enrique Enríquez, del Estado de México, pedía que «los extranjeros no pudieran contraer matrimonio con mexicanas dueñas de bienes raíces» (Cámara de Diputados, 1917, [p. 790]); Enrique O’Farrill, también del Estado de México, consideró la propuesta «enteramente inútil» (Cámara de Diputados, 1917, [p. 791]); mientras que Heriberto Jara, diputado del Estado de Veracruz, habló a favor del dictamen. Después de la discusión de esta primera fracción, se suspendió la sesión por una hora. En la reanudación no hubo acuerdo y la comisión retiró su dictamen.

Se prosiguió a leer la fracción segunda dedicada a la incapacidad de la Iglesia, independientemente del credo, para adquirir, poseer o administrar bienes inmuebles. El diputado Fernando Lizardi, representante de Guanajuato, apoyado por Agustín Garza González, de Nuevo León, pidió que se autorizara la adquisición de bienes muebles con limitantes. Múgica retiró el proyecto para hacerle modificaciones sin que se aceptara la propuesta de Lizardi.

En cuanto a la tercera fracción, en donde se limitaba a las instituciones de beneficencia públicas y privadas, dedicadas a la investigación científica y la enseñanza, a adquirir bienes inmuebles y se prohibía que estén bajo la dirección de la Iglesia, después de tres intervenciones, se consideró suficientemente discutido y se reservó para su votación. En la fracción cuarta, dedicada a la prohibición de las sociedades comerciales para adquirir fincas rústicas, a excepción de aquellas que se dedicaran a la industria febril, minera y petrolera, hubo una mínima modificación para sustituir a las sociedades con títulos al portador por las de acciones; luego de dicho cambio se consideró suficientemente discutido para su votación.

Para la fracción quinta, respecto a la posibilidad de los bancos de tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas debido al permiso para tener bienes inmuebles que fueran estrictamente indispensables, hubo una observación por parte del diputado Francisco Espinosa, del Distrito Federal, quien argumentaba que la redacción permitía a los bancos la apropiación de los bienes sujetos a garantía por los créditos otorgados, pero no pagados. El diputado Colunga aclaró el objetivo de la redacción, así que el secretario declaró suficientemente discutido el

asunto, aunque más adelante, a instancias de Palavicini, se volvió a estudiar y se dio paso a la discusión de la sexta fracción, respecto a la capacidad de las comunidades (los pueblos, las rancherías y las tribus) para disfrutar de tierras, bosques y aguas. Este fue un punto de conflicto: Múgica defendió el proyecto, pero Rafael Cañete, representante de Puebla, pidió que se reconociera a esas comunidades la capacidad de defender dichas propiedades tanto judicial como extrajudicialmente.

Lo anterior impactaría en las facultades del municipio establecidas en el artículo 115 constitucional. El diputado Colunga refutó la propuesta de Cañete. El secretario preguntó a la asamblea si el tema estaba suficientemente discutido y la mayoría dijo que sí. La última fracción no tuvo oradores, por lo que directamente se reservó.

El estudio del contenido restante del artículo 27 pasó prácticamente sin oradores, salvo en los temas relacionados con la declaratoria de nulidad de las disposiciones que hubieran privado a las comunidades de sus tierras desde 1856. Como puede observarse, el análisis del artículo antes mencionado se tornó compleja; incluso el secretario y el presidente solicitaron que los diputados no abandonaran el salón de sesiones para que pudiera seguir la discusión, así como para mantener el *quorum*. En el momento de la votación, no solo se sometió a la asamblea el 27 constitucional, sino que también se incluyó una fracción del 73, el 10, además del 17, 19, 29, 33, 82 y una fracción del 115. En la madrugada del 30 de enero quedó aprobado por unanimidad el artículo en cuestión.

4. LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 14 Y 27 CONSTITUCIONALES

En cuanto a las reformas que han modificado los artículos 14 y 27 constitucionales, se puede decir que el primero ha sufrido menos cambios: en el 2005 tuvo su primera modificación, la cual no se analizará aquí por estar fuera del periodo de estudio; en contraste, el artículo 27 tuvo seis cambios entre los años 1917 y 1957. De manera sucinta, se enunciarán en este apartado.

La primera reforma fue en 1934, durante el gobierno de Abelardo L. Rodríguez; en ella se abrogaba la Ley Agraria de 1915 y se elevaron

a rango constitucional algunos de sus elementos. Además, se incluyeron fracciones que garantizaban el reparto agrario. Al igual que la ley antes mencionada, se crearon instituciones para las restituciones de las tierras y se negó a los antiguos dueños de las tierras el uso de cualquier recurso legal, incluso el amparo, para contrarrestar dicha restitución (Poder Ejecutivo, 1934). Hoy en día esa medida puede ser considerada violatoria de derechos humanos.

La segunda reforma se dio en 1937, durante el mandato de Lázaro Cárdenas; dicho cambio solo se dio en la fracción VII del artículo 27 constitucional. En ella se establecía que los núcleos de población tendrían capacidad de disfrutar las tierras, las aguas y los bosques que les pertenecieran y determinaba que la jurisdicción federal podía resolver cualquier cuestión sobre límites de terrenos comunales entre dos o más núcleos, le correspondía al Ejecutivo Federal la solución y si las partes se mantenían inconformes, podían recurrir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Poder Ejecutivo, 1937). Como puede observarse, el cambio fue menor en comparación con la de 1934, pero tuvo un impacto porque reconoció la capacidad de las comunidades para acceder al disfrute comunal de bienes inmuebles como las tierras.

El siguiente cambio se dio en 1940, unos días antes del término del periodo presidencial cardenista. Ahora se añadiría el párrafo sexto, cuya materia es petrolera. Se reafirmaba el dominio inalienable e imprescriptible de la nación sobre los recursos naturales, de modo que el Gobierno federal podía otorgarlos a particulares. Respecto al petróleo, se establecía la prohibición de emitir concesiones y se mencionaba que una ley reglamentaria regularía la explotación de dicho recurso por parte de la nación (Poder Ejecutivo, 1940).

La cuarta reforma al artículo 27 constitucional aconteció en 1945, durante el gobierno de Manuel Ávila Camacho; en ella se reformó únicamente el párrafo quinto, en el que se reitera la propiedad de la nación sobre los mares, aunque el cambio más sustancial fue en torno a la regulación de las aguas del subsuelo, ya que se permitía su extracción y explotación: «pueden ser alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por [los] dueño[s] [de los] terreno[s]» (Poder Ejecutivo, 1945, p. 2).

La quinta reforma, realizada durante el periodo presidencial de Miguel Alemán, fue más extensa que las tres anteriores; en ella se modificaban las fracciones x, xiv y xv del artículo 27 de la Constitución. En la primera se establecía la posibilidad de dotación de tierras a poblaciones que carecieran de ejidos a través de expropiaciones que el Gobierno federal pudiera hacer, pero se deberían tomar en cuenta varios elementos, como las necesidades de la población, y debían ser tierras ubicadas en las inmediaciones de los pueblos. Además, se consideraba que la superficie o la unidad individual de dotación no debería ser menor a diez hectáreas de riego o humedad.

La fracción xiv desarrolla con mayor detenimiento lo establecido en 1917, al reafirmar que los propietarios que hubieran perdido sus tierras por la restitución o reparto no tenían derecho a ningún tipo de acción para poderse defender de dicha afectación; una vez más, se les negó la posibilidad de interponer el amparo. Solo podían exigir al Gobierno federal el pago de la indemnización por la pérdida de sus propiedades. Se tenía un año para pedirla, contado a partir de la publicación de la resolución en el *Diario Oficial de la Federación*. Por otro lado, en dicha fracción sí se otorgaba el derecho a interponer el amparo a los dueños o los poseedores de predios agrícolas y ganaderos con certificado de inafectabilidad cuando se les hubieran privado o perjudicado ilegalmente sus tierras o sus aguas.

Por último, la fracción xv protegía la pequeña propiedad agrícola y ganadera en explotación, es decir, que estuviera siendo utilizada; también señalaba que las autoridades que emitieran cualquier acto para perjudicarla incurrirían en violaciones a la Constitución. La reforma misma estableció las medidas de las tierras para que fueran consideradas como pequeña propiedad; por ejemplo, «la[s] que no exced[ieran] de cien hectáreas de riego o humedad» (Poder Ejecutivo, 1947, p. 2); además, una hectárea de esta calidad equivalía a dos de temporal, cuatro de agostadero y ocho de monte.¹⁰

10 La reforma profundiza en las equivalencias de las medidas de las tierras para que se consideraran como pequeña propiedad. Ejemplos de ello eran «las superficies que no exced[iera]n de doscientas hectáreas en terrenos de temporal o de agostadero susceptible[s] de cultivo; de ciento cincuenta cuando las tierras se dediquen al cultivo

La última reforma dentro del periodo comprendido entre 1917 y 1957 se realizó en 1948, también durante el gobierno de Alemán; en esta adición se establecía que los «Estados extranjeros [podían adquirir], en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones» (Poder Ejecutivo, 1948, p. 3), siempre que contaran con autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores bajo el principio de reciprocidad, pero sin olvidar el interés público interno o de la nación.

De las anteriores reformas al artículo 27 constitucional, puede concluirse que el derecho de propiedad hacia los extranjeros estuvo muy limitado respecto de los bienes inmuebles, se buscó la desarticulación del latifundio y, a la vez, la permanencia de la propiedad privada, la reivindicación de la propiedad originaria de la nación y el interés por satisfacer una demanda histórica en cuanto al reparto agrario, por lo que se tendió al reforzamiento de la propiedad colectiva de las tierras.

5. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA QUINTA ÉPOCA EN TORNO AL DERECHO DE PROPIEDAD Y LOS ARTÍCULOS 14 Y 27 CONSTITUCIONALES

Después de explicar las circunstancias de la propiedad a partir de 1917, las discusiones dentro del Congreso Constituyente para emitir el artículo 27 constitucional y sus posteriores reformas, queda dilucidar los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a los artículos 14 y 27 y, en específico, sobre el derecho de propiedad.

No debe olvidarse que la temporalidad de estudio de los criterios es desde 1917, cuando inicia la vigencia de la actual Constitución, hasta 1957, momento en el que finalizó la quinta época de la jurisprudencia

del algodón, si recib[ía]n riego de avenida fluvial o por bombeo; de trescientas, en explotación, cuando se destin[aran] al cultivo de plátano, caña de azúcar, café, henequén, hule, [...].

[También se] considera[ba] pequeña propiedad ganadera la que no exceda de la superficie necesaria para mantener hasta quinientas cabezas de ganado mayor o su equivalente en ganado menor» (Poder Ejecutivo, 1947, p. 2).

emitida por la Corte. Por otro lado, también habría que decir que no existía una marcada claridad en cuanto a diferenciar entre tesis y jurisprudencias, incluso existe una dificultad para determinar quién era el ministro ponente de los diferentes asuntos estudiados.

Tan pronto como entró en vigor la Constitución de 1917, la Corte emitió una serie de criterios sobre el derecho de propiedad; los primeros datan de 1918, en la interpretación del artículo 27 constitucional. Se han podido rastrear nueve tesis de ese año sobre dicho tema. Los puntos por tratar fueron los siguientes: condicionar al derecho antes mencionado a las necesidades colectivas frente a consideraciones que lo colocaban como un elemento exclusivo y absoluto del individuo (Tesis s. n., 1918, p. 272), lo cual no es extraño, dada la tendencia de la dictadura porfirista, presente antes del estallido de la revolución, a privilegiar los intereses particulares de los grandes propietarios. También se advertía que el espíritu dominante del texto constitucional era resaltar la adjudicación o la restitución de tierras a los pueblos (Tesis s. n., 1918, p. 272).¹¹

Además, se reconoció que el Estado tenía un interés especial en la aplicación y el cumplimiento del artículo 27 constitucional (Tesis s. n., 1918, p. 1630). Otro punto que aclaró el criterio de la Corte fue la relación de este artículo con la Ley Agraria del 6 de enero de 1915, al explicar que sus preceptos no debían aplicarse aisladamente, sino en relación con la carta magna y «en los casos de oposición entre ambos textos, deb[ía] prevalecer el segundo, porque la expresada ley cont[enía], solamente, el germen de los principios que alcanzaron completo desarrollo en el artículo citado» (Tesis s. n., 1918, p. 1050).

Asimismo, la Corte aclaró que en el proceso del reparto agrario las tierras debían ser tomadas «de las fincas inmediatas cercanas, [fueran] o no colindantes, respetando solamente la pequeña propiedad» (Tesis s. n., 1918, p. 1052), porque, desde su perspectiva, el derecho de los pueblos a ser dotados de tierras estaba estructurado a partir de dos postulados: la desarticulación del latifundio y la supresión de la colindancia inmediata,

11 Véanse las Tesis s. n. (1918, p. 459) y Tesis s. n. (1918, p. 441), en las que se estableció que se violaba el derecho de propiedad si se aplicaba una disposición que no tuviera carácter de ley.

debido a que podía constituir un obstáculo a dicho derecho (Tesis s. n., 1918, p. 1050). Pero el máximo tribunal del país no solo se pronunció sobre el 27 constitucional, sino que también emitió, para 1918, un criterio sobre el artículo 14, donde señaló que dicho precepto establecía que los individuos podían ampararse siempre y cuando se les privaran de manera arbitraria de sus propiedades, posesiones, derechos de cualquier tipo y sin limitación alguna (Tesis s. n., 1918, p. 1163).

En la década de los veinte del siglo xx, la Corte continuó con la emisión de criterios sobre la propiedad, una de las primeras tesis fue sobre el párrafo iv del artículo 27 constitucional, pues consideró que no podía estimarse retroactivo ni tampoco vulneraba derechos adquiridos; cabe aquí mencionar que se puso a discusión la retroactividad de un precepto de la Constitución, debido a que establecía «la nacionalización del petróleo y sus derivados» (Tesis s. n., 1921, p. 433), pero con respeto a dichos derechos.¹² Para 1924, cuando asumió la Presidencia Plutarco Elías Calles, el máximo tribunal estableció como facultad del presidente «la obligación de conceder a los pueblos los ejidos que [fueran] necesarios y que [bastaran] para las necesidades de las personas» (Tesis s. n., 1924, p. 1606); lo anterior fue derivado de la aplicación del mismo artículo constitucional y de la Ley Agraria de 1915. Además, en ese mismo año, reafirmó lo establecido en el texto constitucional al señalar que nadie podía ser privado de cualquier propiedad sino a través de un juicio ante tribunales previamente establecidos con las formalidades del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad a los hechos (Tesis s. n., 1924, p. 1361). Por último, la Corte definió el contenido de la propiedad, consistente en usar, gozar y abusar de la cosa material (Tesis s. n., 1924, p. 649).

Entre 1925 y 1929 se emitieron otras tesis sobre la propiedad, entre las que destaca la negación de la suspensión de la aplicación de las leyes emitidas conforme al artículo 27 constitucional por ser de interés público (Tesis s. n., 1927, p. 843). También se reconoció que la propiedad privada estaba garantizada por los artículos 14 y 27 de la Constitución

12 Esa misma postura fue ratificada al siguiente año en el criterio de la Tesis s. n. (1922, p. 887).

con una subordinación de la individual frente a la colectiva, aunque en las dotaciones de tierras se debían cumplir con las formalidades del procedimiento (Tesis s. n., 1928, p. 638). Esto no puede perderse de vista en la medida en que refleja el pensamiento social respecto de la propiedad, al privilegiar el ámbito colectivo y público tanto en la aplicación de leyes como en el proceso de reparto; por lo tanto, se entendía una superposición de la propiedad colectiva frente a la individual.

Asimismo, la Corte aclaró que el Congreso General era el único facultado para establecer las modalidades de la propiedad y no las legislaturas de los Estados, por lo que, cuando la Constitución hacía referencia a la nación¹³, se debía entender a la Federación y no a los Estados de forma aislada (Tesis s. n., 1929, p. 6315).¹⁴ Por otro lado, apuntó que les correspondía a los tribunales nacionales determinar la rescisión de los contratos administrativos hechos desde 1876, los cuales tuvieron como consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas de la nación por una sola persona o sociedad (Tesis s. n., 1929, p. 2238). En ese sentido, para 1929 se trató de definir lo que le correspondía a cada autoridad, de acuerdo con la interpretación del texto constitucional: al Congreso, legislar sobre las modalidades de la propiedad; a los tribunales, la rescisión o no de los contratos administrativos respecto de las tierras, y al presidente, la capacidad de poder determinar el reparto agrario.

En la década de los treinta, en el momento de las dos primeras reformas constitucionales al artículo 27 y la nacionalización de la industria petrolera, la Corte emitió algunos criterios interesantes en torno al derecho de propiedad. En específico, en 1932 hizo una disertación sobre el tema en relación con los monumentos históricos, en la cual manifestó que el propósito del Congreso Constituyente entre 1916 y 1917 fue establecer el régimen jurídico de la propiedad, por lo que, con la Independencia, la nación «asumió todos los derechos de propiedad que a

13 El *Diccionario panhispánico del español jurídico* (Real Academia Española, s. f.) define «nación» como un «[c]onjunto de habitantes de un país regido por el mismo Gobierno». En ese contexto, la Federación aglutina a los habitantes de México por encima de los Gobiernos locales de cada Estado.

14 Ese criterio se mantiene hasta 1952, cuando la Corte reafirma que las modalidades de la propiedad contenidas en leyes locales contravenían a lo establecido por la Constitución (Tesis s. n., 1952, p. 1656).

los reyes de España les correspondían, y, por lo mismo, este patrimonio ingresó a toda la nación, y no a las partes que entonces constituían el territorio» (Tesis s. n., 1932, p. 1074). Por lo tanto, la gestión del patrimonio histórico de nuestro país pasó a manos de la Federación, sin intervención de los Estados.

En ese mismo año, es decir, 1932, la Corte hizo los primeros pronunciamientos en torno a la propiedad y el amparo, al señalar que un tercero extraño a un juicio en donde se ejecutaba el acto reclamado no podía interponer dicho mecanismo de protección de derechos. Más adelante, el mismo tribunal establecerá algunos criterios en torno a la procedencia del amparo en su relación con la defensa de la propiedad (Tesis s. n., 1932, p. 24).

En 1938, la Corte se pronunció sobre el tema petrolero: consideró que el artículo 27 constitucional es irretroactivo en la parte que establece la nacionalización «de dichas sustancias y sus derivados», por lo que no afectaba los derechos de quienes habían ejecutado trabajos o celebrado contratos antes del primero de mayo de 1917, fecha en la que entró en vigor la Constitución (Tesis s. n., 1938, p. 1029). En ese sentido, se daba protección a los actos realizados dentro de la industria petrolera antes del inicio de la vigencia del texto fundamental.

Un año después se pronunció sobre la posesión y el contenido del artículo 14 constitucional, al establecer que para obtener la protección federal por despojo en las posesiones, se debía demostrar que se tenía dicha posesión, dado que los tribunales federales no tenían facultades para poder determinarla, sino simplemente para otorgar el amparo frente a dicho despojo (Tesis s. n., 1938, p. 4185). Lo anterior se complementa con otro criterio en el que se sustentó que el simple hecho de ocupar un bien inmueble no implicaba posesión y no debía ser protegido, ya que podía constituir «una defensa en el torpe sostenimiento de posesiones ilegítimas y aun delictuosas, posesiones cuya legalidad pretend[iera] probarse por medio de testigos ineficaces» (Tesis s. n., 1938, p. 2423). Estos dos criterios implicaron la pertinencia del amparo en la protección de la posesión con la salvedad de que el promovente debía demostrarla y los tribunales no podían entrar a dilucidar sobre su existencia.

En la década de los cuarenta, se emitieron varios criterios por parte de la Corte sobre ciertos asuntos vinculados a la propiedad, uno de ellos fue respecto a los bienes en manos de la Iglesia. En 1940, se concluyó que el artículo 27 constitucional establecía que los bienes de la Iglesia eran propiedades de la nación (Tesis s. n., 1940, p. 3019). En esa línea, su aplicación implicaba que todo bien presente o futuro en manos eclesiásticas entraba en dominio de la nación; esto tenía como consecuencia, desde la perspectiva de la Corte, una tendencia hacia la nacionalización de dicho patrimonio.

Un tema recurrente a partir de 1940 es el relacionado con los efectos del amparo en relación con la protección de la propiedad. La mayoría de las tesis de esa década explicaron su procedencia, los efectos y los mecanismos de protección. Es importante destacar que durante ese periodo se dieron las cuatro reformas restantes al artículo 27 constitucional y, a grandes rasgos, ya había un pronunciamiento bastante amplio sobre los alcances del artículo antes mencionado, junto con el artículo 14 de la Constitución y el mismo derecho de propiedad.

El máximo tribunal del país consideró que en el amparo no se podía determinar a cuál de las dos partes contendientes le correspondía la propiedad de un bien determinado, debido a que esta cuestión debía ser resuelta por los tribunales ordinarios, pero si no existía esta disputa y la controversia solo se limitaba a reclamar la violación de este derecho, el amparo procedía para protegerse de violaciones al artículo 14 de la Constitución (Tesis s. n., 1941, p. 920), mientras que los efectos de dicho mecanismo se limitaban a la «protección constitucional y respecto de las relaciones entre el quejoso y la autoridad responsable» (Tesis s. n., 1941, p. 4824).¹⁵

15 La Tesis s. n. (1941, p. 921) reitera que en el amparo no se puede determinar a quién le corresponde la propiedad de los bienes, solo se limita a estudiar las relaciones entre el quejoso y la autoridad responsable, pero no para reconocer este derecho en favor del primero. Según la Tesis s. n. (1941, p. 925), el amparo podía surtir efectos para que el reconocido como propietario de un bien se mantuviera en tal condición mientras se resolvía el juicio en donde se determinaba a quién le correspondía dicho derecho. Véanse las Tesis s. n. (1941, p. 3764), Tesis s. n. (1942, p. 2178) y Tesis s. n. (1944, p. 3402). Este criterio se mantendrá hasta 1952, al mantener la restricción para definir la propiedad de un bien y limitarla a su protección. Véanse las Tesis s. n. (1950, p. 2731) y Tesis s. n. (1952, p. 868).

La anterior limitante también se establecía cuando un tercero extraño al procedimiento judicial solicitaba el amparo, porque se limitaba a protegerlo de violaciones al texto constitucional, en específico en su artículo 14 (Tesis s. n., 1942, p. 2235).¹⁶

Por último, en 1941, la Corte emitió un par de criterios en los que explicó la relación entre propiedad y posesión; para ello, señaló que la primera atribuye «al propietario el uso y disfrute de la cosa que le pertenece, implica necesariamente la posesión, porque es parte integrante de ella, aun cuando no tenga caracteres objetivos, pues basta el ejercicio de hecho del dominio, para que se tenga como probada» (Tesis s. n., 1941, p. 3851) a la segunda. Como se ha visto hasta este momento, la Corte, a partir de 1917, fungió como la institución que permitió aclarar algunos puntos respecto a la propiedad y mantuvo la tendencia social, lo que implicó el fin de la redacción del artículo 27 constitucional para buscar la eliminación de las históricas diferencias a partir de la inequitativa tenencia de la tierra.

6. CONCLUSIONES

La Revolución mexicana ayudó, entre otras cosas, a modificar el sistema constitucional mexicano, al dejar de lado la Constitución liberal de 1857 y promulgar una Constitución de carácter social en 1917 debido a la inclusión de derechos sociales. En ese sentido, el derecho de propiedad se vio transformado y pasó de solo garantizar la protección de los bienes, los papeles y las posesiones de las personas a tener un entramado en donde el Estado intervino en diversas áreas, como los bienes de la Iglesia y la propiedad originaria de la nación, pero con una coexistencia de la propiedad privada y la reivindicación, por parte del Gobierno, en la administración de los recursos naturales, entre ellos el petróleo.¹⁷

¹⁶ Véanse las Tesis s. n. (1944, p. 986), Tesis s. n. (1947, p. 2212), Tesis s. n. (1947, p. 1551) y Tesis s. n. (1947, p. 540).

¹⁷ Medina (2011, p. 20) menciona que, con el triunfo de la Revolución mexicana, feneció el Estado nacional para dar paso al posrevolucionario; la Constitución de 1917 incluyó derechos de sectores de la población que iban «despertando», como los campesinos y los trabajadores; también sentó las bases para que paulatinamente el Estado interviniera en la economía. Por lo tanto, la Revolución no solo dejó una transformación política, sino también económica.

No debe ser extraña la participación estatal en la economía, la política y la propiedad, debido a que el país venía de un régimen dictatorial porfirista en el que los beneficios fueron concentrados en un sector muy reducido. Por lo tanto, se quería que la propiedad fuera un derecho de muchos y no de pocos, como se mantuvo hasta 1917. Sin embargo, cabe precisar que el proyecto de Constitución de Carranza no contempló muchos cambios en relación con lo establecido a partir de 1857. Las propuestas de modificación surgieron dentro del Congreso Constituyente; diputados como Múgica, Rouaix y Jara¹⁸ ayudaron a incluir otros elementos con la finalidad de reducir los años de despojo y olvido de los grupos más numerosos, pero menos favorecidos por el Porfiriato.

Desde la perspectiva constitucional, a partir de 1917, la propiedad estuvo regulada por el artículo 14, sin muchos cambios en comparación con el texto constitucional de 1957, y por el artículo 27, el cual sí tuvo una transformación fundamental tendiente a la justicia social a partir de las influencias de la Ley Agraria de 1915. Se pueden observar algunas restricciones en el ejercicio de la propiedad de la Iglesia, lo cual es entendible en la medida en que, para el siglo xx, México se había constituido como un Estado laico. También se establecía que este debía determinar las modalidades de la propiedad, limitando la privada; además, se reafirmaba la propiedad originaria de la nación respecto a ciertos recursos naturales como las aguas y los minerales. Asimismo, se prohibía a las sociedades mercantiles adquirir ciertos bienes inmuebles como las fincas rústicas; mientras que a los bancos se les permitía tener bienes necesarios para cumplir con su objeto o fin. Por otro lado, se regulaba la figura de la expropiación por causa de utilidad pública y, por último, se declaraban nulos los despojos hacia pueblos hechos desde 1856 y se imponía la obligación de desarticular el latifundio, figura vinculada con el Porfiriato.

En cuanto al elemento jurisprudencial, es importante precisar que se estudiaron los criterios emitidos por la Corte entre 1917 y 1957, es decir, en la quinta época. En dichas tesis se observa que el máximo tribunal

18 Para conocer las biografías de estos tres personajes, véase Romero (2014, pp. 113-114, 138-139, 182-183).

buscó preservar el interés colectivo en el derecho de propiedad y eliminar el latifundio y la concentración excesiva de la tierra en pocas manos, en consonancia con el texto constitucional. Es notorio el reconocimiento de la ausencia de los medios de defensa frente al reparto agrario; la razón estriba en que la propia Constitución los nulificaba en contra de dicha determinación; también se mantuvo el uso del amparo para efectos de proteger la propiedad, pero no como medio para poder reconocerla, y se garantizó la presencia del Estado en su regulación.

En conclusión, el derecho de propiedad, desde el punto de vista constitucional y dentro del México posrevolucionario, se enfocó más en los bienes inmuebles y las tierras junto a su reparto porque se dejó de lado la concepción liberal decimonónica para enfocarse en garantizar una justicia social por años negada. La razón no es menor si se toman en cuenta las circunstancias existentes antes de 1917; si se observan los criterios de la Corte durante la quinta época, se podrá concluir que dicho derecho no solo se limitaba al contenido del artículo 27, sino que también incluye lo establecido por el artículo 14 de la Constitución, que hoy en día es considerado como un apartado que garantiza la seguridad jurídica. Por consiguiente, las tesis emitidas por el máximo tribunal del país ayudaron a fortalecer la propiedad colectiva y mantener la individual con una fuerte intervención del Estado para garantizarla.

REFERENCIAS

- Cámara de Diputados. (1916a, 1 de diciembre). Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, (12), 259-270. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_expmot_01dic1916.pdf
- Cámara de Diputados. (1916b, 6 de diciembre). Proyecto de Constitución. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, (19), 345-364. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_06dic1916.pdf
- Cámara de Diputados. ([1916, 21 de noviembre-1917, 31 de enero]). *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, [5-860]. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf

- Cámara de Diputados, LXIII Legislatura: Suprema Corte de Justicia de la Nación, LXIII Legislatura: Senado de la República, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral y Comisión de Derechos Humanos. (2016). *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones* (9.^a ed.). Miguel Ángel Porrúa.
- Garciadiego, J. (2008). Carranza y el inicio de los gobiernos revolucionarios. En W. Fowler (Coord.), *Gobernantes mexicanos II: 1911-2000* (pp. 65-84). Fondo de Cultura Económica.
- Gilly, A. (2007). *La revolución interrumpida* (2.^a ed.). Ediciones Era.
- Knight, A. (2010). *La revolución mexicana. Del Porfiriato al nuevo régimen constitucional*. Fondo de Cultura Económica.
- Medina, L. (2011). *Hacia el nuevo Estado. México, 1920-2000* (3.^a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Nava, E. (2010). La reforma agraria y la cuestión campesina en el periodo cardenista. En S. León y González (Coord.), *El cardenismo. 1932-1932*, vol. 5 (pp. 195-257). Centro de Investigación y Docencia Económicas; Fondo de Cultura Económica; Consejo Nacional para la Cultura y las Artes; Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México; Fundación Cultural de la Ciudad de México.
- Poder Ejecutivo. (1934, 10 de enero). Decreto que reforma el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, LXXXII(8), 121-125. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=191133&pagina=121&seccion=0
- Poder Ejecutivo. (1937, 6 de diciembre). Decreto que reforma la fracción VII del artículo 27 constitucional. *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, CV(30), 1-3. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=195333&pagina=1&seccion=1

- Poder Ejecutivo. (1940, 9 de noviembre). Decreto que adiciona el párrafo sexto del artículo 27 constitucional (petróleo). *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, CXXIII(8), 1-2. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=194840&pagina=1&seccion=0
- Poder Ejecutivo. (1945, 21 de abril). Decreto que reforma el párrafo v del artículo 27 constitucional. *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, CXLIX(45), 1-2. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=192422&pagina=1&seccion=0
- Poder Ejecutivo. (1947, 12 de diciembre). Decreto que reforma las fracciones x, xiv y xv del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, CLX(35), 1-3. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=199133&pagina=1&seccion=0
- Poder Ejecutivo. (1948, 2 de diciembre). Decreto que declara adicionada la fracción i del artículo 27 de la Constitución de la República. *Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, CLXXI(27), 3-4. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=191697&pagina=3&seccion=1
- Real Academia Española. (s. f.). Nación. *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*. <https://dpej.rae.es/lema/naci%C3%B3n>
- Romero, J. (2014). *Historia del Congreso Constituyente, 1916-1917* (3.^a ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. https://www.inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/641/historia_congreso_constituyente_final.pdf
- Rouaix, P. (2016). *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*. Secretaría de Cultura; Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. <https://www.inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1629/genesis.pdf>

- Saavedra, C. E. (2017). *La Constitución de 1917 y la jurisprudencia de la quinta época del Semanario Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2019-02/La%20Constitucion%20de%201917%20y%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20Quinta%20Epoca%20del%20SJFG.pdf
- Sánchez, J. B. (2017). La integración del Congreso Constituyente de 1917. *Historia Mexicana*, 66(3), 1271-1322. <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/3381>
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291084, t. II, 272.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291083, t. II, 272.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291212, t. II, 459.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291201, t. II, 441.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291997, t. II, 1630.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291586, t. II, 1050.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291079, t. II, 1052.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 291574, t. II, 1050.
- Tesis [s. n.]. (1918). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 290773, t. III, 1163.
- Tesis [s. n.]. (1921). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 287349, t. IX, 433.
- Tesis [s. n.]. (1922). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 287067, t. X, 887.
- Tesis [s. n.]. (1924). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 285298, t. XIV, 1606.

- Tesis [s. n.]. (1924). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 285212, t. XIV, 1361.
- Tesis [s. n.]. (1924). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 284929, t. XIV, 649.
- Tesis [s. n.]. (1927). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 281517, t. XXI, 843.
- Tesis [s. n.]. (1928). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 28033, t. XXII, 638.
- Tesis [s. n.]. (1929). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 364813, t. XXVII, 6315.
- Tesis [s. n.]. (1929). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 338679, t. XXV, 2238.
- Tesis [s. n.]. (1932). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 279364, t. XXXVI, 1074.
- Tesis [s. n.]. (1932). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 362394, t. XXXVI, 24.
- Tesis [s. n.]. (1938). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 331832, t. LV, 1029.
- Tesis [s. n.]. (1938). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 309833, t. LXI, 4185.
- Tesis [s. n.]. (1938). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 365951, t. LXIII, 2423.
- Tesis [s. n.]. (1940). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 354770, t. LXIV, 3019.
- Tesis [s. n.]. (1941). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 353754, t. LXVIII, 920.
- Tesis [s. n.]. (1941). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 353398, t. LXX, 4824.
- Tesis [s. n.]. (1941). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 353753, t. LXVIII, 921.
- Tesis [s. n.]. (1941). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 353455, t. LXIX, 925.

- Tesis [s. n.]. (1941). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 353346, t. LXX, 3764.
- Tesis [s. n.]. (1941). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 377407, t. LXIX, 3851.
- Tesis [s. n.]. (1942). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 352781, t. LXXI, 2235.
- Tesis [s. n.]. (1942). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 351948, t. LXXIII, 2178.
- Tesis [s. n.]. (1944). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 807772, t. LXXX, 3402.
- Tesis [s. n.]. (1944). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 807721, t. LXXXI, 986
- Tesis [s. n.]. (1947). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 347284, t. XCI, 2212.
- Tesis [s. n.]. (1947). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 347208, t. XCI, 1551.
- Tesis [s. n.]. (1947). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 345292, t. XCVIII, 540.
- Tesis [s. n.]. (1950). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 343800, t. CV, 2731
- Tesis [s. n.]. (1952). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, Reg. 318964, t. CXIII, 868.
- Tesis [s. n.]. (1952). *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época, reg. 342390, t. CXI, 1656.
- Valenzuela, G. J. (2017). *El Gral. Francisco J. Múgica, el llamado líder de las «izquierdas» en el Congreso Constituyente de 1916-1917*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2019-02/Gral%20Francisco%20J.%20Mujica%20el%20llamado%20lider%20de%20las%20izquierdas.pdf
- Womack, J. (2017). *Zapata y la revolución mexicana*. Fondo de Cultura Económica.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.06

ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES EN LA OBRA DE WESLEY HOHFELD Y CARLOS COSSIO. UN DIÁLOGO CON MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES¹

Some notes on the fundamental legal concepts in the work of Wesley Hohfeld and Carlos Cossio. A dialogue with María Beatriz Arriagada Cáceres

Alcune note sui concetti giuridici fondamentali nell'opera di Wesley Hohfeld e Carlos Cossio. Dialogo con María Beatriz Arriagada Cáceres

DIEGO LUNA

Universidad de Buenos Aires
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: diegoluna@derecho.uba.ar
<https://orcid.org/0009-0007-1064-6664>

-
- 1 Los días 24 y 25 de mayo de 2018 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile un encuentro chileno-argentino de filosofía jurídica denominado «El Constitucionalismo en Latinoamérica». El encuentro reunió a un amplio grupo de académicos/as e investigadores/as de Chile y Argentina para dialogar y discutir algunos aportes sobre teoría del derecho y filosofía jurídica desde la perspectiva de diversas tradiciones iusfilosóficas. Este artículo reproduce las ideas, con algunas correcciones y modificaciones, del diálogo que ofrecí desde una perspectiva egológica, ante el desafío de discutir el trabajo de la profesora María Beatriz Arriagada, de la Universidad Diego Portales, «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión» (2018), identificado en la tradición analítica del pensamiento jurídico.

RESUMEN

En este artículo sondeo las posibilidades de un diálogo como metodología y ofrezco, como aporte, un intento por conciliar esquemas conceptuales aparentemente disímiles en torno de un mismo problema teórico, a saber, el de los denominados conceptos jurídicos fundamentales y su utilidad en el plano de la lógica jurídica a partir de las categorías conceptuales desarrolladas por Wesley Hohfeld (1879-1918) y Carlos Cossio (1903-1987).

Palabras clave: Hohfeld; Cossio; conceptos jurídicos fundamentales; tradición analítica; teoría egológica del derecho.

Términos de indización: teoría legal; imperio de la ley; conceptualización (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In this article I explore the possibilities of a dialogue as a methodology and offer, as a contribution, an attempt to reconcile apparently dissimilar conceptual schemes around the same theoretical problem, namely, that of the so-called fundamental legal concepts and their usefulness at the level of legal logic based on the conceptual categories developed by Wesley Hohfeld (1879-1918) and Carlos Cossio (1903-1987).

Key words: Hohfeld; Cossio; fundamental legal concepts; analytical tradition; egological theory of law.

Indexing terms: legal theory; rule of law; conceptualization (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

In questo articolo esploro le possibilità del dialogo come metodologia e offro, come contributo, un tentativo di conciliare schemi concettuali apparentemente dissimili intorno allo stesso problema teorico, ovvero quello dei cosiddetti concetti giuridici fondamentali e della loro utilità nel campo della logica giuridica sulla base delle categorie concettuali sviluppate da Wesley Hohfeld (1879-1918) e Carlos Cossio (1903-1987).

Parole chiave: Hohfeld; Cossio; concetti giuridici fondamentali; tradizione analítica; teoría egológica del derecho.

Termini di indicizzazione: teoría jurídica; stato di diritto; concettualizzazione (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 15/09/2023

Revisado: 16/09/2023

Aceptado: 16/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE DIÁLOGO

¿Es posible el diálogo entre un ególogo y una analítica? ¿Por qué buscar el diálogo como posibilidad? Estas fueron algunas de las preguntas que me formulé al encarar la lectura del trabajo de la profesora Arriagada. Por supuesto que habrá puntos muy difíciles de conciliar entre una perspectiva y otra. Por ejemplo, desde mi perspectiva egológica, resultan de difícil asimilación expresiones tales como: «La potestad de producir derecho puede ser simultáneamente obligatoria o permitida» (Arriagada, 2018, § 51) y otras afirmaciones similares formuladas por la autora. Y digo difícil, pero no imposible, puesto que no se me escapa que expresiones como aquella parten del presupuesto de que el derecho son las normas. Arriagada (2018) es explícita al respecto, cuando razona: «Si el derecho no es sustancia (lo normado) sino la forma (normas), basta preguntar de qué modo norma y la respuesta es que lo hace fundamentalmente (primitivamente) estableciendo relaciones de deberes/derechos y de potestades/sujeciones» (§ 133).

En palabras de Agustín Squella (1988), para la Teoría Ecológica del Derecho (TED):

el derecho antes que una realidad específicamente normativa, constituye —según el decir ya clásico de Carlos Cossio— «conducta en interferencia intersubjetiva», pasando a ser las normas jurídicas, en consecuencia, no el objeto de la ciencia del derecho, sino el medio de que esta modalidad del conocimiento se vale para describir su verdadero objeto, a saber, la conducta humana. Por lo mismo Cossio creyó siempre que el carácter normativo de la ciencia del derecho se produce no porque esta suministre normas (Savigny), ni tampoco porque conozca de normas (Kelsen), sino porque ella describe su objeto por medio de normas. (p. 255)

Como bien explica Martín Laclau (2010), se comparta o no el punto de vista ecológico:

Su intuición central —la de Cossio—, aquella que sirvió de basamento para el desarrollo de su filosofía, fue la identificación del derecho con el comportamiento humano en interferencias intersubjetivas. Fue, precisamente, partiendo de esa noción central, que elaboró su lógica jurídica, sobre la base de considerar a las normas como juicios disyuntivos de deber ser. (p. 158)

De modo que es fácil acordar entre un ególogo y una analítica, aunque uno vea el objeto derecho en la sustancia y la otra en la forma, que hay normas que «obligan» a ejercer la potestad de producir normas y otras que permiten la potestad de producir normas. Tampoco es difícil comprender, para un ególogo, que una analítica crea que habla de la producción del derecho y trate, así en consecuencia —lo sepa o no—, como un problema ontológico lo que es un asunto lógico. Supongo que tampoco esta afirmación puede generar dificultad de comprensión alguna para una analítica como la profesora Arriagada, si se entiende —de buena fe, aunque no se acepte como postulado propio— que para la egología el derecho en cuanto objeto no son las normas, de modo que la obligación o el permiso relativo a la potestad de su producción no se refiere al derecho, sino solamente a las normas. Pero como este esfuerzo

de traducción resulta un tanto engorroso y el trabajo de Arriagada aborda con profundidad muchos aspectos que se encuentran fuera de mi alcance en el marco acotado de este diálogo, he optado por privilegiar mi comentario a unos pocos asuntos cuya comunicabilidad entre nuestros respectivos y disímiles marcos epistemológicos me ha resultado a primera vista más simple de expresar, y que por ello confío en que resultarán más accesibles al público en razón de lo acotado de esta presentación.

Además, el puente no lo tiendo solo por el mero interés de mi perspectiva epistemológica, sino también que el diálogo como posibilidad comunicacional entre dos marcos teóricos aparentemente disímiles, la insinuó también Genaro Carrió (1922-1997), traductor al castellano de Wesley Hohfeld (1879-1918), al incluir en la bibliografía básica sobre el tema, entre otros, a la segunda edición de *La teoría egológica del derecho* (1964). Así puede apreciarse en el anexo incluido en la edición de *Conceptos jurídicos fundamentales*, publicada en Buenos Aires en 1968 por el Centro Editor de América Latina, en la colección de Filosofía y Derecho dirigida por el propio Carrió, junto a Jorge Bacqué, Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés y reeditada en 1991 por Fontamara en México, en el marco de la Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política dirigida por Garzón Valdés, también, y Rodolfo Vázquez, que incluye el mismo anexo.

Soy consciente de que el Carrió egológico es menos conocido que el Carrió analítico. Por eso tal vez a muchos les parezca sorprendente lo que voy a decir. También es cierto que el «primer» Carrió no fue tan productivo como el «segundo» o el «tercero». Al igual que Roberto Vernengo, quien en 1948 publicó su primera monografía también desde una perspectiva francamente egológica, Carrió se interesó por aspectos del derecho penal. El propio Carrió (1984) explicaría:

Fui alumno de este durante los años 1944 y 1945 en la Universidad de La Plata y como casi todos los estudiosos argentinos de varias generaciones interesados en la Teoría General del Derecho quedé deslumbrado por la extraordinaria aptitud docente de Cossio y por la fertilidad de sus ideas. Mi primer trabajo escrito, publicado en 1947, es de franca orientación egológica. (p. 51)

Precisamente en esa primera publicación Carrió (1947) sostiene que la TED:

es, sin duda, uno de los movimientos científicos de más auténtica seriedad en el mundo jurídico de habla hispana. Sus enseñanzas se han revelado como de singular provecho para todo aquel que pretende hacer ciencia rigurosa dando a su labor intelectual esa certeza constrictiva y esa validez universal que caracterizan al menester científico. (p. 839)

Cuatro décadas más tarde dirá, con motivo de un volumen homenaje publicado por la Universidad Nacional de Tucumán, que los libros de Carlos Cossio (1903-1987) *El derecho en el derecho judicial* y *La teoría egológica del derecho*: « echaron las bases de la teoría jurídica general más fértil de cuantas han visto la luz en estas latitudes » (Carrió, 1989, p. 6). Así recordaba Carrió a Cossio, como el « hombre que mayor influencia intelectual ejerció en mi vida », expresando « públicamente la enorme deuda de gratitud que por tal razón siento y sentiré hacia él » (Carrió, 1987, p. 6).

Cuando en 1990 Carlos Nino (1943-1993) lo entrevistó también para la *Revista Doxa*, Carrió afirmó:

Su concepción —la llamada por él Teoría Ecológica del Derecho— incluía tesis muy audaces. Algunas de ellas contrariaban todo el pensamiento iusfilosófico anterior y contemporáneo a Cossio: el derecho no consiste en normas sino en conductas en interferencia intersubjetiva; las normas solo son juicios que mencionan dichas conductas; la Teoría Pura del Derecho, en todo lo que tiene de básico o central, no es sino lógica jurídica formal, etc. Ese conjunto de ideas sumamente novedosas atraía a los discípulos de Cossio, principalmente a los más jóvenes, entre quienes me encontraba. Nos sentíamos partícipes de una cruzada dirigida a refutar y desplazar casi todo el pensamiento jurídico tradicional y también el vigente. Los aportes cossianos en su conjunto me resultaban atractivos, por su carácter osadamente innovador y por el brillo y elegancia con que su creador los exponía en sus clases. Creo que es justo, en la perspectiva de hoy, destacar dos aportes

permanentes de Cossio al desarrollo de la iusfilosofía argentina. Hay, sin duda, más, pero esos dos, me parece, son los más dignos de mención. 1) El primero fue practicar y promover el diálogo oral y la polémica escrita como métodos centrales de la enseñanza y la investigación iusfilosóficas. Antes de Cossio no se los aplicaba con la intensidad con que él los implantó; después y hasta el presente ocuparon y han ocupado un papel insustituible en el desarrollo de esa disciplina. 2) El segundo fue poner en primer plano y estudiar el derecho judicial, como área de relevancia suma en la investigación iusfilosófica. También ese aporte ha perdurado, aunque con gravitación bastante menor que el anterior, salvo en la obra de algunos autores inicialmente formados por Cossio. (Nino, 1990, pp. 343-344)

Intentaré, entonces, en homenaje a Cossio y Carrió, practicar el diálogo de ideas a partir de la lectura del arduo trabajo publicado por la profesora Arriagada sobre las ideas de Hohfeld, desde una perspectiva egológica que por ello supone, aunque no solo, un anclaje en el derecho judicial si es cierto, como pensaba Carrió —y yo lo creo así—, que ese es uno de los aportes más destacables de la TED para la filosofía del derecho. No debe sorprender que el mismo Carrió, que destacó el aporte de la TED sobre la relevancia del estudio del derecho judicial para la investigación iusfilosófica, sea quien se haya interesado por un Hohfeld que parte de la experiencia judicial del *common law*, para identificar el uso de los conceptos jurídicos fundamentales. Más allá de lo que pueda decirse de las categorías acuñadas por Hohfeld (1968), baste este pasaje relativo al alcance del concepto de «privilegio» para ilustrar su metodología: «no debe sorprendernos hallar, tras un amplio examen de precedentes judiciales, que el sentido técnico *predominante* del término es, de modo análogo, el de negación de *deber jurídico*» (p. 60).

Uno de los objetivos será, además, traducir en «egológico» lo que nuestra ponente habla en «analítico» cuando los respectivos marcos teóricos estuvieren aludiendo al mismo fenómeno jurídico de un modo similar al que dos idiomas hablan del mismo asunto. Como se verá, y en la medida en que Arriagada concibe los temas que aborda —«elucidar estos conceptos y sus relaciones recíprocas»— como una tarea propia de

la teoría del derecho «analíticamente concebida», relegando las cuestiones axiológicas —«justificar la justicia o conveniencia»— como asunto de la «filosofía política del derecho», mis contrapuntos se centrarán prioritariamente en el plano de lo que la teoría egológica del derecho denomina «lógica jurídica formal», que se corresponde con el plano que Arriagada denomina «teoría del derecho analíticamente concebida».

Creo que todo ello puede tener algún provecho, de modo que es posible pensar estas anotaciones como formuladas desde un marco externo del asumido por Arriagada y más precisamente desde una exterioridad concreta: la TED que tiene, a su vez, su propia interioridad. También, aunque no soy un especialista, tomaré unas pocas ideas de algunos juristas norteamericanos en la medida en que considero que sus ideas pueden comunicarse fácilmente con la tradición egológica en torno de la cuestión estudiada.

Lo consideraba necesario y creo haberlo hecho suficientemente. Justificar tanto la perspectiva epistemológica de mi «contraoponencia», como ha sido dado en llamar el rol que me toca en esta tertulia iusfilosófica, como así también explicitar la metodología que pensé para encararla. Ahora puedo entrar de lleno en algunas cuestiones que me han despertado interés y para las cuales me creo en condiciones de decir algo también de interés.

2. ALGUNOS TEMAS EN COMÚN: LÓGICA JURÍDICA FORMAL Y ALTERIDAD DE LA CONDUCTA JURÍDICA

Creo que estamos de acuerdo en ubicar los aportes de Hohfeld, un verdadero clásico en el mundo anglosajón, conocido, estudiado y divulgado mucho más allá de ese ámbito, incluyendo —como es evidente— el latinoamericano, expresión a su vez de la corriente de la jurisprudencia analítica que reaccionó ante la tradición del empirismo iusnaturalista que inspiró la vida jurídica norteamericana, al menos, de los siglos XVIII y XIX. Precisamente Hohfeld trabaja sobre esa jurisprudencia que recurría, claramente al decir de Linares, a una instancia axiológica como pretensión de justicia guiando la práctica judicial a través de la tradicional garantía de la razonabilidad, el denominado debido proceso o «due process of law» (Linares, 1951, p. 9).

Mucho se ha dicho y escrito sobre el sistema de conceptos jurídicos fundamentales desarrollado por Hohfeld y sus seguidores. Por citar un caso, Manfred Moritz, en la tradición analítica continuador de la escuela de Upsala, dedicó uno de sus libros al asunto (*Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, Library of Theoria VII, Lund & Copenhagen, 1960). De modo que no aspiro a la originalidad ni a la novedad, pero sí a comunicar dos tradiciones a partir del pensamiento de otro clásico, aunque ahora del orbe latinoamericano, como lo es Carlos Cossio, también conocido, estudiado y divulgado mucho más allá de ese ámbito, incluyendo el anglosajón.

En el estudio preliminar a la traducción del trabajo de 1913, Carrió (1968) explica que

Hohfeld cumple su tarea mediante el examen de una abundante cantidad de usos vigentes, tomados de fallos judiciales y de obras teóricas de juristas. Sobre esa base aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales, que agrupa en dos tablas, una de correlativos y otra de opuestos. Ambas tienen los mismos ingredientes, solo que agrupados con criterios distintos. (p. 13)

Respecto de este estudio preliminar, Carrió (1984) dirá años más tarde:

De menor importancia que mis contribuciones al campo de la interpretación judicial del derecho han sido mis intentos de elucidar conceptos jurídicos fundamentales o pretendidamente básicos [...] Estas contribuciones se hallan inspiradas por la orientación analítica [...] Igual inspiración, en la misma área, tiene el estudio preliminar que antepuse a mi traducción del libro de Hohfeld. (p. 50)

En la caracterización de esos ocho conceptos jurídicos y sus relaciones, Hohfeld cumple con una tarea que, por desarrollarse en el estricto plano de la lógica jurídica, creo que puede ponerse en diálogo fácilmente con los desarrollos de la TED, al menos, relativos a la lógica jurídica formal. Así, desde la TED se postula que «si las normas son conceptos no

cabe entre los conceptos otra clase de relación que las de la lógica formal» (Cossio, 1969, p. 20). Aunque desde distintos puntos de partida iusfilosóficos, la preocupación por identificar las unidades lógicas más generales e irreductibles como conceptos jurídicos fundamentales resulta común en ambos marcos teóricos.

En la TED, Cossio se ocupa de los conceptos jurídicos fundamentales a partir de los modos de ser del derecho. Afirma:

el Derecho no existe así, en bruto, mondo y lirondo, siendo Derecho a secas y nada más. El Derecho existe en la experiencia como *facultad*, como *prestación*, como *entuerto* o como *sanción*. Son los modos de ser del Derecho [...] para saber qué es Derecho, es decir, para saber si algo pertenece a la región jurídica o no, no necesitamos recurrir a ninguna norma que nos resuelva el punto; pero para saber si ese trozo jurídico ya determinado como tal es una facultad o una prestación o un entuerto (transgresión) o una sanción, para esto sí ya necesitaremos de una norma. (Cossio, 1964, pp. 281-282)

Tengo la impresión de que si uno siguiera la clasificación ensayada por Carrió en el estudio preliminar a Hohfeld, estos conceptos desarrollados por la teoría egológica del derecho deberían ubicarse en un nivel inferior al que él denomina «conceptos A», aunque intercalado antes de los «conceptos B», donde ubica las categorías estudiadas por Hohfeld (una especie de distinción entre las divisionales «B Nacional» y «B Metropolitana» que se hace en el fútbol argentino, intercaladas en jerarquía inferior a la «Primera División» o «Primera A» si se me disculpa el regionalismo futbolero).

