

IusInkarri

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

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

Vol. 13, n.º 16, julio-diciembre, 2024
Lima, Perú

16



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR FUNDADOR

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ (†)

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035> | CTI Vitae: 17341

E-mail: irodriguez@urp.edu.pe

DIRECTOR

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

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

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

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905> | CTI Vitae: 200081 |

Scopus iD: 57817145300

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> |

Scopus ID: 58139882900 | Scholar ID: V5RtobIAAAAJ

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> |

Scopus ID: 57219929742

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> |

Scopus ID: 201724877 | Scholar ID: gqys_6gAAAAJ

E-mail: mariadabove@derecho.uba.ar

DIEGO LUNA

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

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

Scholar ID: Bw-a2WMAAAAJ&hl=es&coi=sra

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> |

Scholar ID: yu2WvmMAAAAJ&hl=es&coi=sra

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> |

Scholar ID: xFTXHCIAAAAJ

E-mail: mmoranchel@cua.uam.mx

FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8102-9619> | CTI Vitae: 74220 |

Scopus ID: 55220063500

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> | CTI Vitae: 218970 |

Scopus ID: 58525931300 | Scholar ID: FjfK9FwAAAAJ

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

EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-6070-1533> | CTI Vitae: 145283 |

Scholar ID: cPPqFx0AAAAJ

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

MAURICIO BOURONCLE VELÁSQUEZ

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-8621-3717>

E-mail: mauricio.bouroncle@urp.edu.pe

JAVIER MORALES MENA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7871-5685> | CTI Vitae: 10422 |

Scholar ID: GPcFb-oAAAAJ

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> |

Scopus ID: 57216892562 | Scholar ID: TxDosgUAAAAJ

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> |

Scopus ID: 53463368000

E-mail: fcoJavier.drevorio@uclm.es

SUSANNA POZZOLO

Universidad de Brescia, Brescia, Italia

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8566-517X> |

Scopus ID: 57192395712 | Scholar ID: 845iGKYAAAAJ

E-mail: susanna.pozzolo@unibs.it

CAMILO ARANCIBIA HURTADO

Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7484-3068>

E-mail: camilo.arancibia@uv.cl

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0246-3159> | CTI Vitae: 203447

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> | CTI Vitae: 104263 |

Scholar ID: 1UvCseYAAAAJ

E-mail: pgrandez@pucp.pe

GORKI GONZALES MANTILLA

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-6872-672X> | CTI Vitae: 213664 |

Scopus ID: 57200747473 | Scholar ID: 3HNtONwAAAAJ

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> | CTI Vitae: 102192 |

Scopus ID: 22234789200 | Scholar ID: VjtzlzkAAAAJ

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> | CTI Vitae: 10742 |

Scholar ID: 6JKCXoAAAAAJ

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> | CTI Vitae: 53586

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> | CTI Vitae: 101039
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-9140-6580> | CTI Vitae: 44549
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> | CTI Vitae: 66838
E-mail: jcoaguila@ucsp.edu.pe

EQUIPO TÉCNICO

Corrección: Gloria Pajuelo Milla
Diagramación: Miguel Condori Mamani
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.2024.v13n16

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.

Teléfono: (511) 7080000, anexo: 0140.

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).

AUTORIDADES
DE LA UNIVERSIDAD RICARDO PALMA

DR. SEGUNDO FÉLIX ROMERO REVILLA
Rector

DR. HÉCTOR HUGO SÁNCHEZ CARLESSI
Vicerrector académico

DRA. SANDRA NEGRO
Vicerrectora de investigación

DRA. MARÍA TERESA DEL CARMEN MÉNDEZ LANDA
Directora de la Escuela de Posgrado

DR. RAÚL VIDAL CORONADO
Secretario general

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

DR. JESÚS MANUEL PRADO MEZA (e)
Decano

DRA. LUZ ÁREA SÁENZ ARANA (representante de los docentes principales)

DR. CARLOS AUGUSTO HERNÁNDEZ CAMPOS (representante de los
docentes principales)

MG. ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO (representante de los docentes
asociados)

MG. MARCO ANTONIO TRIGOSO SUÁREZ (representante de los docentes
asociados)

DR. JAVIER ALEJANDRINO NEYRA VILLANUEVA (representante de los
docentes auxiliares)
Consejo de Facultad

MG. MAURICIO RENATO BOURONCLE VELÁSQUEZ
Secretario académico-administrativo

MG. ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO
Director de la Escuela Profesional de Derecho

MG. MARCO ANTONIO TRIGOSO SUÁREZ
Director del Departamento Académico de Derecho

MG. GERARDO INDACOCHEA ARANA
Jefe de la Unidad de Grados y Títulos

MG. JUAN ALBERTO FALCÓN UGARTE
Jefe de la Unidad de Registros y Matrícula

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 los resultados de investigaciones sobre temas jurídicos. La cobertura temática de la revista incluye la amplitud de las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: el derecho constitucional, los derechos humanos, el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho penal, el derecho procesal, la filosofía del derecho, la teoría general del derecho y el derecho y literatura. Asimismo, se promueve el empleo de metodologías y enfoques inter- y multidisciplinarios que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras ciencias.

Los artículos de la revista son arbitrados bajo la modalidad de doble ciego (*double-blind peer review*), en la cual los evaluadores externos a la institución desconocen 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, además de investigadores en temas de derecho y disciplinas afines. La presente publicación está dirigida a investigadores del derecho, docentes universitarios, estudiantes y al 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 a semester publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the results of research on legal issues. The thematic coverage of the journal includes the breadth of legal specialities, among which are: constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy of law, general theory of law and law and literature. It also promotes the use of inter- and multidisciplinary methodologies and approaches that bring law closer to philosophy, sociology, political science, economics, anthropology, among other sciences.

The journal's articles are refereed under the double-blind peer review system, in which the reviewers, external to the institution, are unaware of the authors' details at the time of the review and take into account the following evaluation criteria: originality, timeliness and contribution to scientific and legal knowledge.

Ius Inkarri receives contributions from all the professors of the Faculty of Law and Political Science of our university, as well as from professors from other national and international universities, in addition to researchers in law and related disciplines. This publication is aimed at legal researchers, university professors, students and the public interested in legal research issues.

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. 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, teoria generale del diritto e diritto e letteratura. Promuove inoltre l'uso di metodologie e approcci inter e multidisciplinari che avvicinano il diritto alla filosofia, alla sociologia, alle scienze politiche, all'economia, all'antropologia e ad altre scienze.

Gli articoli della rivista sono sottoposti a revisione secondo il sistema del double-blind peer review, in cui i revisori, esterni all'istituzione, non sono a conoscenza dei dati degli autori al momento della revisione e tengono conto dei seguenti criteri di valutazione: originalità, tempestività e contributo alla conoscenza scientifica e giuridica.

Ius Inkarri riceve contributi da tutti i professori della Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche della nostra università, nonché da professori di altre università nazionali e internazionali, oltre che da ricercatori di diritto e di discipline affini. Questa pubblicazione si rivolge a ricercatori giuridici, professori universitari, studenti e al pubblico interessato ai temi della ricerca giuridica.

IusInkarri

Ius Inkarri. A Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma é uma publicação semestral, cujo principal objetivo é a divulgação de artigos inéditos que são o resultado de pesquisas sobre questões jurídicas. A cobertura temática da revista inclui a amplitude das especialidades jurídicas, entre as quais: direito constitucional, direitos humanos, direito administrativo, direito civil, direito penal, direito processual, filosofia do direito, teoria geral do direito e direito e literatura. Promove ainda a utilização de metodologias e abordagens inter e multidisciplinares que aproximam o direito da filosofia, da sociologia, da ciência política, da economia, da antropologia, entre outras ciências.

Os artigos da revista são avaliados segundo o sistema double-blind peer review, em que os revisores, externos à instituição, desconhecem os dados dos autores no momento da revisão e têm em conta os seguintes critérios de avaliação: originalidade, atualidade e contribuição para o conhecimento científico e jurídico.

Ius Inkarri recebe contribuições de todos os professores da Faculdade de Direito e Ciência Política da nossa universidade, bem como de professores de outras universidades nacionais e internacionais, para além de investigadores em direito e disciplinas afins. Esta publicação destina-se a investigadores jurídicos, professores universitários, estudantes e ao público interessado em questões de investigação jurídica.

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16

TABLA DE CONTENIDO

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- El consumidor empresario en Argentina y su análisis en la legislación comparada
21 ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU
- Notas sobre la «transculturación jurídica»: un concepto clave en contextos de pluralismo
47 IRÁN VÁZQUEZ HERNÁNDEZ
- Lo impolítico en cuestión. Un análisis sobre la crisis de las nociones jurídico-políticas modernas en las objeciones a *Categorie dell'impolitico* de Roberto Esposito
79 GUILLERMO BIALAKOWSKY
- La interseccionalidad y los derechos humanos: una aproximación bioética
103 YURI ZAMBRANO
- Eficiencia en la formalización de propiedades: evaluación de nulidades en prescripción adquisitiva y estrategias de mejora notarial
141 ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ

- Cuestiones importantes que se deben tener en cuenta sobre los poderes
165 AXEL ENRIQUE TUIRO LAYME
- Derecho de acceso a la justicia del niño indígena en el Perú
181 JAINOR AVELLANEDA-VÁSQUEZ, LEONARDO ORTIZ-MAS, ANGIE MARICIELO YNOÑAN-VALDERA Y FLOR LEONARDA SANTIAGO-CANTEÑO
- Psicoanálisis del abogado: alto riesgo para su salud mental
203 PEDRO MARTÍNEZ VALERA
- Direito e artes visuais: imagem, imaginário e imaginação no direito
223 RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI
- Derecho en la literatura: imágenes surrealistas en «María del Carmen» de Francisco (Paco) Espínola
247 LUIS MELIANTE GARCÉ, MARÍA JOSÉ PORTILLO, CATHERINE LÓPEZ Y MA. CECILIA BARNECH

RESEÑAS

- Romero Revilla, R., y Flores Heredia, G. (eds). (2024). *Derecho y Literatura en América Latina: Homenaje a Iván Rodríguez Chávez*. Universidad Ricardo Palma. 328 pp. Una lectura del tomo I
273 MATEO MANSILLA-MOYA
- Costeloe, M. P. (2000). *La república central en México, 1835-1846. «Hombres de bien» en la época de Santa Anna*. Fondo de Cultura Económica. 406 pp.
279 LUIS JULIÁN MIRELES ROMERO

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 13, n.º 16, julio-diciembre, 2024 • 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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.01

EL CONSUMIDOR EMPRESARIO EN ARGENTINA Y SU ANÁLISIS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

The businessman as a consumer in Argentina and its analysis in comparative legislation

L'imprenditore come consumatore in Argentina e la sua analisi nella legislazione comparata

O empresário como consumidor na Argentina e sua análise na legislação comparada

ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU

Universidad Católica de Santiago del Estero (DASS)
(San Salvador de Jujuy, Argentina)

Contacto: ariascau@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-0536-1499>

RESUMEN

La relación jurídica de consumo, como especie de la relación de obligación, es una noción fundamental en el desarrollo del derecho de defensa del consumidor y cuenta con apoyo normativo en toda Latinoamérica, ya sea de orden constitucional o legal, lo que permite obtener un lenguaje común. Ello tiene repercusiones interesantes en el progreso de la disciplina. Sin embargo, el objeto del presente trabajo es más restringido, habida cuenta de que consiste en indagar sobre la noción de consumidor, sus clasificaciones y las discusiones técnicas sobre un concepto que tiene

puntos de contacto con el comerciante o el empresario y que alguna doctrina denomina como consumidor mixto o empresario.

Palabras clave: relación de consumo; consumidor; destino final; diferentes tesis de interpretación; consumidor mixto.

Términos de indización: consumo; consumidor; legislación; Argentina (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The legal relationship of consumption, as a kind of obligation relationship, is a fundamental notion in the development of consumer protection law and has normative support throughout Latin America, whether constitutional or legal, which allows for a common language to be obtained. This has interesting repercussions on the progress of the discipline. However, the purpose of this paper is more restricted since it consists of investigating the notion of consumer, its classifications, and the technical discussions on a concept that has points of contact with the trader or businessman and that some doctrine calls a mixed consumer or businessman.

Key words: consumer relationship; consumer; final destination; different interpretation theses; mixed consumer.

Indexing terms: consumption; consumers; legislation; Argentina (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il rapporto giuridico di consumo, come una specie di rapporto di obbligazione, è una nozione fondamentale nello sviluppo del diritto della protezione dei consumatori e ha un supporto normativo in tutta l'America Latina, sia costituzionale che giuridico, che permette di ottenere un linguaggio comune. Ciò ha ripercussioni interessanti sul progresso della disciplina. Tuttavia, lo scopo di questo articolo è più limitato, poiché consiste nell'indagare la nozione di consumatore, le sue classificazioni e le discussioni tecniche su un concetto che ha punti di contatto con il

commerciante o l'uomo d'affari e che una parte della dottrina chiama consumatore misto o uomo d'affari.

Parole chiave: rapporto di consumo; consumatore; destinazione finale; diverse tesi interpretative; consumatore misto.

Termes d'indexation: consumo, consumatore; legislazione; Argentina (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

A relação jurídica de consumo, como uma espécie de relação obrigacional, é uma noção fundamental no desenvolvimento do direito de defesa do consumidor e tem suporte normativo em toda a América Latina, seja constitucional ou legal, o que permite a obtenção de uma linguagem comum. Este facto tem repercussões interessantes no progresso da disciplina. No entanto, o objetivo deste trabalho é mais restrito, pois consiste em investigar a noção de consumidor, suas classificações e as discussões técnicas sobre um conceito que tem pontos de contato com o comerciante ou empresário e que alguma doutrina chama de misto de consumidor ou empresário.

Palavras-chave: relação de consumo; consumidor; destinação final; diferentes teses interpretativas; consumidor misto.

Termos de indexação: consumo; consumidor; legislação; Argentina (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 9/10/2024

Revisado: 7/11/2024

Aceptado: 9/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

La relación jurídica de consumo, como especie de la relación de obligación, es una noción fundamental en el desarrollo del derecho de defensa del consumidor y cuenta con apoyo normativo en toda Latinoamérica, ya sea de orden constitucional o legal, lo que posibilita obtener un lenguaje común y tiene repercusiones interesantes en el progreso de la disciplina. En otras palabras, la institución jurídica conocida como «relación de consumo» constituye la base sobre la cual se construye el régimen de defensa del consumidor en América del Sur¹, aunque su concepto y extensión no sean pacíficos.

A partir de la noción técnica, la doctrina ha precisado sus márgenes o límites mediante el análisis de cada uno de los componentes que la integran: sujeto, objeto, causa y vínculo, es decir, el ámbito subjetivo (consumidor y proveedor), el ámbito objetivo (bien o servicio), el destino final (causa fin) y, por último, el vínculo jurídico que anuda a todos los términos anteriores, puesto que admite la fuente extracontractual, contractual y poscontractual. La adopción de esta categoría legal ha originado algunos problemas en la práctica y, por ello, surge la «tarea de delimitación de los ámbitos de aplicación» (Santarelli y Mendez Acosta, 2022) para arribar a soluciones concretas.

En nuestro concepto, adelantamos que se trata de un vínculo jurídico que, en la mayoría de los casos, une o liga a un sujeto acreedor (consumidor) con un deudor (proveedor) sobre una prestación de contenido patrimonial comprensiva de bienes o servicios, onerosa o gratuita, que admite tanto la fuente contractual como la extracontractual, ya sea de manera previa al perfeccionamiento del contrato (*v. gr.* oferta, publicidad, prácticas comerciales) o posterior al cumplimiento (*v. gr.* garantías, responsabilidad), produce consecuencias jurídicas con su propia categoría

1 Reconocen la noción y, por ende, sus elementos las leyes protectorias correspondientes a los Estados latinoamericanos de Bolivia (arts. 3 y 5, inc. 10, Ley n.º 453), Brasil (arts. 2, 4, 46, 48, Ley n.º 8078), Chile (arts. 1, 17 D, Ley n.º 19.496), Colombia (art. 2, Ley n.º 1480), Ecuador (art. 1, Ley n.º 21), Paraguay (art. 5, Ley n.º 1334), Perú (título preliminar, arts. III y IV.5; arts. 9, 21.3, 38, 45, 57 y 62, Ley n.º 29.571) y Uruguay (arts. 2, 4 y 13, Ley n.º 17.250).

de daños y es adquirida o utilizada como destinatario final, en beneficio propio, familiar o social, de carácter privado o doméstico.

Además, conviene advertir que esta relación jurídica de consumo es asimétrica porque se caracteriza por la desigualdad estructural, de índole jurídica y económica como técnica o de información, que permite considerar a una parte como vulnerable, débil o profana y a la otra parte como fuerte o profesional: la primera recibe el nombre de consumidor o usuario y la segunda es llamada proveedor de bienes o servicios.

De este modo, se verifica que la noción sumariamente descripta excede la fuente contractual extendiendo su aplicación a aquellos supuestos que implican otras fuentes, como la voluntad unilateral o el acto ilícito. En términos más claros, se ha pasado del acto de consumo al hecho de consumo, entendido como relación de consumo en sentido amplio.

Pues bien, a pesar de que el desarrollo conceptual de la figura es muy atractivo, el objeto del presente trabajo es más restringido habida cuenta de que consiste en indagar sobre la noción de consumidor, sus clasificaciones y las discusiones técnicas sobre un concepto que tiene puntos de contacto con el comerciante o el empresario, el cual es denominado como consumidor mixto o consumidor proveedor por alguna doctrina. En efecto, el problema consiste en el modo o los parámetros pendulares que toman los distintos ordenamientos legales para abordar la figura, que va desde quienes la consideran como una hipótesis legal que requiere protección como consumidor hasta otros que rechazan su inclusión dentro del ordenamiento protectorio. Por lo tanto, como bien dice Calderón (2019, p. 77), «a mayor extensión del concepto de consumidor se dará un incremento de las normas específicamente tuitivas».

Para su correcta dilucidación, siguiendo una metodología comparativa y de carácter inductivo, en primer lugar, brindaremos un breve panorama conceptual abrevando en las aguas del derecho comparado latinoamericano, para luego exponer cómo se entiende el concepto en la República Argentina a partir de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial en el año 2015. En segundo lugar, compartiremos nuestra posición sobre las diferentes opciones de interpretación, teniendo en cuenta el método antedicho. Finalmente, efectuaremos algunas conclusiones sobre el instituto técnico.