También es cierto, como señala Carrió, que Hohfeld no se ocupa de *todos* los conceptos jurídicos fundamentales. A simple vista, comparando los grupos de conceptos, se advierte que no tematiza el concepto fundamental que la egología llama *entuerto*, *transgresión*, *no-prestación* o *ilícito* en sentido estricto, como opuesto contradictorio de *deber jurídico* o *prestación*, sigue en esto —en gran medida— a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen rectificando aquel asunto de la mención de la licitud como contracara de la norma primaria, en la denominada norma

secundaria, como conducta necesaria para evitar la sanción. Y no basta con hablar del *no-derecho* como posición opuesta al concepto *derecho subjetivo* o *pretensión*, para aludir con ello al *ilícito* o *transgresión*, puesto que no basta con decir que no tengo derecho a tomar una cosa ajena como propia frente al derecho subjetivo de otro de ejercer sobre ella la propiedad, toda vez que sigue sin mencionarse jurídicamente —es decir, con un concepto jurídico— la juridicidad específica del apoderarse como posición jurídica específica de uno, correlativa del desapoderamiento del otro. Esto es, la juridicidad del delito como ilícito penal. Del mismo modo, no basta con decir que no tengo derecho a no pagar el precio frente al derecho subjetivo de otro de recibir el pago del precio, pues sigue sin mencionarse jurídicamente —es decir, con un concepto jurídico— la juridicidad específica de quien no paga lo debido como posición jurídica específica de uno, correlativa del otro quien no lo cobra. Esto es, la juridicidad del incumplimiento contractual como ilícito civil.

De todos modos, como se verá más adelante, algunos de los diez conceptos jurídicos fundamentales que componen la caracterización egológica de la norma jurídica como juicio disyuntivo guardan una evidente correspondencia con las categorías de Hohfeld, en particular con los conceptos de derecho subjetivo (pretensión) y el de deber (obligación). Ello no se debe siquiera a una sinonimia en el modo de designarlos, sino —al menos así lo entiendo yo— más bien a una correspondencia entre los fenómenos jurídicos aludidos por tales categorías, salvando las diferencias epistemológicas del punto de partida de un marco analítico el uno y fenomenológico existencial el otro.

Así, por ejemplo, un asunto que me ha despertado particular interés es el de la bilateralidad de la conducta en términos egológicos, que aparece también, aunque no con esa expresión, ni tematizado, pero sí implícito como presupuesto, en el tratamiento que hace Hohfeld de la normación de la conducta jurídica. Según entiendo, a lo que alude con el asunto de la correlación de conceptos fundamentales «derecho subjetivo» y «deber», no es otro que la bilateralidad de la conducta jurídica. Afirma Hohfeld (1968):

Si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra ‘derecho’ (subjetivo) en este sentido limitado y propio, quizás la palabra ‘pretensión’ (*claim*) resultaría ser la mejor [...] un *deber* es el correlativo invariable de aquella *relación jurídica* que con mayor propiedad recibe el nombre de derecho (subjetivo) o *pretensión*. (pp. 50-51)

3. CORRELATIVIDAD DE DEBER Y PRESTACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA BILATERALIDAD ENDONORMATIVA DE LA CONDUCTA JURÍDICA

Esta cuestión de la correlación de deber y pretensión, o lo que es lo mismo —puesto que a ella como fenómeno se alude con esos conceptos—, la correlación entre dos conductas en mutua interferencia, se corresponde con el denominado tramo endonormativo de la norma jurídica concebida por la TED como un juicio disyuntivo. Como es sabido, según la TED, la endonorma menciona la relación bilateral de conductas lícitas entre, al menos, dos sujetos, donde «dado H debe ser P, por un So frente a un S» (dado un hecho antecedente como totalidad sucesiva, debe ser la prestación por un sujeto obligado frente a un sujeto pretensor). Cueto Rúa (1957) explica con total claridad que el término «H», es decir, «hechos con determinación temporal» en la simbología adoptada por la TED, equivale a lo que Hohfeld caracteriza como hechos operativos: «Se trata de aquellos hechos relevantes del caso a los que se imputa como debidos a una prestación o una sanción» (p. 147).

Esto es, volviendo al asunto de la bilateralidad, la pretensión (derecho subjetivo) de un sujeto representa la posición que por relación correlativa él adquiere frente a otro sujeto obligado a cumplir un deber en virtud de un hecho de voluntad antecedente que los vincula recíprocamente. Pero decir que la pretensión (derecho subjetivo) de A es el correlato del deber de B equivale a, por la reversibilidad de la conducta en alteridad, que la pretensión de B es el correlato del deber de A. Así afirma Hohfeld (1968), con cita de Holland (*Elements of Jurisprudence*), que el correlativo de derecho (subjetivo) es deber jurídico y que ese par de términos expresan, en cada caso, el mismo estado de cosas visto

desde ángulos opuestos (p. 53). Es decir, *pretensión* (derecho subjetivo) y *deber* son conceptos jurídicos fundamentales irreductibles, aunque correlativos, como afirma Arriagada (2018): «para Hohfeld correlatividad significa mutua implicación, los conceptos correlativos expresan *una sola relación* desde dos ángulos o puntos de vista diferentes y los dos enunciados que pueden referirse a ella son lógicamente equivalentes» (§ 70).

Todo esto, como es fácil advertir, guarda plena coherencia con la lógica jurídica formal desplegada, también, por la TED, en la medida en que asume una normación bilateral de la conducta en interferencia intersubjetiva. Por eso no puedo menos que coincidir con Arriagada (2018) cuando afirma: «Un enunciado acerca de que una persona tiene un derecho a hacer algo significa que tiene un derecho a no ser interferido por otro» (§ 74). La teoría egológica viene afirmando esto, como juridicidad del comportamiento humano a partir de las ideas de Giorgio Del Vecchio, desde la década de 1930. Así puede decir Cossio (1969) que «El Derecho está dado ya íntegro como fenómeno en cualquier acto de conducta en interferencia intersubjetiva; y sobre tales actos, una vez que ellos aparecen como fenómenos, las normas actúan constituyéndolos en sus modos de ser» (p. 90). Que la conducta humana bilateral en su interferencia intersubjetiva, cuyo parámetro de delimitación lo constituye la impedibilidad o permisibilidad recíproca, fuere o no el objeto de estudio de la ciencia jurídica, en nada impide —como bien dice Cossio— «hacer de la conducta en interferencia intersubjetiva el objeto de una investigación». Lo sorprendente del asunto es que «muy pronto habría de verse que este desarrollo coincide con lo que los juristas llaman Derecho positivo» (Cossio, 1964, pp. 13-14).

Aunque no desarrollaré en profundidad el asunto de las denominadas potestades y sujeciones como conceptos también correlativos de acuerdo con Hohfeld, a aquello se debe que sean plenamente inteligibles desde la lógica jurídica formal egológica afirmaciones de Arriagada (2018) como estas: «potestad es aquella en la que se encuentra un sujeto de cuya voluntad depende la *realización de un cambio en la relación jurídica* que se encuentra en juego», y se afirma a párrafo seguido que «el cambio de la *situación jurídica propia implica un cambio en la situación jurídica de otro y viceversa*» (§ 78 y 81). Tan es así, para la egología, que

puede hablarse con título suficiente de un coacer compartido como bilateralidad. El carácter relacional o, lo que es lo mismo, la conducta humana compartida vista desde el perfil de su impedibilidad, es lo que permite advertir el ejercicio de una potestad como un coacer, es decir, un hacer compartido de ambos sujetos. Así explicaba Cossio (1967) la relación de impedibilidad y bilateralidad presente en toda relación jurídica:

las acciones pueden interferir, no solo subjetivamente, sino también intersubjetivamente; y en este segundo modo de considerarlas tenemos, no ya el hacer frente al omitir, sino *el hacer frente al impedir*. La acción es intersubjetiva por su impedibilidad. El Derecho considera la conducta bajo esta interferencia intersubjetiva; y por eso siempre hay, por lo menos, dos sujetos en cualquier relación jurídica. (p. 84)

Nada obsta que se aluda a ello con una caracterización analítica que pueda hablar así, con los mismos títulos, en la medida en que de esa forma se verifica en la experiencia, de que el «carácter relacional forma parte del contenido de la potestad y de la sujeción» como hace Arriagada (2018, § 81). Para ello solo bastan ojos para saber verlo, aunque sobren palabras para expresarlo en un modo egológico o en un modo analítico del pensamiento normativo.

La precisión egológica de la afirmación de Arriagada en cuanto a que un derecho subjetivo supone siempre el derecho a no ser interferido por otro, no viene dada por la mera correspondencia entre su expresión y otras similares acuñadas por Cossio y todos los teóricos egológicos. La verdad de su afirmación se verifica por los hechos mismos, donde la conducta humana en relación de alteridad se presenta ante el conocimiento normativo en esa forma. Lo verifica el hecho patente de que si puedo estar diciendo esto ahora es —en cierto modo— porque tengo el derecho de decirlo, lo que supone mi derecho a no ser interferido o impedido por otro al decir lo que digo. Como afirmar Cossio (1964): «si no se sabe ver la conducta bajo el aspecto de su impedibilidad, jamás se podrá entender el contacto con los hechos que toda teoría jurídica, aun la más racionalista, lleva dentro de sí misma como una exigencia ineludible» (p. 411).

Y aquí cabe invocar la advertencia de Alf Ross (1974) en cuanto a que «quizá lo importante no es tanto la terminología en sí misma, como la conciencia de las diversas relaciones que ella revela» (p. 155).

Para reafirmar esta correspondencia que hago entre la bilateralidad de la conducta humana, que presupone, de manera implícita, la idea de correlatividad de los conceptos fundamentales de Hohfeld y que en la teoría egológica es un presupuesto explicitado de manera exhaustiva, reparo en el siguiente pasaje de Arriagada, sin hacer cuestión de la clasificación de las posiciones en activas o pasivas, sino solo en la *correlatividad* como categoría que se hace cargo de la relación de alteridad o bilateralidad. Dice nuestra autora que Hohfeld ha «*definido el concepto de derecho o pretensión simplemente como el correlativo invariable del concepto de deber u obligación*» (Arriagada, 2018, § 73). Sin embargo, en la cita que hace en su apoyo Arriagada, Hohfeld (1968) dice más precisamente: «no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto de “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable» (p. 49)². O lo que es lo mismo, haciendo una paráfrasis, Hohfeld ha *definido el concepto de deber u obligación simplemente como el correlativo invariable del concepto de derecho o pretensión*. Con esta sutileza que evidencia la reversibilidad recíproca y relativa de los conceptos fundamentales que aluden a las posiciones de la conducta en interferencia intersubjetiva, no pretendo desacreditar el razonamiento de la profesora Arriagada en este punto. Por el contrario, coincido plenamente en que *pretensión* es el correlato de *obligación*, en el sentido de que en una relación jurídica el *sujeto pretensor* se encuentra ante el *sujeto obligado*, del mismo modo en que lo exhibe la endonorma en la teoría egológica.

Pero también coincido plenamente con el Hohfeld de la transcripción literal, en la medida en que siempre una *obligación* es el correlato de una *pretensión*, en el sentido de que en toda relación jurídica el *sujeto obligado* lo está ante el *sujeto pretensor*, e incluso el sujeto obligado puede ser pretensor, y el pretensor encontrarse obligado en relaciones jurídicas

2 “even those who use the word and the conception ‘right’ in the broadest possible way are accustomed thinking of ‘duty’ as the invariable correlative” (Hohfeld, 1913, p. 31).

recíprocas. Efectivamente, cuando esas relaciones son las que los juristas dogmáticos del derecho privado denominan «contratos bilaterales conmutativos», las posiciones de *pretensor* y de *obligado* son mutuamente recíprocas. Valga el ejemplo del contrato de locación, donde el sujeto «A» (So A) se encuentra *obligado* a pagar el canon locativo frente al sujeto «B», quien correlativamente *pretende* su cobro (Sp B); a la vez que el sujeto «B» (So B) se encuentra *obligado* a entregar la cosa frente al sujeto «A» (Sp A), quien correlativamente *pretende* recibirla. Es decir, los sujetos «A» y «B» son recíprocamente *obligados* y *pretensores*, es decir, cuentan con *deberes* y *derechos* recíprocos, correlativos, aunque de contenidos diversos: los unos relativos al pago del precio, los otros relativos a la entrega de la cosa. «A» tiene la *obligación* (deber) de pagar el precio y la *pretensión* (derecho) de recibir la cosa; mientras que «B» tiene la *pretensión* (derecho) de cobrar el precio y la *obligación* (deber) de entregar la cosa. O lo que es lo mismo, en la terminología egológica endonormativa: dado el acuerdo de voluntades entre A y B, debe ser la prestación por un So A frente a un Sp B, cuando hablamos del deber de A de pagar el precio; o bien, dado el acuerdo de voluntades entre B y A, debe ser la prestación por un So B frente a un Sp A, siempre que estemos ahora hablando del deber de B de entregar la cosa. Precisamente, por ejemplo, el Código Civil y Comercial Argentino dedica un capítulo a las «obligaciones» del locador y otro a las «obligaciones» del locatario.

Que la TED llame «prestación» a la obligación asumida por un sujeto correlativamente ante otro (es decir, intersubjetivamente) que asume como pretensión su derecho subjetivo al cumplimiento de aquella obligación, es decir, a que se cumpla a su respecto la prestación debida (deber), en nada obsta a la comprensión del asunto en los términos planteados por Hohfeld y que Arriagada sigue en detalle. Confío en que este esfuerzo de diálogo permitirá comprender sin dificultad, a la inversa, desde la concepción analítica hohfeldiana de Arriagada lo que, aludiendo al mismo fenómeno de normación jurídica de las conductas humanas, dice la concepción egológica cossiana que sostengo.

4. JURISPRUDENCIA ANALÍTICA VS. JURISPRUDENCIA SINTÉTICA. LA PARTE DEL TODO

Hohfeld no construyó su sistema de relaciones de conceptos fundamentales en el vacío, sino que lo hizo a partir de la jurisprudencia de los tribunales de la época en la que desarrolla sus reflexiones, es decir, especialmente, las últimas décadas del siglo XIX y las primeras décadas del siglo pasado. Pero ocurre que esa jurisprudencia, con su pretensión de científicidad, se desenvuelve en el marco teórico de una jurisprudencia de intereses que se hacía cargo, a su modo, del sentido axiológico o valorativo de la determinación del sentido de las relaciones jurídicas recurriendo al auxilio de las demás ciencias sociales.

Al decir de Linares (1951):

Se suplía así una estimativa «a ojo de buen cubero» sobre los intereses sociales, para fijar el sentido valioso o desvalioso del Derecho positivo, por otra que los catava con elementos más perfeccionados: la estadística, la encuesta, los estudios administrativos, etc. Son siempre recordados como ejemplos de la implantación del «nuevo estilo», los escritos judiciales de Pound que citaban una página a lo sumo de antecedentes judiciales y quince de datos fundados en documentos técnicos, sociológicos, médicos, estadísticos, etc. (p. 11)

Recordemos a otro gran jurista norteamericano, Roscoe Pound (1870-1964), quien sobre el pensamiento de Oliver Wendell Holmes (1841-1935) cimentó las bases del realismo jurídico y el sociologismo pragmático, como reacciones —a su vez— al racionalismo analítico. Holmes pudo decir así:

La vida real del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia [...] El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y no puede tratarse como si solo contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber de qué se trata, debemos saber qué ha sido y en qué tiende a convertirse. (*The common law*, American Bar Association, 1881)

Explica Cueto Rúa (1957) que bajo la influencia de una serie de factores entre los que destacan:

Austin y la Escuela Analítica Inglesa de Jurisprudencia, la enseñanza universitaria del Derecho, la necesidad de abstracción y generalización impuesta por el número creciente de sentencias precedentes, la difusión de «Digests» y enciclopedias jurídicas, la creciente acumulación de tareas sobre los jueces, etcétera. [...] la teoría jurídica del «common law» prestó atención creciente a las palabras como signos que aludían a conceptos dotados de independencia y autonomía y valiosos en sí mismos, y empezó a manipularlos con métodos lógicos. Tal manipuleo, desde luego, no alcanzó los extremos de la teoría racionalista alemana, pero fue lo suficientemente importante como para provocar la reacción de juristas del calibre de Holmes, Cardozo, Pound, Corbin y Bingham, y llevar a la formación de las escuelas sociológicas y realistas norteamericanas. (p. 174)

En esa misma línea, para no recurrir a filósofos de tradición egológica voy a citar a Huntington Cairns (1904-1985), un filósofo norteamericano del derecho poco recordado, en un volumen publicado en 1947 en homenaje a Pound del cual también participó Cossio:

El jurista analítico sostenía que la ciencia jurídica era una ciencia completamente autónoma. Este punto de vista culminó, al menos en el mundo de habla inglesa, en la opinión de que *la teoría general del derecho era una ciencia formal de relaciones*, haciéndose así completo el divorcio entre ella y la filosofía [...] El intento por parte de la filosofía de emular los métodos de la ciencia ha dado como resultado que su forma de investigación haya asumido las características principales de esta. Es decir que, como el temple de la época actual, *la tendencia predominante en la filosofía es analítica y no sintética*. Esta tendencia *acentúa el conocimiento de las partes y no del todo*. Ha abandonado la elaboración de sistemas totales y la actitud que trata de comprender el mundo como un todo. En sus fases constructivas avanza como la ciencia, en forma

fragmentaria y provisional. Sin embargo, el interés de la filosofía angloamericana por la ciencia se ha volcado principalmente en las actividades de las ciencias naturales [...] En lo principal, para el filósofo de habla inglesa, ciencia significa ciencias naturales [...] La filosofía tiende a la construcción de un sistema de ideas generales que explique todos los hechos de la experiencia humana. La ciencia jurídica tiene un fin similar, pero más limitado. Busca formar un sistema de ideas generales que dé cuenta de los hechos del acaecimiento jurídico. Las respuestas que la filosofía encuentra para los problemas que plantea en el dominio del derecho, no deben contradecir las soluciones que proponga en otras esferas del comportamiento humano, tales como la economía, la historia y la psicología. Pero el jurista, al menos hasta épocas recientes, no se ha sentido sometido a esa obligación. No le ha importado si sus soluciones estaban o no de acuerdo con los datos establecidos en otros campos. Aún en la actualidad encontramos tribunales que deciden casos basándose en premisas cuyos datos, según prueba empírica, han sido establecidos como erróneos, tales como las pruebas usadas para determinar la competencia mental de los testigos. *La ciencia jurídica puede lograr la construcción de un sistema coherente de proposiciones sobre el comportamiento jurídico; pero, a menos que esas proposiciones estén correlacionadas con las de otros campos, puede suceder que descansen sobre afirmaciones inconsistentes. Como la ciencia jurídica estudia solamente un aspecto de la conducta humana —así como otras ciencias sociales estudian otros— sus conclusiones serán eficaces solamente en esa área limitada.* Pero como los caracteres de ese campo limitado están sometidos a las influencias del dominio en conjunto de la actividad humana, las determinaciones de la ciencia jurídica serán necesariamente incompletas en la medida en que sean ignoradas esas influencias. Estas determinaciones serán erradas en la medida en que las influencias que no sean admitidas en la especulación jurídica afecten a los caracteres del sistema jurídico de un modo tal que, de haber sido percibidas, hubieran obligado a explicar esos caracteres en diferente forma. Por lo tanto, la ciencia jurídica, tal como se encuentra en la actualidad, es necesariamente incompleta y las afirmaciones que ha formulado pueden ser erróneas. Si la ciencia

del derecho logra un sistema de juicios que tenga una consistencia interna, este debe, además, ajustarse a los sistemas semejantes de las otras ciencias y todos ellos formar un todo coherente y unificado. (Cairns, 1951, pp. 20-22)

En términos más generales y comparando ambos sistemas, el continental romanista y el *common law*, puede decirse con Gottheil (1960) que

toda valoración jurídica es valoración de un caso concreto individual de acuerdo con patrones históricos vigentes. Por lo tanto, la valoración no alcanza una verdad completa si no se apoya debidamente en la existencia individual del caso y si no toma plena nota de las expresiones societarias que permiten acotar los patrones vigentes. En el *common law* puede escapar muy difícilmente un juez de apoyarse en los hechos del caso para hacer su valoración, porque tal apoyo le es necesario hasta para buscar la referencia en patrones vigentes. En el sistema continental muy difícilmente puede un juez escapar de tomar en cuenta los patrones vigentes, porque es a través de ellos que va a seleccionar los hechos de su caso para valorarlos. Y repitámoslo, solo llegando al fondo de ambos elementos puede un juez valorar con fuerza de convicción. El jurista del *common law* pecará más a menudo por apego a los hechos, y el jurista continental pecará más a menudo por apego a las normas generales. Pero cuando no pecan, sus actos de valoración poseen los mismos elementos esenciales. (pp. 102-103)

Con todo, volviendo sobre el concepto de «privilegio» aludido al comienzo para ejemplificar la metodología utilizada por Hohfeld al precisar los alcances conceptuales de cada término recurriendo al derecho judicial, resulta interesante reparar sobre uno de los ejemplos que utiliza. Dice Hohfeld (1968):

el *privilegio* contra la auto-incriminación significa la *mera negación del deber de declarar*, deber que tiene toda persona en relación con las cuestiones ordinarias; y, como es obvio, ese privilegio, si surge de algún lado, solo surge de leyes generales. (p. 61)

No debe perderse de vista que la preocupación lingüística de Hohfeld sobre la precisión del alcance semántico de las expresiones *derecho*, *deber*, *privilegio* e *inmunidad*, en la jurisprudencia constitucional norteamericana, parte de la base de un sistema constitucional que asienta los derechos individuales, entre otros, sobre la norma que prescribe: «Los ciudadanos de cada Estado tendrán *derecho* en los demás a todos los *privilegios* e *inmunidades* de los ciudadanos de estos» (artículo cuarto, segunda sección). El no asumir ese dato evidente y notorio, tiñe de ingenuidad toda pretensión de elevar a la categoría de conceptos generales válidos para cualquier sistema jurídico, el derivado de la preocupación por precisar el alcance de un determinado sistema. El propio Hohfeld (1968) aclara que tuvo en mira clarificar «los elementos jurídicos que entran en todos los tipos de intereses, tanto los fundados en la *equity* como los fundados en el derecho» (p. 28); de ahí que prevenga al lector:

si el título de este ensayo sugiere un interés puramente filosófico en la naturaleza del derecho y de las relaciones jurídicas —esto es, un estudio que podría considerarse más o menos como un fin en sí—, debo pedir excusas por rechazar de antemano tal connotación. Por el contrario, mi objetivo principal es destacar ciertos temas a menudo desatendidos que pueden ayudar a entender y a solucionar problemas prácticos, cotidianos, del derecho. (p. 28)

A su vez, en el segundo ensayo de 1917 aclaró también que

las ocho concepciones representadas en el esquema anterior fueron analizadas y comparadas en gran detalle, con el propósito no solo de exhibir su significado y alcance intrínsecos y sus relaciones mutuas, sino también de ejemplificar los métodos, buenos y malos, por los cuales se aplican realmente en el razonamiento judicial a la solución de problemas concretos de litigio. (Hohfeld, 1917, pp. 711-712; traducción propia)

En el § 70 de su trabajo Arriagada (2018) habla de una supuesta «neutralidad» del marco analítico de Hohfeld, aunque ella se refiera solo a la neutralidad respecto de la clasificación de las posiciones en *activas* y *pasivas*, frente a quienes ven en esa distinción la expresión de un criterio

valorativo, creo que puede hacerse extensiva a toda la teoría. Afirma así que en la medida de esa pretendida «neutralidad», el proyecto teórico de Hohfeld «no puede ser empíricamente refutado ni es susceptible de objeciones morales». No me veo en condiciones de refutar a Hohfeld, y en cuanto a las objeciones, en todo caso me interesan las jurídicas y no las morales, ya que estas son en cuanto morales, ajenas a la ciencia del derecho. Pero sí podré señalar alguna «objeción empírica», al menos para sospechar de ideológica esa pretendida neutralidad, puesto que me llama mucho la atención la correspondencia entre varias de las categorías que Hohfeld llama «conceptos jurídicos fundamentales» y la sección segunda del artículo cuarto de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 que habla —precisamente— de *derechos, privilegios e inmunidades* y que viene tomada de la tradición del *common law*, a la vez que la precisión de sus términos fue objeto de preocupación e interpretación por parte de la jurisprudencia norteamericana del período estudiado por Hohfeld. En nada afecta mi sospecha, más bien la incrementa, el hecho de que la Constitución argentina prescriba en su artículo 8 análoga disposición: «Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los *derechos, privilegios e inmunidades* inherentes al título de ciudadano en las demás»; como así tampoco que la Constitución de Chile carezca de una disposición similar en la medida en que la forma de Estado adoptada históricamente no ha sido la federal, sino la unitaria (artículo 3). De nuevo con Cairns, pienso que es la historia —y aquí particularmente la historia constitucional—, la política, la economía, etc., la que viene de prestado en el manejo de los conceptos estudiados, como no podría ser de otro modo, en la medida en que el derecho no es solo la parte, ni la forma, sino —también— el todo en el que se integra la parte y la sustancia a la que aquella forma se refiere.

Estos mismos conceptos son los que Arriagada, en línea con toda una tradición analítica de raigambre preponderantemente anglosajona, pretende presentar como conceptos fundamentales de la ciencia jurídica, introduciendo así subrepticamente aquellas categorías desde el territorio del derecho constitucional norteamericano al interior de los postulados generales de la teoría del derecho. Sin mencionar el esfuerzo, que remite a la imagen del catre de Procusto, que se requiere al pensar las categorías jurídicas de un sistema jurídico distinto con los conceptos del constitucionalismo norteamericano. En un encuentro que lleva por título

«Constitucionalismo en Latinoamérica», no puedo menos que señalar este punto, aunque merecería de un esfuerzo de reflexión mucho mayor del que estoy en condiciones de hacer ahora.

En fin, lo que digo es que no me imagino a los filósofos del derecho del orbe anglosajón, elevando a categorías generales de la teoría del derecho, por ejemplo, a los conceptos acuñados en las constituciones latinoamericanas de las últimas décadas (Ecuador, Bolivia, Venezuela, etc.). Esto no quita, como lo señala Carrió (1967), que

Si bien el trabajo de Hohfeld fue concebido en función de las peculiaridades del sistema jurídico anglosajón y con referencia principal al aparato de conceptos que emplean los juristas de ese ámbito, sus logros son perfectamente adaptables a nuestro sistema jurídico y a nuestro aparato de conceptos. (p. 20)

Solo se limita a alertar y ser consciente de ello, para poner en cuestión esa pretendida neutralidad de los juristas y sus teorías. Nuevamente con Cossio (1962), cabe decir:

no basta la afirmación unilateral del jurista de que él hace teoría y de que, por su radicación científica, está neutralizado respecto de las fuerzas que luchan por el poder social, para tener por cierto que esa neutralidad existe. Por el contrario, se puede hacer patente que no solo el legislador, sino que también los jueces y los juristas se pronuncian, en sus sentencias y en sus libros, todos los días, por las derechas o las izquierdas en unos casos, por el totalitarismo y la democracia en otros casos. (p. 1088)

5. DOS PALABRAS SOBRE IDEOLOGÍA Y DERECHO

No puedo evitar, por último, desde este plano de la perspectiva egológica, que es el de la denominada «gnoseología del error», decir dos palabras sobre el juego ideológico subyacente que supone la traspolación del manejo de las categorías que Hohfeld construye a partir de una jurisprudencia norteamericana que se corresponde, a su vez, con la etapa de la posguerra civil, el desarrollo industrial y la expansión (territorial,

económica, demográfica, etc.); es decir, de sedimentación de los derechos patrimoniales de la incipiente nación constitucional que precediera a la etapa imperialista que habrá de desenvolverse en el siglo XX. Estamos hablando de una jurisprudencia previa a la Gran Guerra, a la primera gran crisis financiera, previa a *New Deal*, la lucha por los derechos civiles, el acceso a los derechos por parte de las minorías étnicas, etc. Se trata, en fin, de la jurisprudencia de un modelo económico capitalista necesitado de una determinada seguridad jurídica como base del imperialismo. Es decir, de una construcción teórica a partir de la vida jurídica de, prácticamente, otro mundo si se la compara con la vida jurídica del presente, a un siglo vista y en este margen latinoamericano.

Esto no descalifica al saber científico jurídico como tal, al estilo del recordado alegado pronunciado en 1847 por el fiscal prusiano Julius von Kirchmann (1802-1884) sobre el carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho (Kirchmann, 1949), pero al menos debe ser tenido en cuenta para prevenir al jurista sobre sus implicancias, donde las hubiera y en la medida en que las hubiera. Cito como ejemplo de este tráfico conceptual cuando Ross (1974) se pregunta y se contesta negativamente sobre la posibilidad de considerar abarcado por el concepto de *facultad* a la «libertad» para iniciar procedimientos penales cuando esa acusación es ejercida por un funcionario del Estado (fiscal):

La acusación pública difiere tan fundamentalmente de la acción privada, que prefiero reservar la palabra ‘facultad’ para la potestad de iniciar procedimientos combinada con la libertad de ejercer esta potestad en interés propio. Se sigue de aquí que aquellos deberes cuya trasgresión solo da lugar a la acusación pública que procura la aplicación de una pena, son absolutos, esto es, no hay ninguna facultad correspondiente a los mismos: no tiene facultad la parte cuyo interés ha sido lesionado, ni el Estado. (pp. 157-158)

De este modo, por caso, adquiere otro color la comprensión que alude a la garantía contra la autoincriminación como un simple *privilegio* de no declarar, en un Estado que asienta la eficacia de su sistema de enjuiciamiento penal en el modelo de *plea bargaining*, arribando en su gran mayoría a condenas prácticamente sin prueba, ni juicio, aunque

en la V enmienda se estipule que a ninguna persona «se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal». Por los mismos motivos, habida cuenta de la vivencia irrefutable de que efectivamente la acusación pública por parte del Estado en los procesos penales es realizada como una libertad de ejercer esa potestad, aunque en interés público (con todos los problemas que ello involucra y que exceden el marco de esta presentación), se advierte que el distingo de Ross obedece más al modo en que él observa la vida jurídica de su época que a las relaciones lógicas de los conceptos jurídicos involucrados. Aún hoy Estados Unidos es el único Estado americano que ha firmado (1977), pero no se ha adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en vigor desde 1978), respecto de la cual Argentina y Chile se han obligado en los años paradigmáticos de 1984 y 1990, respectivamente, y que establece, entre otras garantías: «Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable» (art. 8.2.g).

Tengo la impresión de que si emprendiéramos una tarea similar a la realizada por Hohfeld para determinar el sentido del instituto que proscribe la autoincriminación en nuestros sistemas jurídicos, lo ubicaríamos actualmente no tanto como un *privilegio* entendido como la mera negación del deber de declarar, sino más bien como un *derecho subjetivo* del imputado integrando la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. Dice Arriagada (2018) sobre este ejemplo de privilegio al que recurre Hohfeld, que «no se divisa quién podría estar en la posición de no-derecho correlativa» (nota 82). Creo que no resulta difícil advertir quién ocupa la posición correlativa de *deber*, como obligación de no interrogar, si concebimos al llamado «privilegio» contra la autoincriminación, como un *derecho subjetivo*.

Por supuesto que la mera adhesión a la CADH no implica que en los Estados posdictatoriales argentino y chileno se haya terminado con la autoincriminación en el proceso penal como mecanismo de obtención de condenas e imposición de penas, pero sí puede decirse que la adhesión a la CADH abrió la posibilidad de la responsabilidad internacional de los Estados obligados.

En definitiva, no es que los conceptos estudiados por Hohfeld fueran en sí unos más justos que otros, o expresaran mayor seguridad que otros. Incurrir en semejante confusión de los planos lógico y axiológico sería un error metodológico inadmisibles desde una epistemología egológica. Lo que sostengo es que esos ocho conceptos fundamentales, por ser conceptos, algo conceptúan como mención. En su momento conceptuaron los fenómenos jurídicos recogidos por la jurisprudencia estudiada por Hohfeld, quien no se desentendió de las relaciones entre estos conceptos y la justicia o injusticia de las soluciones jurisprudenciales elaboradas con ese material normativo conceptual. Así pudo concluir en que al examinar aquellos ocho conceptos jurídicos y compararlos entre sí:

Me ha guiado el propósito de poner de manifiesto no solo su intrínseco significado y alcance, sino también sus relaciones recíprocas y los métodos que se siguen al aplicarlos, en el razonamiento judicial, para la solución de los concretos problemas que se plantean en los juicios [...] Mediante ese proceso, se hace posible no solo descubrir semejanzas esenciales y analogías esclarecedoras, en medio de lo que superficialmente se presenta como una variedad infinita e irremediable, sino también discernir principios comunes de justicia y otros valores por debajo de los diversos problemas jurídicos en juego. (Hohfeld, 1968, pp. 86-87)

REFERENCIAS

- Arriagada, M. B. (2018). Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (35). <https://journals.openedition.org/revus/4095>
- Cairns, H. (1951). La filosofía desde la teoría general del derecho. En H. Cairns (ed.), *El actual pensamiento jurídico norteamericano* (pp. 17-49). Losada.
- Carrió, G. (1947). Algunas reflexiones sobre teoría general del derecho. *La Ley*, (45), 839-846.
- Carrió, G. (1968). Nota preliminar. En Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales* (pp. 7-21). CEAL.

- Carrió, G. (1984). Genaro Carrió (Buenos Aires). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (1), 49-51.
- Carrió, G. (1989). Recordando a Cossio. En AA. VV., *Doctor Carlos Cossio. Homenaje* (pp. 5-6). UNT.
- Cossio, C. (1962). La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época. *La Ley*, (108), 1088-1092.
- Cossio, C. (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (2.^a ed.). Abeledo Perrot.
- Cossio, C. (1967). *El derecho en el derecho judicial* (3.^a ed.). Abeledo Perrot.
- Cossio, C. (1969). *La causa y la comprensión en el derecho* (4.^a ed.). Juarez Editor.
- Cueto Rúa, J. (1957). *El common law*. La Ley.
- Gottheil, J. (1960). *Common Law y Civil Law*. Abeledo Perrot.
- Hohfeld, W. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 23(1), 16-59.
- Hohfeld, W. (1917). Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 26(8), 710-770.
- Hohfeld, W. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales* (G. Carrió, trad.). CEAL.
- Kirchmann, J. von (1949). El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. (W. Goldschmidt, trad.). En AA. VV., *La ciencia del derecho* (pp. 247-286). Losada.
- Laclau, M. (2010). *Sendas del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Abeledo Perrot.
- Linares, J. F. (dir.). (1951). *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Losada.
- Nino, C. S. (1990). Entrevista a Genaro Carrió. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (7), 343-352.
- Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia* (G. Carrió, trad.). EUDEBA.
- Squella, A. (1988). Carlos Cossio. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (6), 255-257.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.07

ANTECEDENTES A LA CONSTITUCIÓN DE 1823: ENTRE EL ANTIGUO RÉGIMEN Y LA FORMACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO REPUBLICANO PERUANO

Background to the Constitution of 1823: between the Ancien Régime and the legal establishment of the Peruvian republican state

Il passato della Costituzione del 1823: tra l'Ancien Régime e la formazione giuridica dello Stato repubblicano peruviano

YURI TORNERO CRUZATT

Universidad Tecnológica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: c20751@utp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-3605-2104>

CARLOS MORALES CERON

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: cmoralesc@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-4868-024X>

RESUMEN

El objetivo de este artículo es explicar los antecedentes del texto de la Constitución de 1823 por medio de la formación del Estado republicano. El primer apartado desarrolla los orígenes del Estado y del derecho republicano peruano, se explica brevemente el paso de la tradición

jurídica española al derecho republicano. El segundo apartado trata sobre el protectorado de San Martín y las primeras reformas institucionales, se explica la jura y la proclamación de la independencia, otros sucesos vinculados a ello, y, además, sobre los primeros derechos ciudadanos; este apartado incluye el fracaso del proyecto monárquico. Finalmente, se explica acerca de los preparativos para la dación de la Constitución de 1823.

Palabras clave: Constitución de 1823; independencia peruana; Estado republicano, tradición jurídica.

Términos de indización: Constitución; Perú; soberanía (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

The aim of this article is to explain the background of the text of the Constitution of 1823 through the formation of the Republican State. The first section develops on the origins of the Peruvian State and the Peruvian republican law, briefly explaining the passage from the Spanish legal tradition to the republican law. The second section deals with the Protectorate of San Martín and the first institutional reforms, explains the swearing-in and the proclamation of independence, other related events, and also the first citizens' rights, including the failure of the monarchical project. Finally, it explains the preparations for the adoption of the Constitution of 1823.

Key words: Constitution of 1823; Peruvian independence; republican state; legal tradition.

Indexing terms: Constitutions; Peru; sovereignty (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

L'obiettivo di questo articolo è spiegare il contesto del testo della Costituzione del 1823 attraverso la formazione dello Stato repubblicano. La prima sezione sviluppa le origini dello Stato peruviano e del diritto repubblicano, spiegando brevemente il passaggio dalla tradizione

giuridica spagnola al diritto repubblicano. La seconda sezione tratta del protettorato di San Martín e delle prime riforme istituzionali, spiega il giuramento e la proclamazione dell'indipendenza, altri eventi correlati e anche i primi diritti dei cittadini; questa sezione include il fallimento del progetto monarchico. Infine, vengono illustrati i preparativi per l'adozione della Costituzione del 1823.

Parole chiave: Costituzione del 1823; indipendenza del Perú; Stato repubblicano; tradizione giuridica.

Termini di indicizzazione: Concettualizzazione; Perú; sovranità (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 13/09/2023

Revisado: 16/09/2023

Aceptado: 16/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

1. LOS ORÍGENES DEL ESTADO Y EL DERECHO REPUBLICANO

La formación jurídica de la República peruana fue un proceso lento y complejo a la vez. La realidad de haber padecido un régimen de colonización imponía el criterio de seguir utilizando los antiguos preceptos de los códigos españoles continuando con una cierta dependencia jurídica que los magistrados de la República no podían cambiar, toda vez que una buena parte de los antiguos magistrados de la justicia virreinal, ante lo inevitable de la independencia, se incorporaron en el nuevo sistema de justicia que fue creado por el protector José de San Martín, quien estableció la Alta Cámara de Justicia. Dicha continuidad jurídica colonial en el tiempo republicano explica en una medida las crisis del sistema

político republicano. Antiguamente, un sector de la historiografía había señalado que una de las causas de la crisis del sistema político en el siglo XIX, se debía principalmente a las guerras civiles y a la presencia de caudillos militaristas. Nuestra investigación pretende demostrar la pervivencia de formas del derecho colonial en el republicano, la transición y el fenecimiento de las instituciones virreinales durante los inicios de la naciente República peruana. El estudio comprende los orígenes del Estado y el derecho en el Perú republicano, el protectorado de San Martín y las primeras reformas institucionales, el gobierno del Congreso Constituyente de 1822 y la Constitución de 1823.

La transición del régimen colonial al régimen republicano fue un proceso largo y permanente, en promedio se puede decir, si tomamos en cuenta la insurrección de los Túpac Amaru, cuarenta y un años sin contar la fase militar de Ayacucho. Este hecho conflictivo dio origen al debate acerca de la mejor forma de gobierno: monarquía o república. Posteriormente, el debate giraría en torno a ser «liberales» o «conservadores», el principal escenario de discusión fue el Parlamento peruano.

La descomposición del imperio hispano daría como origen los diversos países de América del Sur. En el ámbito territorial, los orígenes de la República peruana se relacionan con la reconfiguración del espacio político administrativo del antiguo Virreinato del Perú, el territorio legado a la República era mucho más amplio de lo que sería posteriormente. La construcción del territorio guarda relación con el comercio internacional. Bajo la época de dominación española, el monopolio y el libre comercio bajo control de la monarquía permitió variadas formas de interacción comercial. Con Chile los contactos frecuentes en la última etapa colonial fueron entre otros productos a través del comercio del trigo y el tabaco; con Bolivia, por medio de la ruta de la plata proveniente de Potosí; con México, Ecuador y Panamá la relación comercial fue por la venta del tabaco, e incluso con regiones más alejadas del lejano oriente como la ruta comercial del Galeón de Manila, que unía Asia, América y Europa, y que, justamente, surcaba desde las Filipinas y pasaba por México para luego llegar a España.

En el ámbito cultural, y en la construcción del conocimiento en general, la cristianización del Perú ocurrida en el período virreinal, dejó

intactas las costumbres de la población ligadas al proceso de evangelización con una tímida apertura a la Ilustración, que había llegado a través de textos y libros prohibidos. Esta realidad religiosa de fuerte contenido espiritual fue decisiva para mantener unida la naciente república peruana, es por ello que la Constitución de 1823 proclamaba a la religión católica como la única que debía ser profesada a nivel nacional y como política de Estado, al ser la religión tolerada y quedar protegida mediante la censura estatal ante el Consejo de Estado, por algún cuestionamiento en materias de fe. La independencia del Perú llegó a ser un evento que marcó un nuevo derrotero internacional, ya que las fuerzas expedicionarias libertadoras conformaron nuevos Estados independientes. Dicha influencia externa no cambió el rumbo común religioso, y de la misma República peruana, gran parte de los contenidos religiosos de tipo litúrgico continuaron protegidos por el Estado hasta la actualidad (Torres, 2007, p. 8). La realidad cultural y religiosa peruana de 1821 en adelante fue compartida por buena parte de las repúblicas hispanoamericanas, ello explica por qué algunos de estos países continuaron manteniendo buenas relaciones con el Perú.

Respecto a la enseñanza del derecho, la tradición jurídica española reafirmaba la idea de patria con la monarquía hispana, idea difundida en los ambientes de la Real y Pontificia Universidad de Lima. Uno de sus catedráticos, José Toribio Rodríguez de Mendoza, según Luis A. Eguiguren, había fundado el derecho nacional asentado en la tradición virreinal. Rodríguez de Mendoza había solicitado en 1788, ante el Superior Gobierno, que se sustituyera la cátedra de Digesto Viejo por la asignatura de Derecho Patrio («de España») (Eguiguren, 1964, p. XI), bajo el argumento de que los jueces egresados de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos estaban incapacitados para comprender la realidad de los casos que se presentaban analizándolos bajo los argumentos del Digesto, por lo que el legislador «iba a ciegas» (Eguiguren, 1964, p. XII). Esta concepción jurídica del derecho nacional que menciona Luis A. Eguiguren se va a manifestar años más tarde por las autoridades virreinales como argumentos de derecho contra el proceso emancipador. La administración colonial apelaba a la defensa de la nación invocando un patriotismo espiritual que defendiese a la madre patria de la amenaza de los insurgentes. Esta idea patria del estado virreinal

tuvo que ser enfrentada por los políticos que condujeron la campaña militar libertadora, quienes idearon una respuesta política amparada en la idea de que el gobierno virreinal y el imperio hispano que lo sostenía eran contrarios al pueblo y se encasillaban en una tiranía. Así, el discurso emancipador adquiriría un sentido patriótico, tanto en la defensa del pueblo oprimido que aspiraba a la libertad como en la desintegración del poder de la administración virreinal. Un sector de la élite que dirigía la administración virreinal invocaba el concepto de patria para defenderla de la amenaza de los insurgentes. Las autoridades coloniales invocaban otros preceptos. Las peticiones del virrey José de la Serna lo expresaban en estos términos:

La nueva campaña que deberá abrirse si la negociación pendiente con el general San Martín no tuviese el feliz éxito que verdaderamente deseo, y para el cual no ha quedado ni quedará que hacer por mi parte y de la comisión pacificadora sacrificio alguno compatible con el honor nacional, y la misma seguridad de estos países, exigirá un sistema activo de operaciones que desde ahora es preciso calcular combinar y prevé. (Archivo General de la Nación, Tribunal del Consulado, 1821)

Formalmente, los inicios del período republicano se remontan primero a la firma del acta oficial de la independencia de 15 de julio de 1821, y luego a su proclamación el día 28. Aunque otros territorios habían proclamado abiertamente su ruptura con España con hazañas parecidas, como la que ocurrió el 29 de diciembre de 1820, de la independencia de Trujillo. La intendencia de Trujillo fue importante durante la etapa virreinal, porque había abarcado territorios que hoy en día son Tumbes, Cajamarca, Amazonas, Piura, San Martín y Lambayeque; ahora en la etapa republicana su representación política tenía que ser indispensable. El intendente de Trujillo, José Bernardo de Tagle, conocido como marqués de Torre Tagle, dirigió la proclama en la plaza de armas de la ciudad.

La proclamación de la independencia efectuada en Lima destaca porque los políticos y los notables que la proclamaron se arrogaron el derecho de representar a una nueva entidad política (el Perú republicano). Aun así, no se podía iniciar la República sin la participación de las

principales familias del norte virreinal, como ocurrió con la familia Torre Tagle y su principal mentor José Bernardo, quien sería presidente de la república. En efecto, los Torre Tagle en el norte del Perú habían sido fieles servidores de la corona: José Bernardo de Tagle y Portocarrero fue reconocido con el título nobiliario de IV marqués de Torre Tagle, tuvo un desempeño variado en cargos militares y una activa participación política (Guerrero y Tarrago, 2012). Rafael Guerrero Elecalde y Griselda Tarrago, en un estudio meticuloso sobre la familia Torre Tagle, destacan cómo durante la primera mitad del siglo XVIII diversos miembros de la familia Tagle Bracho, originarios del lugar de Cigüenza, esto es, en la actual Cantabria, constituyeron importantes redes de negocios y comercio, las cuales contribuyeron a acumular una considerable fortuna en diferentes puntos del virreinato peruano.

La independencia de las regiones del norte del Perú, como Trujillo, se encontraba en dicha coyuntura distante del gobierno de Lima. Las primeras correspondencias entre noviembre y diciembre de 1820 remitidas por San Martín a Torre Tagle son una invocación al marqués de Torre Tagle a reconocer que la balanza de la guerra de los insurgentes había cambiado a su favor. San Martín invitaba a Torre Tagle a una profunda reflexión, al quedar el gobierno de Trujillo aislado por la insurrección de Guayaquil; por lo tanto, le hacía reflexionar que sería inútil continuar con la lealtad al virrey. El efecto de la misiva de San Martín tendría efectos políticos decisivos en el comportamiento del marqués, la posterior respuesta de Torre Tagle a San Martín comprueba que Torre Tagle concebía una «patria» común, y que ambos debían aliarse contra un gobierno deshonesto y degradante, que según Torre Tagle era el gobierno de Madrid, de allí el descontento de este (Ortiz de Zevallos, 1963, p. 10).

Analizando con rigor lo favorable de la campaña, el general San Martín decidió el 12 de febrero de 1821 promulgar en el Perú el «Reglamento Provisional». Este documento atestigua la necesidad de establecer una relación entre las reglas y las instituciones jurídicas existentes y otras nuevas. Es decir, aquellas que se derogarían si cabía la posibilidad de integrarse en un orden jurídico naciente. Así, entre otros aspectos que tiene el reglamento, llaman la atención los múltiples cambios que se diseñaron para cambiar el sistema de justicia. Al respecto, se debe recordar

algo importante: los jueces del *Ancien régime* tuvieron gran preponderancia en la sociedad medieval, en su filosofía y también en su práctica ellos gozaron de muchas prerrogativas. Por dicha causa, las reformas liberales trataron de limitar su poder a aquello que fuese la «bouche de la loi» (Dauchy, 2014).

El referido Reglamento provisional en materia de justicia planteó lo siguiente:

1. Se creó un grado de apelación para las sentencias pronunciadas por los presidentes de los departamentos en los asuntos contenciosos de la Hacienda.
2. Se declaró respetar sin alteración las leyes y ordenanzas del Perú en las causas civiles y criminales entre partes del fuero común, con la sola diferencia de que los recursos que antes se dirigían a los llamados intendentes y subdelegados, ahora se harán a los presidentes de los departamentos y gobernadores de los partidos.
3. Se estableció una cámara de apelaciones en el departamento de Trujillo, compuesto de un presidente, dos vocales y un fiscal. Esta cámara conocerá en todas las causas y casos que antes conocían las denominadas audiencias, con la sola restricción de no conocer las causas de mayor cuantía, esto es, no mayor a quince mil pesos, cuyo conocimiento se reserva al Gobierno central.
4. Las alzadas en las causas de Hacienda se llevarán a todos los departamentos a la junta superior de Hacienda, compuesta por la Cámara de Apelaciones y los dos ministros del tesoro público.
5. Los recursos conocidos en el derecho por injusticia notoria se impondrán a la Capitanía General, y se decidirán por las leyes existentes con el dictamen del auditor general.
6. Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje o atentado contra el orden y autoridades constituidas

serán privativamente del conocimiento de la Capitanía General, a cuya disposición deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme a las leyes.

7. El derecho de patronato queda reasumido en la Capitanía General, y el vicepatronato en los presidentes de los departamentos.
8. La jurisdicción eclesiástica se administrará como hasta aquí, con estricta sujeción al derecho común canónico.
9. Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente.
10. Todos los funcionarios públicos serán responsables a un juicio de residencia, que se seguirá por una comisión especial nombrada al efecto por la Capitanía General en los casos de gravedad y trascendencia.

En resumen, el reglamento muestra una serie de reformas tales como: se propuso la reforma de la Hacienda en materia de justicia, se reemplazan las intendencias y las subdelegaciones por los departamentos, subsisten en ellas las atribuciones de justicia, se mantiene el derecho por injusticia notoria, se resalta la importancia de Trujillo en materia de justicia. Asimismo, las causas de infidencia, traición, espionaje, o atentado contra el orden y las autoridades constituidas, serán privativamente del conocimiento de la Capitanía General. Se establece la validez de las normas que no contradigan al principio de libertad e independencia y se reserva la derogación de normas por autoridad competente. Por último, los funcionarios públicos serán sometidos a juicio de residencia. Dos aspectos destacan: el decreto fue firmado por José de San Martín; Bernardo Monteagudo, en su calidad de secretario de Guerra y Marina; y Juan García del Río, secretario de Gobierno y Hacienda. En la compilación de leyes de Juan Oviedo (1861) se anota el comentario de que el reglamento establecía un cierto orden político y judicial en los departamentos que

habían adoptado la causa independiente. Sin embargo, en nuestras palabras, fue una intención más que una concreción; puesto que la demarcación territorial no subsistió por muchos años, y las disposiciones emanadas relativas a los juzgados, los tribunales y la administración de justicia se reformaron y se revocaron (p. 3).

En la época del virreinato las intendencias se dividían en subdelegaciones o partidos, presididas por un subdelegado, ellas sustituían a los corregimientos y las alcaldías mayores producto de las reformas borbónicas. Lucrecia Enríquez (2020) explica cómo el nacimiento de los intendentes, con facultades de administración de jurisdicción ordinaria, fue producto de la reforma iniciada con la real Instrucción de Regentes de 1776, que apuntaba a terminar con la centralización administrativa de la monarquía, y cómo las reformas que daban mayores facultades a las intendencias limitaban, a su vez, la autoridad de los virreyes. Asimismo, comenta que las subdelegaciones, por consiguiente, eran mucho más cercanas a los pueblos indios (p. 191).

Entonces, el reglamento provisional comentado buscó afianzar la importancia de la ley ante las nuevas autoridades, los presidentes de los departamentos y los gobernadores de los partidos, quienes sustituían a la autoridad virreinal, tales como subdelegaciones e intendencias. Sin embargo, vale acotar que, como se mencionó, ya existía en estas instituciones la capacidad de administrar justicia, hasta incluso en entidades como las subdelegaciones. Entonces, el reglamento no se propuso la plena separación de poderes, sino solo una reforma básicamente nominativa adaptada a un lenguaje republicano.

Para mayor detalle de las causas llevadas por los subdelegados durante el virreinato, se puede revisar el trabajo de María Concepción Gavira Márquez (2017), quien explica cómo, en primera instancia, eran competencia para los litigios de la actividad minera los corregidores, en su calidad de alcaldes o jueces de minas; luego, estas competencias las heredaron los subdelegados, es decir, eran los nuevos jueces de minas. Aunque, agrega, cuando se aplicaron las ordenanzas de minería de la Nueva España y se crearon las diputaciones mineras, los diputados consiguieron parte de estas competencias de justicia en primera instancia y también la posibilidad de apelación ante el Tribunal de Minería (p. 54). Precisa

también la autora, citando a Venegas la Torre (2015), que el gremio de mineros, con la creación del Tribunal y las Diputaciones mineras a partir de las ordenanzas de 1783, concentró la aplicación de justicia en primera y en segunda instancia. Manifiesta que dicho fenómeno no ocurrió en el virreinato del Río de la Plata, dato relevante porque los centros mineros del Alto Perú, incluido Puno, durante un período, se encontraban bajo dicha jurisdicción.

Asimismo, desde mucho antes, explica Venegas que la autoridad del corregidor tenía competencias económicas, fiscales, gubernativas y judiciales. Incluso, prosigue, en su calidad de alcalde de minas y encargado de llevar cuenta y razón de las hipotecas y las fianzas por azogue, este ejercía una gran influencia. Para precisar, aquello que nos interesa exponer en esta sección es que la división entre una justicia y la autoridad gubernativa no era plena, por el contrario, en la raigambre del orden jurídico virreinal, una autoridad tenía competencias de ambos; y, por consiguiente, no existía una clara división de poderes, y más aún, en el reglamento provisional no limitó las prerrogativas judiciales de las autoridades, sino solo se reemplazó las virreinales por unas nuevas, o mejor dicho, pretendió hacerlo.

2. EL PROTECTORADO DE SAN MARTÍN Y LAS PRIMERAS REFORMAS INSTITUCIONALES

Para entender la existencia del nacimiento del Perú independiente y republicano desde la perspectiva del derecho, es importante reconstruir de forma sucinta los pasos que llevaron a la proclamación de la independencia de la República del Perú. El 15 de julio de 1821, tal como consta en el Acta del Cabildo de Lima, se reunieron en el ayuntamiento, el arzobispo de la Santa Iglesia Metropolitana, los prelados de los conventos religiosos, los títulos de Castilla acompañados por varios vecinos de esta capital manifestaron su voluntad de dejar establecida la independencia del Perú de la dominación española y de cualquier otra extranjera. La independencia se proclamó el 28 de julio, mediante este acto la jura del 15 de julio fue legitimada con la participación del pueblo; en la actualidad, el 28 de julio es el día de la festividad nacional. En efecto, el 22 de julio del mismo año referido San Martín señaló:

Y para que se haga con la solemnidad correspondiente, espero que este noble vecindario autorice el augusto acto de jura, concurriendo a él: que adorne e ilumine sus casas las noches del viernes, sábado y domingo, para que con las demostraciones de júbilo se den al mundo los más fuertes testimonios del interés con que la ilustre capital del Perú celebra el día primero de su independencia y el de su incorporación a la gran familia americana. (Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, 1974, t. XIII, vol. 1, p. 18)

2.1. LA PROCLAMACIÓN DE LA INDEPENDENCIA: PRIMER ACTO JURÍDICO DE LA REPÚBLICA PERUANA

La proclamación de la independencia del Perú constituye el primer acto político del nuevo régimen. San Martín asume dicha responsabilidad no solo por dirigir la campaña militar, sino que además se sustenta en una base legal que fue el estatuto provisorio del mes de febrero de 1821. Por tanto, la proclamación de la independencia y los decretos promulgados por el Protector son la continuación de un régimen excepcional no contemplados en la antigua legislación colonial. Con esta medida, San Martín crea *de facto* la posibilidad de que un régimen de fuerza que de manera informal expresaba la voluntad del pueblo cuestione el poder de la monarquía hispana, que hasta ese momento era considerada la institución política que gobernaba al pueblo por voluntad de Dios. Este principio monárquico era definido por el derecho castellano como atribución exclusiva del monarca amparado en las Siete Partidas: «Dios es comienzo, fin y medianía y acabamiento de todas las cosas», cumplir la ley según Jesucristo y servir unos a los otros para el «placer de Dios» (partida 1, prólogo).

2.2. LOS PRIMEROS DERECHOS CIUDADANOS

En su calidad de protector, San Martín emanó el decreto publicado el 7 de agosto de 1821, en este documento se reconoció la seguridad individual del ciudadano y la de su propiedad, incluso se consideró a estas dos la base de todo buen gobierno. Asimismo, en dicho decreto, se prohibió el allanamiento de la casa sin orden expresa e impresa, se reconoció el

derecho de resistir a tal allanamiento, e incluso cualquier allanamiento solo se haría en presencia del interesado y bajo correspondiente inventario. Además, se señaló el derecho de interponer recurso efectivo para hacer valer tales derechos (Oviedo, 1861, p. 13). Estos derechos no eran exclusivos del ciudadano: se usaba el término vecino y persona para referirse a todo aquel que defendía su residencia.

La carta consigna una primera división social, reconoce la existencia de dos grupos claramente diferenciados: los naturales y los ciudadanos. Los naturales eran todos aquellos nacidos en el Perú, y los ciudadanos, aquellos a los que se les reconocía carta de ciudadanía para obtener empleos públicos (Oviedo, 1861, p. 14). Existía una serie de sujetos que podían ser naturalizados: los extranjeros, la mujer y los hijos menores de veinticinco años que acompañasen al naturalizado, y se perdía tal naturalización por acto hostil a la causa de la independencia de América. La ciudadanía tenía sus requisitos, se reservaba a hombres libres nacidos en el país, mayores de veintiún años y que ejercieran alguna profesión o industria útil. A los naturalizados se les exigía ser mayores de veinticinco años, saber leer y escribir, dos años de residencia, que posean propiedad en el territorio, y así una serie de otros supuestos. Llama la atención que dicho texto suspendía los derechos del ciudadano por no vivir los casados con sus mujeres sin haber entablado juicio de divorcio. En efecto, la suspensión de la ciudadanía, en las primeras cartas republicanas, incluso a nivel comparado, tuvo varias cláusulas morales, en el documento revisado se agregan otras causales de pérdida de la ciudadanía, entre ellas: por haber sufrido pena aflictiva o infamatoria hasta la rehabilitación; por hacer contrabando; por estar loco, furioso o demente; por no haber satisfecho al Estado o a los particulares a su tiempo cualquier deuda que conste de documento escrito.

2.3. EL FRACASO DEL PROYECTO MONÁRQUICO Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA REPÚBLICA

Con precisión, terminan los proyectos monárquicos solo en el período en que se establece un régimen que sienta las bases para la Constitución de 1823, si bien San Martín también proyectaba una Constitución, por medio de un Congreso Constituyente, en el camino se derivó a las

causas monárquicas. Lo mismo sucedió con el primer presidente del Perú que sucedió a San Martín, José de la Riva Agüero, a este también se le destituyó por derivar en negociaciones que favorecían a la monarquía. Este proyecto monárquico constitucional peruano tiene su parangón en el evento ocurrido en México, en donde Agustín Cosme Damián de Iturbide y Aramburu fue proclamado emperador del país, en el período que comprende del 22 de mayo de 1822 al 19 de marzo de 1823, bajo el título de Agustín I. La monarquía mexicana quedó establecida en el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, firmados entre Agustín de Iturbide y Juan de O'Donojú, quien fue el último jefe político español en la Nueva España. Mediante dichos acuerdos se ofrecería la corona al propio rey de España, Fernando VII, o alguno de los príncipes de la casa real española, y, en caso de que no aceptaran, el Congreso, que se reuniría en México ya independiente, estaría en libertad de elegir a un emperador. Asimismo, se puede comparar con aquello sucedido diez años antes en Chile (1812) con el Reglamento Constitucional Provisorio, que estableció en su artículo tercero la fidelidad al rey de España, y en otro artículo declaró la soberanía del pueblo chileno, pero que gobernaría a nombre del rey la Junta Superior Gubernativa (Palma, 2008, p. 113).

En el Perú, la posibilidad de instalar un gobierno monárquico se debatió de manera vehemente en las instalaciones de la sociedad patriótica. La ilusión monarquista en el Perú se inició en la primera campaña militar con San Martín, la intención de los patriotas era imponer como condición a un cese de hostilidades un gobernante para el Perú; la propuesta sanmartiniana fue discutida con los delegados del virrey Joaquín de la Pezuela en febrero de 1820 en el pueblo de Miraflores (Basadre, 2002, p. 66). San Martín proponía traer de España un príncipe que pudiese gobernar el Perú, además de hacer la transición en un nuevo gobierno bajo control de las antiguas autoridades. Dichas discusiones fracasaron por la intransigencia del virrey, a pesar de que un sector de los vecinos de la capital exigía un arreglo entre ambos.

Una segunda negociación a favor de establecer una monarquía se produjo en la Hacienda Punchauca en mayo de 1821. Dicha conversación se produjo luego de que el virrey Pezuela fuera derrocado por un sector del ejército que elevó como virrey a José de la Serna, la destitución

del virrey Pezuela, según Basadre, se debió principalmente a su impericia militar en enfrentar con éxito a las tropas patrióticas. El plan de San Martín era lograr la independencia, pero con la participación de los españoles, quienes debían dirigir dicho proceso rompiendo con la monarquía. Tal ofrecimiento patriótico auguraba un éxito al comenzar las negociaciones. Sin embargo, San Martín fue enfático al señalar que lo ofrecido solo sería cumplido si se proclamaba antes la independencia, condición que fue rechazada por los españoles. Este rechazo se produjo porque un sector de la casta militar no estaba de acuerdo con el gobierno central. En sus términos, lo ideal era establecer un gobierno basado en el antiguo dominio de los incas. Tal argumento tiene lógica, toda vez que la conquista española había ocurrido contra la antigua entidad política derrotada, la incaica. Por tal razón, en estas negociaciones, uno de los oficiales realistas amenazaba con promover la restauración del antiguo gobierno incásico. Para dar legitimidad a dicha reivindicación, se ponía de conocimiento la existencia de un cacique que militaba en el destacamento militar del general Valdez (conde de Torata), quien afirmaba ser de sangre real (Basadre, 2002, p. 67).

El proyecto monárquico como forma de gobierno era inviable en el Perú republicano, al no contar con letrados que pensarán en componer una autonomía jurídica redactada en textos legales. La realidad política social que se tenía que legislar era contraria a un sistema judicial de antiguo régimen. A ello se debe sumar el papel de la prensa de ese entonces, que estando en manos de los republicanos más destacados pudo influir en la opinión pública para crear una corriente de opinión que rechazaba la monarquía. Fue Faustino Sánchez Carrión uno de los líderes republicanos más destacados. Para el Solitario de Sayán, la monarquía estaba condenada (Porrás Barrenechea, 1978, p. 38).

En efecto, como explica Juan Alberto San Martín Vásquez (2020) en el artículo titulado «La participación de José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete en el proceso de la independencia del Perú vista a través de sus memorias», José de la Riva Agüero tuvo una participación temprana en su adhesión a la causa de la independencia. Así, en 1816, escribió en Lima el folleto anónimo titulado *Manifestación histórica y política de la revolución americana* (llamado también las 28 causas), que

logró enviar secretamente a Buenos Aires, donde fue impreso en 1818, destinó grandes cantidades de su patrimonio para organizar conspiraciones y no escatimaba esfuerzos, a pesar de los riesgos que corría. Asimismo, cuando San Martín desembarcó en Pisco, fue él quien organizó el movimiento del batallón Numancia hacia la causa independentista. Más adelante, en su calidad de presidente de la república trató de pactar con la corona española en forma pacífica y dentro de una solución monárquica. Por causa de ello casi es fusilado y por cuestión del destino se marchó deportado a Europa.

3. LAS BASES DE LA CONSTITUCIÓN Y OTROS DECRETOS PREVIOS A LA CONSTITUCIÓN DE 1823

El Estatuto Provisional, de fecha 8 de octubre de 1822, reconoce para el ciudadano: la libertad, la seguridad, la propiedad y su existencia y que solo se le privará de tales derechos por autoridad competente. Asimismo, reconoce todas las deudas del Gobierno español que no hayan sido contraídas para mantener la esclavitud en el Perú y hostilizar a los demás pueblos independientes. Como se había referido, el concepto de moral pública era extendido, reflejo de ello es que el Estatuto en su art. 3 dice:

Los presidentes (de los departamentos) son los jueces de policía en los departamentos, y como tales velarán por la observancia de la moral pública, sobre el establecimiento de primeras letras y su progreso, y sobre todo lo que tenga relación con el adelantamiento de los pueblos y sanidad de sus habitantes. El reglamento solo hace referencia a quedar sancionados los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento provisional de Huara del 12 de febrero.

En el plano judicial se usa ya el término poder judicial, que se administrará por la alta cámara de justicia y demás juzgados subalternos. A esta alta cámara le da el mismo rol que tenían las audiencias; asimismo, las funciones del tribunal de minería las reconduce a esta (art. 2, sección 7). Luego, menciona que la alta cámara será conformada por una comisión compuesta por individuos y por otros jurisconsultos, quienes se encargarán de la redacción del reglamento de administración de justicia, que

debe tener como base la igualdad ante la ley de que gozarán todos los ciudadanos, la abolición de los derechos que perciban los jueces, los cuales quedan terminantemente prohibidos (art. 3, sección 7). Dicha comisión presentó un reglamento para la sustanciación del juicio de presas. El juicio de presas consiste en que «El que apresa una nave no puede, por sí mismo, disponer de ella. Es necesario que se efectúe un juicio en el cual se declare ser buena la presa. Que la presa sea buena, significa que es legítima» (Dougnaç, 1983, p. 165).

El 15 de octubre de 1822 se estableció la Suprema Junta Gubernativa del Perú, comisionada por el soberano Congreso Constituyente, esta decretó un Reglamento Provisional, sobre la base de integrantes del Congreso.

El 17 de diciembre de 1822 se emanan las Bases de la Constitución Política del Perú. En este documento ya se recoge la igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue, dice el tenor; el derecho individual de presentar peticiones ante el Congreso o ante el Gobierno, la abolición de los empleos y privilegios hereditarios, la abolición del comercio de negros, la división en tres poderes. Estipulaba que el Poder Legislativo debe ser uno «y no combatir contra sí mismo» (art. 11). También preveía un Senado. Establecía que el poder judicial es independiente y que los jueces son inamovibles y de por vida (art. 17). Y ya en una última parte del referido artículo último se señala que la ley (será) aplicada por los jueces. Firman el documento Juan Antonio de Andueza, presidente; Tomás Forcada; Julián Morales; el marqués de Salinas, entre otros.

El texto de la Constitución de 1823 se publicó el 15 de noviembre, fue firmado por, entre otros, Juan de Berindoaga y José Bernardo Tagle. Se establecieron las solemnidades para el juramento y la promulgación de la Constitución. En dicho documento se señaló su propia fórmula de juramentación. Ella señaló el siguiente juramento, cuya fórmula, en líneas generales, aún se mantiene hasta la actualidad. Se instauraron varias fórmulas de juramentar la Constitución, la norma distinguió fórmulas de juramentación para cada sujeto, así el presidente juramenta luego que los congresistas lo realicen en el Parlamento, y según el art. 1, de este modo:

¿Juráis á Dios defender la religión Católica, apostólica, romana, sin admitir el ejercicio de otra alguna en la república? —Sí, juro—
 ¿Juráis guardar, y hacer guardar la Constitución Política de la república peruana, decretada y sancionada por el Congreso constituyente, como también por las leyes del Estado: que no atenderéis contra la representación nacional, ni atacaréis la inviolabilidad de sus miembros, insultando en ello a los mismos pueblos que representan? —sí, juro.—
 ¿Juráis haberos bien y fielmente en el encargo que la nación ha hecho, mirando en todo por el procomunal de la misma nación, respetando su libertad política y los derechos individuales y sociales de todos los peruanos: no debiendo ser obedecido en lo que contrario hicieréis; antes bien será nulo y de ningún valor aquello en que contravinieréis a lo que habéis jurado? —sí, juro.— Si así lo hicieráis, Dios os premie, y si no, os lo demande, y la nación os haga responsable conforme a las leyes.

Otro tipo de juramentación se estableció para las primeras autoridades civiles y militares, esta tenía la siguiente fórmula:

¿Juráis por Dios y por los Santos Evangelios guardar la Constitución Política, etc.? Esta misma fórmula se estableció para los vecinos en su respectiva parroquia, con asistencia del jefe político superior y la municipalidad.

Para el mando militar, el jefe, oficiales y tropa se juramentó de forma distinta:

¿Juráis a Dios y a la Cruz de vuestra espada, guardar y hacer guardar la Constitución Política de la República, que ha sancionado el Congreso Constituyente: que no abusaréis de la fuerza que os ha confiado la nación para subvertir los sagrados derechos que esta Constitución afianza: que no obedeceréis al jefe que os manda contra ellos o contra la representación nacional, o la inviolabilidad de sus miembros, y que antes si os tornáis contra él, como ciudadanos armados en guardia de la libertad? —Sí, juro.— Si así lo hicieráis, Dios os premie, y si no, os lo demande, y la nación os haga responsable conforme a las leyes.

4. CONCLUSIONES

Los eventos que antecedieron al texto de la Constitución de 1823 fueron relevantes para comprender cómo la República independiente peruana se forma, esto es, a raíz de procesos independentistas previos, los cuales surgen como ruptura del orden colonial de España. El paso de la tradición jurídica española al derecho republicano implicó que la administración virreinal entrara en crisis y aparecieran nuevas instituciones en dicho proceso de surgimiento del Estado peruano independiente.

El protectorado de San Martín facilitó las primeras reformas institucionales, así como el reconocimiento de los primeros derechos ciudadanos, entre ellos, el derecho de propiedad, la prohibición del allanamiento de la casa sin orden expresa e impresa, el reconocimiento del derecho de resistir a tal allanamiento. Las Bases de la Constitución y otros decretos fueron momentos preparativos para la dación de la Constitución de 1823.

REFERENCIAS

- Archivo General de la Nación. Tribunal del Consulado (1821, 3 de julio). *Correspondencia. Oficio de José de la Serna Virrey del Perú al Tribunal del Consulado de Lima, sobre traslado de oficinas y archivo al Castillo del Real Felipe ante amenaza de invasión por el general José de San Martín.*
- Basadre, J. (2002). *La iniciación de la república* (2 tt.). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1974). *Obra de gobierno y epistolario de San Martín* (t. XIII, vol. 1). Talleres Gráficos Cecil.
- Dauchy, S. (2014). Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu. *Nagoya. University Journal of Law and Politics*, 256, 325-343.
- Dougnac, F. (1983). El juicio de presas en el derecho patrio. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (9), 165-176.

- Eguiguren, L. A. (1964). *El derecho del Perú virreinal. Crisis del derecho y justicia*. Empresa gráfica Scheuch.
- Enríquez, L. (2020). De las intendencias a las subdelegaciones: dos momentos historiográficos sobre el régimen de intendencias en la América Borbónica. *Revista de Historia Regional y Local*, 12(25), 182-219. <http://www.scielo.org.co/pdf/histo/v12n25/2145-132X-histo-12-25-182.pdf>
- Gavira, M. C. (2017). La justicia local como «juez y parte» en los centros mineros del Alto Perú durante el siglo XVIII. *Revista Historia y Justicia*, (9), 46-71. <http://journals.openedition.org/rhj/1202>
- Guerrero, M. y Tarrago, G. (2012). La certera espacialidad de los vínculos. Los Tagle Bracho entre la Montaña, Lima y el Río de la Plata (primera mitad del siglo XVIII). *Prohistoria*, (18), 1-24. <https://www.redalyc.org/pdf/3801/380135849001.pdf>
- Ortiz de Zevallos, J. (ed.). (1963). *Correspondencia de San Martín y Torre Tagle*. Juan Mejía Baca.
- Oviedo, J. (1861). *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú 1821-1859*, Lima (vol. I). Felipe Bailly editor; Librería Central de Botoneros.
- Palma, E. (2008). *Historia del derecho chileno 1808-1924*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Porras Barrenechea, R. (1974). *Ideólogos de la emancipación*. Milla Batres.
- San Martín, J. A. (2020). La participación de José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete en el proceso de la independencia del Perú vista a través de sus memorias. *Desde el Sur*, 12(1), 37-55. <https://dx.doi.org/10.21142/des-1201-2020-0004>
- Venegas de la Torre, A. (2015). Los privilegios mineros novohispanos a partir de las Ordenanzas de Minería de 1783: los usos de la justicia. *Revista Historia y Justicia*, (5), 67-95. <https://journals.openedition.org/rhj/1470>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.08

EL TRABAJO EN LAS CÁRCELES EN EL PERÚ Y SU ADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Work in prisons in Peru and its adaptation to
international human rights standards

Il lavoro penitenziario in Perù e il suo adeguamento alle
norme internazionali sui diritti umani

ANÍBAL RUIVO RODRÍGUEZ SALAZAR
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: anibal.rodriguez1@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0008-7694-2551>

RESUMEN

El autor analiza los principales instrumentos internacionales relacionados con el derecho al trabajo, los fines de la pena y el régimen penitenciario y la manera en que delimitan el trabajo realizado dentro de las cárceles por reclusos, así como identifica los estándares internacionales vigentes para su abordaje. Posteriormente, revisa las disposiciones de la Constitución Política del Perú aplicables al trabajo penitenciario, así como el Código de Ejecución Penal y el novedoso Decreto Legislativo n.º 1343, que crea el Programa Cárceles Productivas, principales normas que regulan dicho trabajo, con la finalidad de determinar si se adecuan a los referidos estándares de protección de derechos humanos y examinar los

problemas que genera el desconocimiento del vínculo laboral del trabajo realizado dentro de las cárceles.

Palabras clave: trabajo penitenciario en cárceles; prisión; derecho laboral; derechos fundamentales en prisión; personas privadas de libertad.

Términos de indización: prisión; trabajo forzoso; derecho laboral (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The author analyses the main international instruments related to the right to work, the purposes of punishment and the penitentiary regime, and the way in which they delimit the work carried out inside prisons by inmates, as well as identifying the international standards in force for their approach. Subsequently, it reviews the provisions of the Political Constitution of Peru applicable to prison work, as well as the Penal Enforcement Code and the new Legislative Decree No. 1343, which creates the Productive Prisons Programme, the main rules that regulate such work, in order to determine whether they are in line with the aforementioned standards of human rights protection and examine the problems generated by the lack of recognition of the labour link of work carried out inside prisons.

Key words: prison labour in prisons; prison; labour law; fundamental rights in prison; persons deprived of their liberty.

Indexing terms: prisons; forced labour; labour law (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

L'autore analizza i principali strumenti internazionali relativi al diritto al lavoro, alle finalità della pena e al regime penitenziario e il modo in cui essi delimitano il lavoro svolto all'interno delle carceri dai detenuti, oltre a individuare gli standard internazionali in vigore per il loro approccio. Successivamente, esamina le disposizioni della Costituzione politica del Perù applicabili al lavoro carcerario, nonché il Codice di esecuzione penale e il nuovo Decreto Legislativo n. 1343, che crea il

Programma Produttivo Carcerario, le principali norme che regolano tale lavoro, al fine di determinare se sono in linea con i suddetti standard di protezione dei diritti umani ed esaminare i problemi generati dal mancato riconoscimento del legame lavorativo del lavoro svolto all'interno delle carceri.

Parole chiave: lavoro nelle carceri; carcere; diritto del lavoro; diritti fondamentali in carcere; persone private della libertà.

Termini di indicizzazione: prigionieri; lavoro forzato; diritto del lavoro (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 15/09/2023

Revisado: 16/09/2023

Aceptado: 16/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpgalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

1. INTRODUCCIÓN

En muchas de las películas del comienzo del siglo XX (o que se desarrollan durante esa época) ambientadas en los Estados Unidos de América hemos visto escenas en las que personas condenadas por la comisión de un delito realizan trabajos al aire libre como forma de castigo, muchas veces vestidas de traje a rayas y con un grillete unido por una cadena a una pesada bola de metal que impedía su huida. Casi siempre era un funcionario gubernamental de la prisión quien les gritaba indicaciones o supervisaba severamente la construcción de zanjas, carreteras o incluso sembrío de cultivos.

Tal situación se encuentra constitucionalmente reconocida en la XIII Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, cuya traducción dice: «Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria (trabajo forzado), excepto como castigo de un crimen por el cual la parte habrá sido debidamente condenada, deberán existirán dentro de los Estados Unidos o en ningún lugar sujeto a su jurisdicción».

Normalmente, cuando pensamos en trabajo realizado por personas condenadas, esta suele ser la imagen más común que aflora en nuestra mente: el trabajo realizado de forma obligatoria y como parte de la pena impuesta, que busca extraer forzosamente de la labor del condenado algún tipo de resarcimiento.

No obstante, en nuestro país no se ven personas condenadas trabajando al aire libre con grilletes, y cuando revisamos la Constitución Política de 1993, no encontramos ningún artículo o apartado similar que caracterice al trabajo como castigo de las personas condenadas. Esto se debe a que, en el Perú, el trabajo realizado dentro de las cárceles por los internos (al cual denominaremos trabajo penitenciario en el presente artículo) no se realiza como parte de la pena o como un castigo. Entonces, ¿podríamos imitar a Estados Unidos e incorporar en nuestra Constitución disposiciones para obligar a los condenados a trabajar?

A través del presente artículo sustentaremos por qué consideramos que actualmente no es posible ni conveniente establecer un régimen de trabajo obligatorio en las cárceles, en virtud de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables al trabajo penitenciario, nuestra propia Constitución Política, así como la evolución de la naturaleza de dicho trabajo dentro de las cárceles peruanas, donde se verifica la efectiva generación de relaciones laborales que deberían ser protegidas por el derecho al trabajo. Asimismo, analizaremos la falta de adecuación a dichos estándares de las disposiciones relevantes sobre trabajo penitenciario contenidas en el Código de Ejecución Penal y su reglamento, y el Decreto Legislativo n.º 1343, Decreto Legislativo para la Promoción e Implementación de Cárceles Productivas y su reglamento, con la finalidad de identificar si causan desprotección de los derechos de los trabajadores penitenciarios.

2. NORMAS INTERNACIONALES QUE ABORDAN LOS FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y EL TRABAJO PENITENCIARIO

La importancia de analizar las normas y los estándares internacionales no se limita a que representen buenas prácticas que nuestro Estado pueda elegir implementar a su criterio, sino que, en virtud de la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política, constituyen estándares de interpretación de los derechos fundamentales. En esa línea, si bien se podría pensar que únicamente los tratados o los documentos ratificados tendrían este valor, consideramos que, tanto las declaraciones, los lineamientos, las reglas mínimas y demás instrumentos, son fuente de derecho internacional debido a que materializan principios generales del derecho internacional basados en la costumbre y sirven de complemento legal para la interpretación de contenidos que no sean desarrollados detalladamente (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1999, pp. 5-6). Finalmente, el propio Código de Ejecución Penal, aprobado con anterioridad a la Constitución, el 2 de agosto de 1991, establece en su artículo X que el sistema penitenciario peruano «acoge las disposiciones, conclusiones y recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente».

2.1. FINES DE LA PENA Y RÉGIMEN PENITENCIARIO

En cuanto a los fines de la pena y el régimen penitenciario, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) indica en el numeral 1 de su artículo 10 que «Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano», y añade en su numeral 3 que la finalidad esencial del régimen penitenciario es ser un tratamiento para reforma y readaptación social de los condenados. Por su parte, a nivel regional y continuando dicha línea, los numerales 2 y 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también consagran que toda persona privada de libertad merece un trato respetuoso en virtud de la dignidad inherente al ser humano e indican que «las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados», respectivamente.

Si bien parecen disposiciones casi idénticas, es necesario distinguir que, mientras que el PIDCP hace referencia al régimen penitenciario (normas y condiciones que regulan la convivencia y el orden dentro de las cárceles), la CADH la hace respecto de los fines de la pena privativa de libertad (efectos que se buscan conseguir en la persona condenada y la sociedad), los cuales indudablemente se manifiestan de forma simultánea en la realidad durante la ejecución de la condena.

Respecto al *soft law*, el instrumento principal que aborda estas materias son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), que indican en su regla 4 que la protección de la sociedad contra el crimen y la reducción de la reincidencia delictiva son los principales fines de la pena privativa de libertad; en su regla 5, que «el régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano»; y, en su regla 91, que el tratamiento que reciben las personas condenadas tiene como finalidad incentivar su propio respeto, sentido de responsabilidad, la voluntad de vivir conforme a ley y trabajar. Del mismo modo, el numeral 10 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos aprobados mediante Resolución 45/111 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) determina que deben crearse condiciones beneficiosas con el objeto de reinsertar de la mejor forma posible al exrecluso de vuelta a la sociedad.

Finalmente, encontramos la Observación General n.º 21 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, emitida el 10 de abril de 1992, que indica que el objetivo esencial de los regímenes penitenciarios es la reforma y la readaptación social del condenado, y que debe evitarse que la única finalidad de los regímenes penitenciarios sea el castigo (ONU, 1992, apartado 10).

Queda claro que, a través de la pena privativa de libertad y el régimen penitenciario, el Estado ya no solo encarcela y castiga a los delinquentes, sino que, dentro de un Estado constitucional de derecho, este también vela por el destino durante y después del cumplimiento de la sentencia (Berdugo y Zúñiga, 2001, p. 37). En tal sentido, la reinsertión

o rehabilitación de los condenados implica un número de actividades e intervenciones que tienen como finalidad que estos se vuelvan respetuosos de la ley y se desincentive la comisión de delitos (Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, 2013, p. 162).

2.2. TRABAJO PENITENCIARIO

Diversos instrumentos internacionales consagran y desarrollan el derecho al trabajo y sus contenidos¹, resaltando su universalidad sin importar la condición en la que se encuentre su titular. Esto es relevante para entender el tránsito de la concepción del trabajo penitenciario desde un castigo a una forma de tratamiento resocializador y, como veremos posteriormente, hacia un verdadero derecho humano que amerita el reconocimiento y la protección por parte del Estado. No obstante, en el presente apartado nos centraremos en los instrumentos que tratan el trabajo penitenciario de forma específica.

2.3. TRATADOS INTERNACIONALES

Es necesario comenzar haciendo referencia al Convenio n.º 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1930) sobre trabajo forzoso, cuyo artículo 1 proscribire los trabajos forzados, la esclavitud o la explotación laboral de cualquier tipo, y define en su artículo 2 a los primeros como cualquier «trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente». No obstante, dentro de las excepciones determinadas en el artículo 3 encontramos en el literal c el caso de personas condenadas a través de una sentencia judicial en la cual se les exija la realización de un trabajo o servicio, siempre y cuando las autoridades del Estado controlen y vigilen tal actividad y que la persona que realice el trabajo o servicio no sea cedida o puesta a disposición de empresas, o personas naturales o jurídicas privadas.

1 Artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», entre los más relevantes.

De tal forma, el referido convenio permite que los Estados recurran a los trabajos forzados como una forma de sanción conjunta con la condena a cárcel, siempre y cuando el Estado se mantenga en el ámbito de control de dicho trabajo, lo que también se puede leer como una prohibición expresa a utilizar la figura del trabajo penitenciario como castigo o sanción en favor de particulares y empresas privadas. Tal arista es importante de tener en consideración, puesto que, como se verá más adelante, el trabajo estudiado en el presente artículo se realiza por cuenta ajena a favor de terceros o empresas privadas, situación en la cual no está permitido recurrir al trabajo forzoso.

Adicionalmente, consideramos importante anotar que, en virtud del principio de no regresión de los derechos humanos, el abandono de la configuración del trabajo penitenciario exclusivamente como un castigo en favor de su formulación como método de tratamiento resocializador y, finalmente, derecho fundamental, se ha ido consolidando en los siguientes instrumentos internacionales.

Al respecto, el principio 5 de los «Principios básicos para el tratamiento de los reclusos» indica que, salvo las limitaciones propias de la situación de encarcelamiento, las personas reclusas mantienen el ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de haber firmado y ser parte de estos últimos, y también de otros derechos humanos reconocidos y consagrados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

Se agrega en el principio 8 que los Estados deberán crear condiciones para que los internos desarrollen actividades laborales remuneradas que contribuyan a su reinserción en el mercado laboral y sirvan de sustento económico propio y de sus familias. En similar forma, la Resolución de la Asamblea General de la ONU, aprobada el 19 de diciembre de 2016, sobre los derechos humanos en la administración de justicia, reconoce que «a excepción de aquellas restricciones legales que sean fehacientemente necesarias en razón de la encarcelación, las personas privadas

de libertad deben conservar sus derechos humanos inalienables y todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales» (2017, p. 3).

2.4. INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*

De manera concordante, el principio XIV de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por Resolución n.º 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de marzo de 2008, consagra el derecho al trabajo y a recibir una remuneración adecuada y equitativa de toda persona privada de libertad, con el objetivo de promover la cultura del trabajo y contribuir a su rehabilitación y su readaptación social, añadiendo que este nunca tendrá carácter aflictivo. Asimismo, el referido principio señala que los Estados deben desarrollar proyectos de capacitación técnico profesional y crear talleres laborales permanentes, fomentando «la participación y cooperación de la sociedad y de la empresa privada». Esta última disposición es de gran relevancia porque incorpora en el desarrollo del trabajo penitenciario a la empresa privada, ampliando la visión tradicional según la cual los empleadores podían ser únicamente los Estados.

Por su parte, el numeral 71.2 de la regla mínima 72 de la versión original de las Reglas Nelson Mandela del año 1955, indicaba expresamente lo siguiente: «Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según la determine el médico», mientras que las reglas 96 y 97 de su versión actual, aprobada en 2015, establecen que «los reclusos penados tendrán la oportunidad de trabajar y participar activamente en su reeducación, previo dictamen de aptitud física y mental emitido por un médico u otro profesional de la salud competente» y que el trabajo penitenciario no tendrá carácter aflictivo, no generará esclavitud ni servidumbre, y «no se obligará a ningún recluso a trabajar en beneficio personal o privado de ningún funcionario del establecimiento penitenciario», respectivamente. Podemos observar sin lugar a dudas un cambio de paradigma en la caracterización del trabajo penitenciario, el cual deja de ser obligatorio a modo de castigo y se alinea a los fines de la reinserción social.

Posteriormente, en la regla 98 se menciona la función esperada del trabajo penitenciario y se indica que este busca contribuir a la capacidad de los reclusos de ganarse la vida honradamente luego de ser liberados, lo que, a nuestra perspectiva, se encuentra alineado a los fines resocializadores de la pena, al pretender que estas personas integren la fuerza laboral de la sociedad y dejen de recurrir al crimen como método para obtener recursos, en los casos que así haya sucedido. Esta misma regla señala que la formación en el trabajo que reciban los reclusos debe ser útil o productiva y añade que —dentro de las posibilidades— se les debe permitir elegir el tipo de trabajo que deseen. Complementando lo anterior, la regla 99 establece que, con el objetivo de que la preparación de los reclusos sea óptima para cuando obtengan la libertad, tanto la organización como los métodos de trabajo deben ser lo más parecidos posible a cómo estos se desarrollan en el exterior, agrega que «no se supeditará el interés de los reclusos y de su formación profesional al objetivo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria». Consideramos que este último extremo hace referencia a la prohibición para los Estados de aprovecharse del trabajo penitenciario para obtener ganancias, generando una industria penitenciaria lucrativa a costa de los trabajadores. Continúa la regla 100 recomendando que, en lo posible, el trabajo penitenciario sea gestionado directamente por el Estado y no por contratistas privados y, en caso suceda, siempre deberá desarrollarse bajo supervisión del personal penitenciario. De tal forma, el trabajo en favor de empresas o personas particulares no se encuentra prohibido por esta norma, lo cual consideramos adecuado, debido a que no existe incompatibilidad entre el ánimo de lucro de estos actores con el respeto de la dignidad de los trabajadores penitenciarios a través de condiciones laborales no explotadoras. Sin embargo, para evitar abusos es indispensable que la administración penitenciaria realice una supervisión rigurosa de dicha actividad, lo cual en la práctica demuestra no solo dificultades, sino incluso complicidad o aquiescencia del propio Estado al permitir ciertas condiciones laborales perjudiciales.

Las Reglas Mandela también establecen las condiciones mínimas de trabajo que deberán otorgarse a los trabajadores penitenciarios, las cuales, a nuestro parecer, constituyen verdaderos derechos laborales que el Estado está obligado a reconocer y proteger. Sobre esto, la referida

regla 100 indica que en caso el trabajo se realice en favor de empresas o personas particulares, estas deberán pagar el salario normal exigible por dicho trabajo, considerando el rendimiento de la persona privada de libertad; en cuanto a la seguridad y salud en el trabajo, la regla 101 determina que las precauciones deben ser las mismas que para las personas en libertad, incluyendo los casos de indemnización por accidente laboral; de conformidad con la regla 102, se debe respetar el número máximo de horas de trabajo por día y semana para los reclusos teniendo en cuenta los parámetros establecidos para trabajadores libres; mientras que la regla 103 dispone que el sistema de remuneración debe ser justo y que el monto total no puede ser destinado a cubrir los costos de la administración penitenciaria o el pago de la reparación civil, y es obligatorio que se les permita disponer de una parte para sus gastos personales, familiares, entre otros. Como se observa, existe una serie de condiciones laborales mínimas que los Estados deben respetar en el desarrollo del trabajo penitenciario, las cuales evitan situaciones de explotación o aprovechamiento indebido de la mano de obra de los reclusos; esto reivindica que las personas privadas de libertad no pierden su dignidad y los derechos derivados de ella, como puede ser el derecho al trabajo. Evidentemente, las limitaciones propias de la situación de reclusión, así como las carencias logísticas y administrativas de las prisiones pueden incidir en el disfrute pleno de estas condiciones laborales, no obstante, consideramos que es un deber del Estado buscar el cumplimiento y el respeto de estas en el mayor grado posible.

Respecto a esto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEAR) de la OIT evalúa periódicamente el cumplimiento de las medidas desarrolladas por los Estados para el cumplimiento de los compromisos derivados de los convenios internacionales que han suscrito, incluyendo el ya analizado Convenio n.º 29 sobre trabajo forzoso. De tal forma, la CEAR se ha pronunciado sobre el desarrollo del trabajo penitenciario en diversos países, resaltando el caso de Alemania en 2012, cuando instó al gobierno central y los Estados a que se exija el consentimiento por escrito de los reclusos para trabajar en favor de empresas privadas, sin mediar amenaza y que las condiciones de trabajo se asemejen a las de una relación laboral en libertad (OIT, 2012). En similar forma se pronunció sobre los casos de Hungría y Namibia, en

los cuales expresó la necesidad de que introduzcan leyes que requieran el consentimiento expreso, libre e informado de los reclusos cuando trabajen en favor de empresas y que las condiciones de trabajo sean parecidas a las de las personas libres (OIT, 2013, pp. 251, 281).

Finalmente, la OIT publicó en el 2007 un documento titulado «Erradicar el trabajo forzoso», correspondiente al Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930 n.º 29, y al Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 n.º 105, donde advierte, en su considerando 110, que el trabajo penitenciario realizado para compañías privadas es permitido siempre y cuando el trabajador haya expresado su consentimiento libremente y se ejerza en condiciones similares a las de los trabajadores libres, reafirma que esta última característica constituye el indicador más confiable para determinar la voluntariedad del trabajo. En ese sentido, recuerda que los factores claves a analizar son los niveles de salarios, seguridad social y seguridad ocupacional, y admite que pueden existir diferencias con los niveles de los trabajadores libres, salvo en materia de seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, subraya que cada Estado tiene competencia para optar por implementar cárceles administradas por instituciones privadas, siempre y cuando se protejan, se garanticen y se cumplan las obligaciones establecidas en el Convenio. En ese sentido, teniendo en cuenta que la mano de obra dentro de las cárceles es cautiva y compite progresivamente de manera directa con las personas que trabajan en libertad, es necesario que el Estado la proteja y prevenga la generación de competencia desleal con el mercado laboral de personas libres (OIT, 2007, p. 70).

Finalmente, destaca que hay avances de ciertos países en cuanto al trabajo penitenciario, en los que se han adoptado medidas legislativas e implementación en la práctica que progresivamente aproximan las condiciones de los trabajadores penitenciarios a las de las personas libres, y solicita que más países adopten estas políticas (OIT, 2007, pp. 61, 116, 117, 122).

El trabajo en cárceles también ha sido abordado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque no se ha profundizado en su análisis. No obstante, destacamos, en primer lugar, la sentencia del caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*

vs. Venezuela, del 5 de julio de 2006, en la cual la Corte señaló que el Estado debe asegurar que las condiciones en las que vivan los reclusos sean compatibles con su dignidad humana, de la cual se deriva la necesidad de implementar medidas de educación y laborales con la finalidad de conseguir su reforma y su readaptación social. Como segundo ejemplo contamos con la sentencia del 23 de noviembre de 2010 del caso Vélez Loor vs. Panamá, en el que se observa que las condiciones de hacinamiento verificadas en las prisiones obstaculizan el desarrollo de funciones esenciales, entre las que lista al trabajo realizado por los internos. Finalmente, en la sentencia del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, del 27 de abril de 2012, la Corte reafirma que el trabajo es una función esencial de los centros penitenciarios y los Estados deben procurar brindarlo a todas las personas privadas de libertad para su readaptación y su rehabilitación. En consecuencia, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha consagrado el derecho al trabajo de los internos, el cual se deriva de su dignidad como personas y es un elemento esencial de todo régimen penitenciario que busque su readaptación, su reeducación y su resocialización.

3. REGULACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO PENITENCIARIO

3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

A diferencia de otros países como España o México², la Constitución Política de 1993 no contiene referencias expresas al trabajo penitenciario.

2 **Constitución Española de 1978. Artículo 25.- 2.** Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 18. Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente

No obstante, consideramos que esta ausencia no es suficiente para negar que los reclusos tengan derecho al trabajo dentro de las cárceles, ya que su reconocimiento se desprende de la interpretación de otras disposiciones constitucionales sobre la dignidad, el derecho al trabajo y el régimen penitenciario, así como la concordancia con los contenidos de las normas internacionales anteriormente revisadas, para complementar la regulación de los derechos fundamentales. En esa línea, la eficacia directa de los derechos humanos implica que, aún cuando no existan leyes de desarrollo expreso de un derecho, basta con su reconocimiento en la Constitución o los instrumentos internacionales ratificados por el Estado para que estos sean de obligatoria protección y reconocimiento por todos sus poderes públicos, autoridades, grupos y personas (Nogueira, 2009, pp. 58, 72).

En principio, la consagración de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado en el artículo 1 de la Constitución es el sustento fundamental del reconocimiento de sus derechos fundamentales debido a que estos se derivan de la dignidad con la que cuenta toda persona inherentemente por el hecho de serlo, sin importar su condición y sin admitir excepciones, incluso cuando se encuentren privadas de libertad.

Dentro de los derechos fundamentales de la persona que nuestra Constitución reconoce se encuentra, en el numeral 15 del artículo 2, el derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley. Luego, en su artículo 22, se caracteriza al trabajo como un deber y un derecho que es la base del bienestar social y un medio de realización de las personas, mientras que en el artículo 23, entre otros aspectos, se establece que «ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador» y que «nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento».

separados. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La remuneración equitativa y suficiente es un derecho del trabajador consagrado en el artículo 24, y se añade que esta busca procurar bienestar material y espiritual para la persona y su familia. Finalmente, los tres principios que regulan una relación laboral, de conformidad con el artículo 26, son la «igualdad de oportunidades sin discriminación; el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma».

Consideramos que el encarcelamiento por el cumplimiento de una pena privativa de libertad por la comisión de un delito no justifica el desconocimiento o la desprotección de estos derechos para los internos, puesto que no se ha establecido ninguna excepción en este supuesto. Asimismo, un elemento clave para el ejercicio del derecho al trabajo reconocido por nuestra Constitución es la voluntariedad, por lo que el constituyente optó por excluir la obligatoriedad del trabajo penitenciario a nivel constitucional, al no existir salvedad o mención alguna acerca de ello. Sobre esto, para Mir Puig (1985, p. 791) el trabajo penitenciario es esencialmente trabajo humano, ya que el delincuente es capaz de trabajar porque nunca pierde su condición natural de persona. De tal forma, cada persona, aún haya cometido delitos, tiene un derecho primario y superior «a conservar sus facultades y su capacidad de trabajo, sus aptitudes profesionales integradas por su habilidad, su entrenamiento y el conjunto de conocimientos logrados en una profesión» (Mir Puig, 1985, p. 791), lo cual integra los bienes morales que le pertenecen inherentemente, concluyendo que ni la sociedad ni el Estado tienen derecho a castigar por el solo hecho de castigar y se excederían los límites de la justicia si se priva al delincuente de su derecho al trabajo. Por lo tanto, el trabajo, sea realizado en libertad o en prisión, es inherente al ser humano y sus métodos evolucionan junto con la civilización, por lo que forma parte de la rutina dentro de la prisión, independientemente de las concepciones que se hayan generado de acuerdo con la época en la que se desarrolla (Suárez, 2022, p. 690).

Sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, para que esta se configure es necesaria la concurrencia de tres elementos: la prescindencia unilateral por parte del trabajador de un derecho determinado a

través de un acto cierto, la manifestación de voluntad válida del trabajador y que tal derecho se encuentre consagrado en una norma obligatoria (Toyama, 2001, pp. 166-168). Cuando ello suceda, tal renuncia resulta inválida, ya que este principio prohíbe los actos de disposición de derechos establecidos en normas imperativas, como apunta Neves Mujica (2016, p. 131). Nos parece que, en el caso de los trabajadores penitenciarios, este principio es especialmente relevante puesto que la reclusión los convierte en mano de obra cautiva con una muy limitada oferta laboral, los sitúa en una posición de mayor vulnerabilidad que las personas libres y, por ende, mayores incentivos negativos y presiones para renunciar voluntariamente a sus derechos.

Por su parte, el artículo 139 de la Constitución consagra los principios de la administración de justicia, establece en su numeral 22 el principio según el cual «el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Sobre ello, estimamos que la calificación del trabajo como un medio de realización personal que genera bienestar social, del artículo 22 que se revisó anteriormente, tiene un impacto directo en la concepción imperante del trabajo penitenciario basada en el referido principio sobre el régimen penitenciario, ya que, a partir de tal calificación, este ya no podría ser entendido exclusivamente como un método o un tratamiento para la resocialización, sino que se deben ampliar sus finalidades para incluir al trabajo penitenciario como un fin en sí mismo, vinculado a la realización personal de los privados de libertad. En ese sentido, coincidimos con Mir Puig (1985) cuando indica que el trabajo penitenciario, cuando no es un elemento de tratamiento, debería equipararse mediante el derecho al trabajo, casi en su totalidad al trabajo en libertad, por lo que deja de ser un sustituto de penas o un elemento de su ejecución y pasa a ser integrante del trabajo en general y de la economía nacional (pp. 792-794).

Existen posturas aún más extremas que niegan de plano que el trabajo penitenciario pueda configurar un mecanismo de resocialización, como es la de Silva García (1999), para quien el estudio es más bien una forma de aprender un conocimiento y unas habilidades; mientras que el trabajo constituye un medio para procurarse el sustento material (p. 177).

De tal forma, el trabajo penitenciario no debería basarse en concepciones moralizantes que lo conciben como una actividad resocializadora dirigida a inculcar hábitos en el recluso, sino que debería asimilarse realmente al trabajo libre y como medio para evitar los efectos gravemente desocializadores de la prisión (Castro, 2009, p. 57). Asimismo, para Arriagada (2013), la rehabilitación se erige como una excusa que permite el aprovechamiento del Estado y las empresas de los reclusos, debido a que «el atractivo del negocio radicaría en la permanente disponibilidad, forzada docilidad y los bajos salarios a que se encuentra sujeta la población reclusa» (p. 234).

Si bien no compartimos plenamente esta postura, sí valoramos su aporte al desvincular al trabajo penitenciario con una única finalidad: la resocialización o readaptación, admitiendo que es posible que exista trabajo penitenciario que no busque dicha finalidad y se desarrolle como un fin en sí mismo para la realización personal de los reclusos. Nuevamente coincidimos con Mir Puig (1985, pp. 792-794) cuando admite la posibilidad de que el trabajo penitenciario constituya un elemento de tratamiento al condenado, mas esto no significa que el derecho al trabajo se ha anulado o extinguido, sino que ha variado su finalidad o fundamento. Entonces, en los casos en que el trabajo penitenciario no sea desarrollado como una forma de tratamiento, debería equipararse lo más posible al trabajo realizado por personas libres a través de la protección del derecho al trabajo, lo que implica una transición del trabajo penitenciario entendido como sustituto de ciertas penas y elemento del tratamiento resocializador hacia el trabajo penitenciario como integrante del trabajo en general y de la economía.

3.2. CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y SU REGLAMENTO

Nuestro vigente Código de Ejecución Penal (en adelante el CEP) fue aprobado mediante el Decreto Legislativo n.º 654³, del 2 de agosto de 1991, es decir, más de dos años antes de la vigencia de la Constitución Política de 1993, mientras que su reglamento vigente fue aprobado por Decreto Supremo n.º 015-2003-JUS, del 11 de septiembre de 2003.

3 Las referencias a este cuerpo normativo se harán en función de su Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo n.º 003-2021-JUS.

En concordancia con el principio 5 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y la Resolución de la Asamblea General de la ONU del 18 de diciembre de 2014 sobre los derechos humanos en la administración de justicia analizados anteriormente, así como la Regla Mandela 3, la cual indica que salvo la propia privación de la libertad y las medidas disciplinarias necesarias para mantener el orden, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos o las restricciones derivadas del encarcelamiento, el artículo V del Título Preliminar del CEP establece que «el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena». Esto es reforzado por el artículo 1 del CEP, concordado con los artículos 3 y 10 de su reglamento, según los cuales los derechos de los internos que no han sido restringidos por la ley o la sentencia mantienen su vigencia y es obligación del Estado respetarlos, mientras que la ejecución de la pena se desarrollará respetando los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución y el ordenamiento jurídico. Finalmente, el artículo X del Título Preliminar del CEP determina que las disposiciones, las conclusiones y las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la prevención del delito y tratamiento del delincuente deben ser acogidas por el sistema penitenciario.

De la revisión de estas disposiciones generales se podría concluir que la regulación del sistema penitenciario en el Perú se encuentra plenamente adecuada y concordada con los instrumentos normativos que se revisaron con anterioridad, puesto que se reafirma la dignidad de las personas y sus derechos como límite del régimen y tratamiento penitenciarios, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales que no hayan sido afectados por la ley, la sentencia o las propias condiciones de encarcelamiento, así como expresamente se establece la aplicación de los tratados sobre derechos humanos e incluso instrumentos de *soft law* como las disposiciones de la ONU. En tal sentido, sobre la base de las disposiciones analizadas podemos afirmar que los internos cuentan con derecho al trabajo, el cual debe ser protegido y garantizado por el Estado, dentro de las limitaciones razonables que presenta la reclusión. No obstante, es en la regulación específica del trabajo penitenciario en la cual comienzan a surgir diversos problemas y contradicciones, las cuales veremos a continuación.

Como primer aspecto problemático, advertimos que el artículo 73 del CEP establece que el trabajo es un derecho y un deber del interno. Esta disposición, por sí sola, es inocua, ya que repite lo indicado en el artículo 22 de la Constitución, por lo que la caracterización del trabajo como un deber no se equipara a la de una obligación, al estar referida a un deber cívico, moral o social. No obstante, la última disposición de la norma indica que «el trabajo que realicen los internos procesados tiene carácter voluntario». De tal forma, mediante una interpretación al contrario de tal disposición, se podría concluir que el trabajo que realicen los internos condenados tiene carácter obligatorio. Si bien la omisión de reafirmar la voluntariedad del trabajo que realice cualquier interno, sea procesado o condenado, parece ser intencional para abrir la posibilidad de que los últimos puedan ser obligados a trabajar, consideramos que tal interpretación solo podría ser válidamente invocada para justificar el deber u obligación que tienen los internos condenados de colaborar con la administración penitenciaria en la realización de tareas de mantenimiento o soporte, como puede ser la limpieza de los ambientes, el orden de estos o la preparación de alimentos, lo cual no configura propiamente un supuesto de trabajo penitenciario. Sin embargo, los internos procesados también tendrían estos deberes y obligaciones, por lo que la distinción que hace la norma es deficiente y genera dudas sobre su aplicación. En todo caso, basándose en las disposiciones generales del propio CEP y su reglamento y su concordancia con la Constitución y los instrumentos internacionales, el trabajo penitenciario no puede ser obligatorio en ningún caso, y resulta infeliz la redacción de esta norma.

No obstante, en el artículo 104 del reglamento se disipa esta duda, ya que se señala expresamente que el trabajo dentro de las cárceles es obligatorio para las personas condenadas como medio terapéutico con la finalidad de su resocialización, y se reafirma que los procesados pueden trabajar voluntariamente. De forma paradójica, los numerales 104.1, 104.2 y 104.3 de dicho artículo indican que el trabajo penitenciario no debe tener carácter aflictivo, no se debe aplicar como medida disciplinaria y no puede atentar a la dignidad del interno. Sobre este punto, estimamos que la concepción exclusiva del trabajo penitenciario como método de tratamiento ha justificado su obligatoriedad, al tornarse como objetivo la resocialización de las personas condenadas. En ese sentido, tal

obligatoriedad constituye un rezago de la concepción de este trabajo como afflictivo o correctivo, la cual ya ha sido superada en muchos países que entienden el tratamiento como un derecho y no como una obligación dado que una condición esencial de este es su acceso voluntario, que se funda en el respeto de los derechos de la persona (Mir Puig, 1985, pp. 796-797).