2. LA NOCIÓN TÉCNICA DE CONSUMIDOR

Se ha expresado que el derecho «reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, estableciendo una serie de normas, principios e instituciones de protección en su favor» (Barocelli, 2020, p. 205) y resulta de aplicación en la medida en que se configure la noción técnica de consumidor.

El consumidor es aquella persona física o jurídica que adquiere bienes o utiliza servicios como destinatario final o para su grupo familiar. Por de pronto, advertimos que el derecho latinoamericano recepta, de un modo pacífico, al consumidor sea como persona física o humana, sea como persona jurídica de cualquier especie o tipología jurídica. Ello es así, por lo menos, en la revista de los plexos normativos analizados, pero luego la doctrina acepta ciertas restricciones o limitaciones. Así, por ejemplo, no toda persona jurídica es admitida como consumidor en sentido estricto, como sería el supuesto legal del Estado *lato sensu*.

2.1. CLASES

Se distingue al consumidor en diferentes clases, según se trate de un celebrante de un contrato de consumo, de un mero usuario de un bien o servicio que utiliza pero que no ha adquirido jurídicamente, o de un consumidor expuesto a un daño sufrido por un producto. Podemos esquematizarlo del modo siguiente: 1) consumidor contractual o directo; 2) consumidor fáctico o usuario; 3) consumidor expuesto o *bystander*.

En la primera hipótesis, el contrato de consumo es perfeccionado por el consumidor, mediante la aceptación de la oferta emitida por el proveedor, sea o no al público, que tiene por objeto la adquisición de un bien o un servicio. La noción conceptual de contrato de consumo como acto jurídico bilateral patrimonial es omnicomprendiva, puesto que abarca o incluye cualquier vínculo, sea nominado (*v. gr.* compraventa, locación, cesión de derechos) o innominado (*v. gr.* contrato de hospedaje u hotelería), respectivamente. Alguna doctrina lo denomina directo porque entiende que el acto jurídico contractual es celebrado «directamente» por el propio consumidor o beneficiario y posee un régimen

específico de protección en el régimen del consumidor (Krieger y Jalil, 2021). Así, es el caso de un contrato de compraventa de un automotor por quien será su titular pagando para ello el precio convenido con el proveedor (*v. gr.* concesionaria de venta de automóviles).

En la segunda hipótesis, en cambio, el consumidor fáctico o indirecto, también llamado «usuario», se caracteriza porque utiliza el bien o el servicio, pero no ha celebrado el vínculo jurídico contractual. Es decir, no ha adquirido el producto ni tampoco ha pagado el precio. El ejemplo típico es un regalo u obsequio de cumpleaños. Se dice que es fáctico porque lo utiliza en los hechos. Alguna doctrina, por el contrario, prefiere denominarlo como usuario, en general, porque luego puede incorporar una subclasificación con el usuario particular de servicios públicos, sean o no domiciliarios.

En la tercera hipótesis encontramos al consumidor expuesto o *bystander*, quien se distingue del consumidor contractual y del usuario en virtud de que no ha celebrado el contrato de consumo, tampoco se sirve del bien o del servicio, pero se encuentra conectado con un vínculo causal, especialmente aplicable en materia de responsabilidad de naturaleza de consumo que le origina o causa un daño. Así, en Argentina, Fernando Shina (2022) considera aplicable el régimen de defensa del consumidor al tercero dañado como consecuencia de un siniestro o una colisión vial en el cual uno de los automotores posee un contrato de seguro con una compañía y ello le permite ejercer alguna acción como si hubiera celebrado el contrato.

De otro lado, a diferencia de la relación jurídica de obligación, que es de carácter individual y patrimonial, los derechos del consumidor son de naturaleza bifronte porque admiten su clasificación en derechos individuales propiamente dichos y derechos colectivos o de incidencia colectiva. Es decir, podemos encontrar al consumidor individual y al colectivo, siempre que los derechos contenidos en su pretensión concreta tengan por objeto la protección de un derecho individual o de naturaleza colectiva, respectivamente. Empero, profundizando más en la noción de consumidor individual como persona física o humana, también es factible considerar ciertos individuos que, por sus especiales características, razones de edad (niños, niñas y adolescentes), género (mujeres), situación

económica (deudores fallidos), conocimientos tecnológicos (analfabetos tecnológicos) y/o situación de jubilación (personas de la tercera edad o ancianos), requieren una protección diferenciada y de mayor intensidad normativa. Esta categoría se denomina como «consumidor hipervulnerable» o «subconsumidor» y mediante ella se propicia, a los efectos de su protección, la aplicación de la tecnología de los derechos humanos (Sozzo, 2020).

Finalmente, con independencia de las clases de consumidores descriptas, también es posible clasificar al consumidor a través de la técnica de las categorías, según el contrato, nominado o innominado, que celebre o perfeccione con la finalidad de brindarle una solución más específica o bien reglas jurídicas concretas que otorguen una mayor protección, sea en la propia ley de defensa del consumidor o en una ley especial. Así, por ejemplo, a los efectos didácticos es factible explicitar las siguientes categorías: consumidor de créditos, consumidor bancario o financiero, consumidor inmobiliario, consumidor de seguros, consumidor de servicios públicos, etc.

2.2. DESTINO FINAL

Lo más relevante, sin embargo, no es el ámbito subjetivo u objetivo propiamente dicho, en el sentido de que se trate de una persona natural o jurídica que celebre el acto de adquisición de un bien o la prestación del servicio, sino que la protección del régimen de defensa del consumidor es más intensa cuando esa adquisición o prestación tiene consumo o destino final. La delimitación de lo que se entiende por destino final no es sencilla y ha sido motivo de discusión por parte de los autores o los especialistas según que se ponga énfasis o mayor detenimiento en la vulnerabilidad intrínseca del consumidor o el destino final de la adquisición o prestación, respectivamente.

Por de pronto, siguiendo a Chamatropulos (2019), es factible distinguir tres tesis que van desde una perspectiva económica, mayor acentuación en la vulnerabilidad hasta arribar a una posición más finalista o teleológica. Las veremos a continuación.

2.2.1. Tesis objetiva (maximalista)

En primer lugar, la teoría objetiva le confiere relevancia económica a la noción de «destino final» del bien o servicio *lato sensu*, con independencia del ámbito subjetivo del consumidor del que se trate, sea una persona natural o jurídica. En efecto, conforme afirman Castelli et al. (2023, t. iv, p. 13), se interpreta la frase destino final como un «hecho de carácter objetivo» de carácter económico que consiste en que la adquisición del bien implica retirarlo del mercado porque se agota la cadena de valor, ya que no se lo reingresa para obtener un beneficio lucrativo. Empero, lo relevante es el hecho objetivo de contratar fuera del ámbito de su actividad habitual o profesional y, por ende, implica una extensión de la protección a los profesionales o los empresarios, sean pequeños o medianos, porque en definitiva ostentan un menor o mayor grado de vulnerabilidad, respectivamente. En otras palabras, no interesa el ámbito subjetivo, sea que trate de una persona natural o jurídica, y dentro de la jurídica si esta posee o no fin de lucro (*v. gr.* sociedad comercial). Para explicar la noción se recurre a la frase «no profesionalidad relevante» cuando esa adquisición no es destinada a la actividad habitual o es realizada fuera del radio de actuación empresarial.

2.2.2. Tesis subjetiva (relacional)

En segundo lugar, respecto a la idea de destino final, la tesis mixta o subjetiva tiene en cuenta exclusivamente la vulnerabilidad del sujeto protegido, considerándola como piedra de toque para la aplicación del régimen protectorio. Parafraseando a Rusconi (2014), se afirma que el derecho del consumidor es un orden protectorio especial que no regula el mercado o el consumo, sino que brinda protección a las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en condiciones de vulnerabilidad; por lo tanto, la vulnerabilidad es un «estado» que, en algunos casos, se presume y, en otras situaciones, es producto de las circunstancias del caso.

Cuando se trata de personas humanas y personas jurídicas sin ánimo de lucro, el carácter de consumidor se presume con carácter *iure et de iure*, es decir, no admite prueba en contrario. En cambio, cuando se trata de pequeños empresarios o personas jurídicas con tipología comercial, esa presunción es de carácter *iuris tantum* en virtud de que puede presumirse

la vulnerabilidad en aquellas operaciones realizadas fuera del ámbito de su actividad profesional habitual y, en supuestos excepcionales, en aquellas situaciones de vulnerabilidad material, ya sea porque se trata de un bien escaso, esencial, insustituible, comercializado en condiciones monopólicas o mediante una operación particularmente compleja o se encuentran expuestos a prácticas comerciales anticompetitivas o abusivas que impliquen un extraordinario sometimiento; o bien se trata de vulnerabilidad técnica cuando exista una asimetría relevante en materia de información con respecto al proveedor.

2.2.3. Tesis finalista (teleológica)

En tercer lugar se encuentra la tesis finalista, la cual se apoya fundamentalmente en el beneficio propio o doméstico, como del grupo familiar o social, de la adquisición o la prestación del bien o servicio con destino final. En efecto, para que quien adquiera o utilice un bien pueda ser considerado consumidor, el destino del bien o servicio debe ser un uso privado, doméstico o no profesional (destinatario final económico), pero analizándose de un modo restrictivo todas aquellas situaciones que tengan por objeto aplicar el ordenamiento protectorio especial a sujetos que puedan tener una protección general en el derecho privado.

En este punto, el lector se estará preguntando dónde radican las diferencias con relación a las otras tesis anteriores. Por un lado, para distinguirla de la tesis objetiva, conviene señalar que en esta tesis finalista la adquisición posee una interpretación integral o totalizadora porque no debe escindirse la noción de destino final del beneficio propio, familiar o social encontrándose intrínsecamente vinculados por la teleología de la adquisición o uso del bien o servicio: esto es, que toda adquisición impide ser utilizada como medio o instrumento para generar riqueza. Por lo tanto, se niega el carácter de consumidor cuando lo adquirido tenga una relación directa o indirecta con la cadena de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios. Dicho de otro modo, podríamos inferir que la persona jurídica no será consumidora cuando adquiera bienes o utilice servicios para integrarlos, de modo directo o indirecto, a un proceso económico dirigido al mercado.

Por otro lado, se distingue de la tesis subjetiva porque la noción de vulnerabilidad o de las condiciones de vulnerabilidad no son *per se* suficientes para considerarlas como consumidoras porque también se requiere el destino final de la adquisición del bien o del servicio como beneficiario. En otras palabras, la vulnerabilidad subjetiva o de situación no es suficiente para gozar del ámbito protectorio, sino que necesita además complementarse con el destino final o privado.

A modo de colofón, para los partidarios de la tesis finalista, el concepto de consumidor debe interpretarse siempre a partir de dos elementos que deben cumplirse simultáneamente, a saber: la aplicación del principio de vulnerabilidad y la destinación final, económica y no profesional del producto o servicio.

3. EL CONSUMIDOR EMPRESARIO

La noción abstracta de consumidor permite el desarrollo de conceptos, clases y categorías que son importantes para el momento de la decisión en el caso concreto. En efecto, habiéndose cumplido tanto el ámbito subjetivo como el objetivo y, además, el destino final de la adquisición, la solución lógica es encuadrar el supuesto de hecho dentro del derecho de defensa del consumidor, cuya finalidad es protectoria. En tales términos, Calderón (2019) afirma que «la conveniencia de aplicar normas genéricamente tuitivas más allá del Derecho del Consumo surge del hecho de que estas normas realizan de manera adecuada el mandato del principio protectorio» (p. 161). Esta solución no es menor, puesto que las reglas y los principios de la disciplina del consumidor son mucho más protectorias que aquellos del derecho privado en general, basados en la relación asimétrica entre el consumidor y el proveedor, admitiéndose una vía procesal rápida y con facilidades probatorias.

Sin embargo, a partir de la presentación de las diferentes teorías o tesis relativas a la causa fin de esa adquisición o prestación, hemos inferido un supuesto complejo que reside en la decisión de política legislativa de proteger también al pequeño empresario o comerciante dentro del régimen protectorio.

3.1. NOCIÓN

Cuando nos referimos al fenómeno del consumidor-empresario o mixto, pensamos en aquella persona humana o jurídica que adquiere bienes o servicios mediante la celebración de un contrato de consumo, a título oneroso o gratuito, constituyéndose como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, pero que también se dedica —de modo paralelo— a una actividad profesional, comercial o empresarial, aún ocasionalmente, relacionada con la adquisición o la prestación, sea de forma directa o indirecta. Dicho de otro modo, siguiendo a Shwoihort (2023):

el consumo mixto está caracterizado por la adquisición de un bien que participa de ambas finalidades, esto es, se orienta a la reintroducción en el mercado por parte del proveedor (lo que lo excluiría de la protección consumeril) pero, a su vez, también posee un aprovechamiento como destino final (pp. 188 y sig.).

En primer lugar, la noción comprende tanto a la persona física o natural como a la persona jurídica en cualquiera de sus tipologías, sean o no societarias. Aquí ya se avizoran los problemas derivados de la amplitud conceptual porque calificarían subjetivamente como tales todos o casi todos los sujetos de derecho.

En segundo lugar, el ámbito objetivo también es máximo porque abarca cualquier adquisición o prestación de bienes o servicios incorporados al mercado, con independencia de su celebración a título oneroso o gratuito, en cuanto soliciten una prestación equivalente o no la requieran, respectivamente.

En tercer lugar, en lo que consideramos el núcleo medular de la cuestión, el punto crítico estriba en la adopción de alguna de las diferentes tesis sobre el destino final, lo que inclinará la balanza para un lado o el otro. Así, Aicega (2021, t. 1) afirma que «el empresario, sea persona humana o jurídica, puede en algunos casos, cuando sea destinatario final de bienes, revestir el carácter de consumidor» (p. 44). Es decir, cuando esta persona humana o jurídica adquiere bienes o utiliza servicios para su destino final, actúa como consumidor propiamente dicho; en cambio, otras veces actúa o interviene en el mercado como empresario

individual o colectivo, respectivamente, porque aplica de modo directo o indirecto a su actividad productiva los bienes o servicios adquiridos. Así, por ejemplo, se puede celebrar un contrato de compraventa sobre un automotor utilizándolo en la semana para prestar un servicio oneroso (*v. gr.* Uber), mientras que el fin de semana el mismo vehículo se usa para viajar con la familia de vacaciones. Análogamente, si perfecciona un contrato de carga de combustible en la semana con la finalidad de prestar un servicio oneroso, no será de consumo porque utiliza ese bien para generar lucro; de otro lado, si efectúa la misma prestación en el fin de semana, sí será una adquisición de consumo. Por consiguiente, como ya habrá advertido el lector, el mismo bien o servicio tiene una doble finalidad según las circunstancias. De acuerdo con Castelli et al. (2023, t. IV):

parece válido preguntarse si califican como consumidores en los términos del art. 1092 aquellas personas que utilizan sus celulares con propósitos profesionales o de negocios [...]. Estos no son casos donde se agota el presupuesto del destino final del bien, ni tampoco se utiliza exclusivamente para beneficio de la persona o de su grupo (p. 13).

3.2. LEGISLACIÓN COMPARADA

Adelantamos que el análisis de la legislación comparada en Latinoamérica es pendular, toda vez que algunas receptan parcialmente² la categoría (*v. gr.* Colombia), mientras otras lo rechazan de plano³ (*v. gr.* Chile),

2 Véase la legislación protectoria colombiana. Ley n.º 1480, art. 5. Definiciones. «Para los efectos de la presente ley, se entiende por: 1. Calidad [...]. 2. Cláusula de prórroga automática [...]. 3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario».

3 Por ejemplo, la legislación protectoria chilena. Ley n.º 19.496. «Art. 1.1.- Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número

aunque con alguna matización. Así, por ejemplo, en la doctrina chilena se afirma que «es posible concluir que las empresas, quedan excluidas del concepto de consumidor. Este no es un tema pacífico en el Derecho extranjero, pues hay ordenamientos que incluyen a los empresarios como consumidores y otros que no» (Morales, 2021, p. 107).

Con respecto a la persona natural, física o humana que se dedique de modo profesional a una actividad empresarial o giro comercial, podrá ser considerada consumidora en la medida en que la adquisición del bien o la prestación del servicio sea ajena o no se encuentre intrínsecamente vinculada a dicha actividad (Colombia), mediante el cumplimiento del requisito de no profesionalidad de la adquisición o la prestación. Se requiere, pues, verificar que la adquisición del producto por parte del consumidor empresario no se encuentre vinculada a su actividad profesional (*v. gr.* la compraventa de un medicamento por parte de un abogado).

Habitualmente, el legislador recurre a dos criterios delimitadores según la integración o la asimetría, sea de modo individual o acumulativo, respectivamente. Por un lado, reafirma el carácter de destinatario final (Chile) para impedir que la adquisición o la utilización de un insumo —en forma directa o indirecta— que sea necesario para integrarlo (Uruguay) a un proceso de producción pueda ser considerada como un contrato de consumo y, por extensión, su adquirente sea considerado como un consumidor. La noción de integración a la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios es la piedra de toque para determinar si estamos en presencia de un consumidor o de un empresario (*v. gr.* la contratación del servicio de prestación de energía eléctrica para una empresa o una casa de familia).

siguiente deban entenderse como proveedores». En materia de microempresas, véase la Ley n.º 20.416 (2010): «Artículo 9.- Rol de Consumidoras. Establécese la protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras, en los términos que siguen: 1) Ámbito de Aplicación. El presente artículo tiene por objeto normar las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, establecer las infracciones en perjuicio de aquellas y señalar el procedimiento aplicable en la materia. Para los efectos de esta ley se entenderá por proveedores las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1º de la Ley n.º 19.496, desarrollen las actividades allí señaladas respecto de micro y pequeñas empresas...».

Por otro lado, excepcionalmente, reconoce dicho carácter también a los pequeños empresarios⁴ (Perú) en la medida en que la adquisición del bien o la utilización del servicio no sea alcanzada por la profesión habitual que desempeñe y como un modo de protección más intenso con sustento en la asimetría informativa, previa acreditación de los requisitos siguientes: a) persona natural o jurídica (microempresario); b) adquisición o utilización de un producto o servicio no destinado al giro propio del negocio o de su actividad como proveedor; c) asimetría informativa con el proveedor.

A pesar de todo, sin desconocer la asimetría que existe entre dos empresarios, ya sea por razones jurídicas, económicas o técnicas, no es menos cierto que «se debe tener en cuenta que la forma de proteger al consumidor destinatario final y al empresario más débil, no debería ser la misma, pues se trata de relaciones de diferente naturaleza que parten de supuestos diferentes» (Morales, 2021, p. 107).

Con respecto a la persona jurídica, el derecho comparado latinoamericano por vía de principio reconoce sin excepciones a la persona jurídica como posible consumidora, aunque luego efectúa algunas matizaciones para evitar la extralimitación de la protección, mediante la noción de destino o destinatario final, a diferencia del derecho europeo que solo considera consumidor a la persona humana o natural (Alemania⁵).

3.3. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Entonces, la regla es que, en las legislaciones especiales, la persona natural o jurídica es considerada como consumidora en la medida en que cumpla con los requisitos previstos para ello, tomándose como guía el concepto de no profesionalidad o ajenidad. Como excepción, no tendrá dicha calidad cuando no sea destinataria final porque es considerada

4 Ley n.º 29.571, título preliminar, art. IV.1. Consumidores o usuarios.- «1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio».

5 BGB, §13 Consumidor: «Consumidor es toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónomo».

como proveedora o productora, o bien adquiera un bien o servicio para utilizarlo como medio de producción o desarrollo de un nuevo producto, sea de modo principal o accesorio, directo o indirecto, correspondiendo intrínsecamente a su actividad empresarial o de carácter profesional.

4. LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR EMPRESARIO EN ARGENTINA

4.1. ETAPAS CRONOLÓGICAS

En una primera etapa, teniendo en cuenta que tanto en la materia civil (Código Civil) como en la comercial (Código de Comercio) los instrumentos jurídicos eran de fuerte impronta decimonónica porque habían sido sancionados en el siglo XIX, la aparición de la Ley Especial n.º 24.240 (1993) adoptó una noción de consumidor sencilla que comprendía tanto a las personas físicas como jurídicas (art. 1, LDC). Esta decisión permitió la formación de una corriente doctrinaria de relativa importancia que propició la inclusión de los pequeños empresarios como consumidores y de las sociedades comerciales, pero encontraba un obstáculo normativo expreso en el segundo párrafo de la definición de proveedor⁶ (art. 2, LDC), el cual introducía el criterio de la integración en procesos productivos.

En una segunda etapa, con la modificación del régimen del consumidor vía la Ley n.º 26.361 (2008), se amplificó su ámbito de aplicación teniendo en cuenta la supresión parcial del párrafo segundo antedicho

6 Ley n.º 24.240 (1993), «art. 2º- Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. *No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.* No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento». El texto en cursiva luego fue suprimido por la Ley n.º 26.361 (2008).

del art. 2 de la LDC. Por ello, se afirmó que los artesanos individuales en su relación con las grandes empresas se encontraban en una situación de vulnerabilidad que les permitía requerir la protección del régimen del consumidor. Esta decisión de política legislativa parecería adoptar la tesis de la vulnerabilidad como requisito más relevante para la aplicación del régimen protectorio, dejando de lado —en principio— el destino final. Sin embargo, esta decisión tenía como objetivo contar con la aplicación del régimen de las cláusulas abusivas regulado en el régimen protectorio (art. 37, LDC), incluidas en los contratos por adhesión, a fin de obtener la nulidad (total o parcial) de un contrato, ante la carencia normativa de los códigos decimonónicos entonces vigentes.

En una tercera etapa, la cual estamos transitando, la derogación de los Códigos Civil y de Comercio mediante la unificación civil y comercial, a partir de la sanción y la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial (2015), nos permite analizar la cuestión desde otro prisma normativo. Ello es así, puesto que el instrumento legal citado incorporó una parte general del derecho de defensa del consumidor al texto codificado (arts. 1092 a 1222, CCyC) y modificó las reglas correspondientes de la Ley n.º 24.240 (arts. 1, 40 *bis* y 52 *bis*, LDC), configurándose la categoría de consumidor con una redacción más razonable y sendas reglas jurídicas también aplicables. Desde un punto de vista general, reforzó la categoría del consumidor mixto, especialmente cuando se trate de una persona humana (art. 19, CCyC). Desde un punto de vista especial, ubicó al consumidor expuesto solo en el ámbito de las prácticas comerciales (art. 1096 y conc., CCyC) y no en la parte general del derecho del consumidor.

En suma, el Código Civil y Comercial considera como consumidor a la persona humana que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final «en beneficio propio o de su grupo familiar o social», pero sin acoger el criterio expreso de la no profesionalidad con relación a la adquisición. Asimismo, mantiene a la persona jurídica (art. 1092, CCyC) como consumidora, sin efectuar distinción alguna en torno a su configuración societaria o no societaria, como tampoco adhiere expresamente a los criterios de lucro o integración del bien (principal o accesorio, directo o indirecto, genérico o específico) como del servicio adquirido.

El legislador argentino, entonces, parecería no haber receptado el criterio de la no profesionalidad, a diferencia del régimen jurídico de los países latinoamericanos⁷, de modo que subsiste el interrogante sobre la interpretación de la noción de consumidor empresario, temática a la cual nos avocaremos a continuación para brindar nuestra posición.

4.2. NUESTRA OPINIÓN

Conviene distinguir, a grandes rasgos, dos situaciones que, como es lógico, tendrán respuestas jurídicas distintas.

4.2.1. Consumidor empresario como persona humana

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial, a nuestro juicio, se ha reforzado la noción de consumidor mixto como persona humana, puesto que se reconoce que será tal, aún cuando parcialmente adquiera o utilice un bien para destinarlo a una actividad profesional, siempre y cuando se pruebe también un uso privado, doméstico o no profesional (art. 1093, CCyC). Para ello deben darse dos condiciones (Arias Cáu, 2023): a) que la actora en el juicio de consumo invoque y pruebe su carácter de destinatario mixto y b) que la parte demandada no niegue en el caso la categoría de consumidor mixto y lo pueda probar.

Entonces, si de las circunstancias del caso y previa investigación de hecho se acredita que el bien o el servicio es mixto, se aplica el criterio *pro consumidor* (art. 1094, CCyC), que también está reconocido en la legislación comparada. Se encuentran ejemplos de aplicaciones concretas dentro de la economía interna del novel cuerpo unificado tanto en la locación habitacional como en la locación de consumo (art. 1194, CCyC)

7 Podemos distinguir un amplio espectro normativo que comprende desde una tesis restrictiva que recepta la noción de consumidor empresario en la medida en que la adquisición no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica (Ley n.º 1480 de Colombia, art. 5, núm. 3), se trate de microempresarios en situación de asimetría informativa (Ley n.º 29.571 de Perú, título preliminar, art. iv.1.1.2), hasta una tesis negatoria en la cual de ningún modo podrá ser considerado como consumidor (Ley n.º 19.496 de Chile, art. 1, inc. 1, último párrafo) porque la adquisición o la prestación carece de destino final (LODC de Ecuador, art. 2; Ley n.º 17.250 de Uruguay, art. 2, segundo párrafo). Por último, hay legislaciones como las de Paraguay o Venezuela que no lo tratan de modo expreso.

como también en la categoría de consumidor bancario (arts. 1379, 1384 y conc., CCyC) cuando fuere cartera de consumo o cartera comercial, respectivamente, en la cual la categorización de la entidad bancaria es indiciaria pero no concluyente. En suma, Tambussi y Arias Cáu (2022) bien señalaron que «para el caso que el intérprete tuviere dudas en torno a la configuración o no de una relación de consumo; o bien, algunos de sus elementos no estuviere claro» (p. 41), deberá aplicarse el principio *in dubio pro consumidor*.

La interpretación antedicha resulta razonable porque toma en consideración la denominada constitucionalización del derecho privado ubicando como centro a la Constitución Nacional Argentina y los tratados internacionales de derechos humanos (art. 1, CCyC) que poseen jerarquía constitucional en nuestro país, reconociéndose también una pluralidad de fuentes normativas (Sosa, 2022) que deben ser tenidas en cuenta por el operador del derecho al momento de su aplicación, considerando los principios jurídicos y los valores (art. 2, CCyC). Además, de modo coherente y sistemático, se afirma la inviolabilidad de la persona humana garantizándose el «reconocimiento y respeto de su dignidad» (art. 51, CCyC). Así, por ejemplo, en la doctrina chilena González Cazorla (2019) afirma que

la normativa impone al proveedor resguardar la dignidad de las personas tratándose de las medidas de seguridad adoptadas por un establecimiento comercial, por lo que su obligación se refiere a un sujeto indeterminado que poco a poco puede tomar cierta determinación... (p. 112).

4.2.2. Consumidor empresario como persona jurídica

La doctrina mayoritaria sostiene que, para identificar si una sociedad comercial es o no consumidora, se debe aplicar el criterio objetivo al evaluar el destino final del bien o el servicio adquirido (Olivera Pino, 2018).

Por nuestra parte, adelantamos nuestro disenso en considerar a toda persona jurídica como consumidora porque conlleva una extralimitación hermenéutica que puede traer consecuencias disvaliosas y habrá que moverse con cuidado teniendo en cuenta las circunstancias fácticas

más que las consideraciones teóricas. Sin perjuicio de ello, anotamos los siguientes argumentos.

En primer lugar, parafraseando a Gabriel Stiglitz, la historia del derecho de defensa del consumidor se encuentra más ligada al consumidor como persona física o humana (art. 19, CCyC) que a la persona jurídica como tal. Por ello, es más sencillo predicar la dignidad del consumidor (Gamonal Contreras y Pino Emhart, 2022) desde una perspectiva humanista, teniendo en cuenta la vulnerabilidad intrínseca de la persona humana con relación al proveedor, que hacerlo desde una perspectiva conceptual con referencia a la persona jurídica que se encuentra en relación asimétrica con otro proveedor de similares características. Como adelantamos, la situación técnica se ha visto completamente modificada a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, el cual trae reglas jurídicas expresas que refuerzan o ratifican la dignidad de la persona humana en general (arts. 1, 2, 19, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 59, CCyC) y del consumidor como persona humana en particular (arts. 1092, 1094, 1096, 1097, 1098, 1099, 1117 y conc., CCyC) y su expresa vinculación con los tratados de derechos fundamentales, que poseen rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional Argentina).

En segundo lugar, como bien dice Chamatropulos (2019), con la sanción del Código Civil y Comercial, la extralimitación de la figura pierde sustento técnico porque, desde nuestra perspectiva, el legislador argentino incorpora un régimen jurídico de contratos por adhesión a condiciones generales de la contratación (arts. 984 y concs., CCyC) que resulta aplicable tanto al empresario individual como social, y que era la finalidad principal de la búsqueda del encuadramiento técnico. La jurisprudencia reciente ha receptado expresamente este argumento⁸. Por un lado, en el título preliminar del Código Civil y Comercial se

8 Cámara Nacional Comercial, sala D, 09/05/2019, Hojobar S. A. c. Volkswagen Argentina S. A. s/ ordinario, LL 09/10/2019, 12: «que las adquisiciones de bienes o servicios que hacen las personas jurídicas que persiguen fines lucrativos son, en el orden normal y natural de las cosas, para integrar unos u otros a procesos de producción, transformación, comercialización o prestaciones a terceros, en tanto que en el común de las veces, esa es su finalidad y única razón que las justifica. Frente a ello, si bien una persona jurídica puede ser consumidora (arts. 1092 y 1093 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), la admisión de tal condición debe examinarse con carácter restrictivo...».

incorporan expresamente con el carácter de principios informadores del cuerpo normativo la buena fe (art. 9, CCyC), el abuso del derecho (art. 10, CCyC) y el abuso de posición dominante (art. 11, CCyC), a los cuales puede recurrir para el supuesto de cualquier clase de asimetría. Por otro lado, en la parte general de contratos se disponen aquellas reglas jurídicas relativas a la facultad de celebración dentro de ciertos límites (art. 958, CCyC) como de configuración contractual (art. 959, CCyC), incluyendo la novedad de índole normativa para los jueces de intervención de oficio (art. 960, CCyC) para cuando el contrato afecte manifiestamente el orden público. Estas son solo algunas herramientas de las que disponen los pequeños y los medianos empresarios para defenderse ante los abusos de sus contrapartes, cuando recurran a la técnica societaria.

En tercer lugar, si bien es cierto que no se ha incorporado expresamente el criterio de la no profesionalidad relevante con respecto a la adquisición o prestación de servicios relacionados —directa o indirectamente— con su actividad profesional, comercial, artesanal o empresarial, no es menos cierto que se mantiene el requisito de la causa fin, esto es, el destino final que nosotros interpretamos en su sentido teleológico. En efecto, Chamatropulos (2019) precisa que «a rigor de verdad, la “no profesionalidad” será una “no profesionalidad relevante” cuando se trate de empresas, debiéndose precisar en su máximo grado posible si su actuación se encuentra fuera del ámbito de su especialidad o explotación habitual» (p. 88). Como ejemplo de servicio indirecto tenemos al empresario que posee un local comercial de compraventa de mercadería que contrata por adhesión a condiciones generales un servicio de seguridad electrónico para resguardo de eventuales ilícitos. La actividad principal o directa es la venta profesional de mercadería; el servicio de seguridad es secundario, indirecto o conexo de su actividad profesional, pero tiende mediatamente a su efectivización o protección.

Empero, adviértase que, además del carácter de destinatario final, se requiere el beneficio propio de esta adquisición, disfrute o utilización del producto cuando tenga por objeto la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica. Es más, al definir el contrato de consumo, se destaca que el objeto implica «la adquisición, uso o goce de

los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social» (art. 1093, CCyC). Dicho de otra manera, en nuestra opinión, las locuciones de destino final y beneficio juegan conjuntamente; por lo tanto, deben cumplirse de modo simultáneo tanto el destino final —adoptando, por nuestra parte, la variante finalista o teleológica— como el beneficio propio o el uso privado, respectivamente. Por lo tanto, el destino final y el beneficio propio actúan como criterios implícitos de delimitación de la categoría. De esta manera, si bien habrá que estar a las circunstancias del caso, nos parece que será muy difícil conceder el *status* de consumidor a un pequeño comerciante que celebra o perfecciona contratos con otros proveedores de bienes o servicios en situación asimétrica, desde el punto de vista jurídico, económico, técnico o de información, con relación al giro comercial o productivo de su actividad.

En cuarto lugar, deducimos que las personas jurídicas pueden ser consumidoras según el texto legal, pero este reconocimiento es «en principio» y ello será así «en la medida en que se den los presupuestos antes señalados» (XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil): esto es, la vulnerabilidad y el destino final. Por lo tanto, a nuestro juicio, quedan excluidas todas las sociedades comerciales —ya sea por su objeto, ya sea por su forma— porque toda adquisición, directa o indirectamente, persigue necesariamente la producción o el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado.

En quinto lugar, las demás personas jurídicas (*v. gr.* fundaciones, asociaciones), en la medida en que no tengan un fin de lucro, podrán ingresar al ámbito protectorio. En tal sentido, podríamos concluir que la persona jurídica no será consumidora cuando adquiera o utilice bienes o servicios, respectivamente, con la finalidad de integrarlos para la producción de otros bienes o servicios destinados al mercado. *A contrario sensu* podrá pedir el trato protectorio cuando adquiera productos no ligados «intrínsecamente» a su actividad económica, lo cual requerirá una previa investigación de hecho para su determinación y una interpretación sumamente restrictiva. Se trata, en suma, de un consumidor analogado o equiparado de carácter excepcionalísimo y será de interpretación limitada. Con acierto, Quaglia (2019) menciona que la

cuestión muchas veces dependerá de la situación casuística, y en más de una oportunidad el juzgador deberá ponderar los rubros reclamados, ya que muchas veces el planteo de la existencia de lucro cesante indicará necesariamente que la privación de ese bien o ese servicio (al afectar las eventuales ganancias de la empresa) se vincula necesariamente (de manera directa o indirecta) con la cadena de comercialización de quien reclama (párr. 17).

Sin perjuicio de ello, no desconocemos planteos doctrinarios fundados en la asimetría entre empresarios, tanto personas humanas como jurídicas, que propician la aplicación del régimen del consumidor con fundamento en los criterios económicos o técnicos siguientes: el tamaño de las empresas, sus niveles de organización y profesionalización, sus montos de facturación y los asesoramientos técnicos; todos estos parámetros internos son fundamentales, pero también deben considerarse estudios estructurales y situacionales de mercado, según Pardo (2023).

5. CONCLUSIONES

Ahora bien, habiendo desarrollado nuestra posición sobre la noción de relación jurídica de consumo y, en especial, del elemento subjetivo consumidor, en su variante específica del consumidor empresario o mixto, conviene sentar algunas conclusiones:

- a. La institución jurídica conocida como relación de consumo constituye la base sobre la cual se construye el régimen de defensa del consumidor en América del Sur, aunque su concepto y extensión no sean pacíficos.
- b. El concepto de consumidor puede distinguirse en varias clases: contractual o directo, fáctico o usuario y expuesto o *bystander*.
- c. Es posible también clasificar al consumidor agrupándolo en categorías: consumidor de créditos, consumidor bancario o financiero, consumidor inmobiliario, consumidor de seguros, consumidor de servicios públicos, etc.
- d. El destino final constituye el aspecto más relevante porque la protección del régimen de defensa del consumidor se intensifica.

- Encontramos las siguientes tesis de carácter pendular: objetiva (maximalista), subjetiva (relacional) y finalista (teleológica).
- e. El Código Civil y Comercial argentino considera como consumidor a la persona humana o jurídica sin distinción cuando adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final «en beneficio propio o de su grupo familiar o social», sin acoger ningún criterio de modo expreso, como son aquellos de no profesionalidad, lucro o integración con relación a la adquisición.
 - f. Se ha reforzado la noción de consumidor mixto como persona humana, puesto que se reconoce que será tal incluso cuando parcialmente adquiera o utilice un bien para destinarlo a una actividad profesional, siempre y cuando se pruebe también un uso privado, doméstico o no profesional (art. 1093, CCyC). Para ello deben darse dos condiciones: que la actora en el juicio de consumo invoque y pruebe su carácter de destinatario mixto y que la parte demandada no niegue en el caso la categoría de consumidor mixto y no lo pruebe luego.
 - g. En nuestra opinión, en cambio, no toda persona jurídica califica como consumidora porque conlleva una extralimitación hermenéutica que puede traer consecuencias disvaliosas. Habrá que distinguirla según una tipología societaria o no societaria, o por su objeto, por su forma, en la medida en que se cumplan dos requisitos: vulnerabilidad y destino final.
 - h. Por último, recordamos que se mantiene el requisito de la causa fin en la relación de consumo, esto es, el destino final de la adquisición o la prestación que nosotros interpretamos en su sentido teleológico, que actúa como criterio implícito de delimitación. Así, el destino final se acumula con el beneficio propio de esta adquisición, disfrute o utilización del producto cuando tenga por objeto la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica (art. 1093, CCyC).