Seguidamente, en el artículo 74 del CEP, el cual se titula regulación del trabajo penitenciario, se indica expresamente que «la organización del trabajo penitenciario, sus métodos, horarios, medidas preventivas, de higiene y seguridad, se regulan por el Reglamento y por la legislación del trabajo, en cuanto esta sea aplicable». Al respecto, las disposiciones del derecho laboral no son en principio aplicables al trabajo penitenciario, y existe una suerte de aplicación supletoria solo cuando el Reglamento del CEP así lo determine. Esto se torna en un problema cuando las disposiciones del régimen penitenciario no reconocen derechos fundamentales laborales u ofrecen una protección atenuada y no alineada a los estándares internacionales y constitucionales revisados. Creemos que las condiciones especiales de la reclusión pueden justificar cierto grado de flexibilización en el ejercicio de algunos derechos laborales dentro de las prisiones, pero ello no puede ser motivo para el desconocimiento o la desprotección de derechos fundamentales y la creación de un régimen laboral paralelo sin las debidas garantías debido a que, como apunta Castello (2008), la vigencia de estos derechos no está sujeta a una circunstancia o un momento determinados, ni tampoco al avance económico, político, social o cultural de los Estados, sino únicamente a dos factores concurrentes: que el trabajo sea realizado libremente y que exista una relación de dependencia (p. 45).

A nuestro parecer, la disposición más importante de la regulación del trabajo penitenciario en nuestro país se encuentra en el artículo 105 del Reglamento del CEP, en donde se determina expresamente que «el trabajo penitenciario no genera vínculo ni relación laboral algunos». Mediante este decreto supremo, el cual ostenta menor rango que el CEP, la Constitución, los instrumentos y los estándares revisados, el Estado niega la posibilidad de que a través del trabajo penitenciario se genere una relación laboral y el consiguiente reconocimiento de los derechos

propios y sus mecanismos de protección. Asimismo, considerando que el trabajo penitenciario prestado por cuenta ajena en favor de personas o empresas presenta las características de trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado, se encuentra protegido por el derecho al trabajo (Neves, 2016, p. 9), tal disposición contradice directamente el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 003-97-TR, que establece como elementos esenciales de una relación de trabajo la prestación personal de servicios remunerados y subordinados.

Sobre este punto, la Organización Internacional de Trabajo (OIT), publicó el 15 de junio de 2006 su Recomendación n.º 198, Recomendación sobre la relación de trabajo, en la cual invoca a los Estados miembros a considerar definir en su normativa u otros medios la identificación de indicios específicos que posibiliten establecer la existencia de una relación laboral, entre los cuales propone, por un lado, el desarrollo del trabajo a partir de las indicaciones, las instrucciones y bajo el control de un tercero; que el trabajo integra al trabajador en la estructura organizacional de la empresa; que su desarrollo beneficia de forma exclusiva o principalmente a otra persona; que se trata de una prestación personal del trabajador en un horario establecido o en un lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que exista cierta continuidad o duración en su desarrollo que requiera la disponibilidad del trabajador y que el empleador o persona que solicita el trabajo brinde materiales, herramientas y maquinarias al trabajador para su realización. Por otro lado, verificar el pago de una remuneración o salario, que tal pago signifique la principal o exclusiva fuente de ingresos del trabajador, que se incluyan pagos como alimentación, vivienda, transporte u otros, que el trabajador goce de descanso semanal y vacaciones anuales como derechos, que el empleador o persona que requiera el trabajo costee los viajes que realice el trabajador para cumplir con su trabajo y la no existencia de riesgos financieros para el trabajo (apartado 13).

Por lo tanto, ante la verificación de estos elementos en el trabajo realizado dentro de las cárceles, se debe aplicar el principio de primacía de la realidad, según el cual lo primordial es la naturaleza de la relación por sobre su denominación (Neves, 2016, p. 29). En consecuencia, la

norma comentada niega la naturaleza de la relación laboral que se genera en el trabajo penitenciario por cuenta ajena, sin admitir excepciones y excluyendo la aplicación del derecho laboral en este ámbito, lo que genera una situación de desprotección y riesgo de abuso en contra de los reclusos.

3.3. PROGRAMA CÁRCELES PRODUCTIVAS

En enero de 2017 se publicó el Decreto Legislativo n.º 1343, decreto legislativo que fortalece la promoción e implementación de las «Cárceles Productivas» (DL 1343), mientras que su reglamento fue publicado en diciembre del mismo año. De tal forma, el artículo 1 del DL 1343 establece como su objeto «regular y fortalecer el tratamiento penitenciario y post penitenciario, a través de la promoción y desarrollo de actividades productivas que permitan lograr la reinserción laboral y contribuir a la resocialización de la población penitenciaria». En esa línea, el primer fin pretendido por dicha norma, fijado en su artículo 3, es el de «cumplir con el propósito de la pena a través de la realización de actividades productivas para coadyuvar a la resocialización del condenado, mediante su capacitación en diversas actividades laborales».

Asimismo, dentro de los principios que rigen las actividades productivas dentro de las cárceles consagrados en el artículo 4 del reglamento, encontramos los de resocialización, según el cual la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del condenado son el objeto del régimen penitenciario y el de retribución a la sociedad que indica que «el trabajo penitenciario es un medio que contribuye a mitigar el daño social causado por el delito cometido».

Por su parte, también podemos encontrar dentro de las finalidades establecidas en el artículo 3 del DL 1343 la de incentivar que los reclusos produzcan recursos económicos para mantener las obligaciones de su economía familiar, pagar la reparación civil que adeuden, así como generar un fondo o capital para atender los gastos en los que incurran durante su encarcelamiento y luego de su salida del establecimiento penitenciario.

También encontramos dentro de los principios consagrados en el artículo 4 del reglamento el de contribución a la reinserción, según el cual el Estado debe generar condiciones adecuadas para que las personas

privadas de libertad desarrollen actividades productivas que les generen recursos económicos para atender sus necesidades propias y las de su familia, así como colaboren con su reinserción en la actividad laboral del país, las cuales estimamos se encuentran alineadas a una concepción del trabajo penitenciario no exclusivamente ligada al tratamiento, sino como un medio de realización personal y fin en sí mismo, destinado a la generación de recursos para atender sus necesidades y sus obligaciones.

No obstante, a través de disposiciones posteriores, como el artículo 5 del DL 1343, y el artículo 13 de su reglamento, que indican que el trabajo es parte del tratamiento penitenciario y tiene la finalidad de asegurar la inserción sociolaboral de los internos, así como la disminución de los factores del riesgo criminógeno con la finalidad de reeducarlos, rehabilitarlos y reincorporarlos a la sociedad, y evitar la reincidencia en el delito, se consolida la noción del trabajo penitenciario como una forma de tratamiento resocializador, en concordancia con el CEP y su reglamento.

Desde nuestra perspectiva, no ampliar el concepto del trabajo penitenciario más allá del tratamiento resocializador lleva a justificar el desconocimiento de su naturaleza como trabajo protegido por el derecho laboral, aún cuando este cumpla con los elementos esenciales de una relación de trabajo, debido a que el tratamiento se entiende como un procedimiento de mejora de la situación del recluso para el cual el Estado invierte recursos, tiempo y logística sin buscar ninguna ganancia o beneficio económico por el desarrollo de tales actividades, en cuyo caso la obtención de un salario, descanso y otros derechos es accesoria o entendida como una liberalidad adicional y no propiamente como derechos exigibles cuyo respeto vincule al empleador.

Sobre lo anterior, de conformidad con los artículos 22 y 23 del DL 1343, el Programa Cárceles Productivas busca que las personas naturales o jurídicas de derecho privado se involucren en el trabajo penitenciario, mediante los llamados talleres productivos, cuya administración se realiza por el sector privado bajo la supervisión del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) dentro de los establecimientos penitenciarios o de medio libre donde se realizan actividades productivas o de servicios que contribuyan a la reinserción laboral de la población penitenciaria. En tal

sentido, salvo las actividades y los gastos de las gestiones administrativas y de supervisión de los talleres productivos que deberá asumir, el INPE traslada a las empresas y las personas los costos de implementación, operación, logística, mantenimiento, entre otros, necesarios para el desarrollo de dichos talleres, a cambio del beneficio económico que estos pueden generar.

Por lo tanto, si el tratamiento penitenciario a través del trabajo consiste en la capacitación y la generación de habilidades y conocimientos de los reclusos, así como la aplicación y el perfeccionamiento de estos para la producción de bienes y servicios, a través del Programa Cárceres Productivas el Estado ya no interviene directamente en la gestión y el desarrollo de tales actividades, es decir, no se encarga directamente del tratamiento. En consecuencia, considerando que en estos casos dichas actividades sí se traducen en la obtención de un beneficio económico para los empleadores, estimamos que no deben ser entendidas exclusivamente como un método de tratamiento sino, principalmente, como una actividad productiva como cualquier otra que desarrollan las personas en libertad, la cual, a su vez, puede constituir un tratamiento resocializador.

Sin embargo, así como el artículo 105 del Reglamento del CEP, en el artículo 28 del DL 1343 se indica expresamente que «los contratos de capacitación para el trabajo generan exclusivamente los derechos y obligaciones que este Decreto Legislativo atribuye a las partes que lo celebran. No originan vínculo laboral». En esa línea, el artículo 29 de su reglamento indica debido a que la subvención económica que recibe la población penitenciaria no tiene carácter remunerativo, no está sujeta a retención a cargo del beneficiario, no pago o cargo que corresponda a la empresa por aportación o contribución al Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud, Senati, entre otros).

A través de estas disposiciones, se excluye al trabajo penitenciario del ámbito de protección del derecho al trabajo, negando el vínculo laboral que se genera y desconociendo el principio de primacía de la realidad, que se enfoca en la verificación de los requisitos esenciales de la relación de trabajo para determinar su naturaleza. Asimismo, dentro de la relación laboral los reclusos solo gozarán de los derechos que el DL 1343 les reconoce, que son cualitativa y cuantitativamente menores

a los reconocidos en la legislación laboral general. Contrariamente a ello, para Cervelló Donderis (2016, p. 154) el condenado a prisión goza de los mismos derechos fundamentales que cualquier persona en libertad con las excepciones determinadas en la norma constitucional, además de los derechos penitenciarios que ostentan los reclusos. Aunque este planteamiento parezca maximalista, coincidimos con él, ya que la privación de libertad por sí sola implica una inmensa afectación del goce y el ejercicio pleno de diversos derechos fundamentales, por lo que no se propone que los reclusos ostenten más derechos que las personas en libertad, sino que el encarcelamiento no sirva como justificación para suprimir o minimizar los derechos que no han sido suspendidos por la condena y que estos puedan ejercerse en el mayor grado posible, en el marco de las limitaciones concretas de la reclusión.

Como nota final, resulta relevante mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de junio de 2020, recaída en el Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC, en la que se analizó la situación de las cárceles en el Perú respecto a las condiciones de vida y los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional relacionado con el continuo y grave hacinamiento en las cárceles del país, así como las inmensas limitaciones de su infraestructura, instalaciones sanitarias, de salud, seguridad, entre otras.

En los considerandos 91 y 92 de dicha sentencia, el Tribunal afirma que es indispensable que el Estado peruano garantice un trato digno a las personas privadas de libertad dentro de los establecimientos penitenciarios del país, que se hará efectivo mediante el cumplimiento de los estándares internacionales como las Reglas Mandela, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, entre otros, cuya implementación debe efectuarse de manera razonable y progresiva atendiendo a la realidad del sistema penitenciario de nuestro país sin desvirtuar, desconocer o renunciar a los fines y los propósitos de tales instrumentos jurídicos. En consecuencia, desde nuestra perspectiva, el Tribunal Constitucional ha determinado que los instrumentos internacionales mencionados no se deben considerar meras declaraciones de buenas intenciones u objetivos utópicos, sino que constituyen verdaderos estándares cuyo cumplimiento vincula al Estado,

adecua la interpretación y la aplicación de su normativa interna y delinea la formulación de las políticas públicas y las estrategias para su efectiva realización.

4. CONCLUSIONES

1. La concepción clásica del trabajo penitenciario como un castigo o una forma de retribución a la sociedad ha evolucionado hacia considerarlo como un método de tratamiento de resocialización, en concordancia con los fines de readaptación y reforma social del régimen penitenciario consagrados en los instrumentos internacionales.
2. El derecho al trabajo es reconocido como un derecho humano universal e inalienable derivado de la dignidad humana en los instrumentos internacionales analizados, cuya vigencia, goce y ejercicio no se encuentran condicionados a la situación o circunstancia en la que se encuentre su titular, incluida la reclusión en un establecimiento penitenciario. En tal sentido, las limitaciones y las carencias propias de la situación de encarcelamiento no son justificación para que el Estado no cumpla con reconocer y proteger el conjunto de derechos y condiciones laborales mínimas en favor de los trabajadores penitenciarios consagrados en los estándares internacionales.
3. La voluntariedad de la relación de trabajo y la irrenunciabilidad de los derechos laborales se encuentran reconocidas por la Constitución sin admitir excepción alguna, por lo que son aplicables al trabajo penitenciario, el cual no puede ser obligatorio ni menoscabar los derechos laborales fundamentales. No obstante, la concepción del trabajo penitenciario exclusivamente como un tratamiento ha servido de justificación para su obligatoriedad o el desconocimiento del vínculo laboral generado. Por ello, es necesario ampliar su concepto admitiendo la posibilidad de que exista trabajo penitenciario como medio de realización personal y un fin en sí mismo, el cual es equiparable al trabajo realizado en libertad y forma parte de la economía nacional.
4. El Estado promueve el involucramiento de las empresas privadas en el trabajo penitenciario, son estas las que entablan una relación directa con los trabajadores, en la cual se genera un vínculo laboral cuando se

verifican los elementos esenciales de prestación personal de servicios, remunerados y subordinados. Sin embargo, las condiciones especiales de la reclusión pueden justificar cierto grado de flexibilización en el ejercicio de algunos derechos laborales dentro de las prisiones, pero ello no puede ser motivo para el desconocimiento o la desprotección de derechos fundamentales y la generación de un régimen laboral paralelo sin las debidas garantías.

5. Tanto el Reglamento del Código de Ejecución Penal como el Decreto Legislativo n.º 1343 contienen disposiciones que niegan la generación de un vínculo laboral en el desarrollo del trabajo penitenciario y desconocen el principio de primacía de la realidad, que se enfoca en la verificación de los requisitos esenciales de la relación de trabajo para determinar su naturaleza.
6. El Tribunal Constitucional ha reafirmado que los estándares internacionales de *soft law* sobre el régimen penitenciario como las Reglas Mandela o los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas constituyen estándares cuyo cumplimiento vincula al Estado, quien debe adecuarlos de forma progresiva y razonable de acuerdo con la realidad del sistema penitenciario y sin desnaturalizar sus finalidades y su espíritu.

REFERENCIAS

- Arriagada, I. (2013). Cárceles privadas: la superación del debate costo-beneficio. *Política Criminal*, 8(15), 210-248. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992013000100006&script=sci_arttext&tlng=en
- Berdugo, I. y Zúñiga, L. (2001). *Manual de derecho penitenciario*. Cólex.
- Castello, A. (2008). Vigencia y alcance del Principio de irrenunciabilidad. *Derecho & Sociedad*, (30), 44-58. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/7792843.pdf>
- Castro, N. J. (2009). *Realidad penitenciaria y derechos humanos: penal de Lurigancho (Perú)* [Tesis de maestría, Universidad Internacional de Andalucía]. <http://dspace.unia.es/handle/10334/87>
- Cervelló, V. (2016). *Derecho penitenciario* (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006). *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2010). *Caso Vélez Loo vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012). *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf
- Mir Puig, C. (1985). La prisión abierta. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 38, 767-806. https://www.boe.es/biblioteca_juridical/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1985-30076700806
- Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Nogueira, H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Ediciones Legales.
- Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (2013). *Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1999). *Derechos humanos y práctica penitenciaria: Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios penitenciarios*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25427.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp#:~:text=Las%20personas%20privadas%20de%20libertad%20tendr%C3%A1n%20derecho%20a%20la%20libertad,p%C3%BAblicas%2C%20y%20para%20preservar%20el>

- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1992). *Observación General n.º 21*. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom21.html#:~:text=Las%20personas%20privadas%20de%20libertad%20gozan%20de%20todos%20los%20derechos,inevitables%20en%20condiciones%20de%20reclusi%C3%B3n.&text=Tratar%20a%20toda%20persona%20privada,norma%20fundamental%20de%20aplicaci%C3%B3n%20universal>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2014). *Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/69/488/Add.2 y Corr.1)] 69/172. Los derechos humanos en la administración de justicia*. Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1930). *Convenio n.º 29, sobre el trabajo forzoso*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1957). *Convenio n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312250:NO
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2006). *Recomendación n.º 198, Recomendación sobre la relación de trabajo*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2007). *Erradicar el trabajo forzoso. Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/rep-iii-1b.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2012). *Observación (CEACR). Adopción: 2011, Publicación 101.ª reunión CIT*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2698125
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2013). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*

(artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_343026.pdf

- Silva, G. (1999). Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia. *Revista Derecho del Estado*, (7), 173-189. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/926>
- Suárez, J. (2022). El trabajo en el medio penitenciario. En J. León Alopont (dir.), *Guía práctica de derecho penitenciario* (pp. 689-715). Wolters Kluwer.
- Toyama, J. (2001). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Ius et Veritas*, 11(22), 164-179. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15997>
- Tribunal Constitucional del Perú (2020). *Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC*. Lima: 26 de mayo de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.09

LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Human dignity as the basis of human rights

La dignità umana come base dei diritti umani

CARLOS MARTÍNEZ LOZA

Universidad Nacional Autónoma de México
(México, México)

Contacto: cmartinezl@derecho.unam.mx
<https://orcid.org/0009-0006-4249-2084>

RESUMEN

En el presente artículo se aborda el estudio de la dignidad humana como concepto que establece el fundamento de los llamados derechos humanos. Para ello, se analizan las tres categorías clásicas e históricas de la dignidad: ontológica, teológica y ética. Esto para lograr una mejor comprensión de las posturas jurídicas positivistas e iusnaturalistas que tratan de responder al fundamento primero de los derechos morales o humanos desde una visión teórica.

Palabras clave: dignidad humana; derechos humanos; dignidad ontológica; dignidad teológica; dignidad ética.

Términos de indización: derechos humanos; derechos civiles; valores morales (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article deals with the study of human dignity as a concept that establishes the basis of the so-called human rights. To this end, the three classic and historical categories of dignity are analysed: ontological, theological and ethical. This is to achieve a better understanding of the positivist and iusnaturalist legal positions that try to find an answer to the first foundation of moral or human rights from a theoretical point of view.

Key words: human dignity; human rights; ontological dignity; theological dignity; ethical dignity.

Indexing terms: human rights; civil and political rights; moral values (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il presente articolo affronta lo studio della dignità umana come concetto che sta alla base dei cosiddetti diritti umani. A tal fine, vengono analizzate le tre categorie classiche e storiche di dignità: ontologica, teologica ed etica. Questo per comprendere meglio le posizioni giuridiche positiviste e iusnaturaliste che cercano di rispondere al primo fondamento dei diritti morali o umani da un punto di vista teorico.

Parole chiave: dignità umana; diritti umani; dignità ontologica; dignità teologica; dignità etica.

Termini di indicizzazione: diritti umani; diritti civili e politici; valori morali (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 27/08/2023

Aceptado: 18/09/2023

Revisado: 18/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

1. INTRODUCCIÓN

La dignidad humana como concepto ocupa un lugar prominente en el discurso de los derechos humanos. Aunque la reflexión en torno a su naturaleza se ha desarrollado desde la Grecia clásica, fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que comenzó a gestarse su resurgimiento como elemento normativo y fundamental que da justificación a los también llamados derechos morales. Junto con el reavivamiento de la polémica entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, a raíz de la transgresión a la justicia más elemental que se suscitó paradójicamente en el país de mayor tradición filosófica y jurídica, Alemania, surge, además, lo que Heinrich Rommen (1936) llamó con elocuencia «el eterno retorno del derecho natural».

A ese eterno retorno del iusnaturalismo le seguiría la reconstrucción epistémica y conceptual de la dignidad en sus tres vertientes que pueden considerarse como clásicas: ontológica, teológica y ética. La dignidad humana se caracteriza por ser un término de fácil invocación, pero de difícil precisión conceptual. El objetivo de este artículo es proporcionar los elementos teóricos que permitan una aproximación elemental a este concepto que se ha vuelto un tópico muy querible, pero también del que se ha abusado en el discurso jurídico y político sin hacer reservas ni distinciones precisas y profundas.

El derecho en el siglo XXI no se puede pensar sin la dignidad humana ni los derechos humanos. La comprensión del derecho y la construcción de corrientes jurídicas contemporáneas, como el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo, parten de un eje rector, que es la persona humana y no las leyes positivas y de aplicación estricta. En el decurso de este trabajo, el lector encontrará el desarrollo teórico del modelo de derecho que parte de la dignidad humana como presupuesto y principio vital que legitima su condición de ser: los derechos humanos en relación con la doctrina que los ha patentado históricamente, el iusnaturalismo.

2. LA DIGNIDAD HUMANA

2.1. EL VALOR DEL SER HUMANO

¿Por qué el ser humano es más valioso que cualquier otro ser vivo o por qué decimos que tiene mayor valor y dignidad? Este planteamiento es uno de los temas más complejos del pensamiento ontológico, ético y teológico. Decidimos realizar esta pregunta a 70 estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM, nivel licenciatura, para introducir el presente trabajo de investigación desde una perspectiva quizá poco convencional pero que, en última instancia, resultará reveladora para el lector.

A la manera borgeana, como una colección caótica de frases inconexas (aunque en el fondo entrelazadas), mencionaremos las respuestas que más aparecieron ante el planteamiento de por qué el ser humano es más valioso o digno que cualquier otro ser vivo. He aquí la síntesis de respuestas: La razón como facultad exclusiva del ser humano. El valor que nosotros mismos nos damos. El lenguaje. Somos seres pensantes. Somos iguales en dignidad. Capacidad de reflexionar. Capacidad de elegir. Capacidad de humanizar. Somos seres susceptibles de sentimientos. Somos seres a imagen y semejanza de Dios. Capacidad de interpretar y transformar el mundo. Capacidad intelectual. Libre albedrío. El simple hecho de ser persona. Capacidad de sentir. Capacidad de crear vínculos afectivos. Tenemos conciencia. Personalidad. Valores. Capacidad de crear reglas. Responsabilidad ética. Tenemos un alma. Creatividad. Libertad de expresión.

Al finalizar la lectura del presente trabajo, el lector se percatará de que claramente detrás de todas estas respuestas subyace un hilo que engarza las tres grandes corrientes de pensamiento sobre la dignidad: ontológica, ética y teológica. Sin ser filósofos de la antigua Grecia, teólogos de los primeros siglos de nuestra era o profesionales de la ética, los estudiantes que participaron en este ejercicio arribaron a las mismas conclusiones que aquellos grandes pensadores, lo cual es asombroso por diversas circunstancias, pero muy particularmente porque demuestra la plausibilidad de aquel aforismo salomónico *Nihil sub sole novum* (No hay nada nuevo bajo el sol).

Hecho este ejercicio didáctico y elemental, pasemos ahora al abordaje teórico y conceptual para desentrañar, desde la perspectiva histórica y semántica, el significante «dignidad».

2.2. BREVÍSIMAS IDEAS DE LA DIGNIDAD EN GRECIA, ROMA Y LA EDAD MEDIA

Fueron los griegos quienes pensaron por primera vez la idea de dignidad en relación con el *anthropos* (ser humano). Por supuesto, lo hicieron los tres grandes filósofos Sócrates, Platón y Aristóteles. Este último habló de un alma o *psique* como el elemento que dota de valor a todo ser vivo. Platón distinguía tres tipos de almas: la vegetativa, la irracional y la racional. El alma racional (una suma de voluntad, sensibilidad y razón) es posesión exclusiva del ser humano y lo dota de una superioridad ontológica frente a los demás seres vivos que solo poseen alma vegetativa e irracional. En otras palabras, decimos que el ser humano es más digno y merece un trato diferenciado frente a los demás seres vivos (Castro, 2018).

En el Imperio romano se hacía ya referencia a la dignidad intrínseca del ser humano y su superioridad frente a los demás seres vivos. Esta noción se ve claramente en su concepción del derecho (*ars boni et aequi*) y de su *iurisprudentia* (conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y lo injusto); en esa línea, la dignidad se sustentaba en el carácter racional del hombre. Empero, al lado de la dignidad ontológica existía una especie de dignidad que se vinculaba con el estatus social del individuo, fuera este patricio, plebeyo o esclavo. Un patricio, individuo privilegiado económicamente, gozaba de «mayor dignidad» que un plebeyo o esclavo porque poseía méritos culturales, sociales, honorables y decorosos que le concedían una elevada posición en público, en contraste con todos los demás.

Durante la Edad Media, marcada ideológicamente por la escolástica, el cristianismo tuvo una gran influencia en la concepción de la dignidad, al punto de que su vertiente ha sido nombrada dignidad teológica. El ser humano, creado a imagen y semejanza de Dios, según el Génesis, posee una naturaleza que lo hace distinto y, por lo tanto, superior a todos los demás seres de la creación divina. En esa imagen y semejanza que viene de Dios se refleja el *logos*, la sabiduría, la inteligencia, la

capacidad de amar y sentir, y el sentido del derecho (lo justo y lo injusto) que Dios ha escrito en el corazón de todos los hombres. La dignidad no solo es intrínseca, pues al ser humano le ha sido abierto el vasto campo del bien y del mal y la posibilidad de seguir (libre albedrío) cualquiera de los dos caminos. Por supuesto, fueron san Agustín de Hipona y santo Tomás de Aquino los máximos difusores del *imago Dei* como fundamento de la dignidad humana.

En el Renacimiento encontramos a Pico della Mirandola (2006), quien en su *Discurso sobre la dignidad del hombre* esbozó la idea de que el libre albedrío, como poder de voluntad, es uno de los elementos que constituyen y justifican la dignidad del hombre en cuanto lo distingue del vivir predeterminado de los animales, limitados por sus propios instintos y sometidos por las leyes de la naturaleza. Sin embargo, el uso de esa misma libertad que dignifica al hombre puede también desvirtuarlo (reducirlo al carácter de bestia) o bien elevarlo divinamente.

3. EPISTEMOLOGÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA

3.1. TRES IDEAS SOBRE LA DIGNIDAD

¿De qué hablamos cuando hablamos de «dignidad»? En la lingüística, se le denomina polisémica a una expresión o palabra que presenta una pluralidad de significados. La palabra «dignidad» es una de ellas. De ahí la dificultad a la hora de abordar su estudio o mención en un discurso filosófico, ético, teológico o jurídico. ¿Es el mismo sentido de «dignidad» al que se refieren los filósofos, los bioeticistas, los teólogos, los juristas o los estudiantes de cualquier universidad? Muy probablemente no. Y de esto resultan explicables los intrincados debates, sobre todo en la bioética y el derecho, que muchas veces lindan con el desacuerdo sin fin y que tienen como campo de guerra un terreno pedregoso y oscuro por su vaguedad semántica.

El primer problema polisémico al que nos enfrentamos es patrocinado por el *Diccionario de la lengua española*. Esta clásica obra del español muestra a nuestra palabra de estudio con ocho vestidos de texturas y colores diversos:

1. f. Cualidad de digno.
2. f. Excelencia, realce.
3. f. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse.
4. f. Cargo o empleo honorífico y de autoridad.
5. f. En las catedrales y colegiadas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente, como el deanato, el arcedianato, etc.
6. f. Persona que posee una dignidad (|| prebenda).
7. f. Prebenda del arzobispo u obispo. [...]
8. f. En las órdenes militares de caballería, cargo de maestre, trece, comendador mayor, clavero, etc. (RAE, s. f.).

El conjunto de propiedades definitorias construye un campo denotativo muy amplio. La expresión «dignidad» podría denotar la virtud de alguien que sirve la mesa o lava los platos después de una cena con los amigos, una mujer que camina con finos movimientos, un servidor público que ostenta un alto cargo, un prelado o militar que les corresponde una prebenda o cargo, por ejemplo.

En vez de una apertura conceptual que clarifique al entendimiento, sobreviene un sentimiento de confusión al contemplar el entramado polisémico de la palabra «dignidad» en cualquier diccionario básico¹. De muy poco sirven estos significados cuando se pretenden construir líneas argumentativas en complejos sistemas de profunda densidad como el derecho, la ética, la filosofía o la teología. Es por ese motivo que en estas disciplinas se han elaborado las concepciones más acabadas de lo que debe entenderse por dignidad. Son tres, a saber: la dignidad ontológica, ética y teológica.

3.1.1. Dignidad ontológica

Quizá convenga partir de la idea kantiana sobre la dignidad. Para el filósofo de Königsberg, la dignidad (*Würde*) es el valor intrínseco de la persona (Barrio, 2016). La dignidad radica consustancialmente en la persona, en

1 No ignoramos la etimología de la palabra «dignidad», la cual proviene del latín *dignitas*, y esta, de *dignus* (digno, merecedor), que es valioso y excelente.

su ser-persona. En otras palabras, somos valiosos por el simple hecho de ser personas, por el simple hecho de existir. En ese sentido se pronuncia Roberto Andorno:

La dignidad *ontológica*, [...] es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Está noción nos remite a la idea de incomunicabilidad, de unicidad, de imposibilidad de reducir a este hombre a un simple número. Es el valor que se descubre en el hombre por el solo hecho de existir. En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno y, por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes, como la tortura u otros (citado en Torralba, 2005, p. 85; énfasis del original).

Para esta corriente de pensamiento, hay un «ser» del ser humano (ente) que lo sustenta y le otorga validez. Sin embargo, es claro que esta postura deja abierta la brecha para una despiadada crítica positivista que ponga en duda lo que es el «ser», en el entendido de que es un postulado metafísico y esencialista.

En resumen, podemos caracterizar a la dignidad ontológica con los siguientes enunciados descriptivos:

- a) Es el valor que tiene la persona por ser lo que es.
- b) Es el valor intrínseco de la persona por el solo hecho de existir.
- c) Es innata e inmutable. No se puede perder o adquirir en ninguna circunstancia, ni por obrar mal o bien, ni por ser un criminal o un santo.
- d) Se funda en el «ser» del ser humano.

3.1.2. Dignidad ética

Cuando pensamos en un criminal, un torturador, un homicida, Nerón, Hitler o Bin Laden, podemos decir que son seres que han perdido toda dignidad ética, en cuanto esta se refiere al valor moral de la persona; de ahí que también se le denomine dignidad moral. A diferencia de la dignidad ontológica, que es inherente al ser humano, la dignidad ética

es adquirida a través de la capacidad de obrar libremente. Si se obra el bien, entonces somos dignos éticamente. Si se obra el mal, entonces perderemos la dignidad ética. Este tipo de dignidad depende de nosotros y nuestra actitud ante la vida en los buenos y los malos momentos.

Pensemos en aquellos seres humanos que, a pesar de los terribles sucesos que vivieron en carne y hueso en los campos de concentración nazis, supieron sobreponerse, no suicidándose, no matando a otros para sobrevivir, no regresando la bofetada a los militares nazis, porque consideraron que había algo interno y libre que aún podían conservar y que justamente era su actitud frente a la vida, su dignidad moral. En *El hombre en busca del sentido último* (2004), relato conmovedor de un psicólogo que sufrió los horrores de un campo de concentración, Viktor E. Frankl nos provee un testimonio que, abordado desde una teoría del conocimiento de la dignidad humana, se convierte en una rica fuente de saber de las regiones más profundas del ser humano.

Los campos de exterminio fueron como horriblos laboratorios que pretendían extirpar cualquier clase de dignidad humana. Los cientos, miles y millones de seres humanos que sufrieron las abrasadoras llamas de la crueldad no eran considerados personas, sino cualquier otra cosa. Muchas veces su humanidad se les reducía a un frío número:

En realidad a los prisioneros se les consideraba un número, y así constaban en las listas. En el momento del ingreso —al menos así se procedía en Auschwitz— los despojaban de todas las pertenencias, incluidos los documentos personales, circunstancia que aprovecharon algunos prisioneros para adoptar un nombre o profesión falsos. A los oficiales y a los funcionarios del campo solo les importaba el número del prisionero, un número que generalmente le tatuaban en la piel y, además, le obligaban a coser en la pernera de sus pantalones, en su chaqueta y en su abrigo. Los guardias jamás preguntaban por el nombre de nadie; si querían presentar alguna queja sobre un prisionero —casi siempre por «pereza» en su trabajo— les bastaba con echar una ojeada al número (¡cómo temíamos esas miradas por sus posibles consecuencias!) y apuntarlo en su libreta (Frankl, 2004, p. 29).

Con respecto a la dignidad ontológica y ética, Frankl nos lega pensamientos muy valiosos que es preciso trasladar al llegar a este punto:

En conclusión, cada hombre, aún bajo unas condiciones tan trágicas, guarda la libertad interior de decidir quién quiere ser —espiritual y mentalmente—, porque incluso en esas circunstancias es capaz de conservar la dignidad de seguir sintiendo como un ser humano. [...] El talante con el que el hombre acepta su ineludible destino y todo el sufrimiento que le acompaña, la forma en que carga con su cruz, le ofrece una singular oportunidad —incluso bajo las circunstancias más adversas— para dotar a su vida de un sentido más profundo. Aun en esas situaciones se le permite conservar su valor, su dignidad, su generosidad (Frankl, 2004, pp. 91-92).

Por otra parte, Francesc Torralba Roselló (2005) señala que

La *dignidad* en sentido ético es el ser individual que se realiza y se expresa a sí mismo en tanto que entiende, quiere y ama; posee entonces algunas características que le hacen participar de una comunidad espiritual: conciencia de sí mismo, racionalidad, capacidad de distinguir lo verdadero de lo falso y el bien del mal, capacidad de decidir y de determinarse con motivaciones comprensibles para otros seres racionales, capacidad de entrar en relación de diálogo y de amor oblativo con otros seres personales (pp. 87-88; énfasis del original).

En conclusión, y en un intento de reseñar los principales postulados de la dignidad ética o moral, podemos indicar lo siguiente:

- a) Se refiere al valor moral de la persona.
- b) Se adquiere a través del libre albedrío cuando se obra el bien a pesar de las posibles adversidades.
- c) El uso moralmente indigno de la libertad hace que se pierda la dignidad ética.

d) Hace referencia no al ser de la persona, sino a su obrar.

e) La dignidad ética es producto de una vida conforme al bien.

La característica que distingue esencialmente entre dignidad ontológica y ética es que la primera es inherente al ser humano y la segunda es adquirida. Se tiene dignidad ontológica por el simple hecho de ser, de existir. En cambio, se poseerá la dignidad ética cuando se obre conforme a ciertos parámetros éticos. A manera de analogía, podemos decir que es como la distinción que se hace en el derecho civil entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; la segunda, se adquiere al cumplirse la mayoría de edad. En este último sentido, podríamos hablar de una mayoría de edad ética que nos coloca en el ámbito de la dignidad en sentido moral.

3.1.3. Dignidad teológica

La concepción teológica de la dignidad encuentra su fundamento en el *imago Dei*. Desde esta perspectiva, somos dignos, valiosos y superiores a los demás seres vivos por estar hechos a imagen y semejanza de Dios. En la Biblia encontramos el relato que da sustento a la dignidad del ser humano, al menos en la cosmovisión judeo-cristiana:

Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, en las aves de los cielos, en las bestias, en toda la tierra, y en todo animal que se arrastra sobre la tierra. Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó (Génesis 1:26-27).

Jehová crea al ser humano conforme a su imagen y semejanza. Le transfiere en esa imagen el rico tesoro de sus virtudes: *logos*, espíritu de vida, sabiduría, libertad, inteligencia, bondad y sobre todo la capacidad de amar, tanto a él mismo como a su prójimo y a Dios. Antes de la creación del ser humano, únicamente había seres vivientes (animales y plantas) incapaces de entablar una relación con su creador. El ser humano goza de ese exclusivo privilegio al ser dotado del espíritu, la razón y el lenguaje que le permiten percibir, pensar y buscar a Dios. Esta

circunstancia por sí sola exalta en gran manera al ser humano sobre las demás especies vivientes.

El cerebro humano, aún con zonas inaccesibles para la neurociencia, es uno de los entes más misteriosos y complejos del universo. Su estructura neural alberga la conciencia, el sentido del «yo», el sentido moral, la capacidad de razonar, y la producción de sustancias químicas que activan el sufrimiento, la melancolía, el desamor, la indignación, la piedad, la empatía, la gustación de la poesía, el sentido estético, la facultad de percibir sonidos musicales, la compasión, la idea de la muerte, la felicidad y la capacidad de pensamiento, que puede ser traducido en signos lingüísticos.

Todo lo anterior le otorga un valor especial y único al ser humano. Al ser de su dominio exclusivo, lo coloca en la cúspide jerárquica de los seres vivientes. Ya no es solo carne y huesos que se limitan a vivir instintivamente. Ahora puede determinar su destino tomando decisiones: estudiar una carrera universitaria, vestirse de tal o cual manera, comer vegetales o carnes, elegir pareja; en definitiva, forjar su propio destino, a diferencia de la fatalidad instintiva de los animales y las plantas. Sin embargo, su dignidad inherente al *imago Dei* no es una concesión para destruir y hacer lo que quiera con el resto de la creación. Se le encarga que cuide del mundo como su hogar universal.

En el primer homicidio de la historia, dentro de la tradición judeo-cristiana, cuando Caín mata a Abel sucede un aberrante pecado: el derramar la sangre de un ser humano es profanar la misma imagen de Dios. Es entendible que en el Decálogo la prohibición de matar sea uno de los enunciados prescriptivos de mayor importancia no solo porque implica transgredir la imagen de Dios, sino porque, además, es injusto. Cuando un grupo de fariseos preguntó a Jesús cuál era el gran mandamiento en la ley, el Maestro les respondió con sencillez y luminosa sabiduría que eran dos los preceptos: amar a Dios y amar al prójimo como a uno mismo. La circunstancia de ser a imagen y semejanza de Dios nos dignifica para recibir amor. Somos dignos porque podemos amar y ser amados o podemos amar porque tenemos esa dignidad que es el reflejo de Dios en nosotros.

A lo largo de toda la Sagrada Escritura encontramos historias de seres humanos que son vulnerados en su dignidad. Los preceptos del Pentateuco o Libros de la Ley, si los sometemos al tamiz de la dignidad humana, están encaminados a respetar ese valor intrínseco que es substancial a todo ser humano. Si se prohíbe maldecir al hombre, hacerle daño, privarlo de sus pertenencias, hacerle injusticias, odiarlo, humillarlo, golpearlo, es justamente porque posee un valor espiritual que le viene de Dios mismo.

El sufrimiento metafísico del hombre (que no el dolor físico), como la soledad, la tristeza por la pérdida de un ser querido, el sentido de nostalgia y el desamparo, la conmoción por un acto de barbarie e injusticia lo hacen pensar en su valor innato, el cual lo ubica en un estado de dignidad y esperanza.

Todo lo anterior le da dignidad teológica. Para desglosarlo en enunciados contundentes podemos decir que, desde esta perspectiva, la valía del ser humano se resume en los siguientes postulados:

- a) La altísima dignidad del ser humano es producto de la imagen y la semejanza de Dios en él.
- b) No solo es una criatura corporal, sino también espiritual.
- c) El *imago Dei* en el ser humano lo dota de una dignidad especial y única que es oponible a los demás seres vivientes y lo obliga a tratar con amor a los demás, incluso a sus enemigos.
- d) Es una dignidad que viene de Dios.

4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué se vulnera cuando se restringen los derechos humanos? ¿Qué herramientas y discursos desarrollan los jueces para sustentar una afectación a los derechos humanos? La respuesta contundente es la dignidad humana. No se pueden pensar los derechos humanos sin la dignidad. En palabras de Habermas (2010): «En la actualidad, la “dignidad humana” ostenta un lugar prominente en el discurso de los derechos humanos y la toma de decisiones judiciales» (p. 4).

Si bien es cierto que la dignidad humana como concepto filosófico encuentra sus antecedentes en la Antigüedad, tanto en el pensamiento griego como en la tradición mosaica, es hasta después de la Segunda Guerra Mundial, con sus consabidos juicios que incoaron las naciones vencedoras a los jefes nazis, que la dignidad humana se reviste de un halo de autoridad y preminencia en el discurso de los derechos humanos. El texto por excelencia que consagra a la dignidad humana es, sin duda, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en cuyo artículo primero refiere: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Pero ya desde las primeras líneas del preámbulo se esboza la luminosa idea: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad intrínseca** y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]» (párr. 1; énfasis nuestro).

Siguiendo el pensamiento de Habermas (2010), para quien existe un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana, es por demás enriquecedor trasladar sus palabras siguientes:

La defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana. De modo que si esto configura su punto de partida histórico, tendrían que estar también presentes vestigios del vínculo conceptual entre la dignidad humana y los derechos humanos desde los inicios del desarrollo del derecho mismo (*Recht*). De esta manera, nos enfrentamos a la pregunta de si la «dignidad humana» es un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, o si, por el contrario, se trata de una expresión que simplemente provee una fórmula vacía que resume un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí.

Quiero ofrecer algunas razones legales para mostrar que la «dignidad humana» no es únicamente una expresión clasificatoria, como si se tratara de un parámetro de sustitución vacío que agrupa para una multiplicidad de fenómenos diferentes. Por el contrario,

pretendo sostener (I) que constituye la «fuente» moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento (p. 6).

Los principios que caracterizan a los derechos humanos y están consagrados en el artículo primero de nuestra Constitución mexicana dejan en meridiana claridad la relación intrínseca de estos con la dignidad. De manera muy breve mencionaremos estos principios y su elemental desarrollo conceptual:

- a) Universalidad. Su aplicación es para todos los seres humanos sin ninguna distinción de raza, religión, color de piel, pensamiento, religión, sexo, inclinación política o cualquier otro elemento. No importan las circunstancias personales, todo ser vivo que pertenezca a la especie humana es titular de los derechos fundamentales *per se*. En otras palabras, la universalidad, en cuanto principio de los derechos humanos, encuentra su fundamento en la dignidad ontológica, ética y teológica.
- b) Indivisibilidad. Este principio afirma que los derechos esenciales no pueden ser divididos, escindidos, mutilados, sin que la red de protección se rasgue: «no pueden separarse o fragmentarse unos de otros» (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 10). La regla general que aquí opera es aquella que postula que no se puede hablar de una salvaguarda a la dignidad si se viola alguno de los derechos fundamentales.
- c) Interdependencia. Los derechos humanos conforman una unidad reticular. Los unos dependen de los otros para su operatividad. Este principio se vincula directamente con el anterior. Cuando se viola un derecho fundamental de la red protectora, esta se estirará e irremediablemente causará efectos en todo el sistema de derechos humanos. Al vulnerarse un derecho, se abre la posibilidad de la vulneración de los demás y de la dignidad.
- d) Progresividad. Este principio toma como fundamento la operatividad del mandato de optimización. Es decir, «implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento» (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 11). Así,

se entiende que los derechos humanos y su protección van en gradual progreso y evolución, están en constante y paulatino avance.

4.1. DIGNIDAD HUMANA EN EL IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo es, sin algún atisbo de duda, la corriente jurídica clásica que mejor modela el concepto de dignidad humana. Es la sustancia que da vida y sustento a los derechos humanos. En principio, debemos aproximarnos a la concepción iusnaturalista al través de sus dos principales tesis, siguiendo el planteamiento de Carlos Santiago Nino (1996):

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de «jurídicos» si contradicen aquellos principios morales o de justicia (p. 28).

Fue santo Tomás de Aquino el más preclaro exponente del iusnaturalismo en la Edad Media. El doctor angélico, en los artículos 1-3 de la cuestión 91 de su *Tratado de la ley*, establece con brillantez expositiva la distinción y los puntos de encuentro entre la ley eterna, la ley natural y la ley positiva:

Por tanto, dado que todas las cosas gobernadas por la razón están sujetas a la regla y medida de la ley eterna... es claro que todas las cosas participan de la ley eterna, en cuanto la llevan impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines. Y entre las demás criaturas, el hombre está dirigido de un modo más excelente por la divina providencia, en cuanto él mismo cae bajo la dirección de la providencia, y a la vez dirige las cosas para su propio bien y el de los demás. De ahí que el hombre participa de la razón eterna, por la cual se inclina naturalmente el debido orden de sus actos y fin. Y tal participación en la ley eterna en la criatura racional es lo que llamamos ley natural... La ley natural no es otra cosa sino

la participación de la ley eterna en la criatura racional... A partir de los preceptos de la ley natural que son los principios comunes e indemostrables, la razón humana ha de proceder a obtener leyes más particulares. Y estas determinaciones particulares encontradas según el proceso de la razón humana se llaman leyes humanas (citado en Nogueira, 2018, p. 13).

De lo anterior se deduce que, para la corriente iusnaturalista de corte teológico, la ley eterna, que tiene como fuente la sabiduría de Dios, es el fundamento de la ley natural y esta, a su vez, legitima a la ley humana. El ser humano está facultado para crear derecho positivo a través de la ley natural. Solo en esa medida se puede hablar de un derecho válido e intrínsecamente justo. Cuando el derecho positivo es contrario a la ley natural, irremediablemente transgrede el orden divino, originando lo que Tomás de Aquino llama corrupción de la ley.

4.2. FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL IUSNATURALISMO DEONTOLÓGICO

Para esta corriente, los derechos humanos se fundamentan en un sistema de valores. Más que de un derecho natural derivado de una ley divina, el iusnaturalismo deontológico obtiene su validez, según Frede Castberg, «de “principios jurídicos suprapositivos” y objetivamente válidos, de “juicio de valor de validez general y postulados —normas generales— que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana”, en la dignidad de la persona humana» (Nogueira, 2018, p. 29).

Para el iusnaturalismo deontológico, el derecho positivo debe adecuarse a un conjunto de valores que constituyen sus principios jurídicos y le otorgan legitimidad. La distinción entre el iusnaturalismo ontológico y deontológico puede sintetizarse de la siguiente manera:

La fundamentación ética de los derechos humanos como derechos morales busca explicitar la doble vertiente jurídica y ética de ellos, diferenciándose de la concepción iusnaturalista ontológica por el hecho de que «al mismo tiempo que insistir en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas» (Nogueira, 2018, p. 30).

A manera de una brevísima síntesis, podemos decir que, para el iusnaturalismo teológico, racionalista y deontológico, el fundamento de los derechos humanos tiene como origen no el derecho positivo, sino el derecho natural, por supuesto, con la distinción señalada líneas arriba. Para el primero, deriva de un orden jurídico divino; para el segundo, de un sistema de valores que se configuran como principios jurídicos supra-positivos.

4.3. DIGNIDAD HUMANA EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

A grandes rasgos, positivista es aquella corriente jurídica que considera justo lo que está de acuerdo con la norma expedida por el Estado. La parte ideológica del positivismo es sintetizada por Norberto Bobbio en las siguientes proposiciones:

- 1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez. 2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal (citado en Santiago, 1996, p. 33).

Para comprender el estatus que podría ocupar este concepto de dignidad en su modelo jurídico debemos tener en cuenta la fundamentación positivista de los derechos humanos, la cual podemos sustentar en las siguientes proposiciones:

- Los derechos humanos, con total independencia de su contenido material, se otorgan en las normas jurídicas (constituciones); antes de ello, no existen tales derechos, así se afirma que las normas del derecho positivo les brindan su existencia y sus efectos jurídicos concretos.

- Los derechos humanos suponen una naturaleza formalista y limitativa, ya que son solo las normas jurídicas las que le fijan su alcance concreto.
- Este tipo de fundamentación identifica a los derechos humanos con los derechos constitucionales, esto es, los que ha otorgado el Estado en una Constitución (Romero, 2018, p. 117).

De lo anterior podemos deducir que, para el iuspositivismo, la protección de la dignidad humana y los derechos humanos únicamente será relevante cuando así lo haya establecido el Estado a través de la norma jurídica. En nuestro sistema jurídico mexicano, a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se pasó de esta pobre concepción, en la que las garantías individuales eran «otorgadas» por el Estado, a un modelo de derecho en el que los derechos humanos son «reconocidos» por la Constitución.

4.4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO EN EL DERECHO

Es a partir de la teoría de Ronald Dworkin (1989) que comienza a distinguirse entre reglas y principios. Estos últimos son identificados como «una clase de estándares aparte, diferentes de las normas jurídicas» (p. 80) y que deben ser observados por su exigencia de justicia, equidad o moralidad. En la teoría dworkiniana, los principios están fundados en preceptos morales, de ahí su diferencia con el positivismo jurídico.

Siguiendo a Jaime Cárdenas Gracia (2005, pp. 111-112), las características básicas de los principios se sustentan en cinco tesis, resumidas por Castro (2018):

1. Son formulados en un lenguaje fluido, vago e indeterminado.
2. Son más generales y dirigen actitudes.
3. Tienen un carácter orientador, no un contenido literal.
4. No tienen la estructura lógica de las reglas.
5. Son normas que fundamentan otras normas (reglas).
6. Se resuelven mediante la ponderación (p. 62).

Considerar a la dignidad humana como un principio que opera a la par de las reglas jurídicas es uno de los fundamentos más importantes y sólidos a la hora de argumentar sobre derechos humanos, dado que el principio de dignidad da soporte a todo el sistema de protección de los también llamados derechos fundamentales.

En ese mismo orden de ideas, cabría apuntalar lo siguiente:

En suma, cuando se observa a la dignidad como principio, se hace referencia a tres momentos específicos, el primero de ellos, como un principio moral (aunque no es el tema esencial cuando se habla de principios jurídicos) que es el elemento fundante del principio jurídico de la dignidad ontológica, el segundo se refiere a esta dimensión ontológica, de la que emanan los otros principios jurídicos (derechos humanos), es decir[,] que la dignidad en la dimensión que protege al ser humano en tanto que es un ser vida y que no puede ser usado como un fin, sino que debe alcanzar los propios y, finalmente, el tercer momento es cuando se hace referencia a la dimensión ética, por medio de la cual se protege el desarrollo que cada persona haya decidido querer alcanzar, de tal suerte que lo que se protege a través de este principio es, en términos llanos, el proyecto de vida de cada persona, la imagen que de sí quiere reflejar en relación con tal proyecto y su autonomía (Castro, 2018, p. 64).

4.5. LA DIGNIDAD HUMANA COMO REGLA JURÍDICA

En el sistema jurídico, las reglas, en cuanto normas en sentido estricto, conviven con los principios y los fundamentan. Una de las principales diferencias entre los principios y las reglas es la formalidad de estas últimas. A continuación, enumeramos sus principales características:

1. Se formulan en un lenguaje estricto, taxativo.
2. Son concretos y se dirigen a comportamientos.
3. Aplican una interpretación literal, tienen un carácter prescriptivo.

4. Tienen una estructura lógica.
5. Son productos de normas más generales (principios).
6. Se resuelven mediante subsunción (Castro, 2018, pp. 65-66).

De lo anterior se puede deducir que, mientras los principios encuentran su fuente en conceptos metajurídicos, las reglas provienen de los principios. De ahí se sigue que las reglas se vinculan con la dignidad a través de «puentes» (los principios). Ejemplos de estas reglas son las leyes reglamentarias de la Constitución Política que tengan que ver con derechos humanos como el derecho a la educación, el derecho a un trabajo digno, el derecho a la no discriminación, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la salud, etcétera.

4.6. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Ya hemos dicho que fue después de la Segunda Guerra Mundial que el concepto de dignidad humana comienza a formar parte central del discurso jurídico internacional, de manera preponderante en la esfera de las declaraciones de derechos humanos suscritas por diversos países, ya sea en una escala mundial o regional. La dignidad, tanto en su vertiente ontológica como ética, ha sido colocada como principio rector en diversos instrumentos jurídicos internacionales. A continuación, y siguiendo un método cronológico, mencionaremos los más importantes.