REFERENCIAS

- Aicega, M. (2021). Relación de consumo y calificación del consumidor inmobiliario. En I. Alterini y M. Aicega (dirs.), *Derecho de consumo inmobiliario* (t. I, pp. 3-53). Thomson Reuters La Ley.
- Arias Cáu, E. (2023). El dilema del consumidor mixto a la luz de un fallo sobre el contrato de tarjeta de crédito. LALEY AR/DOC/2340/2023.
- Barocelli, S. (2020). Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor argentino. Perspectivas y prospectiva. En C. Lima Marques y B. Miragem (coords.), *Diálogo das fontes. Novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro* (pp. 205-230). Thomson Reuters Brasil.
- Calderón, M. (2019). *Aplicación exorbitante de normas de consumo*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Castelli, L., Gascón, A., y Kissner, A. (2023). Comentario contratos de consumo. En J. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. IV, pp. 1-96). Thomson Reuters La Ley.
- Chamatropulos, D. (2019). *Estatuto del consumidor comentado* (t. I; 2.^a ed.). La Ley.
- Gamonal Contreras, S., y Pino Emhart, A. (2022). La dignidad humana en el derecho privado. Una lectura desde el concepto de dignidad como estatus. *Revista de Derecho Privado*, (43), 45-72. <https://doi.org/10.18601/01234366.43.03>
- González Cazorla, F. (2019). Estructuración normativa de la relación de consumo. Criterios para una moderna aplicación de la ley de protección al consumidor. *Ars Boni et Aequi*, 15(1), 97-120.
- Krieger, W., y Jalil, J. (2021). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Astrea.
- Morales, M. (2021). Sobre la noción de consumidor empresario vigente en el sistema chileno. En F. Barrientos Camus y M. Morales, *Esquemas de derecho del consumo* (pp. 107-112). Tirant lo Blanch.

- Olivera Pino, J. (2018). La sociedad comercial consumidora. LALEY AR/DOC/3695/2018.
- Pardo, V. (2023). Reconocimiento de la vulnerabilidad estructural padecida por una empresa ante su proveedor de servicios bancarios. LALEY AR/DOC/2589/2023.
- Quaglia, M. (2019). La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente. LALEY AR/DOC/3104/2019. <https://acapph.org.ar/la-persona-juridica-como-consumidor-una-propuesta-de-criterios-ante-las-soluciones-que-brinda-la-normativa-vigente/>
- Rusconi, D. D. (2014). Concepto de «consumidor-empresario». *La Ley* 2014-B, 338.
- Santarelli, F., y Mendez Acosta, S. (2022). *Fuentes de las obligaciones* (t. I). Thomson Reuters La Ley.
- Shina, F. (2022). *Ley de defensa del consumidor. Comentada* (1.ª ed.). Hammurabi.
- Shwoihort, S. J. (2023). *El derecho de consumo en el derecho privado*. Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Sosa, G. (2022). Vulnerabilidad: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta a la dispersión. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (19), 585-606.
- Sozzo, G. (2020). *Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia. Contratos resilientes*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Tambussi, C., y Arias Cáu, E. (2022). *Contratación bancaria. Derechos y protección de los consumidores*. Hammurabi.
- XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. (2011). San Miguel de Tucumán, Comisión n.º 8.



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.02

NOTAS SOBRE LA «TRANSCULTURACIÓN JURÍDICA»: UN CONCEPTO CLAVE EN CONTEXTOS DE PLURALISMO

Notes on «legal transculturation»: A key concept in contexts of pluralism

Note sulla «transculturazione giuridica»: un concetto chiave nei contesti di pluralismo

Notas sobre a «transculturacão jurídica»: um conceito-chave em contextos de pluralismo

IRÁN VÁZQUEZ HERNÁNDEZ

Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)

Contacto: iran.vazquez@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0085-9993>

A Luis Enrique Cordero Aguilar

RESUMEN

El reconocimiento constitucional de la autonomía de pueblos y comunidades indígenas en México ha generado nuevos procesos de significación que requieren una comprensión más amplia que la puramente jurídica. Ante esto, surge la necesidad de incorporar las dimensiones antropológica, sociológica y cultural a la teoría del derecho para dar cuenta de la plurilegalidad contemporánea. El presente artículo tiene como objetivo

argumentar la importancia de adoptar el concepto de «transculturación» en el ámbito jurídico. Se trata de una categoría de análisis que tuvo origen en la antropología latinoamericana y más tarde experimentó un desarrollo fundamental por parte de la crítica literaria y los estudios culturales latinoamericanos. En este sentido, se propone el concepto de «transculturación jurídica» en dos dimensiones: indígena (subalterna) y estatal (hegemónica); asimismo, se analiza la relación conceptual entre aquel concepto y las categorías analíticas de «interlegalidad», «diáspora jurídica» y «tercer espacio».

Palabras clave: transculturación; pluralismo jurídico; sistemas jurídicos indígenas; interlegalidad; tercer espacio.

Términos de indización: cultura; pluralismo; sistemas jurídicos; población indígena (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

The constitutional recognition of the autonomy of indigenous peoples and communities in Mexico has generated new processes of meaning that require a broader understanding than the purely juridical. In view of this, there is a need to incorporate anthropological, sociological, and cultural dimensions into legal theory in order to account for contemporary plurilegality. This article aims to argue for the importance of adopting the concept of «transculturation» in the legal field. It is a category of analysis that originated in Latin American anthropology and later underwent a fundamental development in Latin American literary criticism and cultural studies. In this sense, the concept of «legal transculturation» is proposed in two dimensions: indigenous (subaltern) and state (hegemonic); the conceptual relationship between this concept and the analytical categories of «interlegality», «legal diaspora» and «third space» is also analysed.

Key words: transculturation; legal pluralism; indigenous legal systems; interlegality; third space.

Indexing terms: culture; pluralism; legal systems; indigenous peoples (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il riconoscimento costituzionale dell'autonomia dei popoli e delle comunità indigene in Messico ha generato nuovi processi di significato che richiedono una comprensione più ampia di quella puramente giuridica. Alla luce di ciò, è necessario incorporare le dimensioni antropologiche, sociologiche e culturali nella teoria giuridica per rendere conto della plurilegalità contemporanea. Questo articolo intende sostenere l'importanza di adottare il concetto di «transculturazione» in campo giuridico. Si tratta di una categoria di analisi che ha avuto origine nell'antropologia latinoamericana e che in seguito ha subito uno sviluppo fondamentale nella critica letteraria e negli studi culturali latinoamericani. In questo senso, il concetto di «transculturazione giuridica» viene proposto in due dimensioni: indigena (subalterna) e statale (egemonica); viene inoltre analizzata la relazione concettuale tra questo concetto e le categorie analitiche di «interlegalità», «diaspora giuridica» e «terzo spazio».

Parole chiave: transculturazione; pluralismo giuridico; sistemi giuridici indigeni; interlegalità; terzo spazio.

Termes d'indexation: cultura; pluralismo; sistemi giuridici; popolazione indigena (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

O reconhecimento constitucional da autonomia dos povos e comunidades indígenas no México gerou novos processos de significação que exigem uma compreensão mais ampla do que a puramente jurídica. Neste sentido, é necessário incorporar as dimensões antropológica, sociológica e cultural na teoria jurídica para dar conta da plurilegalidade contemporânea. Este artigo pretende defender a importância da adoção do conceito de «transculturación» no campo jurídico. Trata-se de uma categoria de análise que teve origem na antropologia latino-americana e que, posteriormente, sofreu um desenvolvimento fundamental na crítica literária e nos estudos culturais latino-americanos. Neste sentido, propõe-se o conceito de «transculturación jurídica» em duas dimensões: indígena (subalterna) e estatal (hegemónica); analisa-se também a

relação concetual entre este conceito e as categorias analíticas de «interlegalidade», «diáspora jurídica» e «terceiro espaço».

Palavras-chave: transculturação; pluralismo jurídico; sistemas jurídicos indígenas; interlegalidade; terceiro espaço.

Termos de indexação: cultura; pluralismo; sistemas jurídicos; população indígena (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 16/11/2024

Revisado: 25/11/2024

Aceptado: 27/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

Tras el reconocimiento constitucional de la autonomía de pueblos y comunidades indígenas en México, el concepto de derecho tal como se venía configurando desde la teoría jurídica tradicional cambió. Uno de sus efectos fue la ruptura de la simetría liberal moderna, cuyo postulado fundamental era que «todo el Estado es de derecho y todo el derecho es del Estado» (Santos, 2010, p. 106). El pluralismo jurídico es, al mismo tiempo, consecuencia y producto de tal ruptura y, de algún modo, ha generado nuevos procesos de significación que requieren una comprensión más amplia que la puramente jurídica. A partir de esto, surge la necesidad de incorporar la dimensión antropológica, sociológica y cultural a la teoría del derecho para dar cuenta de la plurilegalidad contemporánea. Categorías que nacieron en otras disciplinas se mudan hacia el ámbito del derecho y lo resignifican para satisfacer las demandas epistemológicas y prácticas que plantea esta nueva realidad.

Este artículo tiene como objetivo argumentar la importancia de adoptar el concepto de «transculturación» para el ámbito jurídico. Se trata de una categoría teórica que tuvo origen en la antropología latinoamericana y más tarde experimentó un desarrollo fundamental por parte de la crítica literaria y los estudios culturales latinoamericanos (Quijano, 2012). Su importancia radica, me parece, en que se trata de un concepto

que colabora con otras categorías —interlegalidad, diáspora, terceros espacios— para hacer más comprensible el derecho contemporáneo experimentado en contextos de plurilegalidad.

Cabe decir que, si bien la antropología y la sociología jurídica han aportado valiosas herramientas para el estudio del pluralismo jurídico, el presente artículo se basa en un enfoque complementario desde los estudios culturales latinoamericanos.¹ Al explorar la dimensión simbólica y cultural del derecho a través del concepto de transculturación, busco comprender cómo se construyen y negocian los significados jurídicos en contextos de diversidad normativa.

2. DE LA ACULTURACIÓN A LA TRANSCULTURACIÓN

En las primeras décadas del siglo xx, dos antropólogos norteamericanos, Melville Herskovits y Ralph Linton, pusieron de moda el concepto de «aculturación». No se trataba de un término nuevo, pues estudiosos del siglo xix como W. H. Holmes, F. Boas y W. J. McGee ya habían utilizado el término en sus diferentes obras (Baucells, 2001, p. 271). Sin embargo, fueron Herskovits y Linton quienes difundieron el significado más aceptado, que tendría importantes repercusiones para revisiones futuras: la aculturación como pérdida de la cultura propia a causa de la adopción de una cultura ajena. En términos generales, ambos intentaban explicar el cambio generado por el contacto de dos culturas —una moderna y otra tradicional— y la consecuencia negativa para una de ellas (Baucells, 2001, p. 270).

A pesar de la relevancia de esta tesis, su concepción del contacto intercultural era reduccionista y estática. Asumía que una cultura, considerada «moderna», transmitía de forma lineal sus valores a otra, «tradicional», la cual era vista como un receptor pasivo. Esta visión simplificada no contemplaba la dinámica ni la complejidad de los procesos interculturales. Los mismos Herskovits y Linton eran conscientes de que su enfoque pecaba de simplista. Bronislaw Malinowski, en su obra *The Dynamics of Culture Change* (1945), señaló también que las sociedades

1 Sobre este campo interdisciplinario, véase Walsh (2003), Szurmuk y McKee (2009), Richard (2010) y Samaniego (2021).

consideradas «primitivas» a menudo integraban elementos externos de manera activa y significativa, transformándolos a partir de sus propias cosmovisiones (Baucells, 2001, p. 271).

No obstante, Malinowski no sería el primero en tratar el tema de la recepción dinámica —es decir, no pasiva— que hacía una cultura subalterna respecto de las formas y los contenidos de una cultura dominante. En 1940, un antropólogo cubano había acuñado el neologismo «transculturación» para oponerlo al de «aculturación». Este antropólogo era Fernando Ortiz y el libro en el que bautizó al nuevo concepto es el *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, hoy clásico en la tradición del ensayo hispanoamericano.²

La definición de transculturación que ofrece Fernando Ortiz (1978) es la siguiente:

Entendemos que el vocablo *transculturación* expresa mejor las diferentes fases del proceso transitivo de una cultura a otra, porque éste no consiste solamente en adquirir una cultura, que es lo que en rigor indica la voz anglo-americana *aculturación*, sino que el proceso implica también necesariamente la pérdida o desarraigo de una cultura precedente, lo que pudiera decirse una parcial *desculturación*, y, además, significa la consiguiente creación de nuevos fenómenos culturales que pudieran denominarse *neoculturación* (p. 86; énfasis del autor).

Como podemos ver, Ortiz explica el contacto intercultural y lo concibe como un proceso dinámico de apropiación creativa por parte de la cultura que recibe los bienes simbólicos y culturales de una cultura ajena; con ello, trasciende la tesis de la transmisión unilateral, por un lado, y la recepción cultural pasiva, por el otro, derivada del concepto de aculturación. Cabe destacar que el mismísimo Bronislaw Malinowski daría el visto bueno a dicho concepto y abogaría por su utilización en el ámbito de la antropología anglosajona (González Alcantud, 2008), pues consideraba que el neologismo introducido por Ortiz precisaba de mejor manera el proceso y los resultados del contacto intercultural.

2 Al respecto, véase Coronil (2010) y Perus (2019).

Y, aunque Fernando Ortiz dirigió su atención a la historia de las transculturaciones en Cuba tras la llegada de los conquistadores españoles, no dudó en apuntar brevemente que dicha categoría era válida para toda América Latina (García-Bedoya, 2021, p. 470). Treinta años más tarde, el crítico literario uruguayo Ángel Rama retomó esta última idea de Ortiz para realizar un estudio continental de la transculturación en su importante libro *Transculturación narrativa en América Latina*. En primer lugar, Rama (2008) lleva a cabo una revisión crítica del modelo de Ortiz, pues señala que el cubano parte de una «visión geométrica» de la transculturación, centrada, como vimos antes, en tres momentos: una parcial desculturación por parte de la cultura tradicional, seguida de una apropiación de los elementos provenientes de la cultura moderna para, más tarde, ejecutar una recomposición de los elementos supervivientes de la cultura tradicional y los nuevos elementos de la cultura moderna (p. 45). El crítico uruguayo argumenta que este modelo no da cuenta de los criterios de «selectividad» e «invención» a los que recurre la cultura tradicional en su encuentro con una cultura dominante. Esto es importante porque lo que pretende Rama es dotar de mayor concreción al concepto de Ortiz.

En términos generales, lo que dice Rama es que, si la cultura tradicional es «viviente», es decir, que posee realmente una vida comunitaria orgánica y fuertemente cimentada entre sus habitantes, seleccionará algunos elementos de su propia tradición cultural y los aportes provenientes del exterior y, paralelamente, realizará una combinación creativa (*ars combinatorio*, señala) entre ambos elementos (tradicionales y modernos) de acuerdo con la autonomía de su propio sistema cultural (p. 47). Esta idea es crucial, pues Rama se aleja del modelo secuencial de tres etapas de Fernando Ortiz y, en cambio, pone el acento en las dos operaciones simultáneas que constituyen el proceso de transculturación (Perus, 2019, p. 206).

Ahora bien, aunque la selectividad estaba presente en el modelo de Ortiz, solo era respecto de los elementos provenientes de la cultura exterior.³ Ángel Rama, por su parte, añade la selectividad interna, es decir,

3 Es pertinente aclarar que Ortiz desarrolló de manera más amplia y profunda el concepto de transculturación en ensayos posteriores al *Contrapunteo cubano del tabaco y al azúcar*. Véase Ortiz (1950; 1981).

aquella que realiza la cultura subalterna sobre elementos de su propia tradición (muchas veces olvidados) y que a la postre sobrevivirán al contacto con la cultura dominante. Por ello, sostiene que el proceso de transculturación implica «una búsqueda de valores resistentes, capaces de enfrentar los deterioros de la transculturación». Y añade: «Habría pérdidas, selecciones, redescubrimientos e incorporaciones. Estas cuatro operaciones son concomitantes y se resuelven todas dentro de una reestructuración general del sistema cultural, que es la función creadora más alta que se cumple en un proceso transculturante» (Rama, 2008, p. 47).

Sin duda, los aportes de Fernando Ortiz y Ángel Rama al estudio de la transculturación en América Latina son fundamentales. En un balance general, podemos decir que Ortiz, al acuñar el término y analizar la experiencia cubana, sentó las bases para comprender los procesos de intercambio cultural como una dinámica creativa y compleja, más allá de una simple asimilación. Su enfoque en la transculturación como un proceso de creación de nuevas identidades culturales, a partir de la interacción de elementos diversos, ha sido fundamental para comprender el estudio de las culturas latinoamericanas. Por su lado, Rama amplió el concepto de Ortiz, incorporando una dimensión narrativa y enfatizando la selectividad y la invención como elementos claves en la transculturación. Su análisis de la narrativa latinoamericana permitió visibilizar cómo las expresiones culturales de algunos escritores habían utilizado la transculturación como una estrategia para construir identidades nacionales y regionales.

3. LA TRANSCULTURACIÓN JURÍDICA INDÍGENA

Nuestra intención de trasladar el concepto de transculturación al ámbito jurídico no es nueva. Tenemos antecedentes en los trabajos de Ramiro Villarroel Clauze (1991) y Boaventura de Sousa Santos (2009), en el ámbito de la sociología jurídica, y Ricardo David Rabinovich (2002) y José Luis Lizon González (2013), en el campo de la historia del derecho. Sin embargo, me parece que el concepto de transculturación podría demostrar mejor operatividad analítica y/o descriptiva en el ámbito del

pluralismo jurídico.⁴ De hecho, uno de los temas más relevantes en este rubro es precisamente el punto de contacto —la mayoría de las veces, conflictivo— entre el derecho estatal de la cultura dominante y los sistemas jurídicos de los pueblos y las comunidades indígenas.

Basta mencionar la concepción de derecho indígena que ofrece una autora como María Teresa Sierra (2011), especialista en antropología jurídica, para apreciar la relación existente entre el concepto de transculturación y los procesos normativos que experimentan las comunidades indígenas. Ella concibe al derecho indígena como

el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador, primero, del derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del derecho internacional (p. 390).⁵

De inmediato podemos observar que lo mencionado por esta autora se acopla bastante bien —y viceversa— al concepto de transculturación que hemos analizado en el epígrafe precedente. En efecto, lo que ella advierte como procesos de transacción, negociación y resistencia del derecho indígena respecto del derecho hegemónico del Estado bien puede traducirse como un proceso de transculturación jurídica. ¿Cómo opera dicho concepto?

Hagamos confluir a María Teresa Sierra y Ángel Rama para afirmar que el proceso de transacción, negociación y resistencia del derecho indígena que menciona la antropóloga se articula, esencialmente, con las pérdidas, las selecciones, los redescubrimientos y las incorporaciones a los cuales hace referencia el crítico literario uruguayo. El derecho indígena nace, así, de una serie de procesos de transculturación jurídica —conflictivos y llenos de tensiones— en su contacto con el derecho hegemónico

4 Cabe señalar que, al igual que «transculturación», conceptos como los de «heterogeneidad» y «totalidad contradictoria», acuñados por el crítico cultural Antonio Cornejo Polar (1994), podrían servir para dotar de mayor contenido a la noción de pluralismo jurídico.

5 En términos similares se expresa Elisa Cruz Rueda (2014, p. 53).

(regional, nacional e internacional). Como explica Juan Carlos Martínez (2011): «Las comunidades indígenas tienen una particular forma de concebir su relación con el Estado y en tal sentido suelen asumir estratégicamente ciertos principios externos que les han permitido mantener formas propias de organización» (p. 56). Esto nos lleva a contradecir una creencia generalizada y esencialista que imagina al derecho indígena como un sistema estático, arcaico y cerrado, como si las comunidades y los pueblos indígenas no mantuvieran contacto con la cultura dominante de la modernidad, o como si ellas mismas no generaran mecanismos de negociación o resistencia ante la dinámica cultural impuesta.⁶ De este modo, el concepto de transculturación jurídica obliga a reformular la noción de sistemas jurídicos indígenas como un ámbito crítico y dinámico en constante construcción.⁷

En este sentido, para trasladar la idea de Ángel Rama al terreno del derecho, los criterios de selectividad e invención deben ser determinantes a la hora de analizar el proceso de transculturación jurídica experimentado por los pueblos y las comunidades indígenas. Un ejemplo claro es el caso de San Jerónimo Tlacoahuaya, comunidad indígena zapoteca cercana a la ciudad de Oaxaca de Juárez (México). Esta proximidad con la metrópoli estatal ha hecho que el proceso de transculturación jurídica sea más profundo que en otras comunidades y, por tanto, su sistema

6 Rodolfo Stavenhagen (1990), en un estudio que constituye un antecedente fundamental para nuestro tema, señaló esta característica del derecho indígena como un «intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo con sus propias estructuras, valores, intereses y necesidades» (p. 34).

7 Esta característica ha sido explicada por la relatora especial sobre los Pueblos Indígenas de la ONU en los siguientes términos: «Es importante señalar que, con el paso del tiempo y de resultados del contacto con culturas extranjeras y dominantes, varias normas consuetudinarias y sistemas de justicia indígena han experimentado cambios y han incorporado prácticas y conceptos ajenos, pero no dejan de ser normas dimanantes de las comunidades indígenas que estas siguen considerando legítimas. Los sistemas de justicia indígena suelen ser más flexibles, precisamente por su carácter principalmente oral y por su capacidad para adaptarse a la evolución de las circunstancias sociales, económicas y de otro tipo. Así pues, los sistemas de justicia indígena no deben concebirse como sistemas estáticos vinculados a un lugar y un momento determinados e incapaces de evolucionar dentro de su contexto social, cultural e institucional propio» (Consejo de Derechos Humanos, 2019, p. 7).

jurídico funcione como un «campo social semiautónomo»⁸. Podemos decir que estamos ante una comunidad que cabe dentro de la categoría que Guillermo de la Peña y Regina Martínez (2017) denominan como «indígena urbana», debido a que se ha visto afectada por la expansión —a veces violenta— de la modernidad en zonas y territorios rurales.

En una entrevista de 2022 con el Centro de Información de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca, Ángel Morales García, secretario de la Representación de Bienes Comunales, refiere que su forma tradicional de resolver los conflictos desde siempre fue a través de un arreglo entre las partes implicadas por el bien de la colectividad. Sin embargo, desde los años 90, dicha comunidad sufrió un proceso de «modernización» que finalmente la llevó a estatuir, en 2014, un Bando de Policía y Buen Gobierno (Sala de Justicia Indígena de Oaxaca, 2022).⁹ Así fue como en aquel año se incorporó una forma jurídica del derecho estatal escrito a su tradición normativa oral.

Cabe mencionar que la figura del Bando de Policía fue reconocida en 1999 merced a una reforma al 115 de la Constitución federal mexicana. Con esta reforma, se otorgaba a los municipios la facultad de aprobar reglamentos locales con el fin de organizar la Administración pública municipal, de manera que sea uniforme dentro del Estado para asegurar su funcionamiento (González Schmal, 2007, pp. 179-184). Como se puede observar, esta iniciativa partía de una política estatal basada en el centralismo jurídico, pues su finalidad era homogeneizar la normatividad municipal y, con ello, garantizar la seguridad jurídica que demanda el moderno Estado de derecho.

No obstante, en el caso específico de Tlacoahuaya, si bien la comunidad adoptó la figura del Bando de Policía y Buen Gobierno conforme a la lógica anterior, se debe decir que no lo hizo de manera pasiva, sino que operó un proceso de transculturación jurídica en el que seleccionaron algunos elementos formales de dicha figura y los dotaron

8 Sobre este concepto, véase Moore (1973), Griffiths (1986) y Cruz (2014).

9 Agradezco a la Sala de Justicia Indígena de Oaxaca por permitirme consultar su rico archivo, que contiene entrevistas, actas de asambleas comunitarias, bandos de policía, peritajes antropológicos, entre otros documentos valiosos para el estudio de este tema.

de un contenido fuertemente comunitario. Como dice el secretario de la Representación de Bienes Comunales, se creó un Bando de Policía y Buen Gobierno «producto de la oralidad y procedimientos que se apegan a la lógica, la sabiduría y la experiencia en la resolución de casos» (Sala de Justicia Indígena de Oaxaca, 2022). Así, tenemos dos movimientos encontrados: por un lado, la imposición de una figura jurídica estatal por parte de la política de homogeneización del Estado sobre una comunidad indígena; por otro, la respuesta de esa comunidad a través de la incorporación de su especificidad cultural como forma de resistencia.¹⁰

Quizá el ejemplo más evidente de este proceso es la conservación de sus prácticas tradicionales para atender los problemas de su comunidad:

La forma de resolver conflictos es a través de la llamada mediación comunitaria, según se estipula en el artículo 61 del Bando de Policía y Buen Gobierno del Municipio, la cual es definida de la siguiente forma: es un procedimiento voluntario, confidencial y flexible para ayudar a resolver un conflicto entre dos o más personas de forma no judicial, en el que interviene un mediador que será imparcial y neutral. El mediador ayudará a facilitar la comunicación, concentrándose en las necesidades e interés de las partes para llegar a un fin en forma pacífica, satisfactoria y duradera. Esta mediación, según el artículo 62 del mismo ordenamiento, estará a cargo del Síndico Municipal y/o Alcalde Municipal (Sala de Justicia Indígena de Oaxaca, 2022).

10 En este punto, cabe citar a Sally F. Moore (1973), quien reflexiona sobre la manera en que los cambios legislativos a menudo chocan con la dinámica social preexistente de los campos sociales semiautónomos: «One of the most usual ways in which centralized governments invade the social fields within their boundaries is by means of legislation. But innovative legislation or other attempts to direct change often fail to achieve their intended purposes; and even when they succeed wholly or partially, they frequently carry with them unplanned and unexpected consequences. This is partly because new laws are thrust upon going social arrangements in which there are complexes of binding obligations already in existence. Legislation is often passed with the intention of altering the going social arrangements in specified ways. The social arrangements are often effectively stronger than the new laws» (p. 723).

He aquí el resultado de la transculturación jurídica indígena. Como es posible apreciar, la manera tradicional de resolver conflictos por medio de un acuerdo oral entre las partes subsiste aún en este nuevo orden jurídico «modernizado», pero en una especie de hibridación con las formas jurídicas que San Jerónimo Tlacoahuaya adoptó del derecho estatal. No es que un derecho esté en la superficie y el otro, oculto; más bien, la forma jurídica estatal y el contenido tradicional indígena se combinaron para dar como resultado una expresión jurídica de carácter híbrido por medio de un complejo proceso de pérdidas, selecciones, redescubrimientos e incorporaciones.¹¹ Estamos, pues, ante una nueva manifestación resultante del *ars combinatoria* que realizó la comunidad indígena de San Jerónimo Tlacoahuaya: un derecho híbrido producto de la dinámica transcultural.

Este ejemplo ilustra cómo una comunidad indígena responde de manera dinámica a las regulaciones estatales sobre su territorio. Su análisis se centra en la interacción entre el derecho indígena local y el derecho estatal de escala nacional. Sin embargo, la transculturación jurídica indígena comprende un fenómeno de mayor alcance. Las comunidades indígenas a menudo adoptan y resignifican discursos internacionales de derechos humanos para defender su autonomía (Bengoa, 2000). Además, incorporan elementos normativos de diversas fuentes (regionales, nacionales e internacionales) en sus diversas prácticas jurídicas, creando nuevas formas de expresión jurídica basadas en sus cosmovisiones (Sierra, 2011). No quisiera abundar más en este tema, pues su relevancia merece un estudio aparte. Por ahora, me interesa sentar las bases para ofrecer una noción provisional de lo que llamo transculturación jurídica indígena. Así, a partir de los ejemplos antes mencionados, podemos conceptualizar provisionalmente la transculturación jurídica indígena como un proceso creativo a través del cual los pueblos y las comunidades indígenas se apropian de elementos normativos de diferente origen (regional, nacional e internacional) para producir, a partir

11 El tema de la hibridación jurídica operada por el derecho indígena ha sido tratado, desde otro enfoque, por autores como José Rubén Orantes García (2014), Boaventura de Sousa Santos (2012) y Recondo (2007).

de sus propias cosmovisiones normativas, una nueva manifestación jurídica que les permita resistir y afirmar su identidad.¹²

4. LA TRANSCULTURACIÓN JURÍDICA ESTATAL

Lo anterior, sin embargo, es solo una dimensión del fenómeno analizado. A la transculturación jurídica indígena debe agregarse el reverso en la ecuación: la transculturación jurídica estatal. Solo si focalizamos ambas dimensiones estaremos en aptitud de comprender de mejor manera el fenómeno más amplio de la transculturación jurídica en general. Un ejemplo de ello es la doctrina de la «interpretación culturalmente sensible» de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual adquiere relevancia cuando intervienen personas, pueblos o comunidades indígenas en un asunto sometido a la jurisdicción estatal. El *Protocolo para juzgar con perspectiva intercultural: personas, pueblos y comunidades indígenas* hace referencia a este tipo especial de interpretación derivada de varios asuntos resueltos por vía de amparo en revisión:

La SCJN ha establecido que el acceso a la justicia ante los órganos jurisdiccionales del Estado implica una interpretación culturalmente sensible e incluyente de los hechos y las normas jurídicas. Para ello se deben tomar en cuenta las características específicas de la cultura involucrada y la protección de los derechos humanos de todas las personas, sean o no indígenas... La SCJN ha sostenido que la consideración de dichas características es necesaria para apreciar los hechos y valorar el caudal probatorio respetando los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas. Lo anterior podría dar lugar a una disminución en el rigor de la prueba en los procesos de estricto derecho, cuando así derive de las especificidades de las personas indígenas (SCJN, 2022, p. 279).

12 En este sentido, la transculturación jurídica indígena, entendida como proceso de apropiación creativa, se sitúa en la dimensión del «discurso público» como una forma de subversión discursiva, tal y como la conceptualizó James C. Scott (2004) en su análisis del «arte de la resistencia».

Desde esta perspectiva, no bastan las técnicas hermenéuticas tradicionales (por ejemplo, la interpretación literal, sistemática o funcional) para analizar el sentido de las normas sometidas al criterio del juzgador. Tampoco resultan suficientes los métodos de valoración de hechos sustentados únicamente en el razonamiento probatorio estándar. En casos donde están involucradas personas, pueblos o comunidades indígenas, la interpretación jurídica y fáctica debe asumir una mirada cultural y antropológica que, hasta antes, no estaba contemplada por el sistema estatal de justicia.

Acontece nuevamente un tipo de intersección de elementos culturales indígenas y valores de la legalidad estatal que terminan por modificar la aplicación directa de este último. En este caso, el contenido de la especificidad cultural condiciona la actuación de la justicia estatal como resultado de un proceso de transculturación normativa inverso: traducir e incorporar elementos de la especificidad indígena en el espacio hegemónico de la jurisdicción del Estado. La selectividad y la creatividad —con sus respectivas pérdidas, selecciones, redescubrimientos e incorporaciones— abren de este modo la posibilidad de entender de una manera distinta el acceso a la justicia de personas, pueblos y comunidades indígenas en el espacio estatal. La transculturación requiere, de este modo, de la introducción de elementos provenientes de otro ámbito al sistema jurídico estatal. A manera de comentario, cabe decir que este tipo de procesos no surgen principalmente de la iniciativa propia del Estado, sino que se enmarcan dentro de los procesos de lucha histórica que han estado realizando personas, pueblos y comunidades indígenas a favor de su «reconocimiento» como sujetos de derecho (Bengoa, 2000; López, 2019). En este sentido, podríamos definir la transculturación jurídica estatal del siguiente modo: el proceso mediante el cual el sistema jurídico estatal —desde una posición hegemónica y estratégica, como veremos enseguida— incorpora elementos culturales-normativos ajenos a su campo en la producción y aplicación formal del derecho.¹³

13 Otro ejemplo claro de esta dinámica en materia indígena es el reconocimiento que hace la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas en torno del concepto indígena de cultura, que traduce como «derecho de propiedad colectiva», una categoría derivada de la tradición jurídica occidental, más afín a la cultura hegemónica.

Lo anterior no quiere decir que haya simetría en ambos procesos: el indígena y el estatal. En general, el proceso de transculturación jurídica indígena opera desde una posición subalterizada respecto del sistema jurídico estatal, puesto que el modelo de pluralismo que aún impera en México es de tipo vertical, débil o conservador, en que el sistema jurídico estatal implícitamente considera al sistema indígena —y a otros órdenes normativos— como un subordinado (Griffiths, 1986; Iannello, 2015). En el caso de la transculturación jurídica realizada desde el Estado (a raíz del reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas que obligó al Estado a hacer ajustes estructurales e ideológicos), debe analizarse como un proceso de recepción estratégica de las demandas de grupos históricamente excluidos por el sistema jurídico dominante, permitiendo la entrada de elementos «ajenos» a dicho sistema con el fin de legitimar la toma de decisiones desde una perspectiva centralista.¹⁴ En este caso, la transculturación jurídica estatal implica siempre un riesgo de transformarse en un tipo de apropiación cultural indebida o, retomando un concepto de Héctor Díaz-Polanco (2008), en un proceso de «etnofagia estatal».

Más adelante regresaremos a este asunto cuando analicemos el concepto de «tercer espacio». Lo que me interesa señalar es el concepto de transculturación, acuñado por Fernando Ortiz y reformulado por Ángel Rama, pues resulta bastante productivo cuando se traslada al ámbito jurídico en relación con el tema de las normatividades múltiples. En general, podemos decir que no solo hace referencia al proceso de recepción de la cultura subalterna sobre los elementos de la cultura moderna hegemónica, sino que pone énfasis en el doble proceso de transculturación —conflictivo y asimétrico— que acontece tanto en el ámbito de los sistemas jurídicos indígenas como en el sistema jurídico estatal. En uno y otro proceso —de ida y vuelta— se genera un producto jurídico nuevo integrado por elementos de cada uno de los dos espacios.

14 Aquí vale lo que dice Néstor García Canclini (2004) sobre el tema: «Varios países llegan a reconocer las diferencias de minorías y sus formas propias de transmitir el conocimiento (o sea sus centros educativos, radios, etc.), porque admitir la pluralidad es útil para la continuidad de Estados nacionales con base multicultural» (p. 184).

5. TRANSCULTURACIÓN, INTERLEGALIDAD Y DIÁSPORA JURÍDICA

Seguramente quien haya seguido estas líneas habrá notado la semejanza entre el concepto de transculturación jurídica aquí propuesto (en sus dos dimensiones: la indígena y la estatal) y una categoría de análisis más afianzada en el campo del pluralismo jurídico. Me refiero al concepto de interlegalidad. Para su mayor comprensión, retomo la definición planteada por el sociólogo holandés André J. Hoekema (2005):

El proceso de adopción de elementos de un orden jurídico dominante y de los marcos de significado que lo constituyen en las prácticas de un orden jurídico local, y a la inversa, o como el resultado de dicho proceso: un nuevo orden híbrido (p. 11).