- a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (mayo de 1948). En su preámbulo declara: «Todos los hombres nacen libres e iguales en **dignidad** y derechos» (párr. 1; énfasis nuestro). Sin embargo, ya desde la primera línea de sus considerandos se establece la importancia de la dignidad en la persona: «Que los pueblos americanos han **dignificado la persona humana**» (párr. 1; énfasis nuestro).
- b) Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948). En su preámbulo dictamina: «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad intrínseca** y de los derechos iguales

- e inalienables de todos los miembros de la familia humana» (párr. 1; énfasis nuestro).
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966). En su preámbulo se lee: «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad** inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, [r]econociendo que estos derechos se derivan de la **dignidad** inherente a la persona humana» (párrs. 2-3; énfasis nuestro).
- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966). Se expresa en el mismo sentido que el anterior: «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad** inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, [r]econociendo que estos derechos se derivan de la **dignidad** inherente a la persona humana» (párrs. 2-3; énfasis nuestro).
- e) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (22 de noviembre de 1969). Establece que «[t]oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su **dignidad**» (artículo 11.1; énfasis nuestro).
- f) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (17 de noviembre de 1988). Estima que los derechos económicos, sociales y culturales, junto con los derechos civiles y políticos, «encuentra[n] su base en el reconocimiento de la **dignidad de la persona humana**» (párr. 4; énfasis nuestro).

Como se ha observado, el concepto de dignidad humana toma un papel protagónico prácticamente en todos los documentos internacionales más importantes de derechos humanos.

4.7. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO MEXICANO

En la esfera nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el último párrafo del artículo 1, menciona la dignidad vinculada con la no discriminación:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la **dignidad humana** y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (énfasis nuestro).

Posteriormente, en el artículo 2, inciso A, fracción II, que trata sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, la norma fundamental garantiza el derecho y la autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas para «Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la **dignidad** e integridad de las mujeres» (énfasis nuestro).

En seguida, el artículo 3, respecto a la educación, establece que «se basará en el respeto irrestricto de la **dignidad** de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva» (énfasis nuestro). Y, finalmente, el artículo 25, en cuanto a la rectoría del desarrollo nacional, expresa que el Estado garantizará la integralidad y sustentabilidad con el fin de lograr una «más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales». Estas son las cuatro menciones de «dignidad» en la Constitución, cada una desde su campo de validez: igualdad, libre determinación de los pueblos indígenas, educación y rectoría del desarrollo nacional.

Por otra parte, algunas tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han intentado establecer como principio y valor supremo el concepto de dignidad. El criterio del máximo tribunal

del país que desarrolla el concepto de dignidad, aunque con cierta confusión en su naturaleza ontológica, es la jurisprudencia emitida en agosto de 2016:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1º., último párrafo; 2º., apartado A, fracción II; 3º., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida esta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada (Tesis 1a. /J. 37/2016 [10ª], t. II., p. 633).

Aunado a lo anterior, el siguiente criterio deja con mayor claridad a la dignidad humana como la fuente de los derechos humanos: «DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de los derechos humanos» (Tesis I.5º. C. J./ 30 [9ª], t. III, p. 1528). Considerando ello se entiende que el derecho internacional y el derecho mexicano siguen un marcado modelo de derecho

centrado en la dignidad humana como principio jurídico y un valor legitimador de todos los derechos humanos. De ahí que se puede concluir que la dignidad es el fin de todo el sistema jurídico mexicano.

4.8. LÍMITES EPISTEMOLÓGICOS DE LA DIGNIDAD HUMANA

Hemos visto la importancia capital de la dignidad humana como elemento no solo conceptual y moral, sino también normativo, en cuanto justifica los derechos humanos. Pareciera que en el siglo XXI la dignidad humana es incontrovertible y de aceptación unánime. Salvo excepciones, algunos la podrán negar para seguir cometiendo actos terroristas, genocidios y todo aquello que atente contra el más elemental respeto a la dignidad. Sin embargo, además de esos enemigos fácticos, el noble término «dignidad humana» presenta aún ciertas debilidades epistémicas. En cuanto concepto moral, la «dignidad» se inscribe en un campo semántico cuyas propiedades definitorias están «contaminadas» de postulados metafísicos y esencialistas. Quizá este es su primer gran problema.

El otro gran dique epistémico es su polisemia y pluridimensionalidad. No hay una representación unívoca ni mucho menos universal de dignidad humana. Esto genera en la práctica judicial, muy particularmente en los Tribunales de Justicia tanto nacionales como internacionales, una vaguedad e indeterminación a la hora de resolver casos donde está inmiscuida la dignidad, ya sea en su vertiente ontológica o ética.

Una de las críticas más conspicuas y robustas a la noción de la universalidad de los derechos humanos es fraguada por Boaventura de Sousa Santos. En su artículo *Hacia una nueva concepción de los derechos humanos* (2002), el teórico portugués afirma contundentemente que los derechos humanos no son universales en su aplicación (p. 66). Parte de la aseveración de que ninguno de los cuatro regímenes de derechos humanos (europeo, interamericano, africano y asiático) son universales en su dimensión de artefactos culturales o globales. El postulado de la universalidad de los derechos humanos es particular de la cultura occidental. Además, De Sousa Santos hace una fuerte crítica al discurso de los derechos humanos que ha prohiado severas injusticias:

Si miramos la historia de los derechos humanos en el periodo de posguerra, no es difícil concluir que las políticas al respecto han estado claramente al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos. El discurso generoso y seductor de los derechos humanos ha permitido atrocidades inenarrables, evaluadas y manejadas de acuerdo con estándares dobles que resultan repulsivos. Al escribir en 1981 sobre la manipulación de la agenda de derechos humanos en Estados Unidos en complicidad con los medios masivos de comunicación, Richard Falk habló de la «política de la invisibilidad» y de la «política de la supervisibilidad» (1981). Como ejemplos de la política de la invisibilidad mencionó el bloqueo total de los medios de comunicación de noticias sobre la masacre del pueblo Maubere en Timor Oriental (que tomó más de 300.000 vidas) y la situación de los casi cien millones de «intocables» en la India. Como ejemplo de la política de la supervisibilidad Falk mencionó el entusiasmo con el que fueron reportados en Estados Unidos los abusos posrevolucionarios contra los derechos humanos en Vietnam e Irán. Actualmente, lo mismo se puede decir de los países de la Unión Europea, siendo el ejemplo más conmovedor el silencio que mantuvo escondido de los europeos por más de una década el genocidio del pueblo Maubere, facilitando de ese modo el próspero y silencioso comercio internacional con Indonesia.

El sello liberal occidental en el discurso dominante de los derechos humanos puede ser rastreado en muchas otras instancias: en la Declaración Universal de 1948, que fue preparada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación que, no obstante, fue restringido a los pueblos sometidos al colonialismo europeo; en la prioridad dada a los derechos civiles o políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, por mucho años, único derecho económico (De Sousa, 2002, pp. 67-68).

Por lo anterior, Boaventura de Sousa propone pasar de un «localismo globalizado» de los derechos humanos a un modelo cosmopolita. Para su consecución propone una «hermenéutica diatópica», una especie de instrumento que facilita el diálogo intercultural entre universos diferentes e inconmensurable:

La hermenéutica diatópica está basada en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, sin importar qué tan fuertes puedan ser, son tan incompletos como la cultura misma. Dicha incompletud no es apreciable desde la cultura, dado que la aspiración a la incompletud induce a tomar *pars pro toto*. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es, en consecuencia, alcanzar la completud —siendo este un objetivo inalcanzable— sino, por el contrario, elevar la conciencia de la incompletud a su máximo posible participando en el diálogo, como si se estuviera con un pie en una cultura y el otro en la restante. Aquí yace su carácter diatópico (De Sousa Santos, 2002, p. 70).

Si tomamos como punto de referencia la crítica de este autor respecto al modelo universal de derechos humanos de la cultura de occidente, podemos hacer extensiva la crítica a la concepción de dignidad humana en su vertiente teológica, ontológica y ética, dado que son construcciones semánticas que han sido forjadas en el cuño intelectual y filosófico de la cultura predominante europea y americana. La concepción de dignidad no es la misma para los pueblos indígenas de México o Perú que para las tribus australianas o los habitantes del Tíbet. Pretender una universalidad sin tomar en cuenta todas las culturas es sumamente dudoso, hablando en términos de inclusión y respeto por el otro.

REFERENCIAS

Barrio, J. M. (2016). *Homo Adulescens. Elementos para una teoría antropológica de la educación*. Austral. <https://www.teseopress.com/adulescens/>

Cárdenas, J. (2005). *La argumentación como derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Castro, E. A. (2018). *El concepto de dignidad humana* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Autónoma de México]. Repositorio Institucional de la UNAM. https://repositorio.unam.mx/contenidos/el-concepto-de-dignidad-humana-3489250?c=4MAX54&d=true&q=*&i=1&v=1&t=search_0&as=0
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2016). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/34-Principios-universalidad.pdf>
- Congreso de la Unión. (2023 [1917]). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México: 5 de febrero de 1917. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Frankl, V. E. (2004). *El hombre en busca del sentido último. El análisis existencial y la conciencia espiritual del ser humano*. Herder.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Revista de Filosofía Diánoia*, 55(64), 3-25. <https://doi.org/10.21898/dia.v55i64.218>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas. (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Naciones Unidas. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

- Nogueira, H. (2018). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10056>
- Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá: 2 de mayo de 1948. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José: 22 de noviembre de 1969. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Organización de los Estados Americanos. (1988). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*. San Salvador: 17 de noviembre de 1988. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Pico della Mirandola, G. (2006). *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Editorial π.
- Real Academia de la Lengua. (s. f.). Dignidad. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/?id=DIX5ZXZ#5zHSxWQ>
- Romero, J. M. (2018). *Argumentación jurídica en torno a los derechos humanos en la justicia constitucional e internacional. Análisis desde los criterios de evaluación* [Tesis doctoral, Universidad Nacional Autónoma de México]. Repositorio Institucional de la UNAM. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/84389>
- Rommen, H. (1936). *Die ewige Wiederkehr des Naturrecht [El eterno retorno del derecho natural]*. Hegner.
- Santa Biblia de Referencia Thompson. Versión Reina-Valera Revisión 1960*. (2013). Editorial Vida.
- Santiago, C. (1996). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.
- Sousa Santos, B. de. (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El Otro Derecho*, (28), 59-83.

- Tesis I. 5°. C. J./30 (9a). (2016, octubre). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época. Libro I. Tomo III, p. 1528. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160870>
- Tesis 1a. /J. 37/2016 (10a). (2016, agosto). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época. Libro 33. Tomo II, p. 633. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012363>
- Torrallba, F. (2005). *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Herder.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.10

PRIVATE PROPERTY RIGHTS FROM AN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW PERSPECTIVE. THE BLACK SHEEPS OF HUMAN RIGHTS?

Los derechos de propiedad privada en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. ¿Las ovejas negras de los derechos humanos?

I diritti di proprietà privata nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani. Le pecore nere dei diritti umani?

PATRICIO D'ACUNTI

Universidad de Buenos Aires
(Buenos Aires, Argentina)

patricio.dacunti@protonmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-3976-0260>

ABSTRACT

This paper involves a study of private property rights from the perspective of international human rights law. To this end, the United Nations, European and Inter-American systems of protection will be analyzed, both in terms of the treatment of private property rights in their main normative documents, as well as regarding the interpretations of the bodies belonging to those systems. Although enshrined in the declarations, treaties and conventions of these systems, private property rights enjoy an extremely precarious and limited membership. Their constant subordination to other rights -such as economic, social and

cultural rights- and concepts -social function, social justice, democratic society, etc.- leaves them largely subject to the discretion of the State, which ends up undermining their possibility of being classified as human rights in the light of international law.

Key words: human rights; private property rights; human rights protection systems.

Indexing terms: right to property; private ownership; human rights (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMEN

El presente trabajo implica un estudio de los derechos de propiedad privada desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos. Para ello se analizarán los sistemas de protección de Naciones Unidas, europeo e interamericano, tanto en lo referido al tratamiento que se hace del derecho de propiedad privada en sus principales cuerpos normativos, como en lo relativo a las interpretaciones de los órganos pertenecientes a aquellos. Aún estando consagrados en declaraciones, tratados y convenciones de esos sistemas, los derechos de propiedad privada gozan de una pertenencia sumamente precaria y limitada a estos. Su subordinación constante a otros derechos —como los DESC— e instituciones —función social, justicia social, sociedad democrática, etc.— los deja ampliamente sometidos al arbitrio estatal, lo que termina atentando contra la posibilidad de ser catalogados como derechos humanos a la luz del derecho internacional.

Palabras clave: derechos humanos; derechos de propiedad privada; sistemas de protección de los derechos humanos.

Términos de indización: derecho a la propiedad; propiedad privada; derechos humanos (Fuente: Tesauro Unesco).

RIASSUNTO

Il presente lavoro si propone di studiare i diritti di proprietà privata dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani. A tal fine, verranno analizzati i sistemi di protezione delle Nazioni Unite, dell'Europa

e dell'Interamerica, sia per quanto riguarda il trattamento del diritto di proprietà privata nei loro principali corpi legislativi, sia per quanto riguarda le interpretazioni degli organi che ne fanno parte. Sebbene sia sancito da dichiarazioni, trattati e convenzioni di questi sistemi, il diritto di proprietà privata gode di un'appartenenza estremamente precaria e limitata. La loro costante subordinazione ad altri diritti - come la CESR - e istituzioni - funzione sociale, giustizia sociale, società democratica, eccetera - li lascia in gran parte soggetti all'arbitrio degli Stati, il che finisce per minare la possibilità di classificarli come diritti umani alla luce del diritto internazionale.

Parole chiave: diritti umani; diritti di proprietà privata; sistemi di protezione dei diritti umani.

Termini di indicizzazione: diritto di proprietà; proprietà privata; diritti umani (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 07/09/2023

Revisado: 16/09/2023

Acceptado: 16/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

mjimenezm2@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

1. INTRODUCTION

Are private property rights considered human rights from an international human rights law perspective? If so, how and to what extent are recognized as such? How do they relate to other human rights? Is it then possible to reconcile the tensions that arise between property rights -as human rights- and other rights, including access to property of other persons,

without losing their character as such? Does a state that attacks private property become a human rights violator?

This paper seeks to investigate some of these aspects and others derived from them. Here, the property right is studied from the perspective of what might be called international human rights law. To this end, the private property right is analyzed as incorporated or absent in the main human rights documents, that is, declarations, treaties, conventions, as well as the categorizations that are made of it by international bodies including regional Courts in charge of interpreting those.

In line with that, particular consideration will be given to the issue of recognition of private property in the Universal Declaration of Human Rights, as well as its absence from the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Other documents where the United Nations deals with the subject directly or indirectly will be also analyzed as examples. With regard to the law derived from regional protection systems, the European Convention on Human Rights -with its Additional Protocol- and the American Convention on Human Rights will be interpreted, as well as a review of case law emanating from regional enforcement bodies.

This analysis will show the categorization of property rights in the various human rights protection systems. The study of the relationship with other rights, such as economic, social and cultural rights, as well as the limitations to property rights that arise from the normative documents themselves and the interpretations of the protection bodies, will enable certain statements to be made. In this sense, the precarious belonging of private property rights to the field of international human rights law becomes evident. So precarious that it could be said that their categorization as human rights is impossible, or at least extremely weakened.

2. THE PRIVATE PROPERTY RIGHTS AS HUMAN RIGHTS IN THE UNITED NATIONS PROTECTION SYSTEM

In advance, it must be made clear that the human rights protection system of the United Nations is at least ambiguous in its treatment of

private property rights. It is a “yes, but actually no”. On the one hand, it can be argued that this is enshrined in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, thus belonging to that privileged body of rights. But on the other hand, it is absent from the two main binding treaties of the system, these are the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted in 1966 but in force since 1976.

Article 17 of the Universal Declaration states:

1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.
2. No one shall be arbitrarily deprived of his property (UN, 1948).

A first reading of the rule makes it possible to affirm that the property right as a human right includes any type of property -personal, commercial, industrial, intellectual, etc.- and that it can be enjoyed and exercised individually or in association with others, this being a consequence of freedom of association. Likewise, the only guarantee established for these property rights holders would be the limit of arbitrary deprivation (by the State, or by third parties), a very vague concept indeed.

It should be noted, however, that this final version was not originally intended to be so. John Humphrey, in charge of the first draft of the Declaration, simply recognized the “own personal property” and in particular the collective ownership (Mchangama, 2011, par. 3). Individual (“non-personal”) private property, in particular that relating to means of production, commercial and lucrative, was outside the scope of the protection of the Declaration, at the mercy of the domestic law of states, something that found political support in communist and Latin American countries (Mchangama, 2011, par. 4).

Beyond the fact that the Universal Declaration of Human Rights is not binding, and is then a rather indicative bill of rights, its provisions, in general, are considered to have become part of customary international law, at the same time that it conforms with the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural

Rights, the “international bill of rights” (Hannum, 1996, p. 318). However, it is striking -although not a coincidence- that the private property right, even in the timid version established in the Declaration, has been completely omitted in the legally binding covenants.

Thus, it could be said that the two most important binding human rights covenants of the United Nations protection system do not consider the private property right a human right. They do not consider it a civil, political, economic, social or cultural right. Starting off by the above-mentioned documents, the private property does not exist as a human right, or at least should not be characterized as such.

This political decision to leave out of the binding documents of the “international bill of rights” the private property right finds logic in the then desire of the USSR and the aligned states, as well as other countries, in particular new independent states, to prevent a human right from being enshrined by invoking the primacy of the right of self-determination¹ to opt for the most appropriate political/economic system (Alvarez, 2018, p. 5). It was in that sense an entirely reasonable position. States that considered that it was possible (or desirable) to sustain a regime of communal ownership, in particular of the “means of production”, or at least high governmental economic interventionism, could never have enshrined a human right to private property, because they despise this idea and consider it the cause of all problems.

The term “property” is not absent, however, in both covenants, which in their Articles N° 2, although partially diverse, establish that “property” cannot be a cause of distinction or discrimination in the implementation of the norms contained therein. This clause is merely indicative and is intended to avoid arbitrary distinctions, as it is evident that “property” was at the time of the adoption of the covenants, as at the present time, a cause of permanent distinction or discrimination.

But it is also possible to say that private property, or at least access to property (which could be called “right to property”), is deployed at least throughout the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. For example, where it provides for the right to

1 In fact that right to self determination is found in both Covenants in Article 1.

remuneration for work performed (Article 7), to social security (Article 9), to food, clothing and housing (Article 11), to land and natural resources (indirectly through Article 11), among others, it is clear that it is regulating access to private property. Earnings obtained from works are private property of the worker, as are the food, clothing and housing of individuals, and those received as social security benefits, just to mention some examples.

The complexities begin when obtaining that private property, for example food, depends on contributions from the state, because it is assuming a right to the private property of another person. The “right” is guaranteed by altering (or at least interfering) the right of another person, against his/her will. This perhaps also explains why the absence of private property as a right in the covenants, as without the category of human right it is easier to go against it -even politically- for the purpose of guaranteeing other rights, which can also be considered to end up as a property right, but without being expressly recognized. Otherwise, it would be claimed that there is a human right to the human right of another person. Thus, the power of states to alter, restrict, or violate private property is less risky, because it is not a human right, if one is guided by the covenants.

From the United Nations human rights “protection” system, these disputes between private property rights and economic and social rights can be observed constantly, and are the result of the numerous observations, recommendations, resolutions, reports, among others, issued daily by experts of the United Nations.

For example, a 2020 report by the Special Rapporteur on the right to food warns that the “States continue to neglect economic, social and cultural rights, particularly the right to food” (p. 14), and condemns itself, among other things, the neoliberal system in general (without further clarification and criticizing both the austerity of some states and certain subsidies and protectionist measures), and the growing role of the market in the distribution of land and access to food (p. 4).

The report concludes that states must adopt positive measures to counteract inequality and the inequitable distribution of productive resources as a barrier to guaranteeing the right to food (2020, p. 17). It

proposes to interfere (ultimately by means of expropriations) with the right of third-party ownership of land for the purpose of guaranteeing the right to food of other people. The tension -created by the rapporteur- between the right to food and property rights is evident. It proposes guaranteeing the right to food, which is ultimately a right to access to private property, to the detriment of the property rights of others. Although of course, the United Nations system does not have the certainty that property rights are human rights.

That report does not constitute an isolated position within the vast United Nations human rights protection system. Another report submitted by a previous Special Rapporteur on the right to food in 2010 recognizes that in certain cases where

landlessness is a cause of particular vulnerability, the obligation of the State goes further: it is to strengthen such access or make it possible - for example, through redistributive programmes that may in turn result in restrictions on others right to property. (p. 4)

It undoubtedly implies an open and at least sincere proposal to carry out expropriations (“restrictions”) in order to achieve a “more equitable distribution of land” (2010, p. 14), in particular of historically disadvantaged groups, which should be accompanied by a rural policy that promotes access to credit and markets, all in order to contribute to greater food security.

Without trying to analyze here the viability and economic effectiveness of these -massive?- projects of expropriation of land to enable access to natural resources and thus finally guarantee the right to food, it must be taken into account that it is going against -human?- rights of other persons. While the issue of expropriations will be analyzed in detail when reviewing the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, it should be recognized that the positions of the above-mentioned special rapporteurs are at least openly contrary to the existence of private property rights as human rights.

In a different position there is a report drawn up by the Commission on Legal Empowerment of the Poor, which for the purposes of “Making the Law Work for Everyone”, proposes an agenda to vindicate the importance of access to justice and the rule of law, property rights, labor rights and business rights in the development of the poorest sectors of society, and of society in general. The report openly acknowledges that “Property Rights are human rights” (2008, p. 42), highlighting not only economic aspects of the existence of a system based on private property, but also the positive effects on the development of the sense of “identity, dignity and belonging” of the person and of the communities (2008, p. 34).

The report also promotes the development of “functioning market for the exchange of assets” (2008, p. 7), something inherent in a system based on private property. Also, in relation to the latter, it encourages the adoption of positive measures for the recognition of land titling of occupied spaces informally or on the basis of customary rights, as well as providing access to housing ownership for the poor, offering low-interest loans and distributing state land (2008, p. 65), something that in a certain point, according to how would be implemented, could be contradictory with a system that recognizes property rights as human right. In any case, the report constitutes an open recognition of the private property right as a human right and affirms its importance in the development of communities in general and of individuals in particular, something, as has been and will be seen, not so frequent from the “field” of human rights.

And the Agenda 2030 for Sustainable Development from the United Nations, what does it say about private property? Directly not much, but several of the statements displayed there as the proposed objectives allow some comments regarding the figure that is assigned to private property. In principle, it can be said that it proposes strong measures for the “redistribution” of wealth -therefore of property- in order to combat inequalities in and between countries, something that in fact constitutes one of the Sustainable Development Goals, Number 10 more precisely. In this sense, it is proposed that “Sustained, inclusive and sustainable economic growth is essential for prosperity. This will

only be possible if wealth is shared and income inequality is addressed” (UN, 2015). It is clear that “sharing” wealth inevitably implies measures on the part of the states to ensure that this is carried out, for example through fiscal policies imposed more heavily on those who have greater resources, if not also by expropriation. This undoubtedly implies altering the private property rights of individuals.

This position is contradictory in relation to other premises of the Agenda, which stipulates that member states should “respect, protect and promote human rights and fundamental freedoms for all”, without distinction, inter alia, of *property* (UN, 2015, par. 19). It is necessary to ask how states would promote measures that serve to “share wealth” without going against this prohibition of making distinctions based on property. If states, for the purpose of combating inequality, must take measures to share or redistribute wealth, it is clear that they will have to make distinctions based on people’s property, which is forbidden for the same statement.

Additionally, and in another reference to property, it should be noted that the Sustainable Development Goal N° 1.4 (End Poverty in all its forms everywhere) establishes in one of its points that:

By 2030, ensure that all men and women, in particular the poor and the vulnerable, have equal rights to economic resources, as well as access to basic services, ownership and control over land and other forms of property, inheritance, natural resources, appropriate new technology and financial services, including microfinance. (UN, 2015)

If the idea is to have formal “equal rights” to access, for example, to property, it would not be contradicting the possibility of considering it a human right. It can be said that today, at least throughout the Western world, people enjoy formal equality in access to property. However, if it is promoted that everyone should have equal results in that access to property, it would be unfailingly going against the property rights of other people. This relates to another objective, Number 10.3, already cited, which for the purpose of reducing inequality in countries and between countries, proposes “ensure equal opportunity and reduce

inequalities of outcome, including by eliminating discriminatory laws, policies and practices and promoting appropriate legislation, policies and action in this regard” (UN, 2015).

Formal equality of access to income, that is to say property, finds harmony with private property as a human right, and is a derivation of ensuring equality before the law. But promoting positive measures to “reduce inequalities of outcome” could be contrary to equality before the law and interfere with private property rights.

In the preceding paragraphs, a brief analysis of property rights has been made from the perspective of the United Nations human rights protection system. It is clear that the system is -at least- ambiguous with the right in question. However, it is also true that this ambiguity has a strong tendency to lean towards disregarding the private property right as a fundamental human right. The mere presence in the Declaration and the absence in the binding covenants of the system incites that thinking. But in addition to this, the positions adopted by the United Nations own organs, expressed through rapporteurs, resolutions, or the 2030 Agenda itself, and the consequences derived from them, make it very difficult to sustain the idea of a private property right as a fundamental human right protected by the system. Rather, these documents constitute authorizations to the state power to limit or violate rights, including private property rights.

The “yes, but actually no”, taking into account the United Nations system, is perhaps too generous. There does not seem to be a consideration of private property rights as fundamental human rights from the system, as they are totally exposed to state interference.

3. THE PRIVATE PROPERTY RIGHT AS A HUMAN RIGHT IN THE EUROPEAN PROTECTION SYSTEM

The oldest and most influential system of human rights protection on the European continent is not part of the European Union, but of the Council of Europe. Within the framework of this is the “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” (CoE, 1950), popularly known as the European Convention on Human Rights

(ECHR), adopted in 1950 but in force since 1953. In addition to the Member States, which are the first to interpret and apply the ECHR, it is the European Court of Human Rights that ultimately ensures compliance with it.

However, if one reads the 58 articles of the European Convention, can observe that in the first instance the private property right is absent. One should turn to Additional Protocol 1, adopted in 1952, to observe there the “Protection of Property”, in Article 1 thereof.

Before analysing the content and scope of the article, consideration should be given to the debate that existed on the basis of the wording of the European Convention, which in some ways explains the absence of the private property right as an article and its subsequent addition in the First Protocol. As Danny Nicol (2020) recounts, at the time of the negotiations many delegations did not intend to establish a “right of property ownership at all, since they were anxious to preserve national autonomy in the sphere of economic policy”. In this sense, there were diverse motivations and proposals among those who sought to install it as a right, while on the one hand some sought to establish a brake on authoritarian governments that used confiscation as a tool to intimidate political opponents, others sought to limit extreme or aggressive distributive measures by democratic governments (Nicol, 2020).

The discussion about whether to include it or not was so big that the property right was, along with the right of parents in the education of their children and the right to vote in the election of the legislature, vetoed by the Council of Ministers after being proposed by the Council of Europe’s Consultative Assembly (Nicol, 2020). Finally, followed by further discussion and pressure from some states, the Council of Ministers elevated these three articles to a committee of experts for further study, whose work would be the subject of the First Protocol.

But what does Article 1 of the Protocol say?

Protection of Property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions

except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties. (CoE, 1950)

An initial analysis of the article shows that the way in which this property right is established is rather weak and leaves a wide margin of *manoeuvre* to the states. From the use of “peaceful enjoyment of his possessions”, avoiding using the term properties, and empowering states to deprive people of those in the name of “public interest” -without establishing a right to compensation-, it is noted that the commitment to property rights is not very strong. The second part ratifies this, as it leaves states enormous power to control (which implies a different intervention to “deprive”) this human right for the purposes of satisfying the “general interest” or achieving, among others, the collection of taxes. However, it is important to note that at least the rule protects, albeit weakly, the rights of both natural and legal persons.

Nevertheless, beyond that authorization granted to states to limit the right, it is obvious to note that many of those concepts involve an enormous vagueness. In this sense, it is possible to think that in the face of so many discussions regarding the approval of the article on the protection of the property right, the European Court of Human Rights has been left to its interpretation. As will be seen, it has ruled in numerous cases in relation to Article 1 of the First Protocol, establishing several rules of interpretation that in a certain way indicate that more protection of the property right has been given beyond the content of the rule, and despite the wide margin that is given to states, which ultimately puts at risk the effective categorization of it as a human right.

It should be made clear here that the case law of the European Court of Human Rights in the matter is extremely extensive.² Nevertheless, it

2 To get a sense of the number of cases the Court has ruled in relation to the right to property, it is highly illustrative to analyze the “Guide on Article 1 of Protocol No. 1

is possible through the study of some leading cases to clarify certain lines of interpretation concerning certain points to understand the position of the European Court in relation to the property right, its scope as a human right and its limitations.

First, and in a matter that seems merely semantic but is extremely relevant, the Court has made it clear that “By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 is in substance guaranteeing the right of property” (ECHR, 1979, par. 63).

With this certainty it is worth investigating what -and therefore what not- is considered to be within the term, at least under a first approximation. Thus, the European Court has been forceful on numerous occasions that the term “possessions” “can be either ‘existing possessions’ or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a ‘legitimate expectation’ of obtaining effective enjoyment of a property right” (ECHR, 2022, p. 8).

As the European Court therefore provides that the term includes “existing possessions” and “legitimate expectation” (2020, p. 9),³ it could then be said that it does not recognize in the first instance a general right of access to property that states are responsible for guaranteeing -through controls, limitations and attacks on the rights of third parties-. It will then be seen that this statement finds several nuances considering the broad powers given to states to limit property in the name of public interest and “social justice”, or by the intersection of it with other rights recognized in the European Convention, but it can now be taken for granted.⁴

- Protection of property” (European Court of Human Rights [ECHR], 2022) prepared by the Court. It summarizes all the case law in which the protection of private property right has been discussed in some way or another.

3 See Guide on Article 1 of Protocol No. 1 - Protection of property: “For an ‘expectation’ to be ‘legitimate’, it must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision, bearing on the property interest in question” (p. 9).

4 This interpretation is also shared by Nicol Danny in his previously cited paper (“The Fundamental Right of the Well-to-Do: Property as a Human Right. The Constitutional Protection of Capitalism”), who analyzing a famous case of the European Court, this is,

According to the provisions of the Protocol of the European Convention, the subjects covered by the protection of Article 1 are both natural and legal persons, that is, both human persons and organizations, associations, companies, foundations, among others, something that clearly makes an enormous difference with the American Convention and the case law of the Inter-American Court, as will be seen.

Knowing at this point that the term possessions is equivalent to private property rights, which includes the existing possessions and the legitimate expectation, and that protects both natural persons and legal persons, the following must be clear. These “possessions” are “not limited to the ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as ‘property rights’, and thus as ‘possessions’ for the purposes of this provision” (2022, p. 7). These concepts are also independent of the categorizations that are made in the local law of the states (ECHR, 2007).

So, for the European Court ownership is not limited only to physical or tangible property, including movable and immovable property, but also includes intangible and immaterial elements. Property is thus as much a toothbrush as a slice of pizza, a house, a car, a company share, the professional clientele, the business licences, the intellectual property, the social security benefits, among many other things (ECHR, 2022, pp. 11-17).

At this point, it should already be known that the main limitations to the property right are generally driven by the states, which they guarantee it -?-, and to a greater extent, they regulate it in their internal systems, but alter it -or theoretically violate it- in the name of the interests of the rest of the society, the general interest, the people, the sovereignty, the democratic order, the security, the social justice, the equality, the most disadvantaged... among thousands of other possible categorizations. This is not something that happens exclusively with property, but here the situation is clear.

the former King of Greece and Others v. Greece (ECHR, 2000) states that “in general Article 1 of the First Protocol protects the existing possessions of a corporation or an individual: it is not a right to be put in possession of things one does not already have”.

Before starting the review of the Court's cases concerning "possible" interference, and the requirements for such interference to be classified by the Court as "in accordance" with the stipulations of the European Convention, it should be recalled that Article 1 distinguishes between the general *peaceful enjoyment of possessions* (known as the "first rule"), the *deprivation* of property ("second rule"), and the *control* of the use of it ("third rule"). Deprivation has conventional legitimacy in cases of public interest and is subject to "conditions provided for by law and by the general principles of international law". Control of use is subject to "general interest". Beyond those categorizations, the Court has made it clear that the rules are interconnected and that rules two and three must be interpreted in light of the first one (ECHR, 2000, par. 50). In this sense it is logical to argue that the rules are not isolated, because many situations can be at the boundary between any of the three, and even a case could be analyzed from more than one category (ECHR, 2022, p. 20).

With regard to deprivation, it is clear that the most obvious case is when the state, in the name of the public interest, carries out an expropriation through the constitutional or legal mechanisms envisaged. But as the case law of the Court shows, there could be situations that formally do not have the name of expropriations but that in practice have the effects of a deprivation of property. Thus, the court itself has been forceful in the sense that "the Court's case-law indicates that it may be necessary to look beyond the appearances and the language used and concentrate on the realities of the situation" (ECHR, 2016, par. 83).

For its part, the control of use present in the "third rule" of the article could take place in numerous cases, of the most diverse. Thus, it can occur in situations where rent regulations⁵ are set; in situations concerning state licenses to exercise certain activities; in cases linked

5 See the case from the European Court of Human Rights (1989), *Mellacher and Others v. Austria*, in which the Court had authorized the reduction of rental prices, is famous in that regard. The Court stated there in paragraph 56 that "The fact that the original rents were agreed upon and corresponded to the then prevailing market conditions does not mean that the legislature could not reasonably decide as a matter of policy that they were unacceptable from the point of view of social justice" in a clear violation of contractual freedom.

to the demolition of buildings; in relation to state monopolies, among many other (ECHR, 2022, p. 23).

Cases not covered by either the second or the third rule could fall under the general one concerning the guarantee of “peaceful enjoyment of possessions”, which left the Court with enormous freedom to act.

As can be seen from the analysis of the article, the authorizations given to states are enormous, but the Court has established numerous interpretative rules in relation to the terms displayed there, which are vague by the way. These rules have clearly emerged from some “leading cases”.

Among these is undoubtedly *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (ECHR), from 1982, related to urban planning issues in the city of Stockholm. Specifically, the properties of these two persons (Sporrong Estate was a legal person) had been subject to the state’s discretion to expropriate them through possible compensation for certain periods of time (more than 20 years in one case), while at the same time were prevented from being subject to reforms or constructions. While the state never exercised its “power” to expropriate, during these extended periods the owners were unable to offer and eventually sell their properties at market price.

The majority (10 votes against 9 of the minority) of the judges of the European Court ruled in the case that the Swedish state had violated Article 1, specifically the first part of it (also called “first rule”), concerning the “peaceful enjoyment of possessions”, which had clearly been altered by the measures taken by the government. On the other hand, the majority understood that the second part of Article 1, concerning “deprivation” (known as “second rule”) was not applicable in the case,⁶ as well as the third part of it, referring to control (“third rule”).

6 In relation to this part of the Article, the European Court makes it clear that “although the right in question lost some of its substance, it did not disappear. The effects of the measures involved are not such that they can be assimilated to a deprivation of possessions. The Court observes in this connection that the applicants could continue to utilise their possessions and that, although it became more difficult to sell properties in Stockholm affected by expropriation permits and prohibitions on construction, the possibility of selling subsisted”; in *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Paragraph 63.

Having ruled in the first instance that the action of the Swedish state has not violated the “second” and the “third” rule, and for the purpose of analyzing whether there was a breach of the “first” one, the Court’s majority then established that it must check the existence or not of a *fair balance* between the general interest and the individual’s right (ECHR, 1982, par. 69). In this connection, the Court concludes that the governmental measures taken “created a situation which upset the fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest: the Sporrong Estate and Mrs. Lönnroth bore an individual and excessive burden” (ECHR, 1982, par. 73). The plaintiffs then suffered from excessive weight on behalf of the general interest, which was incompatible with their property rights.

Before proceeding with the analysis of related cases, which in a certain way deepen the interpretative concept deployed in *Sporrong and Lönnroth*, it should be made clear that according to other cases of the Court, prior to analyzing the fair balance issue, it must be ensured that the measure serves the general interest, is not arbitrary, and respects the principle of lawfulness (ECHR, 2022, p. 30).

The latter principle, namely lawfulness, follows not only from what is known as rules 2 and 3 of Article 1 of the Protocol, inasmuch as they state that both the deprivation of “possessions” is “subject to the conditions provided for by law”, and ownership control can be done by “laws”, as the general content of the Convention. The principle does not imply that there is simply a law⁷ but that the legal basis is compatible with the rule of law and does not incur in arbitrariness (ECHR, 2022, p. 25).

What about the general or public interest? While these concepts were dealt with by the Court in one of the cases discussed below, it should be noted that these are broad terms, in which states are left with great power to move against property rights. All interference with the

7 According to the Court, such as the case of *Špaček, s.r.o. v. the Czech Republic* (ECHR, 1999), “the term ‘law’ is to be understood in its substantive sense and not in its formal one”.

right must be carried out on behalf of a legitimate general or public interest (ECHR, 2016). And in that sense, for example, by relying on state authorities, the

Court finds it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one and will respect the legislature's judgment as to what is "in the public interest" unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. (ECHR, 2016, par. 113)

The creativity of the state authorities in limiting private property is immense, and it would be impossible to detail all the measures taken on behalf of the general or public interest, but it can be said that social and economic issues have been invoked, other aspects related to moral, environmental, justice, security, among others.⁸

8 The Guide on Article 1 of Protocol No. 1 (ECHR, 2022) details on page 27 some situations in which it has been claimed to protect the general or public interest. Thus he mentions in an exemplificative manner: "The following purposes have been found by the Court to fall within the notion of public interest within the meaning of this provision: elimination of social injustice in the housing sector (*James and Others v. the United Kingdom*, § 45; *Grozdanić and Gršković-Grozdanić v. Croatia*, §§ 102-103 and 113); combating the effects of a foreign-currency loan crisis particularly in the context of preventing mass homelessness (*Béla Németh v. Hungary*, §§ 42-45); nationalisation of specific industries (*Lithgow and Others v. the United Kingdom*, §§ 9 and 109); adoption of land and city development plans (*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, § 69); *Cooperative La Laurentina v. Italy*, § 94; securing land in connection with the implementation of the local land development plan (*Skibińscy v. Poland*, § 86); prevention of tax evasion (*Hentrich v. France*, § 39); measures to combat drug trafficking and smuggling (*Butler v. the United Kingdom (dec.)*); protection of the interests of the victims of the crime (*Šeiko v. Lithuania*, § 31); measures to restrict the consumption of alcohol (*Tre Traktörer AB v. Sweden*, § 62); protection of morals (*Handyside v. the United Kingdom*, § 62); control of legitimate origin of cars brought into circulation (*Sildedzis v. Poland*, § 50); confiscation of monies acquired unlawfully (*Honecker and Others v. Germany (dec.)*); the prevention of collusive practices and the protection of the public purse and promotion of fair competition (*Kurban v. Turkey*, § 78); transition from a socialist to a free-market economy (*Lekić v. Slovenia [GC]*, §§ 103 and 105); and the smooth operation of the justice system, with further references to the importance of administering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility (*Konstantin Stefanov v. Bulgaria*, § 64)."

Now that it is clear that interference must respect the principle of lawfulness, not be arbitrary, and be carried out on behalf of the general or public interest, while also examining on a case-by-case basis whether there is a fair balance between that principle and individual rights, another concept comes into play. This is the “proportionality” test, developed particularly in the 1986 *James and Others vs The United Kingdom* (ECHR, 1986) case, which is undoubtedly another leading case of the European Court.

In concrete terms, the events that gave rise to the case occurred within the framework of a “Leasehold Reform Act”, which enabled tenants under long-term leases to acquire the full ownership of the property, on which they had rights as trustees the ones who initiated the case. The latter argued that this compulsory and reduced-value sale was against their property rights guaranteed by Article 1 of the Protocol.

First, the Court rejects the applicants’ argument that in the case there could not be a measure to satisfy the general interest as only a group of persons would benefit from them (ECHR, 1986, par. 45). Thus, leaving a wide margin for state interventionism, the Court states that

because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment both of the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property and of the remedial action to be taken. (ECHR, 1986, par. 46)

Thereby, the states are amply empowered to adopt the measures they deem relevant in the economic and social field, but not only so, and the Court could not go against that assessment, as long as it does not look totally unreasonable (ECHR, 1986, par. 46). The enormous creativity of states in carrying out property interferences based on the general interest had already been mentioned above.

However, as anticipated and in what constitutes one of the central elements of the case, the Court establishes a new interpretative criterion. A measure depriving a person of ownership must not only be done on behalf of public interest, but there must also be “a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” (ECHR, 1986, par. 50). The Court then introduces a new category of analysis, based on the case-by-case conduct of a proportionality test, which entitles states to interfere with rights on behalf of the general interest as long as that intervention is not disproportionate. The insertion of this new test will not always imply a greater protection of property rights by the Court, but generally implies a greater discretion of it to analyze in each situation how to decide, being the trend that in situations related to economic measures the review will be less intensive (Nicol, 2020).

This discretion is clear when the Court applies the proportionality test to the compensation topic. The Court clarifies that “the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable” (ECHR, 1986, par. 54), but nevertheless establishes that there is no right to full compensation in all circumstances. In that sense, and in what could be classified as a severe violation of property rights, the Court finds that “Legitimate objectives of ‘public interest’, such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value” (ECHR, 1986, par. 54). In concrete terms, not only does the Court enable it to force the owners to sell, under legal threats, but they must do so below the value of the market -which is nothing other than the value under which the owner is willing to sell-. All this in the name of the general interest, and without being possible to speak, according to the Court interpretation, that there is a discriminatory treatment towards the original owners, while the unequal treatment was justified in the case, as reasonable and proportional (ECHR, 1986, par. 77).

In short, applying the Court's test of proportionality both in relation to the deprivation and to the issue of the compensation generated by it, the Court issued that Article 1 of the Protocol had not been violated in the case.

But this discretion in relation to the compensation also attributed to the Court, sometimes channeled through the proportionality test, has its origins in the content, as well as its silences, of Article 1 of the Protocol. As can be seen, it does not establish a specific rule on compensation, but simply provides that deprivation should be made subject to the "conditions provided for by law and by the general principles of international law". In the *James* case itself, the Court reviews the preparatory work for the drafting of the Convention and the Protocol, making it clear that the position of states was that these "principles of international law", from which the right to compensation arises when an expropriation takes place, applies not to nationals of the state, but only to foreigners (ECHR, 1986, par. 64). However, as has been seen, beyond the absence of an explicit reference to reparation to nationals, it would also not be in line with the test of proportionality for the Court to expropriate without a "reasonable related to its value" compensation,⁹ which does not necessarily have to be the value of the "market".

In the preceding paragraphs, a review has been made of the treatment given to property rights from the European system for the protection of human rights. It is a more sophisticated system than that of the United Nations, as it has a Court that permanently interprets the provisions of the main document of the system, the European Convention. Although it is possible to affirm that the property rights enjoy a more important consideration than that given to it by the United Nations system, both the Convention and the Court leave ample room for state intervention to interfere with them. All this beyond the requirements established by the Court itself for those to proceed, as analyzed. Is there a fundamental human right of private property from the European system

9 See Guide on Article 1 of Protocol No. 1 (ECHR, 2022). In exceptional cases, for example "in the unique context of German reunification, the Court has accepted that the lack of any compensation did not upset the 'fair balance' that has to be struck between the protection of property and the requirements of the general interest" (p. 72).

if the powers given to the states to interfere and to advance in private property, through controls or deprivations, is so great? It could be easily argued that no.

4. THE PRIVATE PROPERTY RIGHT AS A HUMAN RIGHT IN THE INTER-AMERICAN PROTECTION SYSTEM

The greatest novelty of this system is that in practice it makes enormous distinctions in the treatment of property rights in relation to the subject concerned, insofar as it establishes a differential treatment between “non-indigenous” persons and persons belonging to indigenous communities, who are generally treated as a community, as a group, without regard for the individuality of their members. These communities enjoy, if one observes the case law of the Inter-American Court, a super right to property. They are in a way a group with particular consideration from the Inter-American system of protection. Not only because they are considered to be related to property in a way that no other group or person is even capable of experiencing, which in itself is a totally striking manifestation, but because they are recognized as having a positive right of access to property. It is then a right to property -of access-, and not only of property, being perhaps the strongest right to access to property that is established in all systems of protection.

These considerations do not imply delegitimizing members of indigenous communities or denying that they may have been forcibly removed from their possessions, properties or territories in the past. Nor is it recognized here that today the premises of the jurisprudence derived from the Inter-American system of “protection” in relation to indigenous property are fully fulfilled. It may be impossible for that to ever happen. It is simply noted that, according to the Inter-American system, indigenous communities constitute a particular group in relation to property rights.

Before analyzing in a timely manner the cases of the Inter-American Court concerning the private property right, which will have to be analyzed separately according to whether the subjects involved are indigenous or non-indigenous, it is necessary to review the norms that recognize this particular right.

Within the Organization of American States are, among others, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, adopted in 1948, and the American Convention on Human Rights, also popularly known as the Pact of San José, Costa Rica, adopted in 1969 and in force since 1978. This legal document, which is accompanied by two Additional Protocols (OAS, 1988, 1990), is binding, unlike the Declaration. The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights are the bodies responsible for ensuring compliance with the conventional standards. By the system's own method of formation, some states had ratified the Declaration but not the Convention, and others are subject to the Commission's investigations but had not ratified the Court's jurisdiction.

Leaving aside these details concerning the historical formation of the Inter-American system of protection, as well as those relating to the specific powers of the Commission and the Court, it is appropriate to go directly to what is relevant here, the analysis of property rights.

The American Declaration of the Rights and Duties of Man states in its Article XXIII:

Property right

Everyone has the right to private property corresponding to the essential needs of a decent life, which contributes to maintaining the dignity of the person and the home (OAS, 1948).

This is undoubtedly a very limited conception of the property right and therefore an extremely weak protection, so to speak. It can be said that it focuses exclusively on what is called personal private property, leaving out all other types of private property, such as that relating to means of production, to entrepreneurial actions, to intellectual property, to acquired rights, and ultimately anything that exceeds the "essential needs of a decent life".

But going to the most important norm of the system, the American Convention on Human Rights, it can be seen that the treatment of the property right is not identical to the Declaration. And in the end, this rule is the most relevant, as part of a binding treaty, and since it is on this

that the Inter-American Court will analyze it permanently, as will be seen later. But what exactly does it say about property rights?

Article 21 provides as follows:

Right to Property

1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.
2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.
3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law. (OAS, 1969)

A first and basic reading of the article once again reveals the immediate need, or fear, of human rights treaties to clarify that the property right, and in this case the “use and enjoyment of property” is subject to the social interest or “interest of society”. Likewise, in paragraph 2, it can be seen that this own social interest or a reason of public utility enables the deprivation of property, as long as a fair compensation is provided. The latter sets the American Convention apart from Article 1 of the First Protocol to the European Convention, which, it will be recalled, omits any reference to compensation for deprivation, which was however developed by the jurisprudence of the European Court. Paragraph 3 of the article is also strange, while in general it has been omitted by the Inter-American Court when analyzing property rights.

As it could not be otherwise, while the same thing also happened at the time of the drafting of the European Convention, or of the covenants of the United Nations system, there was much discussion about whether or not to incorporate an article establishing the human right of property rights. As scholar Funzalida Bascuñán (2020) points out, there

were several projects relating to the article, as well as many proposals and reasons to eliminate it, “because it does not constitute a fundamental right, because it is a proper ESC right, because it is

a matter that must be handed over to State sovereignty; for being an obstacle to agrarian reform processes, etc.), but was finally included in the list of conventional rights". (p. 267)

Knowing that it has finally been recognized, it is opportune to continue the analysis of the case law of the Inter-American Court in relation to the article in question. This is in order to understand what is meant by property rights in the system, who are the beneficiaries, the ways to interfere¹⁰ those, what requirements should meet these actions -among which are, of course, expropriations-, among other interesting things, to analyze later the issue of indigenous communal property.

First, it should be clear what the Inter-American Court understands by property rights. It has openly acknowledged the same that

"Property" may be defined as those material objects that may be appropriated, and also any right that may form part of a person's patrimony; this concept includes all movable and immovable property, corporal and incorporeal elements, and any other intangible object of any value. (IACHR, 2001a, par. 122)

It is in this sense a broad concept of the property rights, identical in this respect to that established by the case law of the European Court. Therefore, it falls under the sphere of property rights, for example, the real estate -as a house-, a car, a business share, a toothbrush, a slice of pizza, intellectual property,¹¹ acquired rights,¹² among countless other objects, goods and rights.

10 Unlike the European Convention and the jurisprudence of the European Court, the Inter-American system is not as clear on the distinctions between deprivation and limitations -controls- and in many cases the Inter-American Court uses the terms interchangeably.

11 Inter-American Court, *Palamara Iribarne vs. Chile*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005, paragraph 102. There, the Court has ruled that "within the broad concept of 'goods' whose use and enjoyment are protected by the Convention, works resulting from the intellectual creation of a person are also included, who, by virtue of having made such a creation, acquires in this copyright related to the use and enjoyment thereof".

12 Without a doubt, a leading case on acquired rights in the Inter-American System is that of "Five Pensioners v. Peru" (Inter-American Court of Human Rights, 2005) where the

However, for one of those examples, some clarifications should be made. In analyzing the issue of property over shares, some other particular observations of the Inter-American system can be made that differentiate it to some extent from the European system of protection.

In this regard, it should be recalled that Article 1 of the Additional Protocol to the European Convention provides that “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions” (1952), and in general, the system of protection itself is open to action by legal persons to seek redress from the European Court in order to assert their rights.¹³ On the contrary, the American Convention establishes a general rule that explicitly states: “Article 1. [...] 2. For the purposes of this Convention, ‘person’ means every human being”, thus excluding, in principle, legal persons, which, from this point of view, are not subject to the provisions of the Convention. Of course, indigenous communities can make claims and invoke their treaty rights as a group, which is a particular feature, something similar to what happens with trade unions.

With regard to the issue of ownership of shares, the definitions made by the Inter-American Court should be analyzed to make it clear that legal persons were not beneficiaries of the rights established in the Convention. But to say this does not imply, as has been advanced, that there cannot be a conventional right concerning the properties on shares of companies, in so far as the person is not only covering a right to the participation of the dividends and the profits thereof, but they grant a series of rights such as attendance at assemblies, votes, liquidations, among others.¹⁴ According to the interpretation of the Inter-American

State was condemned for arbitrarily changing the amounts of pensions received by the actors. Another case that analyzes the issue of acquired rights is *Abrill Alosilla v. Peru*.

13 In this regard, account should be taken, for example, of Article 34 of the European Convention, which provides: “The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties [...]”.

14 In the case of *Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador* (IACHR, 2007), the Court has clearly established: “This Court has made a difference between the rights of the shareholders of a company and those of the company itself, indicating that domestic laws grant shareholders certain direct rights, such as the right to receive the agreed dividends, to attend and vote at general meetings, and to receive part of the

Court, there is a conventional property right that must be protected, but in each specific case “it must be demonstrated how the damage or impairment of the assets owned by the legal person could in turn imply an impairment of the rights of shareholders or members” (IACHR, 2016, par. 114).¹⁵ That is to say, according to this interpretation, not every attack against a company immediately involves a violation of the shareholder’s property right, who must prove the particular affectation.

The Inter-American Court held in the case of *Granier and others (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela* that this particular affectation had not taken place, because due to the complex structure of the company, direct damage to the shareholders was not demonstrated (IACHR, 2015). For its part, it resolved differently in the *Chaparro vs. Ecuador* case, as there was an undoubted link between the owner and the company, given that

Mr. Chaparro held shares in the Plumavit company amounting to 50% of its capital. In addition, Mr. Chaparro was the general manager of the company. It is clear that a value could be placed on this participation in the company’s shares, which formed part of its owner’s patrimony from the moment it was acquired. As such, this participation constituted an asset to which Mr. Chaparro had the right to use and enjoyment. (IACHR, 2007, par. 182)

Similar was the resolution in one of the leading cases of the Inter-American system in the matter, *Ivcher Bronstein v. Peru* (2001a), which not only left definitions on the issue of ownership, but also around the limitations and deprivations of the private property right, more specifically about expropriations. With regard to shareholding, the Inter-American Court recognized that the claimant had been arbitrarily deprived of its rights as a shareholder (IACHR, 2001a, par. 130). However, before

company’s assets when it is liquidated”, referring to Case of Ivcher Bronstein, and also, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 36, par. 47.