Según puede notarse, tanto el concepto de interlegalidad como el de transculturación ponen de manifiesto el tema del contacto entre órdenes jurídicos diferentes y la forma en que interactúan dinámicamente entre ellos. En términos generales, ambas nociones parecen funcionar como dos caras de la misma moneda. La diferencia, me parece, es el grado de interés que presentan en torno a la interpenetración de dos o más sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico y el enfoque de uno y otro. Hasta ahora, la interlegalidad ha sido cuestionada por algunos autores, pues sostienen que se trata de una categoría ambigua e indeterminada (Nickel, 2015, pp. 208-211). El concepto de transculturación jurídica puede contribuir a colmar esta deficiencia en beneficio de la interlegalidad.¹⁵

Por un lado, según hemos visto, desde el punto de vista de Hoekema, la interlegalidad es el proceso y el resultado del contacto en la intersección de dos sistemas jurídicos. Si asumimos esta idea, la transculturación

15 Asimismo, hay que decir que el concepto de transculturación jurídica comprende una dinámica más amplia que el de interlegalidad, centrado este último solo en la intersección de leyes de diferentes sistemas en un mismo espacio. Por su parte, la transculturación, como su nombre lo indica, pone énfasis no solo en el encuentro interlegal, sino también en los procesos culturales implícitos en el contacto entre dos o más sistemas jurídicos.

jurídica vendría a colmar la indeterminación de la noción de interlegalidad en su aspecto procesual, ya que pone especial interés explicativo en la dinámica misma del cruzamiento de legalidades, dirigiendo la mirada hacia aspectos como la selectividad y la creatividad de elementos jurídicos para producir una nueva normatividad (sin dejar de lado el aspecto cultural). Lo que Rama analizaba como las pérdidas, las selecciones, los redescubrimientos y las incorporaciones de la transculturación es lo que da contenido al proceso formal de interlegalidad. En otras palabras: la interlegalidad es la «dimensión formal» del proceso de transculturación jurídica. Como categoría de análisis, la transculturación propone focalizar la mirada en la dinámica propia del proceso de contacto y recepción entre diferentes culturas jurídicas, resaltando las selecciones, las combinaciones, los redescubrimientos, etc., con base en su propia visión del mundo.

Por otro lado, a falta de un estudio concreto sobre el tema, podemos afirmar que uno de los postulados del enfoque de transculturación jurídica como interlegalidad procesal es que el sistema jurídico indígena tiende a la adopción de formas jurídicas del derecho estatal (categorías, instituciones, figuras legales, etc.), mientras que el sistema jurídico estatal es más proclive a la asimilación de contenidos normativos por medio de conceptos como el de especificidad cultural o el de interpretación culturalmente sensible. Habría que justificar esta idea, desde luego, pero todo parece indicar que sucede así en la mayoría de los casos.¹⁶

Ahora bien, el concepto de transculturación jurídica también guarda conexiones con el de «diáspora jurídica» propuesto por Elisa Cruz Rueda (2019). En este caso, la autora afirma que dicha figura hace referencia a

un centro generador hegemónico de normas y criterios de interpretación y aplicación pero que, en situaciones, casos concretos o momentos históricos determinados, se relativizan para separarse de esa centralidad migrando a espacios de justicia que no son los que le dieron origen (p. 133).

¹⁶ El Bando de Policía de Tlacoahuaya antes mencionado es una prueba de ello.

Este concepto le sirve a ella para «abonar al estudio del pluralismo jurídico marcando la necesidad de hacerlo multilíneal y mostrarlo en todo su dinamismo intentando que el análisis sea en doble vía» (Cruz Rueda, 2019, p. 133); es decir, del derecho estatal al derecho indígena y viceversa.

Lo anterior, precisamente, es lo que hemos señalado aquí, al resaltar la dinámica de ida y vuelta —si bien asimétrica— entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico estatal. El concepto de transculturación jurídica que proponemos integra, efectivamente, la visión diaspórica, pero se interesa por analizar los elementos que ingresan en un sistema u otro por medio de la selectividad y la creatividad, de tal modo que adquieren una nueva identidad —para seguir con la metáfora— en un espacio jurídico distinto.

En este sentido, para recapitular esta parte del análisis, podemos afirmar que conceptos como transculturación, interlegalidad y diáspora jurídica poseen ciertos aires de familia, aunque cada uno intenta describir procesos o aspectos de la realidad de las sociedades que han reconocido la autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas. Para ser más esquemáticos: la transculturación jurídica se interesa por el proceso de recepción y transmisión formal y sustancial de elementos de un sistema a otro (indígena o estatal); la interlegalidad pone la mirada en la intersección formal de ambos sistemas; y la diáspora jurídica, finalmente, se interesa en describir la mudanza y el sentido de un elemento endógeno en un espacio jurídico ajeno. Los tres conceptos se hallan profundamente imbricados al analizar diferentes aspectos de un mismo proceso.

6. TRANSCULTURACIÓN JURÍDICA, TERCER ESPACIO Y ZONAS DE DECISIÓN PROPIA

La transculturación jurídica, lo hemos dicho, produce un derecho híbrido derivado de la dinámica interlegal. En el contexto del pluralismo jurídico, esto no implica la mera sumatoria del sistema jurídico indígena y sistema jurídico estatal, sino algo más que ya no es lo uno ni lo otro. En realidad, se trata de un «tercer espacio», algo así como un lugar jurídico fronterizo que permite, entre otras cosas, operar transiciones entre ambos sistemas normativos.

Tomo el concepto del filósofo indio Homi Bhabha (2002, p. 20), quien lo acuñó al momento de reflexionar sobre los procesos de construcción identitaria en el contexto de sociedades que han sufrido procesos de colonización.¹⁷ En el caso específico del derecho, entiendo por tercer espacio no un lugar físico, sino un espacio simbólico en el que se disuelven las categorías jurídicas binarias y dan paso a nuevos sistemas, prácticas y procesos de carácter híbrido. La mejor forma de comprender tal concepto es por medio de la metáfora del balcón, propuesta por Bill Ashcroft (Hernando, 2004, p. 113). Todos hemos estado en el balcón de una casa, contemplando el paisaje, leyendo un libro o disfrutando una taza de café al aire libre. Pues bien, si hemos hecho esto o algo similar en algún momento de nuestra vida, sin duda hemos tenido la experiencia de colocarnos en un tercer espacio, pues el balcón es esa zona de intersección entre el adentro y el afuera de una casa, la frontera entre las dimensiones privada y pública de nuestra identidad, el intersticio entre la vivencia de lo propio y lo ajeno, en fin, el espacio híbrido donde se cruzan los puntos de vista interno y externo.¹⁸ Quizá sea esa la condición hacia donde avanzan todos los sistemas jurídicos contemporáneos que han hecho suyos el reconocimiento de la pluralidad normativa y la autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas.

Si regresamos al caso de Tlacoahuaya antes visto, nos damos cuenta de que la construcción de su Bando de Policía y Buen Gobierno se enmarca, precisamente, en un tercer espacio simbólico cuya hibridación de elementos permite remitirnos tanto al derecho indígena como al derecho estatal. Aunque se puede entender como un documento inscrito en el sistema jurídico indígena, su naturaleza es de carácter porosa, dado que surge del contacto entre dos sistemas normativos. Estamos, pues, ante un fenómeno normativo que solo es posible cuando sus agentes se colocan en ese espacio intersticial que les permite seleccionar elementos

17 Escribe Bhabha (2002): «Es este tercer espacio, aunque irrepresentable en sí mismo, es el que constituye las condiciones discursivas de la enunciación que aseguran que el sentido y los símbolos de la cultura no tienen una unidad o fijeza primordiales; que aun los mismos signos pueden ser apropiados, traducidos, rehistorizados y vueltos a leer» (p. 58).

18 Alberto Moreiras (1999) se ha referido de igual modo al «vestíbulo» de una casa como metáfora del tercer espacio.

ajenos y transformarlos con sus propios recursos culturales y simbólicos. Únicamente desde un espacio intersticial de enunciación —como el balcón— es posible asumir los dos puntos de vista e incorporarlos en un solo crisol. Se puede decir que el tercer espacio, desde la perspectiva del derecho indígena, es el lugar donde las comunidades indígenas transculturán —negocian, transforman y/o resisten— el proyecto jurídico-político de la modernidad occidental.

No obstante, lo interesante del concepto de tercer espacio es, entre otras cosas, el hecho de que permite hacer un mapeo de la dinámica de la transculturación jurídica en torno de lo que se rechaza y acepta como estrategias de resistencia y asimilación. En el caso de Tlacoahuaya, la comunidad asume el postulado de que

los asuntos que no se encuentran regulados en el Bando de Policía y Buen Gobierno del Municipio, y dependiendo de su gravedad, son turnados a la Asamblea General de Ciudadanos y Ciudadanas para que sean analizados, sancionados y, en su caso, resueltos (Sala de Justicia Indígena de Oaxaca, 2022).

Si traducimos lo anterior a nuestro modelo teórico, entendemos que, ante la ausencia de regulación por el tercer espacio que es el Bando de Policía y Buen Gobierno de Tlacoahuaya, la comunidad se reserva para sí misma una «zona de decisión propia» que queda en manos de su asamblea general como órgano colectivo de justicia.¹⁹ Así, del espacio del derecho liminar se transita al espacio del derecho comunitario como sistema que resguarda la decisión última del asunto. La realidad del derecho de autonomía y autodeterminación indígena se juega precisamente en este tránsito.

Pero eso no es todo, pues un proceso similar ocurre del otro lado, en el sistema jurídico estatal. Y es que hay asuntos en los que la jurisdicción del Estado reclama para sí —no sin cierto ánimo impositivo— el derecho de resguardar la decisión última en detrimento de la autonomía de pueblos y comunidades indígenas, sobre todo cuando existe un coto

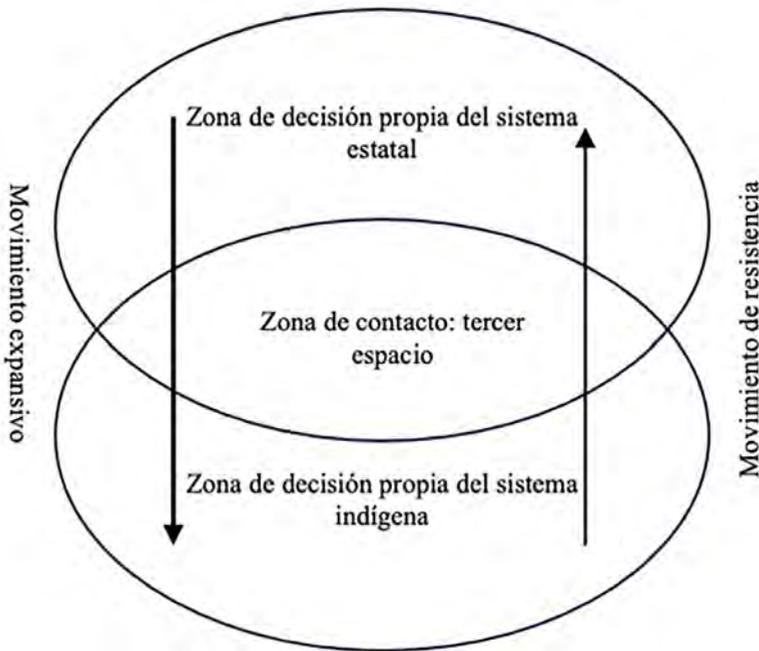
19 He analizado la manera en cómo las asambleas comunitarias funcionan como órganos jurisdiccionales colectivos en Vázquez Hernández (2024).

vedado —cuyo control último recae en la SCJN como tribunal constitucional— que funge como su «zona de decisión propia»: el respeto al *ius cogens* de los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad y la integridad de las mujeres (artículo 2, apartado a, fracción II, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En esta última hipótesis, la zona de decisión propia del sistema jurídico estatal funciona como el equivalente de las zonas de decisión propias que los pueblos y las comunidades indígenas tienen reconocidas a su favor. Ambas zonas, de algún modo, representan áreas limítrofes del tercer espacio derivado de los procesos de transculturación jurídica, tal como se expresa en el siguiente gráfico.

Figura 1

Espacios y procesos de la transculturación jurídica



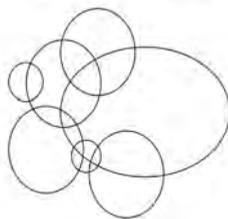
Fuente: elaboración propia.

En este esquema, el tercer espacio es el lugar intermedio cuyas fronteras espolean las zonas de decisión propia de ambos sistemas.²⁰ Por un lado, la zona de decisión propia indígena reclama para sí la defensa del derecho de libre autonomía (de aquí surgen principios como los de maximización de la autonomía, libre determinación, derecho de aplicar su propio sistema jurídico, etc.); por otro, la zona de decisión propia estatal exige para sí la defensa de los derechos humanos universales. Bien mirado, se trata de un conflicto simbólico de carácter espacial en el que, por cuestiones históricas, estructurales y políticas, quien lleva la ventaja de extender su zona de decisión propia es el sistema jurídico estatal, pues, como hemos dicho antes, en México persiste un tipo de pluralismo jurídico vertical que tiende a subordinar el sistema jurídico indígena al derecho del Estado.²¹

Lo señalado anteriormente nos lleva a afirmar que el tercer espacio es flexible, por lo que se convierte en un terreno fértil para la expansión estatal. Al ejercer su poder institucional, el Estado puede reconfigurar las fronteras de su propio espacio, invadiendo las zonas de decisión propias de los pueblos y las comunidades indígenas. Esta dinámica, que denominamos «uso colonial del tercer espacio», evoca un proceso de expansión similar al colonialismo, donde el Estado irrumpe en territorios

20 Cabe decir que, para fines del presente artículo, el esquema presentado solo se limita a la interacción de dos sistemas jurídicos, pero podría complejizarse para englobar el fenómeno de múltiples contactos de órdenes normativos (como la figura que se presenta abajo), donde también es posible la existencia de terceros espacios múltiples (algunos de ellos hasta imbricados con otros) entre los campos que interaccionan entre sí. Sobre esto escribiré un artículo posterior.

Terceros espacios en la interacción múltiple de órdenes normativos



21 El reto, en este sentido, es avanzar hacia la concepción de un pluralismo jurídico horizontal en donde el intercambio de elementos jurídico-culturales no se encuentre condicionado por una relación de subordinación.

ajenos y socava la pluralidad normativa.²² En el extremo, esta dinámica podría llevarnos a un retorno al monismo jurídico, donde el Estado detentaría el monopolio absoluto en la producción y la aplicación del derecho.

Por otro lado, denominamos como «uso contrahegemónico del tercer espacio» a las prácticas de resistencia de pueblos y comunidades indígenas ante la fuerza expansiva de la zona de decisión propia del sistema estatal.²³ La transculturación jurídica indígena es un ejemplo de este uso: una apropiación creativa de elementos que derivan de una imposición y transformarlos en algo distinto para el beneficio de la comunidad. Como dice Mary Louise Pratt (2010) al reflexionar sobre el tema: «Si bien los pueblos subyugados no pueden controlar lo que la cultura dominante introduce en ellos, pueden, sin embargo, determinar (en grados diversos) lo que absorben para sí, cómo lo usan y qué significación le otorgan» (p. 32).²⁴

7. CONCLUSIONES

De lo anterior, podemos decir que el concepto de transculturación, lejos de ser una curiosidad teórica, es una herramienta indispensable para comprender y analizar la compleja realidad jurídica de sociedades pluriculturales. Al trasladar este concepto al ámbito jurídico, somos capaces de vislumbrar un panorama dinámico y en constante transformación,

22 Nos hallamos ante lo que Pedro Garzón López (2019) ha llamado «colonialidad jurídica» (p. 337).

23 Esto se vincula, desde luego, con lo que Boaventura de Sousa Santos analiza como el uso contrahegemónico del derecho (2005).

24 En un artículo posterior analizaré de manera más extensa este asunto y las prácticas intersticiales que se generan en torno del tercer espacio. Basta señalar que este concepto, relacionado con el de transculturación jurídica aquí propuesto, se manifiesta en diversas expresiones del pluralismo jurídico actual, por ejemplo, en la naturaleza del Juzgado Indígena de Cuetzalan en Puebla, en la de la Sala de Justicia Indígena de Oaxaca o su análoga del Estado de México; o bien, los espacios simbólicos que implementan a través de reuniones entre autoridades comunitarias y autoridades del sistema estatal con el fin de entablar mecanismos de cooperación y coordinación, así como en las prácticas que llevan a cabo algunos intermediarios como abogados indígenas, intérpretes, traductores, peritos, etc.

donde los sistemas jurídicos indígenas y estatales interactúan, se influyen mutuamente y generan nuevas formas de derecho.²⁵ Faltaría un estudio más profundo basado en casos específicos que dieran mayores luces sobre las estrategias específicas de recepción y transmisión normativas. No obstante, y según lo analizado en las páginas que anteceden, podemos extraer algunas conclusiones importantes.

La primera de ellas es que el concepto de transculturación jurídica (en sus dos dimensiones: indígena y estatal) adquiere una importancia fundamental como categoría de análisis en el contexto del pluralismo jurídico. Nacida de la antropología y la crítica cultural latinoamericana, como hemos visto, dicho categoría describe los procesos de intercambio entre diversos sistemas jurídicos desde la perspectiva de la recepción, la transmisión y las resistencias culturales. Gracias a él, me parece, adquieren mayor sustancia conceptos aledaños como interlegalidad o diáspora jurídica. Se puede decir que la dinámica de la transculturación jurídica, es decir, la selectividad y la creatividad (pérdidas, selecciones, redescubrimientos e incorporaciones de lo propio y de lo ajeno), constituye un fenómeno que incide de manera preponderante en el derecho de la sociedad actual, sobre todo después del reconocimiento constitucional de la legalidad indígena.

La segunda de las conclusiones importantes es el hecho de que la transculturación jurídica, en su doble dimensión, es asimétrica. Si bien ambas constituyen un proceso de transformación dinámica de elementos exteriores al sistema, la primera parte es una posición subalterizada debido al modelo de pluralismo jurídico persistente en nuestro país. De ahí que la hayamos definido como un proceso creativo a través del cual los pueblos y las comunidades indígenas se apropian de elementos normativos de diferente origen (regional, nacional e internacional), para producir, a partir de sus propias cosmovisiones normativas, una nueva manifestación jurídica que les permita resistir y afirmar su identidad.

25 El concepto de *entangled legalities* (Krisch, 2022) o «legalidades entrelazadas», acuñado en el ámbito anglosajón, ofrece un marco conceptual que complementa nuestra propuesta aquí presentada sobre la transculturación jurídica y el tercer espacio. Exploraremos en mayor profundidad las conexiones entre estos conceptos en un próximo artículo.