15 The Court specifically invoked the Case of Perozo and Others v. Venezuela, par. 402, and Granier and others (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, par. 356.

continuing with the succinct account of the facts and the important definitions that the case leaves in relation to interference with property, it is worth reviewing some concepts that emerge from the Convention.

In this sense, it follows from the reading of the first and second subparagraphs of Article 21 that the law may subordinate the use and enjoyment of property in the name of the interests of society, and that the deprivation thereof must be done by means of just compensation, “for reasons of public utility or social interest”, and in cases and forms established by law. The breadth of powers granted to states is thus evident, and in that sense that property, while recognized as a conventional right, is “subordinate” to the general interests of society. Beyond that, the vagueness of the concepts presented in the article has been the subject of numerous interpretations by the Inter-American Court.

Returning to *Ivcher-Bronstein v. Peru*, succinctly, it should be borne in mind that the actor was a media entrepreneur born in Israel but who had later acquired Peruvian nationality. He was a majority shareholder in a television channel whose content began to be critical of President Fujimori’s government. In what was a clear act of intimidation, Ivcher-Bronstein was canceled his Peruvian nationality, which immediately put him in a critical position as owner of the television station, since a local law provided that media shareholders should be national. The final blow was struck by a series of measures taken by the Peruvian justice system, which, taking into account the “novelties” prevented Ivcher-Bronstein from exercising his rights as majority shareholder, and as director of the company, being subject to the decisions of the minority, which removed the former from its functions and clearly changed the channel’s editorial line. While this was already a fierce attack on his property rights, the actor could not sell or transfer his shares or receive profits.

The Inter-American Court declared that the deprivation of Ivcher-Bronstein’s property rights was arbitrary. Although there was no formal expropriation process, the deprivation of the use and enjoyment of the shareholding took place without reasons of public utility or social interest and with no compensation (IACHR, 2001a, par. 129 & 130). In the same sense, the Court concluded that the actions initiated by the

Peruvian state had not respected the guarantees of due process, so that their consequences were also illegitimate (IACHR, 2001a, par. 130).

Another leading case of the Inter-American Court is undoubtedly that of *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (IACHR, 2008), which leaves numerous definitions regarding interference with the private property right and the requirements for those to proceed, the role of that right in society, in particular its social function and its inherent subordination to the general interest for the “common good”, among other things.

In order to create an area of recreation and ecological protection in the city of Quito, the municipal authorities declared the public utility for expropriation purposes and the occupation of a property owned by the brothers Salvador Chiriboga. These, and then their heirs, for the purpose of promoting a resolution that renders null and void the declaration of public utility or in any case to obtain a fair financial compensation, promoted several administrative and judicial procedures, not getting any answer for many years, which ultimately violated their right to due process. During this period, the owners had been effectively dispossessed of the property, making it impossible for them to exercise their rights to use and enjoy the property. When the case came to the Inter-American Court, it left many reflections on the role of property rights in society.

Before studying them in more detail, it may be said that the Court established that the property rights had been violated, because, although there was a justification for the declaration of public utility (IACHR, 2008, par. 116), the requirements for restricting it were not met, as the required formal mechanisms were ignored -and minimum judicial guarantees denied- every time fair compensation was omitted (IACHR, 2008, par. 114). All of this created legal and factual uncertainty for the party concerned, as well as placing an unjustified burden on the party concerned, thus resulting in arbitrary expropriation (IACHR, 2008, par. 117).

Beyond that resolution, some of the Court's reflections are extremely interesting because of the place it assigns to property rights. In a very illuminating paragraph, states that “The right to property must be understood within the context of a democratic society where in order for the public welfare and the collective rights to prevail there must

be proportional measures that guarantee individual rights” (IACHR, 2008, par. 60). Individual rights are therefore, from this point of view, subordinated to collective rights and the public welfare, although, in application of the proportionality test,¹⁶ there must also be measures -compensation- to protect individual rights in some way. But establishing prevalence is in itself a political position. In the same way, the Court adds that

The social role of the property is a fundamental element for its functioning and for this reason, the State, in order to guarantee other fundamental rights of vital relevance in a specific society, can limit or restrict the right to property, always respecting the cases contained in Article 21 of the Convention and the general principles of international law. (IACHR, 2008, par. 60)

The social role of the private property -and one might wonder whether there is a right that does not have a social function- therefore includes, from the interpretation of the Court, the sacrifice of that right in the name of other rights, on behalf of the community. Violating a -human?- right to satisfy others, in the name of democratic society. Human rights are thus subject to the decisions of the democratic majorities. What would happen if that majority were to promote torture to improve the efficiency of the judicial system? Court appears ready to give the green light.

In what would seem a search to moderate a little this decision, which as detailed above, leaves an immense power in the hands of the states, clarifies that

in order for the State to legally satisfy a social interest and find a fair balance of an individual’s interest, it must use the less costly means to damage, the least, the right to property of the person, subject-matter of the restriction. (IACHR, 2008, par. 63)

16 The Court reiterates the necessity of proportionality in many cases, such as the *Herrera Ulloa v. Costa Rica* case, where it openly states in paragraph 123: “the restriction must be proportionate to the legitimate interest that justifies it and must be limited to what is strictly necessary to achieve that objective. It should interfere as little as possible with effective exercise of the right to freedom ‘of expression’”.

In a paragraph which undoubtedly contains an enormous influence of the European Court and the concept of *fair balance*.

In the same sense, the Court states “that every limitation to such right must be exceptional. As a consequence, all restrictive measure must be necessary for the attainment of a legal goal in a democratic society” (IACHR, 2008, par. 65). By that time, the subordination of the property right to other collective rights, its social function, and the need to restrict it in the name of the common good, the public welfare and the democratic society had already been made clear. In that way, these objectives justify the classification of a good as a public utility and social interest (IACHR, 2008, par. 65).

Leaving more interpretations, the Court also analyzed the aspect of compensation as a prerequisite for expropriation. In this sense, makes it clear that “the payment of a compensation constitutes a general principle of the international law, which derives from the need to look for a balance between the general interest and the owner’s interest” (IACHR, 2008, par. 96), which also derives from Article 21 of the Convention itself, which speaks of “just compensation”. The latter, for the Court, “must be prompt, adequate and effective” (IACHR, 2008, par. 96), for which the trade value of the asset must be taken into account before the declaration of public utility, as well as the general principle of fair balance (IACHR, 2008, par. 96). It can be seen that this trade value should be taken as a reference but it is not the one that should actually be granted, so that the states are empowered to expropriate by paying lower prices than the “value of the market”, which means that a fair balance can hardly be found between the community and the affected party.

Having reviewed some of the interpretations that the Inter-American Court has left on Article 21 in cases where indigenous communities were not linked, it is now necessary to analyze cases where this occurred. The need to make a distinction between indigenous communities and other persons in relation to Article 21 is due to the interpretative distinctions made by the Inter-American Court itself, which from the beginning raised enormous differences between indigenous and non-indigenous property.

The issue of indigenous property is undoubtedly a trademark of the Inter-American Court. Being located in a region with an enormous diversity where numerous indigenous communities are present, distributed throughout the continent, without a doubt that puts it assiduously in situations where it has to analyze the issue of indigenous communal property. But in addition, the Inter-American Court has made efforts to create an original interpretative line, giving the indigenous communities a strong property right¹⁷ -and specifically *to* property- that is different from that enjoyed by the rest of the people.

In this sense, without a doubt, the case of the *Mayagna Community (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (IACHR), from 2001, leaves several interesting reflections. There, the Inter-American Court states that

Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. (IACHR, 2001b, par. 149)

The Court thus made it clear that it was a type of communal, collective property, thus escaping the concept of individual property protected by the Convention, which should be recalled, generally did not protect the rights of legal persons or groups. And in that sense, openly states that for indigenous communities, “relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations” (IACHR, 2001b, par. 149). It is clear that attributing exclusively these connections with their possessions -lands- to the indigenous communities, is something totally discretionary that does not find any reasonable justification, and this is simply an interpretation of the Court’s own to protect this type of property in a particular way.

17 And as Sebastián López Escarcena (2015) adds it could be said that this is due to an interpretation of the Inter-American Court based on the principles of progressivity, pro homine and universality, because Article 21 of the American Convention simply speaks of individual property.

These comments are not intended to deny that indigenous communities do not have the right to live freely in their territories, or that they establish extremely strong links and connections with their properties. But that is not exclusively attributable to these communities. Non-indigenous persons also establish connections and ties with their property, whether tangible or intangible, or to make it comparable, also with their lands. And those connections can also be emotional, spiritual, or religious. But for the Inter-American Court, only the indigenous -as a community- would have these links with their possessions.

Many of the cases that come before the Inter-American Court are related to indigenous communities that demand access to territories that were dispossessed in the 19th and 20th centuries -but also in recent years-. They then claim access to property. It is true that many of these acts of dispossession were carried out violently by the states in collusion with individuals or legal entities, many from foreign countries that saw in the Latin American territories enormous possibilities to carry out agro business. In any case, what underlies this discussion regarding the issue of indigenous communities is that it is often argued that they were somehow violently entered into modern states, and that in that process they were dispossessed of their lands. It can be replicated that hardly anyone has actually asked to enter the modern state.

But returning to the topic, numerous cases of contradiction between the right of access to property claimed by indigenous peoples and the private property rights of non-indigenous persons have been analyzed by the Inter-American Court.

Thus, in *Yakye Axa Community v. Paraguay*, the Inter-American Court leaves some interpretative guidelines for the purpose of resolving conflicts between communal property and, individual, non-indigenous property. Reiterating that the denial of recognition of ancestral property may alter other rights, such as the cultural identity of indigenous peoples, demonstrates a clear position in favour of the property of those peoples, over the property of the rest of the people, non-indigenous. Thus, stipulates that the

restriction of the right of private individuals to private property might be necessary to attain the collective objective of preserving cultural identities in a democratic and pluralist society, in the sense given to this by the American Convention; and it could be proportional, if fair compensation is paid to those affected pursuant to Article 21(2) of the Convention. (IACHR, 2005b, par. 148)

In the name of democracy and pluralism, it is permissible to restrict the right of private property of non-indigenous persons, providing that “fair compensation”, which is worth remembering, is not equivalent to the value of the market. Again, democracy -and now pluralism- as an excuse to interfere/violate rights.

But in an act of common sense, it recognizes in the case that the Inter-American Court does not imply

that every time there is a conflict between the territorial interests of private individuals or of the State and those of the members of the indigenous communities, the latter must prevail over the former. When States are unable, for concrete and justified reasons, to adopt measures to return the traditional territory and communal resources to indigenous populations, the compensation granted must be guided primarily by the meaning of the land for them. (IACHR, 2005b, par. 149)

Along these lines, there could be cases in which it is best to compensate the indigenous people economically and not return the land to them, thus avoiding the dispossession of third parties, which are sometimes entire cities or towns.

However, in the case of *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, the Inter-American Court again showed its preference for indigenous communal property. In this case, where ancestral ownership of territories currently held by private individuals engaged in land-work activities was claimed, the Court reaffirms that indigenous communities have a notion of collective ownership that escapes the classic individual

concept, but that deserves “equal” protection in the light of the Convention (IACHR, 2006, par. 120). In the case, the Court

considers that the fact that the claimed lands are privately held by third parties is not in itself an “objective and reasoned” ground for dismissing *prima facie* the claims by the Indigenous people. Otherwise, restitution rights become meaningless and would not entail an actual possibility of recovering traditional lands, as it would be exclusively limited to an expectation on the will of the current holders, forcing indigenous communities to accept alternative lands or economic compensations. In this respect, the Court has pointed out that, when there be conflicting interests in indigenous claims, it must assess in each case the legality, necessity, proportionality and fulfillment of a lawful purpose in a democratic society (public purposes and public benefit), to impose restrictions on the right to property, on the one hand, or the right to traditional lands, on the other. (IACHR, 2006, par. 138)

Of course, the possibility of expropriating in the name of the ancestral community should be analyzed on a case-by-case basis, but that is undoubtedly the Court’s preference.¹⁸

As can be seen, the Inter-American system of protection in relation to private property is quite particular. Present in the American Convention on Human Rights, private property rights are nevertheless subject to strong limitations. In this sense, private property rights enjoy limited protection in the system, and yield to social justice, collective rights, the development of democratic society, the public interest, the

18 In paragraph 128, the Inter-American Court leaves a number of relevant definitions: “1) traditional possession of their lands by indigenous people has equivalent effects to those of a state-granted full property title; 2) traditional possession entitles indigenous people to demand official recognition and registration of property title; 3) the members of indigenous peoples who have unwillingly left their traditional lands, or lost possession thereof, maintain property rights thereto, even though they lack legal title, unless the lands have been lawfully transferred to third parties in good faith; and 4) the members of indigenous peoples who have unwillingly lost possession of their lands, when those lands have been lawfully transferred to innocent third parties, are entitled to restitution thereof or to obtain other lands of equal extension and quality”.

common good, among other concepts. All this establishing that the economic compensation proceeds in situations of expropriation, but that it does not necessarily have to be a value according to the market. But the particularity of the Inter-American system is given by the Court's own jurisprudence, which has created a distinction of treatment between "non-indigenous" cases and "indigenous" cases. The latter are authorized to act as a group within the system, and according to case law, they enjoy strong recognition as regards access to property. Indigenous communities are attributed ties to private property that no other group would be able to experience, and when it comes to settling cases between a positive right to access private property by indigenous people, and the private property rights of the "non-indigenous people", in general, those end up prevailing.

In short, from the Inter-American system of protection, there do not seem to be strong private property rights for everybody, leaving them at the discretion of the state. In this way, it could be argued that the system does not consider private property rights as fundamental human rights. Of course, these conclusions differ regarding the property rights of indigenous communities, as groups with particular consideration from the system.

5. SO, IS THE PRIVATE PROPERTY RIGHT A HUMAN RIGHT UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW?

It is certainly complex to give a definitive answer to the question in the title. Perhaps it is feasible to bring back the definition "yes, but actually no". The private property right, analyzed from the field of human rights, is always struggling to belong, in permanent tension -perhaps fictitious- with their "peers", in particular with economic and social rights. It is a toxic relationship. This is because -sometimes- private property rights are recognized by human rights treaties and declarations, but immediately reduced and made available to the state for the satisfaction of other interests, which deny private property rights but in a certain way need them.

It is clear that the private property rights are not absolute. No right is. But it is one thing to be sure about that and another to

observe the frequent reluctance to consider the private property right as a fundamental human right. It has been seen that the rapporteurs of the United Nations, for example, in order to guarantee the right to food, propose to carry out massive expropriations of land. In addition, the Agenda 2030 leaves definitions that might suggest that it does not consider the private property right as a human right. And, of course, it should be borne in mind that the two main binding conventions of the system do not consider it as such. From the European and Inter-American systems, states are left with very broad powers to interfere with property in the name of the public or general interest, among others, being able, for example, to control it in the name of social justice or carry out expropriations by compensating the owners for lower values than those of the market. All this after having used euphemisms such as proportionality, fair balance, among others, really creative by the way.

Something that is related to this, is that under those interferences that are made to the private property right, access to property of other people is being proposed. For example, in proposing that states should take measures to ensure that everyone has their right to food, and even without going to the extreme of the expropriations proposed by the rapporteurs, it is being said that these people have the right to property. If the state gave them money or food itself, it would give them property. But to do so, the state had to move against someone else's property rights. The latter had its private property right affected so that other people could access private property, which could be called a right to property. A positive right to access to private property.

When there is a positive right to access property (which could be called right to property), someone -the state- must be inevitably limiting, or directly attacking someone else's private property rights. Is it not then that what human rights treaties and conventions are intended to ensure is the right to property -to access to property (of another person)-? Well, it's risky to make sure, too. From the analysis of the Declarations and Conventions on Human Rights analyzed in these pages, it is observed that their chapters on private property, when they exist, seem to regulate the existing private property, as it is now assigned. Of course, other rules by those and some interpretations by the bodies applying them could lead to other conclusions.

The right to fair remuneration implies a -legitimate- right to private property, as well as the right to food, clothing and housing, among others, such as the right of indigenous peoples to access private property from the Inter-American system. But these own documents conventions, treaties, and the interpretations that are made- do not speak of access to private property -right to property-. They omit to say that the right to food or clothing implies a right of access to private property. Of course, everyone should be able to have the right to access to these goods, that is, to access to property, in a legitimate way. But if for this right to property to be fulfilled other people's property rights have to be affected without consent, it would be difficult to say that these rights of access are human rights, much less those of the affected people. They would in turn be extremely weak. If the state, in a coercive way, advances against the property rights of certain people to guarantee the rights of access -right to property- of other people, these in turn will be later subject to the discretion of the state to interfere or not with their rights in order to guarantee the right to property -housing, food, clothing- of other people. The instability would be permanent. In that sense, the whole society would simply be the holder of goods that belong to the discretion of the state.

In general, however, the human rights field does not categorize in different ways "private property rights" or "right to property". Nor is it mentioned that certain economic and social rights are ultimately rights of access to property, for which the property rights of another person often had to be affected.

The analysis of declarations, conventions and their interpretations allow to affirm that from the field of human rights there is, at least, reluctance, fear or animosity to consider private property rights fundamental human rights. Even when property rights are incorporated in the texts of human rights documents, the need to state that they are subject to the general or public interest, and that they are in some way subordinate to collective rights, is immediate. And the interpretations of the organs that apply to those are also so, beyond some differences that exist between the three systems analyzed in the paper. When they mention it as a right to protect in the light of treaties and conventions, they hardly classify it as a human right, but beyond that, it is automatically necessary

to clarify that it is not absolute and that it yields to the general interest, when not mentioning its “social function” -that from this perspective only implies leaving it free to expropriations-. From the beginning their category of human rights is under suspicion. Are private property rights the black sheep of human rights? There are indications that they are, in the best case.

It is indeed very difficult after all to argue that the property right is a fundamental human right from the perspective of international human rights law. Its permanent tension with other rights, many of which depend on it, and the constant interferences made by the state call into question their membership. Perhaps what is conflicting is the current concept of human rights, which many times are nothing more than concessions to the state to advance rights, and not limits to its action. In any case it is a belonging with many conditions. A forced acceptance. A constant “yes, but actually no”.

REFERENCES

- Alvarez, J. E. (2018). *The Human Right of Property*. University of Miami Law Review, Forthcoming, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 18-21. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3150903
- Commission on Legal Empowerment of the Poor (2008). *Making the Law Work for everyone: Vol 1 – Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/making-the-law-work-for-everyone-vol-1-report-of-the-commission-on-legal-empowerment-of-the-poor/>
- European Court of Human Rights (ECHR) (1979). *Marckx v. Belgium*. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57534%22%5D%7D>
- European Court of Human Rights (ECHR) (1982). *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57580%22%5D%7D>
- European Court of Human Rights (ECHR) (1986). *James and Others v. The United Kingdom*. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57507%22%5D%7D>

- European Court of Human Rights (ECHR) (1989). *Mellacher and Others v. Austria*. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57616%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57616%22]})
- European Court of Human Rights (ECHR) (2000). *The former King of Greece and Others v. Greece*. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59051%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59051%22]})
- European Court of Human Rights (ECHR) (2007). *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-78981%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-78981%22]})
- European Court of Human Rights (ECHR) (2016a). *Case of Apap Bologna v. Malta*. <https://www.fairhuurvoorverhuurders.nl/files/evrm/CASE%20OF%20APAP%20BOLOGNA%20v.%20MALTA.pdf>
- European Court of Human Rights (ECHR) (2016b). *Bélané Nagy v. Hungary*. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-169663%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-169663%22]})
- European Court of Human Rights (ECHR) (2022). *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 - Protection of property*. [Updated on 31 August 2022]. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG
- Funzalida, S. (2020). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana? *Estudios Constitucionales*, 18(1), 259-308. <https://www.readcube.com/articles/10.4067%2Fs0718-52002020000100259>
- Hannum, H. (1996). The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 25, 287-397. <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/gjicl/article/1396/>
- Inter-American Court of Human Rights (IACHR) (2001a). *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_ing.pdf

- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2001b). *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR). (2003). *Case of the "Five Pensioners" v. Peru*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2005a). *Case of Palamara Iribarne v. Chile*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2005b). *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2006). *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2007). *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Ñíguez v. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2008). *Salvador Chiriboga v. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2015). *Case of Granier et al. (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_ing.pdf
- Inter-American Court of Human Rights (ICHR) (2016). *Ownership of Rights of Legal Persons in the Inter-American System (Interpretation and scope of article 1.2, in conjunction with articles 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, and 62.3 of the American Convention on Human Rights Articles 8.1 A and B of the Protocol of San Salvador)*. *Advisory Opinion OC- 22/16 of 26 February 2016*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_ing.pdf
- López, S. (2015). Property and its deprivation or restriction in the jurisprudence of the Inter-American Court. *Revista Ius et Praxis*, (1), 531 – 576.

- Mchangama, J. (2011, May/June). *The Right to Private Property in Global Human Rights Law*. CATO Institute. <https://www.cato.org/policy-report/may/june-2011/right-property-global-human-rights-law>
- Nicol, D. (2020). *The Constitutional Protection of Capitalism*. Hart Publishing.
- Organization of American States (OAS) (1948). *American Declaration of the Rights and Duties of Man*.
- Organization of American States (OAS) (1969). *American Convention on Human Rights*. https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm
- Organization of American States (OAS) (1988). *Additional Protocol in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*. <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>
- Organization of American States (OAS) (n.d.). *Protocol to Abolish the Death Penalty*. <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-53.html>
- Special Rapporteur on the right to food (2010). *Olivier De Schutter. The right to food*. 11th August 2010. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F65%2F281&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>
- Special Rapporteur on the right to food (2020). *Hilal Elver. Critical Perspective on food systems, food crises and the future of the right to food*. 21 January 2020. <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4344-critical-perspective-food-systems-food-crises-and-future-right>
- United Nations (UN) (1966). *International Covenants on Civil and Political Rights*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- United Nations (UN) (2015). *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. <https://sdgs.un.org/2030agenda>
- United Nations (UN) (1948). *Universal Declaration of Human Rights*. <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/english>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.11

LA LÓGICA DE LA REVOCACIÓN DE MANDATO Y EL JUEGO DE LA INDETERMINACIÓN¹

The logic of revocation of mandate and the game of indeterminacy

La logica della revoca del mandato e il gioco dell'indeterminazione

FRANCISCO ALEJANDRO OLMOS DE LA TORRE
Suprema Corte de Justicia de la Nación
(Ciudad de México, México)

Contacto: folmost@mail.scjn.gob.mx
<https://orcid.org/0000-0003-2486-1625>

RESUMEN

En el presente trabajo se refutan los argumentos que llevaron al Tribunal Constitucional de México a no invalidar la pregunta y las respuestas objeto del mecanismo de revocación de mandato en ese país. Acoge la premisa acerca de la intención constitucional de no crear una consulta sobre la ratificación del mandato y, a partir de una investigación lógica

1 Este artículo fue elaborado bajo el proyecto interno de investigación PROINV_21_23, «¿Debilitamiento o consolidación de las democracias en América Latina? Problemas sociales, comunicativos, políticos y económicos para la siguiente década», de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la responsabilidad del Dr. Alberto Ruiz Méndez, a quien le quedo tan agradecido como en deuda por su tan perspicaz guía.

sobre las implicaciones de considerar la «revocación» y la «ratificación» como dos conceptos contrarios, intenta demostrar que dar a la ciudadanía a elegir únicamente entre revocar y no revocar, por la indeterminación que esta última opción arroja respecto de la confianza en los políticos, es lo que más se aproxima al modelo constitucional para ejercer el derecho a opinar al respecto.

Palabras clave: revocación de mandato; conceptos contrarios; conceptos contradictorios; tercero excluido; democracia.

Términos de indización: elecciones; consenso; participación política (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This paper refutes the arguments that led Mexican constitutional court not to invalidate the question and answers that were the object of the revocation of mandate mechanism in that country. It accepts the premise about the constitutional intention of not creating a consultation on the ratification of the mandate; likewise, based on a logical investigation on the implications of considering «revocation» and «ratification» as two contrary concepts, it tries to demonstrate that giving the people a choice only between revoking and not revoking, due to the indeterminacy that the latter option casts on the trust in politicians, is what comes closest to the constitutional model to exercise the right to express an opinion on the matter.

Keywords: revocation of mandate; contrary concepts; contradictory concepts; excluded middle; democracy.

Indexing terms: elections; consensus; political participation (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Questo articolo confuta le argomentazioni che hanno portato la Corte Costituzionale del Messico a non invalidare le domande e risposte oggetto del meccanismo di revoca del mandato in quel paese. Accetta la premessa dell'intenzione costituzionale di non creare una consultazione sulla

ratifica del mandato e, sulla base di un'indagine logica sulle implicazioni del considerare «revoca» e «ratifica» como due concetti contrari, cerca di dimostrare che dare ai cittadini scegliere solo tra revoca e non revoca, a causa dell'indeterminatezza che quest'ultima opzione pone rispetto alla fiducia nei confronti dei politici, è ciò che più si avvicina al modello costituzionale per l'esercizio del diritto di esprimere un parere in materia.

Parole chiave: revoca del mandato; concetti contrari; concetti contraddittori; terzo escluso; democrazia.

Termini di indicizzazione: elecciones; consensus; participación política (Fuente: Tesaurus Unesco).

Recibido: 15/09/2023

Revisado: 19/09/2023

Aceptado: 19/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Dante Martin Paiva Goyburu (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

dante.paiva@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

1. INTRODUCCIÓN

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), en sesión del 1 de febrero de 2022, desestimó² la acción de inconstitucionalidad 151/2021 respecto de los artículos 19, fracción V; 36, fracción IV, incisos a) y b), y 42 de la Ley Federal de Revocación de Mandato que, como objeto del proceso democrático ahí regulado, establecen preguntar a la ciudadanía si está de acuerdo en que a la persona que ocupa la Presidencia de la República «se le revoque el mandato por

2 Este concepto procesal se explicará más adelante.

pérdida de la confianza o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo»³.

El propósito de este trabajo es plantear un desacuerdo lógico con la postura minoritaria de la Corte que produjo esa desestimación. Se intentará mostrar cómo la intención del Constituyente, de evitar que el mecanismo de revocación de mandato tuviera la connotación de uno de ratificación, fue defraudada a causa de una de las más ordinarias falacias: la del tercero excluido o del falso dilema. Partiremos de la imposibilidad de que la alternativa «siga en la Presidencia de la República» pueda renunciar a su raíz ratificadora, expurgada constitucionalmente, para luego, una vez comprendidas las relaciones lógicas entre «revocación» y «ratificación» como dos conceptos contrarios, y clarificada, con esto, la diferencia entre «ratificación» y «no revocación», apuntalar este último concepto como ese tercero incluido entre dos conceptos contrarios, pero no contradictorios, cuya existencia clara y distinta permite concluir que revocar y no revocar era la única dicotomía a ofrecer a la ciudadanía que se ajusta fielmente al diseño constitucional del mecanismo.

Traiciona a la democracia tanto quien obstaculiza los canales de participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas como aquel que, para allanarlos, tergiversa sus fines. Veamos, pues, cómo, a

3 Estos artículos establecen:

«Artículo 19. La convocatoria para el proceso de revocación de mandato deberá contener, al menos, lo siguiente:

[...]

V. La pregunta objeto del proceso, la cual deberá ser: ¿Estás de acuerdo en que a (nombre), Presidente/a de los Estados Unidos Mexicanos, se le revoque el mandato por pérdida de la confianza o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo?».

«Artículo 36. Para la emisión del voto en los procesos de revocación de mandato, el Instituto diseñará la papeleta conforme al modelo y contenido que apruebe el Consejo General, debiendo contener los siguientes datos:

[...]

IV. Cuadros colocados simétricamente y en tamaño apropiado para facilitar su identificación por la ciudadanía al momento de emitir su voto en los siguientes términos:

- a) Que se le revoque el mandato por pérdida de la confianza.
- b) Que siga en la Presidencia de la República».

partir de un análisis lógico-filosófico de la validez de las condiciones establecidas para que las y los mexicanos decidan revocar o no el mandato presidencial —lo que, creemos, es igual que apuntalar las reglas de la razón como parámetro de constitucionalidad anterior a las propias reglas constitucionales—, pudo haberse logrado no impedir, desde luego, la jornada de revocación de mandato, pero sí dejar a la figura, por lo menos, libre de intereses contrarios a su naturaleza.

2. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA REVOCACIÓN DE MANDATO EN MÉXICO

El derecho de la ciudadanía de revocar el mandato a quien ocupe la Presidencia de la República se introdujo en el artículo 35, fracción IX, de la Constitución mexicana por decreto publicado el 20 de diciembre de 2019⁴. El Constituyente permanente delegó en el legislador ordinario la definición de los términos en que las personas votarían en los procesos de revocación de mandato; no obstante, en el tercer artículo transitorio de aquel mismo decreto, estableció, como estándar, que el mecanismo revocatorio debía «entenderse como el instrumento de participación solicitado por la ciudadanía para determinar la conclusión anticipada en el desempeño del cargo a partir de la pérdida de la confianza».

En el artículo 19, fracción V, de la Ley Federal de Revocación de Mandato, que reglamentó esos preceptos constitucionales, publicada el 14 de septiembre de 2021, el Congreso de la Unión determinó que la pregunta objeto de este proceso sería la siguiente: «¿Estás de acuerdo en que a (nombre), Presidente/a de los Estados Unidos Mexicanos, se le revoque el mandato por pérdida de la confianza o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo?». Así que, en el artículo 36, fracción IV, incisos a) y b), de la propia legislación, se estableció que la ciudadanía emitiría su voto bajo los siguientes dos términos: «a) Que se

4 El precepto en cita señala:

«Artículo 35. Son derechos de la ciudadanía:

[...]

III. Votar en las elecciones, las consultas populares y los procesos de revocación de mandato, en los términos que señale la ley».

le revoque el mandato por pérdida de la confianza» y «b) Que siga en la Presidencia de la República».

Una minoría de los miembros del Congreso de la Unión impugnó ante la SCJN, vía acción de inconstitucionalidad⁵, estas últimas disposiciones por considerar, esencialmente, que modificaban la naturaleza del mecanismo revocatorio, conforme a la intención del constituyente, para convertirlo en una consulta sobre la ratificación del mandato (SCJN, 2022c, p. 55). Esta demanda dio lugar a la acción de inconstitucionalidad 151/2021, la cual se resolvió totalmente el 3 de febrero de 2022; el cuestionamiento a la pregunta y las respuestas bajo las cuales se configuró el mecanismo de revocación de mandato en la ley secundaria fue respondido por la Corte en sesión del 1 de febrero.

Con el proyecto de resolución del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, la propuesta de invalidez de los artículos 19, fracción V, en su porción normativa «o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo», y 36, fracción IV, incisos a) y b), de la Ley Federal de Revocación de Mandato obtuvo siete votos a favor y cuatro en contra. La mayoría se integró por las ministras Norma Lucía Piña Hernández y Ana Margarita Ríos Farjat y los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Javier Laynez Potisek y Alberto Pérez Pérez Dayán; la minoría, por las ministras Yasmín Esquivel Mossa y Loretta Ortiz Ahlf y los ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá y el presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. A pesar del resultado obtenido, dado que no se conformó la mayoría calificada,

5 La legitimación de las diputadas y los diputados del Congreso de la Unión para promover acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN, así como la materia de estos asuntos, se encuentra prevista en el artículo 105, fracción II, párrafo segundo, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: «Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

[...]

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales».

se determinó desestimar este planteamiento con base en los artículos 105, fracción II, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la propia Constitución⁶ (SCJN, 2022a, pp. 14-15).

La problemática constitucional que las disposiciones de la Ley Federal de Revocación de Mandato antes citadas suscitaron en la SCJN consistió, pues, en analizar si se apegaban o no al diseño de la revocación de mandato establecido en la Constitución. En este sentido, en el caso se planteaba, primero, la existencia de un modelo constitucional de revocación de mandato conforme al que, por afán de formalizarlo, esta figura debía funcionar en términos de «a» y «no b» ($a \cdot \neg b$)⁷ y, segundo, que su implementación por el legislador ordinario lo deformó o desnaturalizó, al hacerlo en términos tanto de «a» como de «b» ($a \cdot b$). El inconveniente no solo radica en ver un modelo frustrado, sino en que hay fines o principios constitucionales que se buscan honrar y que se ven demeritados por la forma en que se ejecutó ese modelo en la ley secundaria. En este

6 Conforme a estos preceptos, deben obtenerse cuando menos ocho votos para que la Suprema Corte pueda invalidar las normas impugnadas. La consecuencia de que la propuesta de invalidez no sea aprobada por esa mayoría es la desestimación:

«Artículo 105. [...]

I. [...]

II. [...]

[...]

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos».

«Artículo 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto».

En concreto, el Pleno de la Suprema Corte produce una «desestimación» cuando la mayoría de los ministros y ministras vota por la invalidez de una norma, pero esta mayoría no es la calificada (de ocho votos) para expulsarla del orden jurídico. El único efecto que produce la desestimación —si se puede decir que produce alguno— es que la norma impugnada mantenga su vigencia, tal como si no se hubiera impugnado. No implica tampoco, entonces, reconocer su validez, dado que, en todo caso, habría existido una mayoría de votos por invalidarla.

7 Siendo «a» expresar la pérdida de la confianza por medio de la revocación del mandato político, y «b», refrendar la confianza a través de la ratificación del propio mandato.

caso, se cree o se presupone que el Constituyente permanente buscó ciertos fines valiosos al incluir *a* y excluir *b* del modelo, y que el legislador ordinario los obstruyó al incorporar, además de *a*, *b*.

Para la mayoría de los ministros y las ministras, el propósito del mecanismo debía acotarse a consultar a la ciudadanía exclusivamente sobre la viabilidad de revocar o no el mandato del funcionario electo, a la luz de la disposición transitoria referida al principio de este apartado, interpretada de forma restringida. A partir del estudio del proceso legislativo que llevó a la constitucionalización del mecanismo, advertía que, aun cuando algunas iniciativas contemplaron la posibilidad de «ratificar» con este el desempeño y la gestión del presidente o la presidenta de la República, la Cámara Revisora descartó rotundamente este propósito, pues, según se lee en la transcripción del dictamen, determinó que «en ningún caso podrá interpretarse el proceso de revocación de mandato como una posible consulta sobre la permanencia en el cargo o la ratificación del mismo» (SCJN, 2022c, p. 69), a fin de acotar su influencia o impacto en los procesos electorales y fortalecer la idea de que el ejercicio busca empoderar a los ciudadanos y no estar al servicio del poder (SCJN, 2022c, pp. 74-75).

La pregunta y las dos opciones de respuesta, contenidas en los artículos 19, fracción V, y 36, fracción IV, incisos a) y b), de la Ley Federal de Revocación de Mandato se apartaban, según esta mayoría, del diseño constitucional del mecanismo de revocación de mandato, ya que, a su parecer, el legislador ordinario hizo, en realidad, dos preguntas: 1) si se revoca el mandato, con lo que se cumple con la finalidad del mecanismo, y 2) si la mandataria o el mandatario sigue en la Presidencia de la República, que da la idea de estar también ante un mecanismo de ratificación del mandato, contrario a lo que pretendió el Constituyente permanente. La posibilidad de elegir que el funcionario permanezca en el cargo público, a su juicio, contamina el diseño de la pregunta y de sus opciones de respuesta, con todo y que sea el efecto natural de un resultado negativo en el ejercicio de revocación (SCJN, 2022, pp. 78-80).

La postura contraria que, aunque minoritaria, prevaleció al impedir la invalidez de las normas⁸ no puso en duda la premisa de que, conforme a una interpretación teleológica de las normas constitucionales que regulan la revocación de mandato, esta figura no puede fungir como un medio para consultar la permanencia o la ratificación del mandatario. No obstante, desde una interpretación menos restringida del tercer artículo transitorio del decreto de reforma constitucional⁹, consideró que las normas eran constitucionales mientras cumplieran con el objeto constitucional del mecanismo, sin importar que se les incorpore otra finalidad, como pudiera ser, incluso, la de ratificar al funcionario, siempre que esta otra finalidad no sea la única dispuesta. La desnaturalización solo acontecería si se consultara a la ciudadanía única y exclusivamente sobre la continuación en el cargo. Esta postura hizo particular énfasis en la virtud de claridad de la pregunta para las personas, al hacer explícitas las así identificadas como las dos consecuencias posibles de un procedimiento de revocación de mandato, y hasta llega a afirmar que, si se les preguntara solo por la revocación, «la mayoría de las personas contestarían que no saben qué les estamos preguntado» (SCJN, 2022b, p. 23).

Pero, de cualquier manera, para la postura de minoría, en ninguna parte de los preceptos impugnados se utilizan vocablos de los que se pudiera desprender la intención de ratificar a quien ocupe la Presidencia de la República y reduce a intento forzado sostener que, de incluirse la consecuencia natural de votar en contra de la revocación (que continúe el mandato hasta el término del periodo correspondiente), se desnaturalice el mecanismo y que, por tanto, devenga inconstitucional (SCJN, 2022b, pp. 17-22). El ministro presidente Zaldívar (SCJN, 2022b) fue quien, entre la minoría, presentó el argumento a favor de la validez que tiene la apariencia de usar la lógica en el análisis de constitucionalidad:

Lo que se debe cuestionar a la ciudadanía, de acuerdo con la Constitución en este tipo de procesos, es si desea que un determinado servidor público concluya o no de manera anticipada con su encargo, por lo que los participantes deberán llegar invariablemente

8 Dada la desestimación ya comentada.

9 Citado al principio de este apartado.

a dos conclusiones posibles y constitucionalmente válidas: primero, una evaluación negativa, que conlleve a votar en el sentido de revocar el mandato y, por tanto, que el servidor público concluya su cargo; segundo, una evaluación positiva, que conlleve a votar a no revocar el mandato, lo que, a su vez, conlleva, necesariamente, una voluntad de que el servidor público continúe en el encargo por el tiempo para el que fue electo. Son dos caras de la misma moneda y no —como pretende inferir el proyecto— dos preguntas distintas a partir de las cuales se busque ratificar, renovar o refrendar al servidor público (p. 21).

Aquí finaliza el planteamiento del problema constitucional que suscitan la pregunta objeto del mecanismo de revocación de mandato y sus opciones de respuesta, previstas en la Ley Federal de Revocación de Mandato. En los siguientes apartados, se procederá a refutar la postura de la validez. Fundamentalmente, se ha desarrollado una investigación de las implicaciones lógicas de los conceptos de «revocación» y «ratificación», de la cual resulta que, al no ser conceptos contradictorios, sino contrarios, no hay tercero excluido, o sea, que hay un tercero incluido, la «no revocación» que, cuando es ofrecida junto con la «revocación», y con ningún otro más, en el mecanismo democrático que nos ocupa, se cumple exitosamente la intención del Constituyente permanente de que este sea un medio para empoderar a la ciudadanía y no al servicio de un poder que se aproveche de la posibilidad de consultar, inclusive, sobre la permanencia en el cargo o la ratificación del funcionario electo popularmente.

Mas antes de presentar esta investigación debemos argumentar por qué la expresión «que siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo», aun siendo consecuencia práctica y natural de que no ganen los votos por revocar, no debía estar incorporada a la pregunta objeto del proceso. Pareciera que, si adquiriéramos un convencimiento sobre esto, resultaría ya fútil continuar con nuestras investigaciones, pues basta con ello para justificar la invalidez de las normas. Lo cierto es que, sin embargo, aun quedando bien fundamentada la tesis anterior, no podríamos decir todavía que nuestro trabajo está terminado, ya que falta justificar la virtud de la «no revocación» para cumplir fielmente el

designio constitucional, esto es, demostrar que ese concepto no expresa necesariamente el refrendo de la confianza en el mandatario a revocar.

3. ¿RATIFICACIÓN O CONSECUENCIA NATURAL DE LA NO REVOCACIÓN?

Nadie podría controvertir el hecho de que el primer ejercicio de revocación de mandato en México, celebrado el 10 de abril de 2022, fue impulsado principalmente por el propio mandatario, Andrés Manuel López Obrador, y su partido político, Morena, y no por quienes buscaban la terminación anticipada del mandato del presidente de la República (Velasco, 2022; Arista, 2022; Dresser, 2022). Con independencia de cuál sea la verdadera intención de sus principales promotores —consumar el noble ideal de que «el pueblo pone y el pueblo quita», embestir al Instituto Nacional Electoral¹⁰ o el mero deleite de la más dispendiosa vanidad¹¹—, todos podríamos intuir que la mayoría de los que promovieron este ejercicio, invitando a las personas a firmar para, llegado el ejercicio, votar por que López Obrador «siga en la Presidencia de la República», no habría estado tan cómoda de convocar a la ciudadanía a que votara, más bien, por «la no revocación» de su mandato. «¡Firma para que nos ayudes a votar que no se revoque el mandato de nuestro presidente!» no es un llamado tan atractivo, por resultar, en principio, incoherente. Si no se está a favor de la revocación, es mejor no contribuir a que se cumpla con el número de firmas suficiente para activar el ejercicio revocatorio¹².

10 El Instituto Nacional Electoral tuvo una confrontación política y judicial con los Poderes Ejecutivo y Legislativo, este último controlado por la mayoría morenista, debido a la aducida falta de recursos suficientes para la realización de la revocación de mandato, consecuencia de la reducción de \$4 913 000 000.00 de pesos, respecto del presupuesto solicitado por el Instituto para el año 2022 (Consejo General del Instituto Nacional Electoral, 2022).

11 Dada la popularidad de la que goza el presidente de la República, lo más probable era no solo que no se le revocara, sino que se obtuviera una muy robusta mayoría por que siguiera en el cargo y, en efecto, así sucedió, pues esta opción obtuvo el 91.86 % de los votos (Consejo General del Instituto Nacional Electoral, 2022).

12 Sobre este punto, el artículo 7 de la Ley Federal de Revocación de Mandato dispone: «El inicio del proceso de revocación de mandato solamente procederá a petición de las personas ciudadanas en un número equivalente, al menos, al tres por ciento de las

Pero la falta de coherencia tal vez no sea la razón fundamental de la incomodidad que suscita la expresión «no revocación», sino que se pregunte con ella algo que no equivale exactamente a lo que genuinamente se quiere promover cuando se invita a alguien a votar por que la mandataria o el mandatario «siga en la Presidencia de la República». Por supuesto que, de entrada, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma no puede depender de que unos cuantos, incautos o conscientes, la apliquen deficientemente para promover fines contrarios a su naturaleza, pues el vicio no estará en la norma en sí, sino en las personas. Aunque suscita un debate interesante la tesis de si las juezas y los jueces constitucionales pueden valerse de hechos notorios¹³ para invalidar una norma, cuando su empleo generalizado no solo es inapropiado según su justo alcance, sino también violatorio de la Constitución, creemos que es acorde con una investigación lógica como esta mantenernos estrictamente en lo abstracto (además de suficiente). Y es que las expresiones relativas a «que siga», «que continúe» o «que se mantenga» un funcionario en el cargo son, simplemente, fórmulas ratificadorias.

La comprobación de lo anterior, queremos pensar, es bien simple. «Que siga en la Presidencia de la República» puede verse como una consecuencia natural de votar por la no revocación del mandato, pero también como la consecuencia natural de votar por la ratificación. Así, una caracterización de esa frase como «simple consecuencia» no la enlaza exclusivamente con la finalidad constitucional del mecanismo, que es la de revocar, sino también con lo que está constitucionalmente vedado, que es la ratificación o la expresión de confianza a favor del mandatario. Es algo tramposo, debe decirse, reducir esa frase a la consecuencia de la no revocación, para ocultar en ella la intención de canalizar votos aprobatorios, pues tan solo plantéese si, en lugar de que la figura constitucional fuera la revocación, se tratara de la ratificación de mandato o

inscritas en la lista nominal de electores, siempre y cuando la solicitud corresponda a por lo menos diecisiete entidades federativas y que representen, como mínimo, el tres por ciento de la lista nominal de electores de cada una de ellas».

13 El artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a los mecanismos de control de constitucionalidad del conocimiento de la Suprema Corte, establece: «Los hechos notorios pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes».

del refrendo de la confianza, ¿de qué manera, siendo usted la legisladora o el legislador ordinario, formularía el cuestionamiento que debe hacerse a la ciudadanía si se le pidiera, simplemente para evitar redundancias, no usar la palabra «ratificar»? En definitiva, la fórmula ratificatoria que optará será, inevitablemente, esa a la que se le ha llamado la consecuencia natural de no revocar, esto es, si se está de acuerdo en que el mandatario «siga», «continúe» o «se mantenga» en el cargo, bajo la premisa formal de que quien vota en ese sentido refrenda la confianza en el mandatario sujeto a escrutinio.

Así que, como no se puede presumir la constitucionalidad de una fórmula inevitablemente ratificatoria que se introduce a un mecanismo llamado a ser solo revocatorio, no hay necesidad de buscar entre los demás artículos de la ley, a ver si alguno de ellos puede interpretarse en el sentido en que se pretende, más bien, la ratificación, para solo de esta manera proceder a invalidarla. La gramática aquí únicamente nos estaría engañando al llevarnos a una determinación contraria; la claridad es una virtud tanto de las normas constitucionales como de las inconstitucionales (aunque en estos casos no pueda hablarse propiamente de una virtud, pues más bien las vuelve claramente inconstitucionales). La fórmula «o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo» expresa, sí, una consecuencia natural de no votar por la revocación, pero eso no la demerita de tener también una connotación ratificatoria. ¿Con base en qué, desde un principio, se asumieron estos dos caracteres como excluyentes o que la fórmula no podía ser lo segundo porque era lo primero? Con todo y que sea una consecuencia natural de no revocar, esa frase tiene, inevitablemente, una connotación ratificatoria.

Al llegar a esta conclusión, puede afrontarse el diverso argumento de validez de que no es necesario suprimir la alternativa cuestionada, aun si fuera ratificatoria, ya que, de todos modos, no reprime la posibilidad de optar por la revocación. Nos parece que este último argumento se cae por no afrontar una lectura completa del mandamiento constitucional. La Constitución, ya vimos, no se conforma aquí con que se deje a la ciudadanía expresar el deseo de despedir a su mandatario, sino también con que quienes, por el contrario, anhelan manifestar su apoyo a este guarden sus ánimos para las próximas elecciones en las que podrán votar

por su mismo partido político o bien manifiesten, dentro de este mecanismo, que no quieren despedirlo, pero sin que esto signifique, formalmente, ratificar o refrendar a la servidora o el servidor público. Cuando la Constitución rechaza la ratificación, no solo prohíbe al Congreso de la Unión crear un mecanismo ratificatorio, es decir, uno por el cual se le pregunte a la ciudadanía exclusivamente si quiere ratificar el mandato o no, sino también un mecanismo por el que se le pregunte a esta si revoca el mandato o lo ratifica. Si la ratificación, puesta como la única opción a elegir, como dice la minoría, es inconstitucional, no será menos inconstitucional por venir acompañada de la opción de revocar, como si una disyuntiva tuviera la virtud de modificar el valor lingüístico o finalista que tienen los disyuntos fuera de esta construcción gramatical.

Una vez, pues, afianzadas las razones de por qué la expresión «que siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo» no debía estar incorporada a la pregunta objeto del proceso, pese a que exprese uno de sus naturales desenlaces, a continuación exploraremos más a fondo las implicaciones lógicas de la particular oposición entre «revocación» y «ratificación», las cuales, creemos, mostrarán la virtud de la «no revocación» para cumplir fielmente la voluntad del Constituyente permanente de no comprometer, con esa opción, la voluntad de la ciudadanía de ratificar el mandato.

4. «REVOCACIÓN» Y «RATIFICACIÓN»: DOS CONCEPTOS LÓGICAMENTE CONTRARIOS

En términos constitucionales, si recordamos lo expuesto en el segundo apartado de este artículo, revocar implicaría la pérdida de confianza del mandatario evaluado; mientras que ratificar, si se nos permite, el refrendo de esa confianza. Ambos conceptos expresan, en este sentido, un valor, ya sea negativo o positivo. Esto se puede traducir económica o matemáticamente, digámoslo, así: un voto por la revocación de mandato tiene valor de -1 y un voto por la ratificación de mandato, de +1. La ratificación tiene un valor de +1 porque quien vota así refrenda expresamente su confianza en el presidente o la presidenta. Por otro lado, la revocación tiene un valor de -1 porque quien opta por esta alternativa expresa la pérdida de la confianza que tal vez tuvo.

Nos parece que, analíticamente, esta sería la significación relevante de los conceptos «revocación» y «ratificación», para efectos de un mecanismo democrático que permite dar efectos jurídicos a la evaluación del desempeño que realice la ciudadanía de sus representantes populares mientras se encuentren en el cargo, desde el punto de vista de la Constitución mexicana. Esta conceptualización deriva de la propia literalidad de esta Constitución. Acabamos de observar que el tercer artículo transitorio del «Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Consulta Popular y Revocación de Mandato» establece que la revocación de mandato «deberá entenderse como el instrumento de participación solicitado por la ciudadanía para determinar la conclusión anticipada en el desempeño del cargo a partir de la pérdida de la confianza». De este modo, quien sea que ajuste su conducta al cumplimiento de la obligación y al derecho que le asiste de participar en el proceso de revocación de mandato¹⁴, y vote por la revocación, expresa en el mundo (significado constitucionalmente) su desconfianza en quien se otorgó el mandato sujeto al ejercicio. La falta de confianza en la mandataria o el mandatario se traduce en la justificación constitucional para remover de su cargo a un funcionario que, también constitucionalmente, fue electo para ocuparlo por más tiempo, y si la Constitución, en lugar de prohibirla, autorizara la consulta sobre la ratificación del mandato, el refrendo de la confianza sería, razonablemente, aquello que significaría, conforme a la Constitución, votar por esa opción.

Como concluimos en el apartado anterior, la pregunta y sus opciones de respuesta conforme a las cuales se configura el mecanismo en la Ley Federal de Revocación de Mandato conllevan a que la ciudadanía manifieste su voluntad de revocar o de ratificar el mandato. Esto por sí mismo no es suficiente para declarar inconstitucional la norma si la opción de «no revocar», que se sugirió por la mayoría de los ministros y ministras como la alternativa constitucionalmente válida, tiene también

14 Conforme al artículo 36, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es obligación del ciudadano de la República: «[v]otar en las elecciones, las consultas populares y los procesos de revocación de mandato, en los términos que señale la ley».

un valor de +1 de confianza que obtendría el presidente o la presidenta de optarse por ella, pues, si tanto «no revocar» como «ratificar» producen «la secuela o efecto normal» de refrendar la confianza en el presidente, es decir, si dan inevitablemente lo mismo, debe respetarse la libertad de configuración de prever una u otra respuesta.

La razón de nuestra intuición opuesta, esto es, que no revocar y ratificar no dan lo mismo, viene de percibir la falacia de afirmar un tercero excluido ante conceptos contrarios. Si a la electora o el elector que conserva la confianza en el presidente la o lo invitan a votar por «la no revocación» de su mandato, podría simplemente acceder («¿en dónde firmo?»). Pero esta misma opción puede también ser elegida por un ciudadano que no conserve la confianza en la presidenta o el presidente o que tal vez nunca la tuvo. Consideramos que cualquier jugador político razonable prevería la posibilidad de que una persona acepte la invitación para expresar su voluntad de no revocar el mandato de la presidenta o el presidente, porque cree que los candidatos a sustituirlo son todavía peores o porque tiene miedo a que el país se desestabilice o por cualquier otra justificación factible que pudiera sostener alguien que, aunque ha perdido la confianza en quien tiene actualmente el mandato, no desea revocárselo. Sin embargo, estos dos sujetos de ninguna manera coincidirían, siendo razonables, en caso de que a ambos se les convocara a ratificar el mandato. El primero aceptaría gustoso la invitación, pero el segundo estaría impedido por su razón, pues no puede refrendar lo que no tiene.

Dado que a favor de la «no revocación» podría votar tanto el que desea refrendar la confianza en su presidente como quien no da un quinto por él, un voto por la no revocación tiene un valor indeterminado que se traduciría en 0. Lo único que suma y, por tanto, valdría la pena promover por quienes apoyan al presidente es, en este sentido, únicamente, la ratificación. Por eso, si se suprime la opción de ratificación, la persona a quien le interesa refrendar la confianza en el presidente, si es razonable, no irá convocando al voto por la «no revocación». Sencillamente, si no se puede promover la ratificación —es decir, sumar—, sería absurdo molestarse en promover un ejercicio con el que no se sumará nada y que, en cambio, se restará todo.