En el caso de la transculturación estatal, hemos dicho que se trata de un proceso de apertura estratégica a las demandas de grupos históricamente excluidos por el sistema jurídico, lo cual permite la entrada de elementos «ajenos» a dicho sistema con el fin de legitimar la toma de decisiones desde una perspectiva centralista. Por ello, proponemos la siguiente definición: la transculturación jurídica estatal es el proceso mediante el cual el sistema jurídico del Estado asimila —desde una posición hegemónica y estratégica— elementos culturales ajenos en la producción y la aplicación formal del derecho con fines de legitimación. Como puede apreciarse, ambas dimensiones presentan una relación dialéctica: por un lado, la resistencia indígena contra la imposición del derecho hegemónico; por otro, la hegemonía estatal que busca legitimarse incorporando elementos subalternos. Cabe advertir que el desarrollo de cada concepto amerita un análisis más profundo, que será objeto de futuras investigaciones.

Por último, la tercera conclusión que podemos mencionar es la relación que existe entre la transculturación jurídica y el tercer espacio. Se trata de una relación doblemente constitutiva: la transculturación jurídica produce al tercer espacio de la misma manera que este produce aquella. Como dijimos anteriormente, nos hallamos ante un fenómeno normativo que solo es posible cuando sus agentes se colocan en ese espacio intersticial que les permite seleccionar elementos ajenos y transformarlos con sus propios recursos culturales y simbólicos.

El tercer espacio, por otro lado, permite entender la dinámica conflictiva que se da en toda zona de contacto cultural. Bajo el modelo del pluralismo jurídico actual, uno donde el sistema jurídico estatal todavía ve al sistema jurídico indígena como su subordinado, opera un uso colonial del tercer espacio por parte del Estado, siempre con miras a extender su fuerza expansiva sobre las zonas de decisión indígenas. La transculturación jurídica indígena, en este caso, es una forma de hacer frente a la estrategia colonizadora estatal por medio de un uso contrahegemónico del tercer espacio. El sentido del derecho de autonomía y libre determinación de pueblos y comunidades indígenas se juega, precisamente, en comprender la dinámica de la transculturación jurídica y la resistencia indígena operada desde sus propias zonas de decisión pasando por el tercer espacio.

REFERENCIAS

- Baucells, S. (2001). Sobre el concepto de aculturación: una aproximación teórica al estudio de los procesos de interacción cultural. *Revista Tabona*, (10), 267-290. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/20452/10%20%28Sergio%20Baucells%20Mesa%29%20%281%29.pdf?sequence=1>
- Bengoa, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.
- Bhabha, H. K. (2002). *El lugar de la cultura*. Manantial.
- Consejo de Derechos Humanos. (2019). *Derechos de los pueblos indígenas. Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (A/HRC/42/37)*. Ginebra: 2 de agosto de 2019. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Cornejo Polar, A. (1994). *Escribir en el aire. Ensayo sobre la heterogeneidad sociocultural en las literaturas andinas*. Horizonte.
- Coronil, F. (2010). La política de la teoría: el contrapunteo cubano. En L. Weinberg (coord.), *Estrategias del pensar: ensayo y prosa de ideas en América Latina. Siglo XX* (pp. 357-428). Universidad Nacional Autónoma de México; Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.
- Cruz Rueda, E. (2014). *Derecho indígena: dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa*. Instituto Nacional de Antropología e Historia.
- Cruz Rueda, E. (2019). El derecho indígena como impulsor del pluralismo jurídico en el derecho mexicano. *Diálogo Andino*, (59), 131-142. <https://www.scielo.cl/pdf/rda/n59/0719-2681-rda-59-131.pdf>
- Díaz-Polanco, H. (2008). *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*. Casa de las Américas.
- García-Bedoya, C. (2021). Transculturación. En B. Colombi (coord.), *Diccionario de términos críticos de la literatura y cultura en América Latina* (pp. 469-480). Clacso.

- García Canclini, N. (2004). *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*. Gedisa Editorial.
- Garzón López, P. (2019). Pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: repensando el derecho desde la colonialidad del poder. *Ius Inkarrri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 8(8), 329-246. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn8.2730>
- González Alcantud, J. A. (2008). Un flechazo transcultural de «toma y daca» de consecuencias poscoloniales. El encuentro entre Fernando Ortiz y Bronislaw Malinoski. *Revista Letral*, (1), 144-160. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/letral/article/view/3565>
- González Schmal, R. (2007). *Programa de derecho constitucional*. Limusa; Universidad Iberoamericana.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, (24), 1-56.
- Hernando, A. M. (2004). El tercer espacio: cruce de culturas en la literatura de frontera. *Revista de Literaturas Modernas. Los Espacios de la Literatura*, (34), 109-120. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/142/Hernando%20RML34.pdf
- Hoekema, A. (2005). European legal encounters between minority and majority culture: cases of interlegality. *Journal of Legal Pluralism*, (51), 1-28. <https://commission-on-legal-pluralism.com/system/commission-on-legal-pluralism/volumes/51/hoekema-art.pdf>
- Iannello, P. (2015). Pluralismo jurídico. En J. L. Fabra Zamora y Á. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1 (pp. 767-790). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/24.pdf>
- Krisch, N. (ed.). (2022). *Entangled Legalities beyond the State*. Cambridge University Press.
- Lizon González, J. L. (2013). ¿Transculturación jurídica en la época de la conquista y la colonia? Una aproximación al tema. En A. Matilla, O. Álvarez e I. Martínez (coords.), *Temas de historia del derecho y derecho agrario. Homenaje al profesor Orestes Hernández Más* (pp. 111-131). Unijuris. <https://cuba.vlex.com/vid/jura-dica-poca-conquista-colonia-tema-525080402>

- López, F. (2019). *Autonomías y derechos indígenas en México*. Pez en el Árbol.
- Malinowski, B. (1945). *The dynamics of cultural change. An inquiry into race relations in Africa*. Yale University Press.
- Martínez, J. C. (2011). *La nueva justicia tradicional. Interlegalidad y ajustes en el campo jurídico de Santiago Ixtayutla y Santa María Tlahuitoltepec*. Coordinación de Publicaciones del Colegio Superior para la Educación Integral Intercultural de Oaxaca; Instituto Estatal de Educación Pública de Oaxaca; Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca; Konrad Adenauer.
- Moore, S. F. (1973). Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law and Society Review*, 7(4), 719-746. <https://doi.org/10.2307/3052967>
- Nickel, R. (2015). Interlegalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (8), 205-211. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2486>
- Orantes García, J. R. (2014). *Derecho tenejapaneco. Procedimientos legales híbridos entre los tseltales de Chiapas*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ortiz, F. (1950). *La africanía de la música folklórica de Cuba*. Ministerio de Educación.
- Ortiz, F. (1978). *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*. Biblioteca Ayacucho.
- Ortiz, F. (1981). *Los bailes y el teatro de los negros en el folklore de Cuba*. Editorial Letras Cubanas.
- Perus, F. (2019). *Transculturaciones en el aire*. Universidad Nacional Autónoma de México; Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.
- Pratt, M. L. (2010). *Ojos imperiales. Literatura de viajes y transculturación*. Fondo de Cultura Económica.

- Quijano, M. (2012). *Transculturación, heterogeneidad e hibridación: tres conceptos de crítica literaria y cultural en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México; Facultad de Filosofía y Letras.
- Rabinovich, R. D. (2002). *Un viaje por la historia del derecho*. Editorial Quorum.
- Rama, A. (2008). *Transculturación narrativa en América Latina*. Ediciones El Andariego.
- Recondo, D. (2007). *La política del Gatopardo. Multiculturalismo y democracia en Oaxaca*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social; Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- Richard, N. (ed.). (2010). *En torno a los estudios culturales. Localidades, trayectorias y disputas*. Arcis; Clacso.
- Sala de Justicia Indígena de Oaxaca. (2022). Entrevista con Ángel Morales. Archivo de la Sala de Justicia Indígena; Centro de Información de Justicia Indígena.
- Samaniego, M. (ed.). (2021). *Estudios culturales desde el Sur. Procesos, debates y propuestas*. Ariadna Ediciones. <https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/50252/9789566095262.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Santos, B. de S. (2005). El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (39), 363-420. <https://doi.org/10.30827/acfs.v39i0.1035>
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta.
- Santos, B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Siglo del Hombre; Universidad de los Andes; Siglo XXI.
- Santos, B. de S. (2012). Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. de Souza Santos y J. L. Exeni Rodríguez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 11-48). Abya-Yala; Fundación Rosa Luxemburg.

- Scott, J. C. (2004). *Los dominados y el arte de la resistencia. Discursos ocultos* (J. Aguilar Mora, trad.). Ediciones Era.
- Sierra, M. T. (2011). Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento. En V. Chenaut, M. Gómez, H. Ortiz y M. T. Sierra (coords.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización* (pp. 385-406). Ciesas; Flacso.
- Stavenhagen, R. (1990). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena* (pp. 27-46). Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2022). *Protocolo para juzgar con perspectiva intercultural: personas, pueblos y comunidades indígenas*. Dirección General de Derechos Humanos de la SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-11/Protocolo%20para%20Juzgar%20con%20Perspectiva%20Intercultural_Ind%C3%ADgenas_Digital_6a%20entrega%20final.pdf
- Szurmuk, M., y McKee, I. (coords.). (2009). *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*. Siglo XXI; Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora.
- Vázquez Hernández, I. F. (2024). Cuando la comunidad «dice» el derecho: las asambleas de justicia indígena en Oaxaca. *Derecho PUCP*, (92), 301-327. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202401.009>
- Villarroel Claire, R. (1991). *Sociología del derecho*. Editorial Juventud.
- Walsh, C. (ed.). (2003). *Estudios culturales latinoamericanos. Retos desde y sobre la región andina*. Universidad Andina Simón Bolívar; Abya Yala. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7423/1/Walsh%20C-Estudios%20culturales%20latinoamericanos.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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.03

LO IMPOLÍTICO EN CUESTIÓN. UN ANÁLISIS SOBRE LA CRISIS DE LAS NOCIONES JURÍDICO-POLÍTICAS MODERNAS EN LAS OBJECIONES A *CATEGORIE DELL'IMPOLITICO* DE ROBERTO ESPOSITO

The impolitical in question. An analysis of the crisis of modern juridical-political notions in the objections to Roberto Esposito's *Categorie dell'impolitico*

L'impolitico in questione. Un'analisi della crisi delle nozioni giuridico-politiche moderne nelle obiezioni a *Categorie dell'impolitico* di Roberto Esposito

O impolítico em questão. Uma análise da crise das noções jurídico-políticas modernas nas objeções à *Categorie dell'impolitico* de Roberto Esposito

GUILLERMO BIALAKOWSKY
Universidad de Buenos Aires
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: guillebiala@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0002-0287-8143>

RESUMEN

En este trabajo analizamos la reconstrucción y las respuestas de Roberto Esposito frente a las objeciones a su libro *Categorie dell'impolitico* (1988). Nuestra hipótesis consiste en que las diversas posiciones respecto de la noción de lo impolítico tienen como condición de posibilidad dos

perspectivas diferentes sobre la crisis de las categorías jurídico-políticas modernas. En esa línea, las críticas a lo impolítico aquí desarrolladas presuponen la posibilidad de una «superación» de esta crisis y, por ende, del horizonte de lo impolítico. Para discutir esta interpretación, indagaremos en el alcance de la noción de «ulterioridad» para comprender la perspectiva impolítica y explicitaremos el vínculo entre las primeras respuestas de Esposito y la estructura conceptual trazada en la primera edición de *Categorie dell'impolitico*. Asimismo, abordaremos los puntos en los que el pensador modula su comprensión de lo impolítico y ahondaremos en el significado del desplazamiento que va desde lo impolítico hacia el pensamiento sobre la comunidad.

Palabras clave: Roberto Esposito; impolítico; ulterioridad; comunidad; *Categorías de lo impolítico*.

Términos de indización: política; crisis política; poder político; lenguaje simbólico (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In this paper we analyse Roberto Esposito's reconstruction and responses to the objections to his work *Categorie dell'impolitico* (1988). Our hypothesis is that the different positions regarding the notion of the impolitical have as a condition of possibility two different perspectives on the crisis of modern juridical-political categories. In this line, the critiques of the impolitical developed here assume the possibility of «overcoming» the crisis and, therefore, the horizon of the impolitical. To discuss this interpretation, we will investigate the scope of the notion of «ulteriority» in order to understand the impolitical perspective, and we will make explicit the link between Esposito's first responses and the conceptual structure outlined in the first edition of *Categorie dell'impolitico*. We will also address the points at which the thinker modulates his understanding of the impolitical and we will delve into the meaning of the shift from the impolitical towards his thought on community.

Key words: Roberto Esposito; impolitical; ulteriority; community; *Categories of the impolitical*.

Indexing terms: politics; political crises; political power; symbolic languages (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

In questo articolo analizziamo la ricostruzione e le risposte di Roberto Esposito alle obiezioni al suo libro *Categorie dell'impolitico* (1988). La nostra ipotesi è che le diverse posizioni riguardo a la nozione d'impolitico abbiano come condizione di possibilità due diverse prospettive sulla crisi delle categorie giuridico-politiche moderne. In questa linea, le critiche all'impolitico qui sviluppate presuppongono la possibilità di «superare» la crisi e, quindi, l'orizzonte dell'impolitico. Per discutere questa interpretazione, indagheremo la portata della nozione di «ulteriorità» per comprendere la prospettiva dell'impolitico, ed esplicheremo il legame tra le prime risposte di Esposito e la struttura concettuale delineata nella prima edizione delle *Categorie dell'impolitico*. Affronteremo anche i punti in cui il pensatore modula la sua comprensione dell'impolitico e approfondiremo il significato del passaggio dall'impolitico al pensiero della comunità.

Parole chiave: Roberto Esposito; impolitico; ulteriorità; comunità; *Categorie dell'impolitico*.

Termes d'indexation: política; crisi política; potere político; linguaggio simbolico (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

Neste artigo analisamos a reconstrução e as respostas de Roberto Esposito às objeções ao seu livro *Categorie dell'impolitico* (1988). A nossa hipótese é que as diferentes posições em relação à noção de político têm como condição de possibilidade duas perspectivas diferentes sobre a crise das categorias jurídico-políticas modernas. Nessa linha, as críticas ao impolítico aqui desenvolvidas assumem a possibilidade de «superação» da crise e, portanto, o horizonte do impolítico. Para discutir esta interpretação, investigaremos o alcance da noção de «ulterioridade» para a compreensão da perspectiva impolítica e explicitaremos a ligação entre as primeiras respostas de Esposito e a estrutura concetual delineada na primeira edição de *Categorie dell'impolitico*. Abordaremos também os pontos em que o pensador modula a sua compreensão do impolítico e aprofundaremos o significado da passagem do impolítico para o pensamento sobre a comunidade.

Palavras-chave: Roberto Esposito; impolítico; ulterioridade; comunidade; *Categorias do impolítico*.

Termos de indexação: política; crise política; poder político; linguagem simbólica (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 13/5/2024

Revisado: 10/6/2024

Aceptado: 6/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

Roberto Esposito se ha propuesto en reiteradas ocasiones reflexionar acerca del significado y los alcances de su «período impolítico». Ahora bien, ¿qué significa para el autor italiano el horizonte de lo impolítico? Esposito ha realizado un desarrollo sistemático de esta cuestión en su libro *Categorie dell'impolitico* (1988). Sin embargo, a fines de la década de 1990, el pensador napolitano comienza a abandonar la utilización de una terminología explícitamente impolítica. Este proceso encuentra un giro crucial en la publicación de *Communitas. Origine e destino della comunità* (1998). Precisamente un año más tarde, en la reedición de 1999 de *Categorie dell'impolitico*, aprovecha la ocasión para escribir un prefacio a modo de balance sobre lo impolítico.

En primer lugar, Esposito considera que este término supone la convergencia en la época de diferentes líneas de investigación y dinámicas socioculturales que permitieron avanzar con una demorada crítica de los «grandes conceptos» propios del léxico del pensamiento político. Ello implicaba repensar la productividad heurística de dichas nociones como «términos», es decir, no en tanto entidades cerradas en sí mismas, sino en sus confines, sus contradicciones y antinomias (Esposito, 1999, p. VIII). Desde este punto de vista, cabe recordar que en la primera edición el autor italiano ya señalaba que lo impolítico consiste en un horizonte categorial que no puede reducirse a una categoría cerrada (Esposito, 1988, p. 8; 2012, p. 17).

Sin embargo, la yuxtaposición de autores y procesos históricos también motivó, según Esposito, importantes confusiones en relación con la definición de lo impolítico. Es por ello que el autor se propone aprovechar la oportunidad de la reedición para esclarecer una serie de equívocos. Esposito indica que en algún punto si estas reservas se dispusieran en una línea de yuxtaposición recíproca, el resultado sería que en mayor parte se neutralizarían. No obstante, también considera que ciertas críticas no solo poseen un grado relevante de legitimidad, sino que lo han llevado en sus trabajos subsiguientes a profundizar, redefinir o incluso modificar su pensamiento (Esposito, 1999, p. xi). Si bien Esposito ensaya una rearticulación conceptual de las críticas desarrollando una réplica guiada por su propia conceptualización, puede encontrarse en su elaboración respuestas a las críticas planteadas específicamente a ciertos autores. Asimismo, el autor plantea que, más allá de cierta interdependencia, sería posible condensar las objeciones en cuatro modalidades diferentes de argumentación. En sus palabras:

1) lo impolítico es una filiación —aunque particularmente sofisticada— de la antipolítica hoy dominante; 2) lo impolítico es una suerte de teología política negativa de carácter gnóstico, y como tal, fijado a un presupuesto dualista que bloquea toda su potencialidad hermenéutica; 3) lo impolítico es una categoría interna a la modernidad, y más precisamente al segmento extremo de su crisis, que se limita a reflejar en forma invertida; 4) lo impolítico es una filosofía que, justamente por su retiro de la política, hereda de ésta su máxima voluntad de poder a través del monopolio del juicio sobre ella (Esposito, 1999, p. xi).