La idea de que la revocación implica la pérdida de confianza, mientras que la ratificación, el mantenimiento de esa misma confianza expresa dos enunciados condicionales en los que decimos que revocar o ratificar no pueden ocurrir a menos que se pierda o se refrende la confianza, pero que siempre que revoquemos o ratifiquemos estaremos expresando la pérdida o el refrendo de esa misma condición. Perder o refrendar la confianza es una condición necesaria para que se revoque o se ratifique el mandato, de modo que revocar o ratificar es una condición suficiente para expresar que ya no tenemos confianza o que seguimos confiando en quien ostente el cargo. Si se revoca o se ratifica, entonces se le ha perdido la confianza o se le ha refrendado (*modus ponendo ponens*). Pero también si no se pierde la confianza, no se revoca, y si no se refrenda la confianza, no se ratifica (*modus tollendo tollens*). En pocas palabras, si revocamos o ratificamos, manifestamos una opinión hacia el presidente en términos de confianza o no confianza; sin embargo, perder o refrendar la confianza puede ocurrir sin que necesariamente se revoque o se ratifique su mandato. Por eso, de la pérdida o el refrendo de confianza que sostenga alguien no podemos asegurar que irá a revocar o ratificar al presidente (falacia de afirmación del consecuente), ni del hecho de que alguien no vaya a revocar o ratificar al presidente podemos deducir fielmente que le tenga confianza o se la haya perdido (falacia de negación del antecedente).

Si nuestra relación lógica es correcta, luego, cuando decidimos no revocar o no ratificar no necesariamente expresamos confianza o desconfianza, respectivamente, del mismo modo que quienes no confían o quienes sí lo hacen no necesariamente van a revocar o ratificar al presidente, respectivamente. En este sentido, quien afirme que necesariamente quien opta por no revocar manifiesta confianza o que quien no ratifica expresa desconfianza incurre en la falacia lógica de negar el antecedente. A su vez, quien asegure que el que no confía en el presidente inevitablemente lo revocará o que quien confíe en él lo ratificará cae en otra falacia lógica llamada afirmación del consecuente. Mientras que, por un lado, la ratificación sea suficiente para expresar confianza (siempre que ratifico expresaré mi confianza en el presidente) y que de la no revocación no se pueda concluir lógicamente que esa confianza exista (ya que puedo no revocar incluso perdiendo la confianza), estos dos términos no pueden equipararse lógicamente; todo esto, reitero, si partimos de utilizar los

vocablos «revocación» y «ratificación» en el sentido constitucionalmente expresado de pérdida o refrendo de confianza.

De alguna manera, también podríamos analizar los conceptos de revocar y ratificar en términos de juicios oponibles o «contrarios», formalmente hablando.¹⁵ En un universo de personas razonables, esto quiere decir que alguien a favor de la revocación no lo está también a favor de la ratificación. No se puede tener y no tener confianza en la presidenta al mismo tiempo. Sin embargo, alguien sí puede estar en contra de una y de otra: decir que no revoca por temor a la inestabilidad política, pero que no ratifica porque ya no confía en el presidente. «No quiero que se revoque ni quiero que se ratifique» es una expresión razonable. Las expresiones «no revoco» y «no ratifico» pueden ser, por tanto, ambas

15 La idea de que el concepto es una posibilidad indefinida de juicios, y que la oposición de los conceptos es la oposición de los juicios en los que el concepto es el atributo la encontramos explicada en Goblot (1929): «No hay ninguna contradicción ahí donde no hay ninguna aserción» (p. 85). Nos parece que esto no pugna con la opinión de García (2021) respecto a que el concepto y su definición son dos entidades lógicas distintas (p. 25), y que resulta de dar por cierta la tesis aristotélica según la cual la diferencia entre juicio y concepto consistiría en que solo del primero podemos decir que es verdadero o falso: «toda afirmación, como toda negación, debe ser verdadera o falsa. Por el contrario, las palabras que no están combinadas con otras no expresan verdad ni error; como, por ejemplo, hombre, blancura, corre, triunfa» (Aristóteles, 2019, p. 31). Si decimos que el concepto de revocación contiene el juicio «todos aquí pierden la confianza en el presidente», cuando en un caso concreto, al percibir el mundo, enunciamos con verdad el juicio contradictorio «alguien aquí no pierde (o refrenda) la confianza en el presidente», estamos diciendo que el juicio «todos aquí pierden la confianza en el presidente» es falso para el mundo que se percibe y que el concepto de revocación no significa el mundo que vemos, mas no que este concepto sea falso. En este sentido, por ejemplo, «revocación» no se identifica con el juicio «todos aquí pierden la confianza en el presidente», sino que solo se conforma con este enunciado implicado por el intelecto al pronunciar el propio concepto. El concepto de revocación más bien se identificaría con un diverso juicio que diría algo así como «el concepto de “revocación” implica el juicio “todos aquí pierden la confianza en el presidente”». Por eso, cuando el mundo nos contradice diciendo: «alguien aquí no pierde (o refrenda) la confianza en el presidente», el juicio «todos aquí pierden la confianza en el presidente» es falso, mas no el concepto, que resume algo diferente. Esto también nos llevaría a entender que, si alguien afirma, por ejemplo, que Sócrates no es un hombre a menos de que sea un perro, ese alguien no está expresando un concepto falso de hombre, sino solo un concepto inadecuado para este mundo en el que ningún hombre es perro, y que diría: «el concepto de “hombre” implica el juicio “todos los hombres son perros”».

verdaderas. No obstante, estas últimas expresiones no pueden ser ambas falsas, pues ello equivale a sostener que se está a favor de revocar y ratificar al mismo tiempo el mandato. En lógica, se dice que expresan dos juicios subcontrarios.

Entre revocación y no ratificación, por un lado, y ratificación y no revocación, por el otro, existe una relación lógica de subalternidad. Esta es la que más importa atender aquí. Quien está a favor de la revocación o de la ratificación (en otras palabras, quien ha perdido la confianza o quien la refrenda) estaría también a favor de no ratificar o no revocar respectiva e indefectiblemente. Pero, al contrario, si se está a favor de no ratificar o de no revocar, resulta completamente indeterminado saber o, económicamente, valorar, respectivamente, si se está expresando la pérdida de confianza o si esta se refrenda.

Tabla 1

Juicios de la revocación, la ratificación, la no ratificación y la no revocación

| | |
|-----------------|--|
| Revocación | «Todos aquí pierden la confianza en el presidente». |
| Ratificación | «Ninguno aquí pierde (o todos refrendan) la confianza en el presidente». |
| No ratificación | «Alguien aquí pierde la confianza en el presidente». |
| No revocación | «Alguien aquí no pierde (o refrenda) la confianza en el presidente». |

Fuente: Elaboración propia.

Los conceptos de revocación y ratificación expresarían dos juicios universales, en el sentido de que todo el que revoca pierde la confianza en el presidente y todo el que ratifica refrenda la confianza en el presidente. Por tanto, el concepto de revocación conlleva el juicio universal «todos aquí pierden la confianza en el presidente» (todo S es P) y, el de ratificación, «ninguno aquí pierde (o todos refrendan) la confianza en el presidente» (ningún S es P). Por su parte, los conceptos de no ratificación y de no revocación expresarían dos juicios particulares, en el que cada uno se refiere solo a un caso concreto en el que alguien perdió la confianza o alguien no perdió (y refrendó) la confianza. El concepto de «no ratificar» implica el juicio particular «alguien aquí pierde la confianza

en el presidente» (algún S es P) y «alguien aquí no pierde la confianza en el presidente» (algún S no es P).

El concepto de revocación evoca la certeza lógica de que estamos hablando de una confianza perdida, de modo que no solo estoy afirmando la posibilidad de que en un caso alguien revoca y, entonces, pierde la confianza, sino que para todos los casos en que se revoque será verdad que se ha perdido la confianza. Lo mismo sucede con el concepto de ratificación, el cual se expresa diciendo que si cualquier persona ratifica, entonces refrenda la confianza. En cambio, las contradicciones de estos conceptos —nos referimos a los conceptos negativos de no revocación y no ratificación— siempre expresarán contingencia o indeterminación o la falsedad de la certeza de la condición necesaria de sus respectivos contradictorios. Así, cuando hablamos de no ratificación, nos referimos conceptualmente a la posibilidad de que alguien no ratificó porque perdió la confianza; o sea, lo único que asegura tal concepto es que es falso que todos los que no ratifican refrenden la confianza, pero deja completamente en indeterminación si todo el que no ratifica pierde la confianza o solo alguno. De la misma forma, el concepto de no revocación expresa la sola posibilidad de que alguien no revoca porque refrenda la confianza y que, por tanto, es falso que en todos los casos en que alguien no revoca se pierda la confianza, pero es indeterminado que en todos los casos en que no se revoque se refrende la confianza o que esto solo se dé, aisladamente, en un caso.

En resumen, si alguien no revoca o no ratifica, en ambos casos es indeterminado sostener, respectivamente, que refrenda o que ha perdido la confianza. Puede ser que no se revoque, aun perdiendo la confianza, puesto que se confíe menos todavía en quien ocupará la vacante o por la inestabilidad política que la revocación provoque. Puede ser que no se ratifique, aun manteniendo la confianza, porque se confíe aún más en quien ocupará el cargo después o por simple conveniencia personal.

Decir, pues, como lo hizo el ministro presidente Zaldívar, que a partir de un mecanismo de revocación de mandato indefectiblemente la ciudadanía habrá de externar una evaluación positiva o negativa respecto del mandatario es un error lógico. Es confundir la revocación y la ratificación con dos conceptos contradictorios, cuando son, en realidad,

contrarios y admiten, por tanto, términos intermedios como la no revocación o la no ratificación. No revocar, como bien lo dice, conlleva prácticamente a que el mandatario siga en el cargo, mas no, lógicamente, a expresar que se quiera esa consecuencia, como si se refrendara la confianza en el mandatario. No revocar puede ser la opción de quienes mantengan la confianza en el político y, por tanto, deseen que continúe en el cargo, como también de quienes, por ejemplo, a pesar de que perdieron esa confianza, desconfían más en quien lo sustituirá. No revocar, entonces, no implica necesariamente —como sí lo hace la ratificación— una «evaluación positiva», sino la indeterminación de esta condición, si se parte de que, constitucionalmente, revocar significa pérdida de la confianza.

Puesto el condicional tal como lo hizo el ministro Zaldívar: si alguien tiene una evaluación negativa, entonces revocar también es un error, de entrada, hace que revocar se vuelva la condición necesaria de algún sentido de la evaluación, y esto conlleva a que la acción de revocar se verifique, dada su naturaleza de condición necesaria, aun cuando la condición suficiente no se dé, es decir, aun cuando no se pierda la confianza y se verifique cualquier otra condición, con lo que ya pierde su significado constitucional: el que dice que a menos de que se pierda la confianza, se revoque. No nos debe confundir el hecho de que, si una evaluación negativa nos lleva a revocar —dicho esto como premisa mayor—, si en el caso revocamos —refiriendo a la premisa menor—, la conclusión de que tenemos una evaluación negativa es (constitucionalmente) verdadera. La condición de verdad de esta conclusión no hace válido el argumento mientras no se siga por necesidad lógica y, como ya dijimos, puesta así la premisa mayor, admite que la condición de pérdida de confianza sea falsa, y aun así producirse la revocación. Esta falacia de afirmación del consecuente nos queda más clara con este contraejemplo: si una evaluación positiva implica no revocar, cuando una persona no revoca, creer que, necesariamente, tiene una evaluación positiva es falaz, ya que puede ser que no revoquemos, a pesar de haber perdido la confianza, porque confiemos menos en quien ocupará el cargo.

En un ejercicio de revocación de mandato, como es aquel al que llama la Constitución mexicana y que debería consistir únicamente en

consultar si el mandato presidencial se revoca o no se revoca, constreñir por el legislador federal la elección entre la opción que necesariamente manifiesta la pérdida de confianza (revocar) y la que necesariamente manifiesta el mantenimiento de la confianza (ratificar) viola el derecho de participación política de muchos ciudadanos que no están a favor de revocar el mandato, sin que esto implique manifestar el mantenimiento de una confianza que ya se ha perdido. Si dejar a la ciudadanía sin la posibilidad de elegir una opción política dentro de un mecanismo democrático que debería autorizar esa opción no es una clara violación a nuestra democracia, entonces sería bien difícil definir cuándo sí estamos ante una verdadera afrenta a los valores que patrocina este sistema político. Lo cierto es que, si ese mecanismo solo está diseñado constitucionalmente para ofrecer a la ciudadanía dos opciones políticas, revocar y no revocar, de modo que la última opción deje indeterminado el cálculo político y económico de si se mantiene la confianza en el mandatario, como lo ha mostrado el análisis lógico aquí desarrollado, entonces es abiertamente inconstitucional que, en lugar de esa segunda opción, se opte por incluir otra que necesariamente conlleva a refrendar la confianza en el político.

5. CONCLUSIÓN

Si dos conceptos lógicos son contrarios (como los de revocación y ratificación, en el sentido constitucional que aquí quedó expresado), la negación de uno (por ejemplo, no revocación) no implica necesariamente la afirmación de la cualidad de su contrario (refrendo de la confianza), sino su indeterminación. De esta manera se ha dejado evidenciada la falacia de afirmar el tercero excluido en que incurrieron los ministros de la minoría, pues soslayaron que, formalmente, hay al menos otra opción junto a las dos opciones de respuesta ofrecidas por el legislador federal (revocar y ratificar), y que no se confunde con ellas, por tener un valor distinto: no revocar, la cual podrán elegir tanto las personas que conserven la confianza en el titular del Poder Ejecutivo como aquellas que la hayan perdido, pero, por ejemplo, confíen aún menos en quien será el sustituto o la sustituta.

Vistas así las implicaciones lógicas de la revocación de mandato, cuando el Constituyente permanente dispuso que «en ningún caso, el

ejercicio podrá interpretarse como una posible consulta sobre la permanencia en el cargo o la ratificación del mismo», a la SCJN le correspondía salvaguardar que la pregunta objeto del ejercicio dejara en indeterminación si la ciudadanía mantenía la confianza en la mandataria o el mandatario, lo cual únicamente se lograría con la pregunta que derivaba de invalidar la porción «o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo», para quedar así: «¿Estás de acuerdo en que a (nombre), Presidente/a de los Estados Unidos Mexicanos, se le revoque el mandato por pérdida de la confianza?», en el entendido de que las respuestas a ser consideradas debían referirse a las opciones «sí» o «no», de forma que este último «no» dejara en indeterminación si quien elige esta respuesta desea refrendar la confianza en el presidente.

REFERENCIAS

- Arista, L. (2022, 1 de abril). El ejercicio de revocación de mandato no será por voluntad del pueblo: expertos. *Expansión Política*. <https://politica.expansion.mx/presidencia/2022/04/01/el-ejercicio-de-revocacion-de-mandato-no-sera-por-voluntad-del-pueblo>
- Aristóteles. (2019). *Tratados de lógica. El organón*. Porrúa.
- Congreso de la Unión. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México: 5 de febrero de 1917. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Congreso de la Unión. (1942). *Código Federal de Procedimientos Civiles*. Ciudad de México: 31 de diciembre de 1942. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf>
- Congreso de la Unión. (1995). *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México: 10 de mayo de 1995. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_Reglamentaria_de_las_fracciones_I_y_II_del_Articulo_105.pdf
- Congreso de la Unión. (2021). *Ley Federal de Revocación de Mandato*. Ciudad de México: 13 de septiembre de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRM.pdf>

- Consejo General del Instituto Nacional Electoral. (2022). *INE/CG202/2022. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se efectúa el cómputo total y se realiza la declaratoria de resultados del proceso de revocación de mandato del presidente de la República electo para el periodo constitucional 2018-2024*. Ciudad de México: 10 de abril de 2022. <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/handle/123456789/133148>
- Dresser, D. (2022, 6 de abril). La revocación de mandato en México es un sello de sumisión. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/04/06/revocacion-mandato-amlo-ley-veda-electoral-ine-votar-casilla/>
- García, E. (2021). *La lógica del concepto jurídico*. Ediciones Coyoacán.
- Goblot, E. (1929). *Tratado de lógica*. Poblet.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022a). *Acta de la Sesión Pública núm. 12, ordinaria, celebrada el martes 1º de febrero de 2022*. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2022-02-21/12%20-%201%20de%20febrero%20de%202022.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022b). *Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 1º de febrero de 2022*. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-04-18/1%20de%20febrero%20de%202022%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022c). *Proyecto de sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 151/2021*. http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/Proyecto/AI151_2021PL.pdf
- Velasco, E. (2022, 29 de marzo). Revocación de mandato: herramienta noble y peligrosa. *Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (Iteso)*. https://iteso.mx/web/general/detalle?group_id=29913335



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.12

EL DERECHO DE UNOS POCOS: ORWELL Y REBELIÓN EN LA GRANJA

The Right of the Few:
Orwell and *Animal Farm*

Il diritto dei pochi:
Orwell e la *Fattoria degli animali*

ALBA NIDIA MORIN FLORES
Universidad Autónoma de Tlaxcala
(Tlaxcala, México)

Contacto: amorin@uat.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0002-2085-0040>

RESUMEN

En los círculos académicos, las obras de George Orwell han sido estudiadas desde diversas disciplinas por la forma de reflejar los peligros de las sociedades totalitarias y los mecanismos de control y vigilancia. Sin embargo, la riqueza de su literatura impacta también en el mundo jurídico. Este artículo pretende desentrañar la concepción del derecho en la obra *Rebelión en la granja* (1945). Después de un estudio hermenéutico, se identifica al derecho como un instrumento del poder usado en beneficio de unos pocos. La obra genera una ruptura en la forma de concebir al derecho como un conjunto de normas cuyos fines son el bien común y la justicia, descubriendo con ello la relación del derecho con la voluntad de quienes detentan el poder.

Palabras clave: Orwell; *Rebelión en la granja*; poder; derecho; política.

Términos de indización: derecho; literatura; poder político (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

In academic circles, George Orwell's works have been studied from various disciplines for the manner in which they reflect the dangers of totalitarian societies and the mechanisms of control and surveillance. However, the richness of his literature also has an impact on the legal world. This article aims to unravel the conception of law in *Animal Farm* (1945). After a hermeneutic study, law is identified as an instrument of power used for the benefit of the few. The work generates a rupture in the way of conceiving law as a set of rules whose ends are the common good and justice, thus discovering the relationship of law with the will of those who hold power.

Key words: Orwell; *Animal Farm*; power; law; politics.

Indexing terms: law; literature; political power (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

In ambito accademico, le opere di George Orwell sono state studiate da diverse discipline per il modo in cui riflettono i pericoli delle società totalitarie e i meccanismi di controllo e sorveglianza. Tuttavia, la ricchezza della sua letteratura ha anche un impatto sul mondo giuridico. Questo articolo si propone di svelare la concezione del diritto nella *Fattoria degli animali* (1945). Dopo uno studio ermeneutico, la legge viene identificata come uno strumento di potere utilizzato a beneficio di pochi. L'opera genera una rottura nel modo di concepire la legge come un insieme di regole i cui fini sono il bene comune e la giustizia, scoprendo così il rapporto della legge con la volontà di coloro che detengono il potere.

Parole chiave: Orwell; *Fattoria degli animali*; potere; legge; politica.

Termini di indicizzazione: legge; letteratura; potere politico (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 27/08/2023

Revisado: 28/08/2023

Aceptado: 30/08/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: La autora declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Jaime Francisco Coaguila Valdivia (Universidad Católica de Santa María, Perú)

jcoaguila@ucsp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2770-0309>

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo actual de los estudios interdisciplinarios entre el derecho y la literatura han hecho posible el cuestionamiento de la disciplina jurídica desde el crisol literario. En esta tesitura, el presente artículo se enmarca en la intersección del derecho y la literatura; el objetivo consiste, de manera fundamental, en el estudio de las problemáticas jurídicas desde la reflexión crítica que ofrecen las obras literarias.

El presente trabajo pretende articular la concepción del derecho tomando como unidad de análisis la novela *Rebelión en la granja* (1945) de George Orwell. Para tal efecto se realiza una revisión biográfica del autor, además de sus principales ensayos, así como de la novela en cuestión. El británico luchó por señalar y develar las injusticias de su alrededor no como un simple espectador, sino como una persona que vivenció la pobreza, la explotación y la lucha armada.

Las reflexiones sobre la manipulación de la verdad, la mutabilidad del pasado y el ejercicio del poder totalitario constituyen algunas de las temáticas más relevantes en la producción de Orwell. Para la disciplina jurídica, la relevancia de sus obras radica en la posibilidad de pensar en los peligros, los riesgos y las amenazas a las que se enfrenta el derecho.

El registro literario desarrollado en el presente artículo hace posible comprender el *locus* de enunciación desde el cual el inglés emite su producción literaria, así como contextualizar el periodo histórico en el cual lleva a cabo sus reflexiones y la importancia actual de las mismas.

Después de advertir la lógica interna de la novela en el contexto literario del autor y del entorno totalitario de aquella época, se sostiene que el derecho en *Rebelión en la granja* es concebido como un instrumento empleado en beneficio de unos pocos pertenecientes a un sector privilegiado —en este caso, de quienes detentaban el poder político (Napoleón y sus allegados)—, los cuales tomaban las decisiones relativas al futuro de la granja. Las determinaciones efectuadas nunca atendieron a las necesidades de los animales, sino a los intereses particulares del grupo de poder.

En este sentido, el derecho reflejado en la obra se contrapone a la concepción de un derecho para todos, donde prevalece la búsqueda del bien común, un derecho democrático producto del consenso. Así, la novela nos acerca al cuestionamiento y la reflexión del binomio derecho-poder en las sociedades actuales, pues hasta el día de hoy los grupos que ejercen el poder político han obtenido beneficios, entre otras cosas, a través de la modificación y la expedición de normas jurídicas que aluden al mandamiento orwelliano: «Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros».

2. ERIC ARTHUR BLAIR: EL AUTOR

Eric Arthur Blair (1903-1950), conocido en el mundo de las letras como George Orwell, es una de las figuras literarias más importantes del siglo xx. De acuerdo con Meyers (2010), el británico es el escritor serio más leído e influyente del siglo pasado (p. ix). Escribió algunas novelas por las que se le recuerda (*Rebelión en la granja* y 1984); sin embargo, él se consideraba más bien como un ensayista y fue un destacado periodista en lengua inglesa.

Orwell vivió un periodo histórico caracterizado por luchas armadas, guerras civiles e imposiciones de regímenes totalitarios, acontecimientos que lo llevaron a tomar conciencia sobre los sucesos de su

alrededor. En este orden de ideas, su creación literaria se distinguió por la presencia recurrente de denuncias sobre las injusticias, la manipulación de la historia y la lucha en contra de los regímenes políticos totalitarios.

Para el autor, el ejercicio literario no podía desarticularse de su relación con la política, pues «ninguna persona pensante puede no meterse en política en una época como esta» (Orwell, 2003, p. 114). De manera que realizaba severas críticas a los escritores cuya preocupación se alejaba del entorno político, incluso los llamaba de forma peyorativa.¹

Además de las circunstancias históricas que le tocó vivir, Orwell descubrió, desde muy temprana edad, la violencia ejercida por las autoridades institucionales, ya que, de acuerdo con su ensayo autobiográfico *Ay, qué alegrías aquellas*, fue víctima de azotes y golpes por parte del director del colegio, debido a que mojaba la cama; en definitiva, sufrió en carne propia la desigualdad y la injusticia en el trato entre ricos aristócratas y aquellos que, como él, no tenían esa condición socioeconómica.

Las experiencias de injusticia y desigualdad fueron recurrentes en la vida del británico, pues también pudo observarlas en su desempeño como policía en Birmania (1922 a 1927), al vivir con personas de escasos recursos, además de realizar diversos trabajos sufriendo la explotación y el hambre, sin dejar de mencionar la lucha contra el fascismo en España en 1937. Estas experiencias se vislumbran en gran parte de sus textos, muchos de los cuales son autobiográficos.

La producción artística del autor es muy amplia, se extiende a diversos géneros literarios entre los que resalta el ensayo, la novela y la poesía. Sin embargo, el género novelístico le dio el reconocimiento más destacado con las obras *1984* —novela distópica— y *Rebelión en la granja*, a pesar de que los estudiosos de su obra consideran que *Homenaje a Cataluña* es un trabajo muy relevante.

Dentro de sus títulos más sobresalientes, aparte de las obras mencionadas con anterioridad, se encuentran *Los días de Birmania*, *La*

1 En su ensayo *En el vientre de la ballena* hace una crítica a Henry Miller, pues considera que aun cuando el novelista no esté obligado a escribir sobre la historia contemporánea, si prescinde de dichos acontecimientos, «es un majadero o un sencillo imbécil» (Orwell, 2003).

hija del clérigo y Subir a por aire. Entre sus ensayos se ubican escritos como *Ay, qué alegrías aquellas*, *En el vientre de la ballena*, *Matar a un elefante*, *Recuerdos de la Guerra Civil española*, *Notas sobre el nacionalismo* y *Los escritores y el Leviatán*, así como sus relatos *El camino a Wigan Pier* y el reportaje narrativo *Sin blanca en París y Londres*.

En esta tesitura, hablar de Orwell es hablar de un escritor comprometido, partidario de una toma de conciencia crítica de los acontecimientos históricos. Debido a ello, un gran eje que se advierte de la revisión de sus ensayos y novelas es la preocupación del autor por develar la manipulación de la verdad, la información y la historia, así como la lucha en contra del totalitarismo.

Por ejemplo, en *Notas sobre el nacionalismo* (2003 [1945]), Orwell observa cómo, a partir de la defensa de un pensamiento nacionalista, se corre el peligro de manipular la verdad en beneficio de los intereses del país, pues no se mira la bondad o la corrección de las acciones, sino servir determinados intereses:

Las acciones se tienen por buenas o malas no por su propio mérito, sino de acuerdo a quién las lleva a cabo, y no hay casi ninguna monstruosidad —tortura, uso de rehenes, trabajo forzado, deportación en masa, encarcelamiento sin juicio, falsificación, asesinato, bombardeo de civiles— que no cambie su color moral cuando es perpetrado «por los nuestros» (p. 25).

De la misma manera, en *Recuerdos de la Guerra Civil española* (2009 [1942]), el británico describe cómo el poder político utiliza y manipula la información en favor de un bando, pues, a pesar de que tanto los republicanos como los fascistas cometieron arbitrariedades, los medios de comunicación informaban datos alejados de la realidad con base en la inclinación política. Debido a ello, sin examinar pruebas, se creen todas las atrocidades que cometen los bandos contrarios, mientras se descreen las propias (p. 170).

Esta preocupación fue una de las temáticas más sobresalientes en diversos escritos orwellianos, ya que la importancia de la manipulación de la información trastoca el concepto de verdad, debido a que los medios

de comunicación, al alterar los acontecimientos, transforman la historia; por ello, el concepto de verdad objetiva desaparece y las mentiras, señala Orwell, pueden incluso pasar a la historia como verdades: «[s]i el Jerarca Máximo afirma que tal o cual suceso “nunca ocurrió”, bien, es que no ocurrió. Si dice que dos y dos son cinco, pues dos y dos son cinco. Esta perspectiva me aterra mucho más que las bombas» (Orwell, 2009, p. 178).

Estos temas junto a muchos otros se expresaron en una diversidad de textos tanto novelísticos como ensayísticos. Quizás por ello algunos críticos consideran que la aportación principal del autor radica en señalar los riesgos de las sociedades totalitarias sometidas al control y la vigilancia, al punto de que se ha acuñado el término «orwelliano» para referir este tipo de contextos. Sin embargo, para otros, la trascendencia de las obras literarias del británico se basa en que, sin seguir una escuela de pensamiento, «“a su manera” hace filosofía, hace política y hace moral» (García y García, 1984, p. 36).

3. REBELIÓN EN LA GRANJA

Como se indicó en el apartado precedente, dentro de la producción literaria de George Orwell destacan dos novelas cuyo impacto continúa presente en la actualidad por las temáticas abordadas: *1984* (1948) y *Rebelión en la granja* (1945). Para efectos de la presente investigación sobresale esta última, pues es una crítica en contra de los regímenes totalitarios, específicamente del soviético; en ella se describe la transformación y la corrupción de los ideales democráticos mediante la imposición de un régimen del terror, vigilancia, desigualdad e injusticia.

La publicación de la obra no fue sencilla; en el prefacio a la primera edición de la novela, titulado «La libertad de prensa», manuscrito encontrado en 1971, Orwell hace un recuento de las adversidades, las problemáticas y las censuras que afrontó la publicación. Cuatro editoriales rechazaron su difusión, una de ellas lo hizo por su crítica del régimen soviético, dado que, según el autor, «cualquier revelación de hechos que el gobierno soviético preferiría ocultar está al lado de no imprimible. Y esta conspiración a nivel nacional para halagar a nuestro aliado tiene lugar, curiosamente, en un contexto de tolerancia intelectual genuina» (Bloghemia, 2020, párr. 8).

A pesar de ello, *Rebelión en la granja* salió a la luz un 17 de agosto de 1945. La historia, construida como una sátira, cuenta la lucha de un grupo de animales de la granja Manor que buscan independizarse de los humanos. El objetivo perseguido era lograr el bien común para todos y alejarse de la explotación que sufrían.

Todo comienza cuando el Viejo Mayor, el cerdo más respetado de la granja, tiene un sueño liberacionista de la esclavitud de los animales a partir de la revolución y la expulsión de los humanos de la granja; les hace saber ello a través de una reunión: «El Hombre es el único enemigo real que tenemos. Haced desaparecer al Hombre de la escena y la causa motivadora de nuestra hambre y exceso de trabajo será abolida para siempre» (Orwell, 2007, p. 5).

Este personaje les deja una serie de enseñanzas a los animales y los conmina a recordar que el hombre es el enemigo; además, les comunica lo siguiente:

Ningún animal debe vivir en una casa, dormir en una cama, vestir ropas, beber alcohol, fumar tabaco, manejar dinero ni ocuparse del comercio. Todas las costumbres del Hombre son malas. Y, sobre todas las cosas, ningún animal puede tiranizar a sus semejantes. Débiles o fuertes, listos o ingenuos, todos somos hermanos. Ningún animal debe matar a otro animal. Todos los animales son iguales (Orwell, 2007, p. 7).

Pocos días después, el Viejo Mayor muere. Sin embargo, los cerdos Snowball, Napoleón y Squealer toman sus enseñanzas y llevan a cabo una serie de reuniones secretas, las cuales terminan en una revolución mediante la cual expulsan al dueño de la granja, el Sr. Jones. Con posterioridad cambian el nombre de la granja a Granja Animal y trabajan en lo que nombraron «Animalismo», del cual derivaron siete mandamientos que escribieron en la pared:

1. Todo lo que camina sobre dos pies es un enemigo.
2. Todo lo que camina sobre cuatro patas, o tenga alas, es un amigo.
3. Ningún animal usará ropa.

4. Ningún animal dormirá en una cama.
5. Ningún animal beberá alcohol.
6. Ningún animal matará a otro animal.
7. Todos los animales son iguales. (Orwell, 2007, p. 16).

Estos mandamientos acabaron con las peleas que comúnmente se llevaban a cabo entre los animales de distintas especies. La unión entre ellos a partir del lema «Cuatro patas sí, dos patas no» les permitió luchar contra los humanos y el Sr. Jones en un enfrentamiento verificado poco tiempo después al tratar de recuperar el control de la granja. Debido a la valentía de algunos animales, al cerdo Snowball y al caballo Boxer se les premió con medallas de honor y, si bien Napoleón no participó en la lucha, se le condecoró también. La situación provocó descontento entre ambos cerdos.

Dicha disputa fue creciendo con el paso de los días y la rivalidad entre ambos ya era muy evidente. Una de las causas centrales de esta última se debía a la negativa de Napoleón por construir un molino de viento que alimentara a la granja de electricidad, ya que, según él, debía ponerse mayor atención a la comida de los animales porque podrían morir de hambre.

En medio de esta rivalidad se determinó que democráticamente los animales votaran por la viabilidad del molino. Empero, la disputa entre ambos cerdos fue violenta, ya que los perros atacaron a Snowball, quien tuvo que correr para salvarse. Ante ello, Napoleón determinó su expulsión de la granja por traición y, de forma unilateral, declaró la suspensión de las reuniones dominicales, además de crear una especie de consejo, presidido por él, el cual comunicaría sus decisiones a través de Squealer.

Napoleón hizo suya la idea de la construcción del molino y la llevó a cabo con la explotación de los animales, quienes tuvieron jornadas extenuantes de trabajo y padecieron la disminución de sus alimentos; ello contrastaba con el trato que se les daba los cerdos, quienes recibían gran parte de la comida, lo cual justificaban con su labor de dirección de la granja. Asimismo, ellos se encargaron de difundir mentiras sobre Snowball, lo tildaron de traidor y empezaron a negociar con los humanos.

Tal negociación hizo que muchos de los animales recordaran que uno de los mandamientos de la revolución era no hacer tratos con humanos; sin embargo, los cerdos sostuvieron que eso era una mentira y poco tiempo después se mudaron a la casa de la granja, dormían en camas, suspendieron las asambleas y comenzaron a organizar ejecuciones de gallinas, cerdos y ovejas por supuestos delitos cometidos. El terror se apoderó de los animales, quienes recordaban los mandamientos, los cuales habían sido modificados en la pared. Ahora se leía: «Ningún animal dormirá en una cama con sábanas», «Ningún animal matará a otro sin motivo», «Ningún animal beberá alcohol en exceso» y «Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros».

Poco a poco, el líder Napoleón se convirtió en el único que tomaba las decisiones en la granja y, apoyado por los perros, impuso el «orden». Ante la destrucción del molino de viento tanto por las cuestiones climáticas como por los hombres del Sr. Jones, insistió en su reconstrucción explotando a los animales hasta que Boxer, el caballo, se enfermó y fue vendido a un carnicero. Finalmente, el molino se construyó, pero no trajo beneficios para los animales, sino solo para los cerdos, quienes vendieron maíz.

El trato inequitativo, la explotación de los animales, la modificación de los mandamientos, así como la adopción de la nueva regla «Cuatro patas sí, dos patas mejor», la amistad que Napoleón desarrolló con los dueños de las granjas vecinas y el aprendizaje de caminar en dos patas por parte de los cerdos consternaron a los animales, quienes observaban con tristeza cómo los humanos convivían con ellos sin problema.

La novela finaliza aludiendo a la transformación ocurrida a los cerdos, a partir de la cual se les encuentra un parecido con los humanos: «Los animales asombrados, pasaron su mirada del cerdo al hombre y del hombre al cerdo; y, nuevamente, del cerdo al hombre; pero ya era imposible distinguir quién era uno y quién era otro» (Orwell, 2007, p. 83).

Ahora bien, la interpretación de la fábula de Orwell ha sido analizada por diferentes autores, algunos encuentran alegorías políticas del sistema implantado por la ex-URSS. Para Meyers (2002), los hombres son capitalistas, los campesinos son las criaturas salvajes, los animales

representan al comunismo y, en esa línea, los granjeros vecinos, a los ejércitos occidentales (p. 289).

Otros, en cambio, advierten en la novela reflexiones aplicables a diferentes dictaduras, tales como las implantadas por Adolf Hitler en Alemania, Benito Mussolini en Italia o Augusto Pinochet en Chile, e incluso a todas las sociedades que prevé el capitalismo y la globalización (Gómez et al., 2021, p. 167).

En suma, la riqueza narrativa de *Rebelión en la granja* es tal que puede ser estudiada desde diferentes aristas, las mismas que nos interrogan sobre las problemáticas sociales, políticas y jurídicas actuales. En este marco, el siguiente apartado tratará de desentrañar la concepción del derecho en la novela.

4. EL DERECHO DE UNOS POCOS

Antes de desarrollar la concepción de derecho en *Rebelión en la granja* nos parece necesario anotar algunas posturas teóricas sobre el mismo expuestas por las principales corrientes jurídicas con el objetivo de establecer un marco de referencia que ayude a comprender la importancia de las reflexiones propuestas por la novela de Orwell.

El concepto de derecho ha sido una temática ampliamente abordada por la teoría jurídica; determinar qué se entiende por dicho vocablo, qué relaciones encuentra con las normas morales o cuáles son sus límites constituyen aspectos sobre los que los teóricos del derecho han puesto especial interés. A pesar de dichos esfuerzos, no existe un corpus teórico uniforme sobre su concepción.

De la revisión de la literatura especializada se advierten diversas posiciones teóricas o corrientes doctrinales del pensamiento jurídico que han tratado de responder a la pregunta ¿qué es el derecho? Cada una lo hace desde diferentes aristas al contemplar formas de inteligibilidad diversas. Las más relevantes son la escuela positivista, la corriente ius naturalista, el realismo jurídico y los *Critical Legal Studies*.

El positivismo jurídico concibe al derecho de manera esencial como un orden normativo que privilegia la validez de las normas frente

a otros elementos. Para Hans Kelsen (1982), el derecho es «un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es —como veremos— una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden» (pp. 44-45).

En el mismo orden de ideas, de acuerdo con Bobbio (1997), se pueden diferenciar tres aspectos de la corriente positivista, a saber: como aproximación al estudio del derecho, como forma de concebir al derecho y como ideología. En la primera de ellas, el jurista debe estudiar al derecho como hecho, no así como valor (p. 41). En la segunda, hay una vinculación entre el poder soberano y la coacción. En cuanto a la tercera, según el italiano, hay determinados valores que otorgan la positividad del derecho con independencia del contenido, es decir, el derecho puesto tiene por sí mismo un valor positivo y, por ello, se le debe prestar obediencia (p. 47).

Las posturas antes descritas, las cuales privilegian el ordenamiento jurídico y la potestad del Estado para determinar el contenido de las normas, son contrarias a lo que algunos autores como John Finnis (2011) sostienen respecto al derecho, debido a que él considera que la obligatoriedad de las normas jurídicas deriva de su persecución al bien común (p. 154). Esta postura encuentra cabida en las corrientes iusnaturalistas. De acuerdo con Nino (1980), estas últimas pueden resumirse en dos premisas fundamentales: a) la existencia de principios morales y de justicia universales asequibles a la razón humana y b) una norma no puede poseer la categoría de «jurídica» si contraviene dichos principios (p. 28).

Por su parte, las teorías del realismo jurídico surgen en contraposición al positivismo por su escepticismo frente a las normas, pues definen al derecho como «las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos» (Holmes, 1975, p. 21). De esta manera, desplaza como elemento central la norma jurídica a las predicciones del juzgador.

Esta corriente posee dos posturas en su seno: la norteamericana, la cual sostiene que los jueces deciden de conformidad con múltiples hechos, no con las reglas, y la escandinava, la cual entiende que las

normas jurídicas «sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales [...] y predecirlo dentro de ciertos límites» (Ross, 1994, p. 29). Los realistas jurídicos constituyeron un antecedente de los estudios críticos del derecho, también conocidos como *Crits*.

Tushnet (1991) explica que la corriente denominada *Critical Legal Studies* surgió dentro de las academias norteamericanas (sus iniciadores eran profesores universitarios) y partió de tres proposiciones fundamentales: a) la indeterminación del derecho, b) su concepción derivada de las decisiones jurídicas y c) la relación del derecho con la política. En este orden de ideas, el derecho posee un espacio de indeterminación medido por la política.

Ahora bien, las relaciones entre el derecho y la literatura, surgidas de manera formal a partir de las últimas décadas del siglo xx, con la publicación del texto *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (1973) de James Boyd White en los Estados Unidos, han facilitado el desarrollo de investigaciones que posibilitan espacios reflexivos, donde, entre otras cosas, se permite estudiar al derecho desde el arte y cuestionar sus fundamentos.

De acuerdo con Jorge Roggero (2017), la importancia de la literatura para el derecho radica en que esta «indica el camino de permanente auto-cuestionamiento y reformulación que el derecho debería asumir para ser capaz de responder a las constantes nuevas demandas sociales» (p. x). En esta tesitura, el estudio de obras literarias que aborden problemáticas jurídicas de manera directa o indirecta posibilita cuestionar diversas concepciones del fenómeno jurídico.

En el caso de *Rebelión en la granja*, resulta esclarecedora la lectura de ciertos pasajes, pues permiten identificar al derecho como un conjunto de normas impuestas por quienes detentan el poder y su contenido deriva de las finalidades de unos pocos. Con ello, el autor observa la instrumentalización del aparato jurídico en su relación con el ejercicio del poder político.

Esto es evidente desde el inicio de la novela, pues, en un principio, los animales organizaron una revolución en contra del dueño de la granja,

inspirados por el Viejo Mayor y sus ideales de justicia y bien común, de los cuales se desprendieron los siete mandamientos ante señalados (Orwell, 2007, p. 16).

Sin embargo, el orden establecido a través del consenso, siguiendo ideales libertarios de justicia, armonía, bien común e igualdad, se transformó en normas favorecedoras para unos pocos animales que ejercían el poder político. Estos, en la búsqueda de su propio beneficio, aprovecharon los mecanismos de control e instrumentalización del derecho para justificar las diferencias entre unos y otros.

Desde la autoproclamación de Napoleón como líder de la granja, apoyado por los perros, quienes inculcaban el terror ante cualquier intento de cuestionamiento, los mandamientos fueron modificándose a «Ningún animal dormirá en una cama con sábanas», «Ningún animal matará a otro animal sin razón», «Ningún animal beberá alcohol en exceso» y «Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros».

Por otra parte, los cerdos tenían privilegios, por ejemplo, no trabajar las mismas horas que los demás animales, más días de descanso, mayores raciones de comida, los lechones eran mejor alimentados y

se implantó la regla de que cuando un cerdo y cualquier otro animal se encontraran en el camino, el segundo debía hacerse a un lado; y asimismo que los cerdos, de cualquier categoría, iban a tener el privilegio de adornarse con cintas verdes en la cola, los domingos (Orwell, 2007, p. 68).

La imposición de nuevas reglas y la modificación de los siete mandamientos vino acompañada de una política del terror implantada en la granja donde el líder «siempre tiene la razón»; sumado a ello, se anularon todas las normas protectoras de los animales; la desaparición, la tortura y la ejecución de los mismos se efectuaba sin proceso alguno:

Napoleón se quedó observando severamente a su auditorio; luego emitió un gruñido agudo. Inmediatamente los perros saltaron hacia adelante, agarraron a cuatro de los cerdos por las orejas y

los arrastraron, atemorizados y chillando de dolor hasta los pies de Napoleón.

[...] les exigió que confesaran sus crímenes. [...] confesaron que estuvieron en contacto clandestinamente con Snowball desde su expulsión, colaboraron con él en la destrucción del molino [...] Cuando terminaron su confesión, los perros, sin perder tiempo, les desgarraron las gargantas y, entre tanto, Napoleón, con voz terrible, preguntó que si algún otro animal tenía algo que confesar (Orwell, 2007, p. 52).

La lectura de *Rebelión en la granja* ilustra la instrumentalización del derecho en beneficio de unos pocos y su relación con la acumulación de poder, lo cual genera que el contenido de las normas se dicte según la voluntad del líder. Además, señala la corrupción de los sistemas democráticos surgidos, en un principio, como formas de materializar los ideales libertarios y de justicia hacia totalitarismos y férreas dictaduras.

5. A MANERA DE COROLARIO

De acuerdo con lo antes expuesto, *Rebelión en la granja* es una novela que concibe al derecho como un instrumento de poder, empleado para validar los beneficios y los privilegios de unos pocos. En este sentido, mediante la interpretación de la obra, se advierte una relación estrecha entre el contenido de las normas jurídicas y el ejercicio del poder político.

Sin embargo, cabe señalar que el origen de la relación entre el poder y el derecho se da desde el momento mismo en el que se realiza la revolución contra el maltrato del Sr. Jones, ya que los animales, a partir de la toma colectiva del poder e impulsados por los ideales de justicia, dictaron leyes que beneficiaron a la mayoría. No obstante, con posterioridad, estas fueron modificadas para así beneficiar a unos pocos, valiéndose de otros mecanismos de represión y control.

En este orden de ideas, al interior de la obra se puede identificar una relación estrecha entre la imposición de las normas y la voluntad del tirano —encarnado por el cerdo Napoleón—, pues una vez que se autonombra como el líder de la granja, por medio del uso de la fuerza,

la coacción y el terror, no solo priva de las libertades fundamentales a los animales, sino que también establece los dictados de su voluntad como contenido normativo. De esta manera, Napoleón conecta al derecho con el poder, debido a que él tomó las decisiones tanto para modificar el contenido de las normas que legalizaban los beneficios para los cerdos (dormir en la casa de la granja, matar animales, dormir en camas, negociar con los dueños de las granjas vecinas, etc.) como para autonombrarse, a través de la toma del poder fáctico, líder y guía de los animales.

De este modo, el poder fáctico, ganado mediante el terror y la violencia, se transforma en un poder jurídico en cuanto modifica el contenido de las normas y, con ello, legaliza los dictados de la voluntad de Napoleón en beneficio de unos pocos. La creación del orden con el que se soñó la revolución se transformó en una imposición violenta de la voluntad de algunos, quienes traicionaron dichos ideales y los legalizaron con el cambio de los siete mandamientos acordados por los animales de la granja.

Si bien la novela de Orwell ha sido analizada fundamentalmente como una crítica hacia el régimen de la ex-URSS y los totalitarismos, las reflexiones que contiene sobre el derecho y el poder pueden ser extendidas a los regímenes dictatoriales de otras partes del mundo, por ejemplo, a los de América Latina. En esta línea, sobresale para esta última región el régimen impuesto por Fidel Castro en Cuba después de la Revolución de 1958, una vez derrocado el gobierno de Fulgencio Batista.

En el mismo sentido, un ejemplo contemporáneo de la corrupción de los ideales democráticos y de justicia social es el caso del régimen impuesto por Daniel Ortega en Nicaragua, quien permanece en el poder desde el 2007, a pesar de que él mismo luchó en contra de la dictadura de los Somoza. Es particular e ilustrativo el caso nicaragüense porque Ortega fue un partidario de la revolución y, a pesar de ello, se transformó en un dictador que reprime, controla e inclusive modifica las normas en beneficio de unos pocos, esto es, de todos aquellos que ejercen el poder político al gozar de privilegios justificados por las normas jurídicas.

Así, la importancia de *Rebelión en la granja* para el mundo jurídico radica en que esta nos permite advertir, desde el crisol de la literatura, algunas problemáticas a las que se enfrenta el derecho. En este sentido,

señala la amenaza de pensar en la norma desde el criterio de validez formal sin tomar en cuenta su contenido, pues, con ello, la imposición de esta atenderá a la voluntad del soberano, sometiendo al derecho a la voluntad del poder.

6. CONCLUSIÓN

Desde un acercamiento interdisciplinario entre el derecho y la literatura, el análisis de temáticas jurídicas planteadas por el arte literario permite la reflexión y el cuestionamiento de los fundamentos del derecho. En este orden de ideas, el estudio de *Rebelión en la granja* (1945) es fundamental para comprender la instrumentalización del derecho ante los dictados del poder, así como la degeneración de los sistemas democráticos en totalitarismos.

REFERENCIAS

- Bloghemia. (2020, 20 de junio). La libertad de prensa por George Orwell. *Bloghemia*. <https://www.bloghemia.com/2020/07/la-libertad-de-prensa-por-george-orwell.html>
- Bobbio, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press.
- García, C. y García, R. (Eds.). (1984). *Orwell: 1984. Reflexiones desde 1984*. Espasa-Calpe; Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Gómez, C. A., Marulanda, S. y Romero, R. M. (2021). La política y la corrupción en la *Rebelión en la granja*. *Ciencia y Academia*, (2), 161-170. <https://doi.org/10.21501/2744838X.4270>
- Holmes, W. (1975). *La senda del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Meyers, J. (2002). *Orwell. La conciencia de una generación*. Vergara.

- Meyers, J. (2010). *Orwell: Life and Art*. University of Illinois Press.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.
- Orwell, G. (2003). *Ensayos escogidos*. Sexto Piso.
- Orwell, G. (2007). *Rebelión en la granja. 1984*. Porrúa.
- Orwell, G. (2009). *El león y el unicornio y otros escritos*. Fondo de Cultura Económica.
- Roggero, J. (2017). *El reverso del derecho. Desmontajes del discurso jurídico*. La Ley.
- Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Tushnet, M. (1991). Critical Legal Studies: A Political History. *The Yale Law Journal*, 100(5), 1515-1544.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.13

EL JUEZ ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA. REALIDAD Y FICCIÓN DEL JUEZ LITERARIO Y SU JUSTICIA POÉTICA

The judge between law and literature. Reality and fiction of the literary judge and his poetic justice

Il giudice tra diritto e letteratura. Realtà e finzione del giudice letterario e della sua giustizia poetica

MARCOS GERALDO HERNÁNDEZ RUIZ
Universidad Mesoamericana
(Oaxaca, México)

Contacto: oaxcatmarcohr@lameso.edu.mx
<https://orcid.org/0009-0001-3539-1713>

RESUMEN

El juez es el único ser humano que, sin querer ser Dios, está obligado a juzgar a sus semejantes como si lo fuera. Pero, a diferencia de Dios, no juzga humanamente por gracia divina, sino que lo hace con la razón empática, que se convierte en su justicia poética. El juez alcanza esta justicia poética ubicándose entre el derecho y la literatura, metamorfoseándose en juez literario, un hombre y personaje jurídico-literario que Dios, a su imagen y semejanza, con justicia divina amaría.

Palabras clave: juez; derecho; literatura; justicia poética.

Términos de indización: derecho; jurista; administración de justicia (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

The judge is the only human being who, without wishing to be God, is obliged to judge his fellow human beings as if he were. However, unlike God, he does not judge humanly by divine grace, but with empathic reason, which becomes his poetic justice. The judge achieves this poetic justice by placing himself between law and literature, metamorphosing himself into a literary judge, a man and a juridical-literary character that God, in his image and likeness, would love with divine justice.

Key words: judge; law; literature; poetic justice.

Términos de indización: law; lawyers; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il giudice è l'unico essere umano che, senza voler essere Dio, è obbligato a giudicare i suoi simili come se lo fosse. Tuttavia, a differenza di Dio, non giudica umanamente per grazia divina, ma con la ragione empatica, che diventa la sua giustizia poetica. Il giudice realizza questa giustizia poetica collocandosi tra il diritto e la letteratura, metamorfosandosi in un giudice letterario, un uomo e un personaggio giuridico-letterario che Dio, a sua immagine e somiglianza, amerebbe con giustizia divina.

Parole chiave: giudice; diritto; letteratura; giustizia poetica.

Termini di indicizzazione: legge; avvocati; amministrazione della giustizia (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 05/09/2023

Revisado: 17/09/2023

Aceptado: 17/09/2023

Publicado en línea: 23/09/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de intereses: El autor declara no tener conflicto de intereses.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Jaime Francisco Coaguila Valdivia (Universidad Católica de Santa María, Perú)

jcoaguila@ucsp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2770-0309>

1. EL JUEZ LITERARIO Y SU JUSTICIA POÉTICA

Los modelos de juez literario y de justicia poética se deben no a un jurista, sino a una filósofa: Martha Nussbaum¹. Esta filósofa norteamericana, ya en su faceta de catedrática de Derecho y Ética de la Universidad de Chicago (Estados Unidos de América), luego de impartir algunas conferencias sobre derecho y literatura, teniendo al jurista Richard Posner² como principal antagonista de su tesis, escribirá su icónico libro *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*. En esta obra de arte, la filósofa neoaristotélica³, como si fuera una magnífica pintora, nos dibuja hábilmente con un pincel refinado las primeras imágenes de su Musa (figura neutra), el juez literario y su justicia poética. En su pintura, que es escritura de las bellas artes, se aprecia y se lee exquisitamente:

[L]os aspectos específicamente literarios de mi «juez literario» constituyen sólo una faceta del pensamiento de un juez en la vida real. El juez de la vida real también requiere de otras aptitudes y conocimientos, y está constreñido por su papel institucional y por

-
- 1 Nos referimos a *Poetic Justice. Literary imagination and public life* (Boston: Beacon Press, 1995). En este trabajo seguimos la edición y traducción castellana (Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997). Sobre el trabajo filosófico-jurídico-literario de Nussbaum, véanse Sáenz (2019, 2021) y Hernández (2023).
 - 2 Para la académica, Posner es «un amante de las novelas y un juez sumamente literario» (Nussbaum, 1997, p. 14). Asimismo, para este último, Nussbaum es su «principal compañera intelectual de combate» (Posner, 2009, p. xiv) en los estudios Derecho y Literatura. Para las críticas a Nussbaum, véanse específicamente los capítulos 12 y 16 (nota 29 a pie de página) de Posner (2009, pp. 459-488).
 - 3 Nussbaum (1997, p. 18) se adscribe personalmente a una versión de la postura ética derivada de Aristóteles, pero todo lo que dice en su *Justicia poética* puede concebirse dentro de un kantismo modificado para otorgar a las emociones un papel cognitivo claramente delimitado. Respecto de la capacidad de sentir —emociones— de los jueces, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei (2009, p. 124) refiere que «sentencia deriva de sentir» (sentido de la justicia). Así, desde una concepción más humana del razonamiento judicial, «sobre el tablero del juez, los peones son hombres vivos que irradian una invisible fuerza magnética que encuentra resonancias o repulsiones ilógicas, pero humanas, en los sentimientos del juzgador. ¿Cómo se puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de esas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse?» (p. 123). En esta orientación resultan interesantes los trabajos de González (2009, 2020) y Ucín (2022).

las exigencias del estatuto y los precedentes, que ya establecen lo que puede o no considerar sobresaliente.

[...]

[L]a «justicia poética» necesita equiparse de gran cantidad de atributos no literarios: conocimiento técnico legal, conocimiento de la historia y de los precedentes, atención a la debida imparcialidad. El juez debe ser un buen juez en esos aspectos. Pero, para ser plenamente racionales, los jueces también deben ser capaces de «fantasear» y comprender. No sólo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana. En ausencia de esta capacidad, la imparcialidad es obtusa y la justicia, ciega (Nussbaum, 1997, pp. 119, 163).

El juez literario no es una figura antojadiza, en rigor, no es un personaje más de una novela de ficción literaria; es, como cualquier funcionario judicial en la vida real, una persona de carne y hueso, pero que, contrario al común de sus pares, cultiva y ejerce su profesión no solo con los materiales jurídicos, sino también con los recursos literarios, principalmente con el uso crítico de las novelas judiciales⁴.

Y la justicia poética no es la confección de la sentencia en versos, sino que es el resultado del acto de juzgar las conductas humanas con perspectiva jurídico-literaria⁵, esto es, con experiencia, imaginación, fantasía, empatía y compasión literarias.

Antes de dar cuenta de la realidad y ficción de este modelo mestizo o híbrido de razonamiento judicial, es necesario saber por qué es importante que los jueces lean y conozcan de literatura. A continuación, las explicaciones.

4 La creación de las primeras listas de novelas judiciales se debe a John Henry Wigmore (1863-1943), decano honorario de la Facultad de Derecho de la Northwestern University (1901-1929 y 1929-1943), quien es considerado uno de los iniciadores del Movimiento Derecho y Literatura, a comienzos del siglo xx en los Estados Unidos de América (Hernández, 2022).

5 En términos más amplios, el enfoque iusliterario es el resultante de los cruces entre la disciplina jurídica y la disciplina literaria, esto es, la comprensión del fenómeno jurídico a partir de su aspecto legal (derecho **de** la literatura), su dimensión literaria (derecho **como** literatura) y su componente ficcional (derecho **en** la literatura).

2. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA LITERATURA EN LA FORMACIÓN DE LOS JUECES?

El juez es considerado como el «canon del sujeto cognoscente»⁶ (Cárcova, 2012, pp. 169-170) porque, según un orden jurídico establecido socialmente, es designado para conocer y juzgar con imparcialidad y a profundidad las complejas conductas humanas de sus semejantes, con ese intelecto virtuoso que le caracteriza, gracias a su exigente formación jurídica como profesional del excelso arte de juzgar.

Para lograr lo anterior, es decir, acercar la *iurisdictio* (legal) al ideal de *iustitia* (poética), las humanidades, de la mano de la radical y fantástica literatura, nos ofrecen una ruta.

Así, para dar una respuesta a nuestra interrogante, desde el plano de la literatura, nos serviremos de un revelador pasaje de la novela *El juez ciego*⁷, del escritor estadounidense Bruce Alexander Cook (1932-2003), ambientada en el Londres de finales del siglo XVIII, protagonizada por sir John Fielding, un magistrado ejemplar⁸, privado del sentido de la vista, pero no del sentido de justicia, del Tribunal de Bow Street, y Jeremy Proctor, un joven huérfano y su inefable ayudante, acogido en su hogar por la misma imagen de la justicia. El relato es importante porque nos enseña que la educación de la mente de un estudiante de Derecho, y con mayor razón la de un juez extraordinario, se forja no solamente con el estudio de los grandes tratados de derecho, sino antes bien con las magníficas obras de otros saberes, como las de la literatura universal,

6 Expresión que Cárcova le atribuye a su compatriota y filósofo del derecho argentino Carlos Cossio. El **juez** constituía el **canon del sujeto cognoscente**; así, «[quien] se acercara al fenómeno jurídico con pretensión operativa, lo haría ubicándose en el lugar del juez o constituyendo al juez en su interlocutor, o preguntándose cómo resolvería el juez la cuestión indagada: el abogado al desplegar su arte y oficio, el jurista dogmático al realizar sus análisis, el jurista teórico al construir su metadiscurso» (Cárcova, 2012, p. 170).

7 También se encuentra traducida con el título de *Justicia ciega* (Edhasa, 2005).

8 Los jueces ejemplares (*exempla*) son aquellos agentes paradigmáticamente buenos de la administración de justicia que inculcan rasgos de carácter o virtudes judiciales que son necesarios para la toma de buenas decisiones judiciales, así como para desarrollar una teoría acerca de la excelencia en la práctica judicial. Véase Amaya (2016).

pertenecientes al maravilloso campo de las humanidades. Solo así, según la enseñanza literaria, se forman los buenos jueces, esos de gran ingenio, prudencia y saber teórico y práctico.

El pasaje literario entre el juez y su aprendiz es el siguiente:

Me dirigí a los libros sin un momento de vacilación. Pese a hallarse algo polvorientos, su estado era bueno, sin rastro de moho o humedad.

Pasé la mano por los lomos, inclinando la cabeza a uno y otro lado para leer los títulos. Los había de todo tipo: historia, geografía, narraciones personales de viajes lejanos, novelas, libros de versos y de toda clase de ciencias. De haber conocido entonces la identidad y fama del difunto hermano de sir John, aquellos libros me hubieran sugerido la amplitud e intereses de su preclara inteligencia. Se conoce mejor a un hombre por su biblioteca que por su casa o su atuendo.

[...]

—Ah, Jeremy —dijo—, descansado y bien alimentado, espero.

—Sí, sir John. Gracias.

—No hay de qué. La señora Gredge me ha informado de tu buena disposición para trabajar en la casa. Por ello te doy las gracias. Digamos que te has ganado el alojamiento. Su única objeción, que recuerdo haber oído expresada con fuerza esta mañana temprano, es que te quedaras dormido y dejaras que la vela se extinguiera. A mí no me parece reprochable en absoluto. El precio de una vela no es nada comparado con la educación de una mente. Has descubierto lo poco que queda de la biblioteca de mi hermano, supongo.

Me sobresalté. ¿Había hecho mal en coger un libro sin pedir permiso?

—Pues sí, espero que...

—La verdad, Jeremy, es que me complace que les hayas dado algún uso. Sé que mi hermano, de hallarse entre nosotros, estaría encantado. Mi biblioteca, como ves, es mucho más modesta y está relacionada con la práctica de la ley. Algunos de éstos también

eran suyos. Era un hombre extraordinario, excelente abogado, soberbio magistrado y maravilloso y divertido autor de novelas y obras de teatro.

—¿Cómo se llamaba, sir John?

—Henry. Henry Fielding. En realidad era mi hermanastro. Su madre no era la mía. ¿Has oído hablar de él?

—Mi padre tenía uno de sus libros, que leía con gran deleite, pero me tenía prohibido abrirlo.

Sir John rió al oír esto.

—Debía de ser *Tom Jones*, seguro.

—Lo era, señor. La historia de un expósito.

—Más o menos, Jeremy, más o menos.

—Debió... debió de ser un hombre de gran ingenio y saber.

—¿Henry? Oh, desde luego. Pero era algo más, algo mucho más raro. Era un hombre bueno. Fue un buen marido de dos esposas, aunque no de manera simultánea, te lo aseguro; un buen padre y el mejor hermano que un hombre pueda desear. Aprendí leyes con él. —Vaciló antes de añadir—: Él me dio la vida (Alexander, 1998, pp. 42-43, 45-46).

La formación jurídico-literaria, como se puede apreciar, es de suma importancia para la formación de un juez. Así lo corrobora, sin vacilaciones, el inusual magistrado de Bow Street, cuando afirma que su hermano Henry Fielding, «un hombre extraordinario, excelente abogado, soberbio magistrado y maravilloso y divertido autor de novelas y obras de teatro», le «dio la vida». Ello es fácilmente deducible, pues este último, con la amplitud e intereses de su «preclara inteligencia», no solo le enseñó leyes, sino también historia, geografía, narraciones personales de viajes lejanos, novelas, libros de versos y toda clase de ciencias. En esa virtud se comprende perfectamente la sabia sentencia iusliteraria: «se conoce mejor a un hombre por los libros de su biblioteca que por su casa o su atuendo» (Alexander, 1998, p. 43).

Ahora bien, como complemento de la respuesta literaria a la pregunta planteada al inicio de este apartado, desde el plano del derecho, François Ost, una de las máximas luminarias de los estudios Derecho y

Literatura en Europa⁹, refiere que es posible identificar, respecto de las obras literarias, especialmente de derecho **en** la literatura, tres importantes tipos de beneficios:

- a) Beneficio estético y humanístico: «La Literatura, de la misma manera que las bellas artes, nutre la cultura general, en la que es de buen tono, incluso para un jurista positivista, hacer alarde de ella en el momento adecuado» (Ost, 2015, p. 10). Lo anterior se comprende así en la gran tradición clásica de las humanidades, interesada por los claroscuros de la condición del género humano.
- b) Beneficio moral y cívico:

la Literatura [...] proporciona una inteligencia de lo humano, agudizando la capacidad de empatía, que es la cualidad moral por excelencia, aquella que, invitándonos a situarnos en el lugar del otro, condiciona la posición del «espectador imparcial» de A. Smith¹⁰, del que se espera un juicio público equilibrado porque habrá sabido tener en cuenta respectivamente cada uno de los puntos de vista (Ost, 2015, p. 10).

Esta cuestión es comprensible a la luz de la fortísima enseñanza del teórico literario búlgaro-francés Tzvetan Todorov, cuando en su libro *La literatura en peligro* ilustra que la literatura es nada más y nada menos que un «laboratorio experimental de lo humano» (citado en Ost, 2017, p. 23), ya que su objeto son las experiencias de la condición humana. En este

9 Para el contexto europeo, pero también latinoamericano, resulta meritorio el trabajo *Derecho y literatura. Textos y contextos*, compilado por Jorge Roggero (2015).

10 Smith describe la actividad concreta de su espectador juicioso en los términos siguientes: «El espectador debe [...] procurar, en la medida de lo posible, ponerse en la situación del otro, y asimilar cada circunstancia de angustia que pueda afectar al sufriente. Debe encarar el caso del otro con todos sus diminutos incidentes, y tratar de representarse con la mayor perfección posible ese cambio imaginario de situación sobre el cual se funda la compasión» (citado en Nussbaum, 1997, p. 108).

entendido, se adivinan los beneficios que procura frecuentarles a todos aquellos que ejercen una profesión de carácter social, como es la de nuestros jueces, quienes, en experiencia de Ost, cuando el código y la doctrina no son suficientes para resolver los casos que se les presentan, extraen, muy a menudo, lecciones de la fantástica literatura para apoyar los juicios de sus decisiones.

- c) Beneficio técnico: la literatura, en este caso, contribuye directamente a «la comprensión y a la práctica del razonamiento jurídico» (Ost, 2015, pp. 10-11). En la era del derecho en red¹¹, la globalización económica y el pluralismo ético, Ost dice que es errado seguir pensando en la estructura piramidal del derecho, en donde el derecho concreto se deduce de la regla y del código: esta tesis es incongruente, es problemática. El derecho —hay que reconocerlo— deriva no menos frecuentemente del caso que de la regla. Por lo que, si esto es así, los planteamientos del autor literario respecto a casos difíciles de ficción cobran

11 Al respecto, Ost y Van de Kerchove (2018) nos contextualizan: «Estamos en un periodo de crisis propio de la transición de un paradigma a otro. La tesis fundamental de esta obra es la siguiente: de la crisis del modelo piramidal emerge progresivamente un paradigma rival, el *paradigma del derecho en red*, sin que por ello desaparezcan residuos importantes del primero, lo que hace más compleja la situación. En el paradigma de la red, el Estado deja de ser el foco único de la soberanía (esta no se despliega únicamente hacia otras escalas, entre los poderes públicos infra y supra estatales, sino que también se distribuye entre los importantes poderes privados); la voluntad del legislador deja de ser recibida como un dogma (solo se le acepta bajo ciertas condiciones, al filo de procedimientos complejos de evaluación tanto anteriores como posteriores a la promulgación de la ley); las fronteras entre el hecho y el derecho se difuminan; los poderes interactúan (los jueces se transforman en coautores de las leyes y las delegaciones del poder normativo, en principio prohibidas, se multiplican); los sistemas jurídicos (y en mayor medida los sistemas normativos) se enredan; el conocimiento del derecho, que anteriormente reivindicaba su pureza metodológica (mono-disciplinarietà), hoy en día se presenta bajo modelo interdisciplinario, del cual surge una experiencia mucho más contextualizada (*learning process*), en comparación con el modelo basado en axiomas apriorísticos; y finalmente, la justicia, que el modelo piramidal pretendía arrastrar hacia las jerarquías de valores contenidos en la ley, actualmente se concibe en términos de balance de intereses, así como en términos de equilibrios de valores tan diversos como variables» (p. 40).

relevancia, como la mejor de las propedéuticas que se conceden al juez para entrenar su juicio moral y jurídico en cada caso difícil real que tenga que resolver.

3. REALIDAD Y FICCIÓN DEL JUEZ LITERARIO Y SU JUSTICIA POÉTICA

El mundo jurídico («real») y el mundo literario («ficción») ofrecen, cada uno por su lado, pero también conjuntamente, pruebas de la existencia del juez literario y su justicia poética.

En efecto, desde la antigüedad, en la cultura oriental, concretamente en la China de la dinastía Tang (618-907), existía este inusual juzgador, su nombre era Jen-chieh Ti y vivió desde el año 630 al 700. Conviene señalar que para ser nombrado magistrado de distrito en la antigua China se requería aprobar nada más y nada menos que un examen literario. Esta aplicación se basaba en un estudio pormenorizado de los clásicos de Confucio, así como en la repetición memorística de un capítulo de un libro. Dado que se exigía una interpretación aceptable por el gobierno de dichos tratados clásicos, se trataba, por el cargo concursado, de un examen iusliterario.

El juez literario en cuestión (Jen-chieh Ti), debido a los numerosos casos difíciles que resolvió en las provincias en que servía (Penglái, Hanyuan, Kiangsu, Lan Fang y Pei Chow), adquirió mucha fama, al grado de ser considerado una figura histórica en la detección de crímenes. Y es por esa reputación que la ficción china lo ha convertido en el héroe de un buen número de historias de crímenes, dando vida al personaje literario conocido como el Juez Di (Jen-Djieh Di).¹²

Los casos judiciales resueltos por el magistrado Di se encuentran magníficamente relatados por la adiestrada pluma del diplomático holandés Robert van Gulik (Zutphen, 1910-La Haya, 1967) en la novela *El asesinato del magistrado. Los casos del juez Di* (2014), la cual mezcla en

¹² En el marco de los estudios Derecho y Literatura, la figura del juez es tratada por Camilleri et al. (2014).

dosis justas el arte de la deducción, propia de un detective racional al estilo de Sherlock Holmes, con unos interrogatorios y unas investigaciones a un ritmo único y con un final sorprendente, lo que permite «disfrutar de la verdadera seña de identidad del juez: su inteligencia» (p. viii).

Pero el trabajo iusliterario de Van Gulik, mirándolo bien, no se reduce a la difusión para el goce del público lector occidental de este tipo de narrativas (novelas negras chinas más realistas que las nuestras), sino que también comparte, sobre todo para los abogados, reminiscencias valiosas del contexto y la cultura jurídica de la antigua China, en específico de la forma en que se desplegaba su sistema judicial, con sus autoridades, litigantes y demás auxiliares de la justicia y opinión pública, así como sus métodos y principios de investigación para alcanzar la «verdad» de los hechos y juzgar adecuadamente las controversias. En este sentido, en opinión del diplomático y escritor holandés:

Esta novela da una idea general del procedimiento de las Cortes de Justicia de la antigua China. Cuando la sesión estaba abierta, el juez se sentaba detrás de la tribuna con sus asistentes y escribas al lado. La tribuna era una mesa alta cubierta con un trozo de tela roja que colgaba hasta el suelo de la tarima que se alzaba sobre el suelo del resto de la sala.

Los policías formaban en dos líneas, una a la izquierda y otra a la derecha. Tanto el acusador como el acusado tenían que arrodillarse entre las dos filas sobre la piedra desnuda y permanecer así durante toda la sesión. No tenían abogados que los asistieran, no podían llamar a testigos y su posición generalmente no era envidiable. Todo el sistema de la Corte estaba, de hecho, pensado como disuasorio, mostrando a la gente las horribles consecuencias de verse envuelto con la ley. Habitualmente, había tres sesiones del tribunal al día: matinal, mediodía y de tarde.

El principio fundamental de la ley china era que ningún criminal podía ser juzgado como culpable sin que confesara su crimen. Para evitar que criminales habituales se escaparan del castigo negándose a confesar incluso cuando se enfrentaban a

pruebas irrefutables, la ley permitía la aplicación de la tortura¹³, como golpear con látigo y bambú, o retorcer manos y tobillos. Además de estos sistemas autorizados de tortura, a veces los magistrados aplicaban algunos más severos. Sin embargo, en caso de que el acusado recibiera algún daño permanente o muriera en tal situación, el magistrado y todo el personal del tribunal serían castigados incluso, a veces, con la pena capital. La mayoría de los jueces, por tanto, se apoyaban más sobre su conocimiento de la psicología y su astucia, así como el conocimiento de la gente, que en la aplicación de severas torturas.

Con todo, el sistema de la antigua China funcionaba razonablemente bien. El agudo control de las altas autoridades prevenía los excesos y la opinión pública actuaba como otro elemento disuasorio sobre los magistrados malvados o irresponsables. Las sentencias capitales tenían que ser ratificadas por el trono, y todos los acusados podían apelar a instancias superiores, hasta llegar al emperador. Es más, no se permitía al magistrado interrogar a ningún acusado en privado, todo tenía que hacerse en las sesiones públicas del tribunal, incluyendo la exposición preliminar. Se llevaba un registro cuidadoso de todos los procedimientos y estos registros se enviaban a autoridades superiores para que los inspeccionaran (Van Gulik, 2014, pp. xiii-xiv).

Desde otro polo, en la cultura occidental, nos encontramos con jueces que suelen recurrir a la poesía para cerrar con broche de oro las motivaciones que sustentan sus fallos u opiniones judiciales, claro que «solo» como un recurso estético. Por ejemplo, John Paul Stevens, juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1975-2010), en el caso *Washington vs Harold Glucksberg et al.*, en su voto concurrente, citó *Devotions upon Emergent Occasions (Meditaciones en tiempos de crisis)*, específicamente la «Meditation XVII», escrita en 1623: «Está en juego mucho más que el interés paternalista del Estado en proteger al individuo de las consecuencias irrevocables de una decisión desafortunada motivada por preocupaciones coyunturales. Hay verdad

13 Sobre la práctica de la tortura en el derecho, véase La Torre (2022).

en la observación de John Donne de que *Ningún hombre es una isla*¹⁴ (Anaya, 2018, p. 140).

Pero el juez Stevens, desde luego, no fue el primer ministro atraído por la poesía. Joseph Story, quien fue también juez asociado del Supremo Tribunal Norteamericano (1812-1845), combinaba la impartición de justicia con la poesía. Sin embargo, no le fue bien como poeta: *The power of Solitude* (*El poder de la soledad*) recibió críticas tan severas que el magistrado decidió quemar todas las copias posibles. No obstante, su *Advice to a Young Lawyer* (*Consejos para un joven abogado*) ha sobrevivido con el pasar del tiempo (Anaya, 2018, p. 141).¹⁵

Otro caso singular es el de Álvaro Gaspar Pardo, un juez canario, quien, conforme a su premisa iusliteraria: «Si el fallo es bello además de justo, el derecho sale ganando», en 1999 sentenció en verso un juicio de divorcio: «Procede acceder a la separación que imploran tanto el Sr. XXX, al que no le da la gana de soportar la tensión, como la Sra. XXX, que no sufriendo escarmiento, tras su primer tropezón, persiste en el mismo tono, y aduciendo el abandono, suplica solución» (Anaya, 2018, p. 142).¹⁶

14 El original menciona: «Much more than the State's paternalistic interest in protecting the individual from the irrevocable consequences of an ill advised decision motivated by temporary concerns is at stake. There is truth in John Donne's observation that *No man is an island*». Respecto de la aplicación del enfoque jurídico-literario por los jueces constitucionales, véase Calvo (2016).

15 Cabe aclarar que esta mención tiene un tinte anecdótico, con el único objetivo de mostrar las diversas modalidades posibles del cruce del derecho con la literatura, que, en algunos casos, puede ser decisivo, pero, en otros, un mero recurso «decorativo», «embellecedor», etc., de las decisiones jurídicas.

16 En un caso posterior, al seguir sentenciando en verso, el juez Gaspar recibió severos cuestionamientos de una de las partes; no fue sancionado, pero el Consejo de la Magistratura concluyó que redactar una sentencia de esa forma representa el agravio personal de un juez contra un ciudadano. Por otro lado, de acuerdo con Martha Nussbaum, la justicia poética que despliega el juez literario tiene otra orientación, puesto que persigue resolver los casos judiciales aplicando el enfoque jurídico-literario (derecho **de, en** y **como** literatura).

Siguiendo esta concepción de un juez literario, en el terreno latinoamericano¹⁷, específicamente en el Perú, tenemos que esta figura iuspoética se surte en el magistrado Miguel Torres Méndez, de la Corte Superior de Justicia del Callao, pues citó un pasaje¹⁸ de *Las aventuras de Alicia en el país de las maravillas*, del escritor, matemático y lógico Charles Lutwidge Dodgson, mejor conocido con el seudónimo de Lewis Carroll, en los motivos de una sentencia —en realidad un auto, una resolución judicial que no pone fin a la instancia— de la Sala Civil. En su explicación de la utilización del recurso literario, el juez peruano indicó:

Trasladando esta solución [la cita literaria] al derecho, ella es ilustrativa en el sentido de que cuando alguien se encuentra en una situación grave de injusticia, lo cual es perjudicial, cualquier vía puede ser válida y pertinente. Cuando existe entonces una vía paralela a la vía judicial, la cual es la vía administrativa, a cualquiera de estas vías puede acceder el particular para interponer su pretensión y hacer valer su derecho. No cabe, no es posible jurídicamente, que se le prohíba el acceso inicial a la vía judicial, pues ello implicaría privarle del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual, pues, constituye una violación constitucional, todo un absurdo legal.

17 En México, seguramente, la figura del juez literario se encarna en Miguel Bonilla López (2018, 2020, 2021) y Ricardo Guzmán Wolffer (2019, 2020, 2022), ambos juzgadores del Poder Judicial de la Federación, con contribuciones iusliterarias.

18 La referencia literaria se trata de un diálogo entre Alicia y el Gato: «—¿Puedes decirme, por favor, qué camino puedo tomar para salir de aquí? —Ello depende del lugar a donde quieras ir —contestó el Gato. —Me da lo mismo ir a cualquier lugar —dijo Alicia—. —Entonces no importa el camino a seguir —dijo el Gato—» (citado en Torres, 2015, pp. 89-90). La idea de incorporar los argumentos literarios en la argumentación jurídica, como factor humanizante del acto de juzgar del juez, se inspira en el postulado dworkiniano: «Si comprendemos mejor la naturaleza de nuestro argumento legal, conocemos mejor qué clase de persona somos» (Dworkin, 2008, p. 22). Lo anterior se comprende bien cuando, desde la vertiente del derecho **como** literatura, Dworkin propone que «podemos mejorar nuestra comprensión del derecho comparando la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos de conocimiento, en particular, con la literatura» (Dworkin, 2017, p. 191).

De este modo, se puede ver cómo la Literatura puede ser un apoyo ilustrativo de un concepto jurídico abstracto, como es, en el caso reseñado, la situación de Alicia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La ejemplificación con historias concretas puede generar en la argumentación una mayor claridad a la hora de exponer interpretaciones normativas así como familiarizar al lector (Delgado, 2015, pp. 27-28).

Desde una perspectiva jurídico-literaria, la idea que tiene en mente el jurista peruano al acudir a la literatura para motivar su fallo es incorporar argumentos literarios como parte de la argumentación jurídica, con la intención de apreciar y mostrar los hechos que se juzgan desde una concepción más humanista del fenómeno jurídico. Ello debido a que la narración procesal y la narración literaria son equivalentes o equiparables. Las historias judiciales son narraciones procesales: esta es la razón por la cual pueden ser analizadas como narraciones literarias. En esta idea, es válido que los jueces, para su análisis o estudio de los hechos, que forman parte de las narraciones procesales, utilicen argumentos literarios en las sentencias desde una perspectiva humanista, como la que aportan los estudios Derecho y Literatura.¹⁹

En esta lógica, el magistrado considera que

[E]l uso de argumentos literarios, en la argumentación jurídica de las sentencias; sólo tiene como finalidad complementar esta argumentación. [...] este complemento jusliterario, los argumentos

19 En este punto se siguen las reflexiones de los juristas Jaques Vergès y Michelle Taruffo. Para el primero: «Un expediente judicial es siempre el resumen de una novela. [...] Puede que a algunos este parentesco formal entre la obra judicial y la obra literaria les parezca un sacrilegio y, sin embargo, resulta evidente al comparar la tragedia de Antígona, concebida como un proceso, y el proceso a Juana de Arco, que se desarrolla como una tragedia» (Vergès, 2013, p. 13). Y el segundo, detenido en esta identidad narrativa jurídico-literaria, expresa: «[E]s posible asumir como efectiva la conexión —y quizá la equivalencia— entre los discursos relativos a las *narratives* y los discursos acerca del *story-telling*. Los contextos y las connotaciones culturales de los conceptos pueden divergir en alguna medida, pero desde la perspectiva procesal, se puede considerar tranquilamente que las *historias* que se cuentan en un procedimiento judicial son —o al menos pueden ser tratadas— como *narraciones*» (Taruffo, 2010, p. 47).

literarios, de estas sentencias; tienen un fin sólo ilustrativo, para reforzar así, de esta manera la argumentación jurídica de las mismas. [...] los argumentos literarios, en las sentencias, sólo cumplen una función ilustrativa y también cultural. Pero no cumplen una función decisoria o deliberativa en cuanto a la solución de la *litis* del proceso judicial. Definitivamente ello no es posible porque la Literatura no es una fuente del Derecho, al menos no de carácter principal. [...] esta modalidad de sentencias jusliterarias no pretende que los jueces, para elaborar la argumentación de las mismas, deban únicamente valerse de la Literatura. Absolutamente no, ello sí sería un despropósito, o estaría fuera de lugar en la jurisprudencia. En todo caso, la Literatura puede ser usada, en la jurisprudencia, como una fuente auxiliar del Derecho. Esto es, como fuente que, como se está precisando, sólo complementa o refuerza la aplicación de la fuente principal; la cual es la ley que obligatoriamente se debe aplicar para la solución de la *litis*. Siendo además que esta fuente auxiliar, la Literatura, por ser una de las más reflexivas Humanidades, dotará de Humanismo a las sentencias o a la administración de justicia (Torres, 2015, pp. 76-77).

No cabe la menor duda de que fomentar el **uso** de la literatura en la jurisprudencia constituye una guía orientadora de la reflexión jurisprudencial. El uso que los jueces realicen de los argumentos literarios como parte de la argumentación jurídica de sus sentencias es tan solo una explicación ilustrativa y cultural que otorga mayor claridad o precisión a la motivación de sus decisiones, por lo que —en estricto sentido— no participan del proceso de la adjudicación, la naturaleza de lo judicial o el derecho.

4. CONCLUSIÓN IUSLITERARIA

Sobre el juez literario y su justicia poética, reflexionando en clave iusliteraria, podemos concluir lo siguiente: gracias a su experiencia ética de la lectura de novelas que le develan un conocimiento más profundo de la condición del ser humano frente al derecho, en particular, y la vida, en general, el juez literario es un modelo de razonamiento judicial potencializado. Asimismo, la justicia poética es, gracias a la narrativa

excelsa de la condición humana expuesta por las novelas, en particular, y las obras literarias, en general, la actividad de aplicar el derecho en la resolución de casos judiciales desde una perspectiva más humanista.

En fin, lo que se quiere con la idea de un modelo de juez literario es que su justicia poética, apoyada en sus narraciones jurídico-literarias, humanice profundamente al derecho, con la finalidad de asegurar, en el supremo arte de juzgar, la frágil y compleja «condición humana» de las personas.

REFERENCIAS

- Alexander, B. (1998). *El juez ciego. Un caso del juez Fielding*. Plaza & Janés.
- Amaya, A. (2016). Jueces ejemplares. En D. Falconí (Ed.), *A medio camino. Intertextos entre la literatura y el derecho* (pp. 85-110). Tirant Humanidades.
- Anaya, A. (2018). *Jueces, constitución y absurdos jurídicos*. Porrúa; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Bonilla, M. (2018). *Doce fábulas para estudiantes de jurisprudencia*. Tirant lo Blanch.
- Bonilla, M. (2020). *Los jueces eléctricos. Trece viñetas de un mundo distópico*. Ubijus Editorial.
- Bonilla, M. (2021). *Érase que se era un juez. Ilustración de virtudes y vicios judiciales en la literatura*. Ubijus Editorial.
- Calamandrei, P. (2009). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Reus.
- Calvo, J. (2016). *Justicia constitucional y literatura*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Justicia_Constitucional_y_Literatura.pdf
- Camilleri, A., Cataldo, G. de y Lucarelli, C. (2014). *Tres jueces*. Marcial Pons.
- Cárcova, C. M. (2012). *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Abeledo Perrot.

- Delgado, C. (2015). Prólogo. En Torres, M., *Las sentencias con literatura. La literatura con sentencias. La aplicación jurisprudencial del pensamiento humanista de Michelle Taruffo* (pp. 17-42). Grijley.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Gedisa.
- Dworkin, R. (2017). *Una cuestión de principios*. Siglo XXI Editores.
- González, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Marcial Pons.
- González, D. (2020). *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*. Palestra Editores.
- Gulik, R. van. (2014). *El asesinato del magistrado. Los casos del juez Di. Quaterni*.
- Guzmán, R. (2019). *Penas y letras*. Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Guzmán, R. (2020). *El imperio (legal) de los sentidos. Derecho, cine, comic y literatura*. Libitum.
- Guzmán, R. (2022). *Arte y derecho*. Dofiscal; Thomson Reuters.
- Hernández, M. G. (2022, 17 de marzo). Las listas de novelas judiciales del decano Wigmore. *AXIS. Blog de la Escuela Judicial Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. <https://www.te.gob.mx/blogEje/front/publicaciones/busqueda/528>
- Hernández, M. G. (2023). El juez literario y su justicia poética. Un aporte de Martha Nussbaum al Derecho. *Revista de la Escuela Federal de Formación Judicial*, (53), 84-136.
- La Torre, M. (2022). *La justicia de la tortura. Sobre derecho y fuerza*. Trotta.
- Nussbaum, M. C. (1995). *Poetic Justice. Literary imagination and public life*. Beacon Press.
- Nussbaum, M. C. (1997). *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública* (trad. C. Gardini). Andrés Bello.
- Ost, F. (2015). Prólogo. En Falcón y Tella, M. J., *Derecho y literatura* (pp. 9-12). Marcial Pons.

- Ost, F. (2017). Derecho y literatura: en la frontera entre los imaginarios jurídico y literario. En O. E. Torres (Coord.), *Derecho y literatura. El derecho en la literatura* (pp. 21-50). Libitum.
- Ost, F. y Kerchove, M. van de. (2018). *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho* (trad. O. E. Torres). Libitum.
- Posner, R. A. (2009). *Law and Literature* (3.ª ed.). Harvard University Press.
- Roggero, J. (Comp.). (2015). *Derecho y literatura. Textos y contextos*. Eudeba.
- Sáenz, M. J. (2019). Derecho y literatura: el proyecto de Martha Nussbaum. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 361-387. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.15>
- Sáenz, M. J. (2021). *Las relaciones entre el derecho y la literatura. Una lectura del proyecto de Martha Nussbaum*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Torres, M. (2015). *Las sentencias con literatura. La literatura con sentencias. La aplicación jurisprudencial del pensamiento humanista de Michelle Taruffo*. Grijley.
- Ucín, M. C. (2022). ¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 191-219. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.07>
- Vergès, J. (2013). *Justicia y literatura*. Península.

RESEÑAS

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)



Esta reseña se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This review is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Cet avis est disponible en libre accès sous licence Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

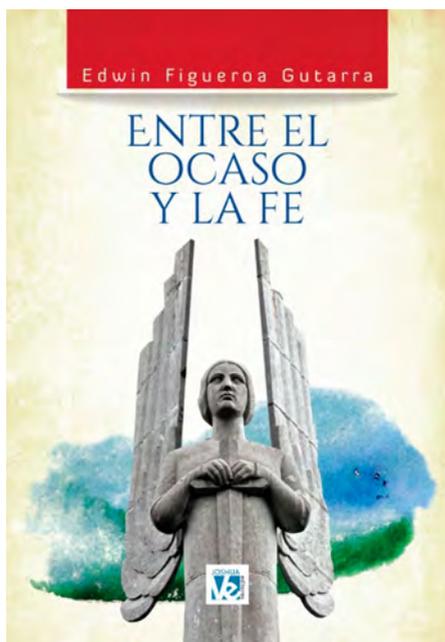
DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.14

FIGUEROA GUTARRA, E. (2022). *ENTRE EL OCASO Y LA FE.*

Joshua V&E Editores. 228 pp.

Edwin Figueroa Gutarra es abogado desde 1990, juez superior titular en el Distrito Judicial de Lambayeque desde el 2005, catedrático en diversas casas de estudio, profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú y cuenta con una larga lista de libros publicados sobre el derecho, el ámbito jurisdiccional, los procesos judiciales, entre otros. Asimismo, obtuvo el Premio Excelencia Judicial 2008 y es becario de distintos programas dirigidos a la labor jurisdiccional. Ahora bien, la novela *Entre el ocaso y la fe* fue publicada en el 2022 por Joshua V&E Editores y consta de veintiún capítulos y un epílogo.

Esta novela narra, de manera alterna, dos historias contextualizadas en distintas épocas, pero que tendrán un gran vaso comunicante. En primer lugar, tenemos la historia del juez Gustavo, quien puede calificarse como un sujeto pulcro al actuar y bastante preocupado por su labor para impartir justicia. Adicionalmente, tiene una particular inclinación por la literatura. De aquí que su casa esté repleta de libros, tantos que ordenarlos requiere mucho tiempo. Incluso, en su despacho judicial también se encuentran algunos ejemplares, los cuales le ayudan a distanciar su mente de los procesos que lleva y, en algunos casos, a resolverlos. Esta historia transcurrirá entre el despacho judicial y el domicilio del juez; sin embargo, algunos eventos mínimos se desarrollarán en la calle. En la sede judicial también se encontrará otro personaje importante: César, el



joven que trabaja junto con el juez y cobrará relevancia porque entabla grandes conversaciones con el magistrado y le permite a Gustavo moldear sus decisiones sobre la base de los ensayos de respuestas a las profundas dudas que van surgiendo en su labor diaria. En suma, el juez, debido a su inclinación por las obras literarias, buscará dentro de ellas a personajes que se asemejen con los casos que lleva en la vida real, más aún porque desde la literatura se desarrollan problemas humanos que le otorgan al lector un ingreso directo al pensamiento de los personajes y una mejor comprensión

de la dimensión humana. De esta forma, durante toda la novela, Gustavo irá cuestionándose constantemente sobre qué es la justicia, cuál es el límite para el derecho al momento de enjuiciar a alguien, qué es lo esencial en la vida de las personas y, lo más importante, ¿cuánto puede soportar el ser humano las injusticias? El juez Gustavo trazará un plan en el que, gracias a la discusión y a empaparse de la lectura, podrá resolver estas preguntas con una sensibilidad pocas veces vista en quienes administran justicia, la cual lo hará portador de un criterio altamente profundo.

En segundo lugar, cabe señalar que, a propósito de un evento fortuito, el juez se encuentra un libro bastante particular. En él se cuenta la historia de una serie de juicios, tanto en el Tribunal del Santo Oficio como en la Real Audiencia. Los protagonistas aquí serán Felipe de Buenaventura Rodríguez y Hernando de la Cruz y López. Ellos, a lo largo de diferentes peripecias, tratarán de demostrar dos cuestiones básicas: por un lado, que no existe crimen en profesar una religión distinta a la cristiana y que es más importante ser una buena persona; por otro lado, que todas las personas tienen derecho a un juicio justo. Ambos serán acusados injustamente por sus creencias religiosas, por lo que en dichos procesos se irá manifestando la forma en la que el Santo Oficio

desplegaba toda la maquinaria judicial (amparada en el derecho canónico de la época, aprobado por la Corona española) y ejecutada según sus propias postulaciones; es decir, eran juez y verdugo.

De esta forma, los acusados no tenían otra opción que simplemente admitir culpabilidad, incluso cuando no la tenían. Para Hernando y Felipe, la suerte será la misma: ellos se verán obligados a resistir una retahíla de vejaciones porque decidieron no renunciar a sus convicciones. En esta historia se va a cuestionar desde el derecho a tomar la palabra en un proceso hasta el significado filosófico que tiene la pena de muerte. Además, se evidencian los profundos sesgos de las autoridades eclesiásticas y la población en general dentro del contexto de la Colonia en el Perú. En ese sentido, es medular indicar que ciertos elementos, como la fe de nuestros padres y abuelos, serán tomados como datos para evaluar nuestra situación de religiosidad. Asimismo, en este texto se representan detalladamente los escenarios comerciales, algunas costumbres de la época y las relaciones de poder que se establecían entre España y sus colonias. Por ello, es esencial situar a los protagonistas dentro de la lógica del poder que ostentaba la Iglesia católica y lo casi imposible que era enfrentarse a dicha maquinaria judicial.

El vaso comunicante entre la historia del juez Gustavo y la historia colonial de Hernando y Felipe son los juicios. Gustavo diariamente imparte justicia desde su despacho, buscando que cada sentencia sea emitida como producto de una valoración realmente consciente. Incluso deja de lado ciertas actividades de índole personal para poder dedicarse con mayor detenimiento a su trabajo; es un hombre que ama ser juez. Por otro lado, Hernando y Felipe se verán envueltos en estos procesos en donde se les acusa injustamente. Por lo tanto, los juicios serán los elementos en los que Gustavo verá cuáles son las consecuencias de aplicar o inaplicar las normas, pero sin un bagaje de justicia como sustrato. Así, él caerá en la cuenta de que la tarea que realiza cada día es de vital trascendencia para la vida de los demás. Incluso, cada pequeña cosa que pueda omitir podría traer como secuela un perjuicio para alguien. Entonces, a partir de la lectura de la historia de Hernando y Felipe, Gustavo concluye que cuando a alguien se le acusa de algo que no cometió, no solo se le está causando perjuicio a esa persona, sino a toda su familia e indirectamente

al sistema de justicia porque este se desprestigia y los ciudadanos pierden la confianza en sus instituciones. En tal sentido, Gustavo creará ver a los personajes de los libros que devora reflejados en su propio contexto. Cada detalle le recordará a un pasaje de los juicios que ha leído y sobre los que se ha indignado, y observará cómo la labor judicial, muchas veces, llega tarde u otras no es suficiente para impedir la muerte de alguien.

En cualquier caso, la pena de muerte será el debate medular de la historia desarrollada en la colonia no solamente porque el Tribunal del Santo Oficio tenía la potestad de quemar en la hoguera a quienes se atrevieran a ir en contra de los preceptos cristianos de la época, sino también porque la justicia ordinaria tenía dicha potestad. Por lo tanto, el cuestionamiento a la pena de muerte trasunta todo el tema, desde las preguntas que el juez Gustavo le realiza a su asistente César hasta el espectáculo de la muerte frente a las distintas sociedades en cada época. Aquí radica un elemento esencial de la novela: su potencial de poder romper la barrera del tiempo. Este texto se nutre de la polifonía de sus personajes porque, a modo de interlocutores, logran añadirle significación a las grandes preguntas que van surgiendo. Además, se ve repleta de diferentes referencias históricas, religiosas, filosóficas y jurídicas. En ella también aparecen imágenes antiguas, oraciones en latín, personajes históricos y bíblicos que se van entrelazando con la lectura y hasta fechas históricas que matizan la narración con un conocimiento bastante basto. De esta forma, cuando el lector ingresa al texto, se topa con una riqueza del lenguaje que lo invita a continuar con la lectura y conocer detalladamente las vicisitudes de un acusado de la época.

Vista de otra manera, la novela pertenece a nuestro contexto, pero recoge una visión futurista sobre el poder que tienen quienes ejercen justicia. Sumado a ello, otorga al lector las herramientas necesarias para pronunciarse sobre diferentes problemas que parten del ámbito jurídico, pero tienen trascendencia en lo más insignificante de la cotidianidad. Por eso, el texto de Figueroa Gutarra es un aporte genuino a la literatura, en cuanto manifiesta problemas humanos a propósito de las injusticias y las arbitrariedades. En adición a ello, cabe acotar que el autor ha desarrollado una prosa que invita a que el lector pueda desplazarse rápidamente por ella. Estamos, sin lugar a dudas, frente a una novela que se lee ligeramente,

pero esto no desgasta el profundo sentido que se encuentra entre líneas. Por ello, sostenemos que el texto de Figueroa Gutarra es una muestra clara de la vinculación entre lo jurídico y lo estético, más específicamente, una muestra de la relación estable y consistente entre el derecho y la literatura. En consecuencia, su importancia será aún mayor en la medida en que puede ser analizada por ambas disciplinas, las cuales permitirán encontrar nuevos significados a partir de su comunicación.

Finalmente, el título *Entre el ocaso y la fe* conserva un significado relacionado a las situaciones límites que el lector podrá ir desentrañando en los 21 capítulos hasta llegar a las páginas finales. Sin embargo, en atención a ello, cabe anotar que todo el texto está repleto de simbolismos que aportan un caudal de sentido abrumador, descripciones bastante específicas que apoyan a una mejor comprensión del universo narrativo y, también, muestras de pensamiento de los personajes que nos atraen hacia sus fueros internos. Por ello, concluimos que este libro es, sin lugar a equivocaciones, una fuente digna de la vinculación interdisciplinaria del derecho y la literatura, por lo que puede leerse como una novela que trata sobre las injusticias del ser humano o un texto jurídico que esboza y genera en el lector el pensamiento crítico sobre la función del derecho en la vida humana.

GUSTAVO REYNALDO DOMINGUEZ CHINCHA
Universidad Antonio Ruiz de Montoya
(Lima, Perú)

Contacto: a2110022@uarm.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1488-3484>



Esta reseña se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This review is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Cet avis est disponible en libre accès sous licence Creative Commons Attribution 4.0 International License.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

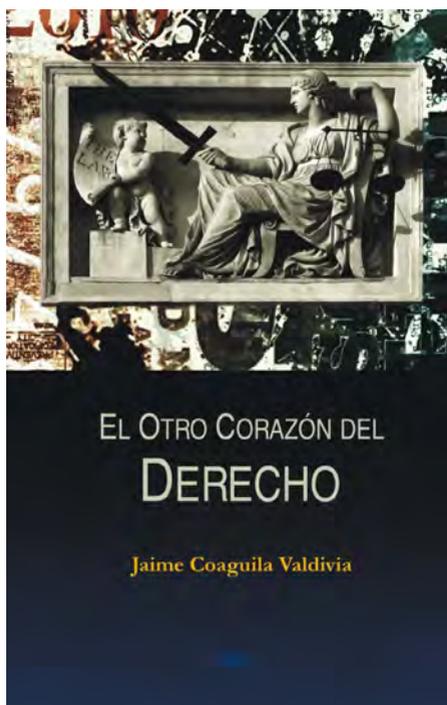
DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.15

COAGUILA VALDIVIA, J. (2010). EL OTRO CORAZÓN DEL DERECHO. 20 ENSAYOS LITERARIO-JURÍDICOS SOBRE TEORÍA DEL DERECHO.

Cascahuesos. 127 pp.

En el proceso de especialización exagerada de las profesiones y los oficios, que en el momento actual incluso toma la forma de atomización al servicio de las necesidades acuciantes del mercado, el libro de Coaguila Valdivia es un intento valioso, entre nosotros, de reflexionar, con un discurso bien estructurado, sobre ciertos tópicos de la teoría del derecho desde la perspectiva de la literatura. Para el autor, el texto literario constituye una puerta de entrada o un mirador privilegiado para acceder a aquello que por otra vía acaso hubiera permanecido inaccesible o para resolver problemas cuya dimensión real se aprecia mediante una ficción o la intuición artística. Podría entenderse, en ese sentido, que se considera al discurso literario como un corazón hermano del derecho. La reflexión y la praxis jurídicas ganarían mucho si se hicieran desde el corazón del que se desprenden estos dos discursos hermanos, el literario y el jurídico.

Como lo indica su título, el libro de Coaguila consta de veinte ensayos, la mayoría breves, que tienen una estructura cuidadosamente delineada. Se nos presenta, en un primer momento, el hecho literario que desencadena la reflexión; como es natural, al autor le interesa aquel personaje o escena en que distingue un problema jurídico relevante. Luego, desarrolla algunos conceptos que ayudan a comprender tanto el hecho literario como el concepto jurídico que el autor desea examinar. Se leen,



después, reflexiones en las cuales se trenzan ambos discursos, para terminar en una conclusión que, básicamente, conlleva una interpelación a quienes se dedican al derecho.

Ciertamente, en la literatura no es infrecuente encontrar las grandes cuestiones del derecho. Los conflictos y la justicia (en su plenitud y su carencia) atraviesan las fabulaciones de la literatura occidental. La mirada de un lector inteligente desde este canto enriquece por cierto la comprensión de los textos literarios, y quienes nos dedicamos a la lectura —digamos, profesional— de los textos literarios debemos agradecerlo.

Pero el aporte fundamental del libro no debe buscarse en esto, pues aspira a mostrar más bien cómo la práctica del derecho puede verse tocada o incluso trastocada gracias al latido de ese corazón hermano. La literatura —y el arte, en general—, por su contacto privilegiado y distinto con el corazón madre, le puede ayudar a recordar al derecho su vinculación con esa aspiración compleja (¿imposible?), esencialmente humana, a que se haga justicia.

Se comenta, como dijimos, un puñado de textos canónicos; aunque esta selección puede deberse al interés de establecer un tipo de lectura peculiar sobre un derecho en esencia eurocéntrico, no menos cierto es que una reflexión igualmente rica podría haberse realizado con un corpus más amplio, en el que tengan lugar los textos clásicos de la literatura peruana (en este volumen, apenas encontramos un estudio sobre Vallejo y, en el marco latinoamericano, sobre Borges, Bioy Casares, Carpentier, Fonseca y Cortázar). Ello, creemos, supondría un enriquecimiento por acercarnos a una dimensión esencial para comprender el hecho literario: la dimensión histórica, la articulación indisoluble de la fábula narrativa con las circunstancias del enunciado y de la enunciación. Nos parece

que por esa misma vía puede llegarse a otra dimensión de ese corazón madre, que obviamente también late distinto en esta república, pródiga de artistas a los que en general maltrata.

¿Cuál es, en fin, ese corazón madre al que accede el derecho, con el auxilio de la literatura? No es otro que la vida, el latido vital que, contradictoriamente, se nos pierde en el tráfago del día a día con poco sentido. Esta respuesta, que implica un horizonte, la hallamos en la introducción del libro: entre la literatura y el derecho hay «una unión litúrgica, la historia de la búsqueda de un corazón y el triunfo narrativo de la vida por encima de los artificios de la ley» (p. 10), pero la idea es expresada con especial claridad en un texto notable por su audacia y la problemática que plantea: «Jueces cronopio y jueces fama», dedicado a estudiar a los jueces, mediante el cristal de los conocidos personajes de Julio Cortázar. Para Coaguila, los cronopios también existen en la judicatura y, como en algunas historias del libro del escritor argentino, incluso los jueces fama tienen sus momentos de debilidad y se deslizan hacia el lado de lo poético, de lo impráctico. Interesa sobre todo que los identifique con sus posicionamientos respecto a la vida y que, en este texto, como en muy pocos otros, la reflexión se ancle en un contexto sociocultural más cercano:

El modelo del juez iberoamericano debe nutrirse literariamente del espíritu cortazariano y asumir que la vida puede ser mensurable por un termómetro, donde los seres humanos pueden clasificarse de acuerdo a sus interacciones con el entorno social que los rodea; así los cronopios [supervida: juez cronopio o juez poeta] son aquellos que tienen el alma de los artistas y la poesía en sus actos; los famas [infravida: juez positivista] son los personajes burgueses y los aburridos funcionarios del sistema; y las esperanzas se asimilan a aquellos «snobs» que no saben dónde ubicarse en el mundo, pero que les gusta estar al lado de lo prestigioso (p. 76).

Esta conciencia de la necesidad de un derecho menos adocenado, más humano y más humanista alegra sobremanera; asimismo, da gusto saber que existen jueces, como el mismo doctor Coaguila, que, lejos de

obedecer la fría ley y aplicarla como si fuera una cuadrícula, saben que de nada sirven todas estas ficciones —literarias o jurídicas— si no hacen más gratas las vidas de las personas.

MARTÍN ARREDONDO PALACIOS
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
(Lima, Perú)
Contacto: pchujoar@upc.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7377-4184>

Artículos de investigación

Miguelina Aurora Acosta Cárdenas:
un capítulo del feminismo jurídico
peruano

GLADYS FLORES HEREDIA

Derecho al olvido y perspectiva de
género. Análisis del fallo recaído en
el caso Denegri: aportes desde una
«ciencia romántica»

SOFÍA PAOLA LORENZO

Bioética para la regulación de las
técnicas de reproducción asistida y la
gestación por sustitución en México

AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE
PARADA

Doce experiencias de identidad digital

JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS

El derecho de propiedad
(1917-1957). Análisis constitucional
y jurisprudencial

RODRIGO BRITO MELGAREJO y
LUIS JULIÁN MIRELES ROMERO

Algunos apuntes sobre los conceptos
jurídicos fundamentales en la obra de
Wesley Hohfeld y Carlos Cossio. Un
diálogo con María Beatriz Arriagada
Cáceres

DIEGO LUNA

Antecedentes a la Constitución de
1823: entre el Antiguo Régimen y
la formación jurídica del Estado
republicano peruano

YURI TORNERO CRUZATT y
CARLOS MORALES CERON

El trabajo en las cárceles en el Perú
y su adecuación a los estándares
internacionales de derechos humanos

ANÍBAL RUIVO RODRÍGUEZ SALAZAR

La dignidad humana como
fundamento de los derechos humanos

CARLOS MARTÍNEZ LOZA

Private property rights from an
international human rights law
perspective. The black sheeps of
human rights?

PATRICIO D'ACUTI

La lógica de la revocación de mandato
y el juego de la indeterminación

FRANCISCO ALEJANDRO OLMOS DE LA
TORRE

El derecho de unos pocos:
Orwell y Rebelión en la granja

ALBA NIDIA MORIN FLORES

El juez entre el derecho y la literatura.
Realidad y ficción del juez literario y
su justicia poética

MARCOS GERALDO HERNÁNDEZ RUIZ

Reseñas

Figueroa Gutarra, E. (2022). *Entre el
ocaso y la fe*

GUSTAVO REYNALDO DOMINGUEZ
CHINCHA

Coaguila Valdivia, J. (2010). *El otro
corazón del derecho. 20 ensayos
literario-jurídicos sobre teoría del
derecho*

MARTÍN ARREDONDO PALACIOS