Este trabajo se propone analizar la reconstrucción y las respuestas que Esposito elabora frente a esta serie de objeciones. Si bien al comienzo el autor parece simplemente reafirmar los argumentos expuestos once años antes, considero que el desarrollo de la discusión, en sus concesiones y matices, muestra los movimientos conceptuales que emergen durante dicho período. La hipótesis del trabajo consiste en que las diversas posiciones sobre lo impolítico tienen como condición de posibilidad dos perspectivas diferentes sobre la crisis de las nociones jurídico-políticas

modernas. En este sentido, consideramos que las críticas a lo impolítico asumen el supuesto de la posibilidad de una «superación» de esta crisis y, por ende, del horizonte mismo de lo impolítico. Para discutir esta interpretación, indagaremos en el alcance de la noción de «ulterioridad» para comprender la perspectiva impolítica. Con este objetivo, en el segundo apartado de este trabajo explicitaremos el vínculo entre las primeras respuestas de Esposito y la estructura conceptual trazada en la primera edición de *Categorie dell'impolitico*. En el tercer apartado abordaremos los puntos en los que el pensador comienza a plantear una modulación en su comprensión de lo impolítico. En el cuarto y último apartado, antes de las conclusiones del trabajo, ahondaremos en el significado del desplazamiento que va desde lo impolítico hacia el pensamiento sobre la comunidad.

2. LA ANTIPOLÍTICA Y LO IMPOLÍTICO: PRIMERAS OBJECIONES

La primera modalidad de objeción que Esposito busca desarrollar es la que coloca en una línea de continuidad y reduce el pensamiento impolítico a una variante de la antipolítica. Cabe subrayar que la mayor insistencia en esta interpretación corresponde principalmente al debate político-cultural de la época suscitado por la obra y expresado en artículos de corte periodístico (Scalfari, 1996; 1997). Vale destacar que en la edición original Esposito ya había advertido que lo impolítico no se trata de una «a-política», o mucho menos de una «anti-política». El autor ya seguía en este punto a la lectura con la que Massimo Cacciari inaugura la reflexión sobre lo impolítico en el debate italiano: «L'impolitico nietzscheano» (Cacciari, 1978; Bialakowsky, 2023a). Cacciari desarrolla allí una lectura impolítica de Friedrich Nietzsche a través de la apropiación crítica del término «impolítico» utilizado por Thomas Mann (1974) en *Betrachtungen eines Unpolitischen* (*Consideraciones de un impolítico*, 1918). Tanto Cacciari como Esposito rechazan toda posición concebida desde un supuesto «afuera de lo político» que funcione como principio para condenar lo político o anunciar su fin. Para Esposito, lo impolítico propone justamente una crítica que, desde su primer paso, aborda las implicancias de la imposibilidad de una mediación de lo político con su

«afuera». Por el contrario, la antipolítica recurre a los mismos medios y fines polémicos que aquello a lo que pretende contraponerse, compartiendo entonces sus mismos supuestos y dejándolos incólumes. En este sentido, Esposito afirma que la operación de Mann ofrece una imagen invertida de lo político que vuelve a reinstaurarla en el mismo momento que la niega.¹ Más allá de que Esposito ya haya volcado estas precisiones, no solo en la introducción, sino también a lo largo de toda la obra *Categorie dell'impolitico*, el autor aprovecha para abordar una vez más las diferencias entre lo impolítico y lo antipolítico. Ello significa sobre todo responder a una variante más compleja de esta crítica. Incluso si se aceptara que en las «intenciones declaradas» hay una clara divergencia entre lo impolítico y la antipolítica, se podría afirmar de todos modos que ambas posiciones conducen hacia las mismas aporías. Para refutar este argumento, Esposito invierte el orden del razonamiento y parte de la definición de la antipolítica. Ello permite marcar la distancia que necesariamente separa la antipolítica de la posición impolítica:

[L]a antipolítica no puede coincidir con lo impolítico porque *ya* coincide con la política. De ella desciende y la vuelve a proponer precisamente en el acto de negarla. Ésta —la antipolítica— no es lo contrario de la política, sino simplemente su imagen invertida: una manera de *hacer* política exactamente contraponiéndose a ella. Es decir, utilizando la misma modalidad —justamente la contraposición, el contraste, la enemistad— que caracteriza en forma primaria a la política (Esposito, 1999, pp. XII-XIII; énfasis original).

La forma polémica de la antipolítica apela a un valor por fuera de la política que no logra sustraerse a ella. Es más, su perspectiva genera un efecto de potenciación y radicalización de las aporías de la política moderna. La antipolítica coincide con la política al reproducirla en su intento paradójico de negarla. Esposito considera que, una vez planteada en estos términos, puede observarse la importancia de comprender el núcleo paradójico de las categorías jurídico-políticas modernas. Si el

1 Para una lectura diferente de la concepción de lo impolítico en Mann, véase Monti (1999).

propósito de sus nociones, desde el surgimiento de la matriz hobbesiana, es el de la neutralización del conflicto, el autor italiano se pregunta si esta concepción de la política no lleva entonces desde su nacimiento a la antipolítica como su forma extrema. Ahora bien, si no es posible sustraerse del léxico político, si como dice Mann, la política es una fuerza tan terrible que basta saber de ella para sucumbir y perder la pureza de la inocencia (Mann, 1974, p. 415), ¿cuál es entonces el vínculo posible entre la política y lo impolítico? Esposito advierte que, lejos de chocar con el conflicto, lo impolítico abandona toda apuesta por su exclusión. Desde esta perspectiva, conflicto y finitud son aspectos constitutivos de la política. Lo impolítico pretende recordarle al binomio política-antipolítica la imposibilidad de trascenderse en algún tipo de finalidad o cumplimiento. Por consiguiente, Esposito afirma el rechazo de toda escatología: «Lo impolítico es el fin de todo “fin de la política”» (Esposito, 1999, p. xvi).

Aprovechando esta respuesta, el autor introduce en su argumentación la segunda modalidad de crítica. Desde diferentes puntos de vista, tanto Franco Cassano (1989) como Alessandro Dal Lago (1989) han realizado este tipo de objeción: incluso cuando lo impolítico busque contraponerse a toda forma de teología política, el ángulo de refracción que posee su perspectiva sobre lo político conduciría lo impolítico hacia una tonalidad teológico-política (en una variante negativa). Del mismo modo que la acusación de apolítica o antipolítica, esta crítica no niega que Esposito explícitamente ha considerado constitutivo de lo impolítico su rechazo a la teología política. En *Categorie dell'impolitico*, el autor define a esta categoría como la búsqueda de recomponer un concepto eminente de representación que una las nociones de bien y poder. En este sentido, sitúa a lo impolítico en una «ulterioridad» respecto de los desarrollos teológico-políticos de Carl Schmitt (Esposito, 1999, p. 7; Bialakowsky, 2023b). Esposito reconoce la relevancia que posee, para su formulación de lo impolítico, el diagnóstico schmittiano de crisis de las nociones jurídico-políticas modernas. El pensador italiano subraya especialmente la importancia del problema de la representación para pensar dicha crisis. Esposito recupera el diagnóstico de Schmitt sobre un proceso de despoltización e inmanentización moderno que pretende eliminar toda conexión entre poder y trascendencia. Es decir, mientras que la

rappresentazione tradicional busca establecer una relación positiva entre la decisión política y la «Idea» que se encuentra en «lo alto», la modernidad sería la apuesta por una *rappresentanza* en tanto «pura» relación técnico-económica entre representante y representados. Para Esposito, la imposibilidad de una armonía basada en una deducción neutra de intereses expone el vacío originario sobre el que se levanta la estructura conceptual moderna. El derecho, según el pensador italiano, se ve por tanto constreñido a aceptar su condición de finitud, pero, al mismo tiempo, interpelado a no resignar su pretensión de universalidad. El autor británico Peter Langford, en su libro en torno a la presencia del problema jurídico en la obra de Esposito, ha considerado que esta argumentación concibe la positivización del derecho y del aparato jurídico como un efecto de la «neutralización-secularización». De este modo, las tensiones entre derecho y moralidad, derecho procesal y derecho sustantivo, y formalización y materialización del derecho resultan expresiones de esta aporía más fundamental (Langford, 2015, pp. 17-18). Sin embargo, para Esposito, se trata también de la posibilidad de establecer una diferenciación con la vertiente específicamente schmittiana que define la teología política desde el proceso histórico de la secularización. Esta lectura se encuentra en discusión con la interpretación de Carlo Galli (1994; 1996) sobre Schmitt. Con respecto a este punto de contacto, Esposito sostiene que lo impolítico difiere de dicha teoría genealógica de la soberanía que analiza el movimiento de secularización del léxico teológico a los términos jurídico-político modernos. Pero esta diferencia no surge de la postulación que ambos comparten de una ausencia de sustancia originaria, sino de su posición frente a dicha falta. El pensador afirma: «[Lo impolítico] No postula una coacción ordenadora en condiciones de trasponer ese “menos” sustancial en una ulterior y más poderosa forma representativa» (Esposito, 1999, p. xviii). Es decir, aun cuando la perspectiva impolítica hereda el diagnóstico schmittiano sobre la crisis de las categorías políticas modernas como punto de partida para su reflexión (aquello que Esposito considera repensar desde su «ulterioridad»), no se propone a partir de él reformular una representación eminente entre decisión política y orden trascendente. El autor italiano afirma sobre lo impolítico:

Si así fuese, si lo impolítico se diera el objetivo —o se inscribiese en el destino— de llenar de «forma» el vacío originario, recaería precisamente en aquella actitud teológico-política de la que se retira; y aún en su modalidad más efectiva en cuanto consciente de la propia naturaleza secularizada. Pero es justamente en este cruce de teología y secularización, de mito y técnica, de representación [*rappresentazione*] y decisión, donde éste declara su propia indisponibilidad. Indisponibilidad no solo a consagrar el poder con antiguas prácticas legitimadoras, sino también a reconocer en su desacralización moderna la necesidad de un nuevo mecanismo normativo revestido él mismo de inevitables atributos sagrados (Esposito, 1999, p. xviii).

¿Qué significa en este análisis la posición de «indisponibilidad»? Para Esposito, lo impolítico declara su indisponibilidad frente a toda forma de teología política. Es desde este horizonte que el autor se propone replicar la crítica que interpreta lo impolítico como teología política negativa. Esposito considera que esta última perspectiva supone meramente una negación en la relación entre los dos términos. En otras palabras, que la teología no puede ser política y la política no puede identificarse con la forma teológica. Por el contrario, lo impolítico señala que la negatividad se encuentra en el interior mismo de estas categorías. Es decir, la política entendida desde la finitud ya no puede ser «teologizada» a partir de un fundamento. Al mismo tiempo, la teología se encuentra arrastrada a un proceso contemporáneo de inmanentización que pone en cuestión su propia lógica de relación con la trascendencia. Esposito destaca la capacidad de Georges Bataille para plantear este tipo de interrogantes. El análisis impolítico de Bataille no solo permite pensar la ausencia que se encuentra en el centro de la política, sino también en el centro de la teología. Para el pensador italiano, la crítica de las nociones jurídico-políticas modernas, llevada a cabo por lo impolítico, abre un riesgo y una posibilidad. En primer lugar, se encuentra el riesgo de caer en una modalidad de gnosticismo dualista. En segundo lugar, este desarrollo abre la posibilidad para que la investigación se vuelque sobre las nociones de límite y diferencia. El autor afirma:

[L]o impolítico no es distinto de lo político, sino que es lo político mismo observado desde un ángulo de refracción que lo «mide» frente a lo que él no es y tampoco puede ser. A su imposible. En este sentido no hay dualidad —en todo caso, diferencia (Esposito, 1999, p. XXI).

Lejos de considerar la diferencia como una mera dualidad entre dentro y fuera, entre inmanencia y trascendencia o entre viejas y nuevas categorías, Esposito afirma aquí que se trata de pensar la diferencia desde la cuestión del límite. Según el autor, lo impolítico implica un vuelco interno sobre los conceptos clásicos: una conjunción entre la división y la unión que separa el adentro del afuera. En otros términos, lo impolítico busca reflexionar sobre aquello que excede a los conceptos clásicos y, en el contexto de su crisis, no les permite dar cuenta de los fenómenos jurídico-políticos contemporáneos. Este problema se enlaza directamente con el tercer tipo de crítica que será analizado en el próximo apartado.

3. LA PERSPECTIVA IMPOLÍTICA SOBRE LAS NOCIONES JURÍDICO-POLÍTICAS MODERNAS

En este punto de su argumentación, el análisis de las dos primeras modalidades de objeción comienza a llevar a Esposito hacia un desplazamiento crucial. Se trata de su lectura sobre el pasaje que él mismo realiza de lo impolítico hacia el pensamiento de la comunidad. Esposito no solo volverá a este punto hacia el final del prefacio, sino que la cuestión del pasaje entre lo impolítico y su obra posterior será un objeto constante en su reflexión. Sin embargo, el mismo autor considera necesario atender antes a la tercera modalidad de objeción. Más que una crítica, se trata aquí de una reserva respecto a su vínculo con las categorías de la modernidad. Si lo impolítico puede asumirse como horizonte crítico de la modernidad, mostrar su carácter desfondado sería solamente posible a partir de dicho fondo (Esposito, 1999, p. XXI). Galli ha buscado mostrar cómo lo impolítico queda conceptual y lingüísticamente comprendido dentro del léxico moderno: «También allí donde está expuesta a la crítica más radical, la modernidad, si bien deconstruida, se afirma como horizonte positivamente insuperable en el pensamiento. Lo impolítico y lo

moderno *simul stabunt, simul cadent*» (Galli, 1994, p. 156). Si lo impolítico puede realizar una deconstrucción no reactiva, reparadora o utópica, es precisamente por su inversión especular. Biagio de Giovanni (1989; 1997) también ha desarrollado una objeción en este sentido. El autor va más allá y considera que lo impolítico no solo permanece al interior de la modernidad, sino que se restringe más específicamente a su crisis final y de allí proviene su tonalidad crítica (De Giovanni, 1997, pp. 59 ss.). Para responder a esta interpretación, Esposito no se propone negar el evidente vínculo entre «concepto y tiempo» o el alcance de una perspectiva «epocal» para examinar las condiciones de posibilidad de determinadas reflexiones. No obstante, encuentra necesario preguntarse por el uso y la pertinencia en esta lectura de las categorías de crítica y crisis, debido a que, en primer lugar, la perspectiva impolítica no se coloca en un plano exterior, desde una idea o un valor previo y separado de lo político; en segundo lugar, porque le permite a Esposito plantear su divergencia con lo que denomina «filosofía de la crisis». Se trata de una teleología que depende de una noción tradicional de origen para poder inscribir a la crisis como momento ontológicamente derivado. Este pensamiento remite a un comienzo que tiene las características de la plenitud y la integridad. Esposito (1999) describe esta perspectiva de la crisis como elemento eliminable o superable:

[L]a crisis, en este caso, no es otra cosa que la ruptura del origen en una modalidad de disolución que rompe su carácter originariamente unitario. Y por lo tanto lo traiciona, lo distorsiona, lo pervierte a lo largo de una derivación que, sin embargo, siempre deja abierta la posibilidad de la reintegración. Éste es el presupuesto que, más allá de las diferentes estrategias terapéuticas (de tipo restaurador, de recomposición, regenerador), suelda todas las filosofías europeas de la crisis en una misma diagnosis: si se ha abierto una crisis, es lógicamente necesario que exista un tiempo *más* originario, *realmente* originario, en el que no había crisis. No solo eso, sino también un momento posterior a la crisis que haga posible, o por lo menos no excluya, la eventualidad de su resolución (p. xxv; énfasis original).

Esta perspectiva sobre la crisis asume la posibilidad de un momento posterior que supera y resuelve definitivamente esa condición que negaba la plenitud originaria. Por el contrario, lo impolítico critica esta operación que lleva a la política fuera de sí. Rechaza una lectura de la política como aquella que siempre «traiciona» su esencia y se pierde en el ámbito impuro de la técnica. Para lo impolítico, asumir la irremediable falta de esencialidad de lo político significa insistir en el carácter cooriginario de técnica y política. Si entre ambos elementos no hay una relación emancipadora o degenerativa, ello significa que este origen inoriginario resulta ineludiblemente contemporáneo. Aunque, como afirma el autor italiano: «nunca puede presentarse plenamente presente a sí mismo. Es justamente irrepresentable. Lo impolítico no es otra cosa que la enunciación de esta irrepresentabilidad» (Esposito, 1999, p. xxvii).

Es precisamente dicha irrepresentabilidad de lo impolítico la que conduce finalmente al análisis de la cuarta modalidad de objeción: para pensar lo político moderno, lo impolítico debe apartarse, retirarse de él.² Cuando Esposito afirma que este tipo de crítica condensa las objeciones anteriores, comienza a mostrar en qué sentido ella ha afectado la dirección de su itinerario teórico. Es por ello que ciertos aspectos merecen una mayor atención y clarificación. En primer lugar, la noción de *retrait* (retirada) implica un *re-trait* en el sentido de *re-tracer* (re-trazar), de volver a marcar el «re-» para hacer surgir de él una nueva interrogante. Por consiguiente, *retrait* no consiste en «salir fuera de lo político» y mucho menos reponer una distinción entre «dentro» y «fuera». En esa línea, sostiene:

Porque si lo impolítico se ubicara absolutamente fuera de lo político, o si se limitara a constituir su límite exterior, esa polémica todavía podría dar en el blanco. Pero no es así. Y no es así en el sentido

2 El autor italiano explicita aquí la herencia, con un peso cada vez mayor en su pensamiento, de Jean-Luc Nancy, Philippe Lacoue-Labarthe y los trabajos realizados en el *Centre de recherches philosophiques sur le politique*. Véase especialmente *Rejouer le politique* (1981) y *Le retrait du politique* (1983) de Lacoue-Labarthe y Nancy. Con respecto a la temática específica de la comunidad, se destaca por supuesto *La communauté désœuvrée* de Nancy (1986) y el diálogo con *La Communauté inavouable* de Blanchot (1983).

preciso de que el «fuera»: o mejor dicho el punto vacío de sustancia al que lo impolítico remite, está situado desde el comienzo dentro de lo político. O mejor todavía: es lo político mismo sustraído a su propia plenitud mítico-operativa (Esposito, 1999, p. xxviii).

Esposito subraya el significado que posee esta concepción de lo impolítico como pensamiento del límite. Se trata de un margen que lo político no puede determinar, pero se encuentra en su mismo centro. Ahora bien, esto no impide a Esposito reconocer que ciertas formulaciones de lo impolítico tienden a colocar el acento sobre el aspecto de la exterioridad. Esta conclusión es la que ha llevado al pensador a enfocar sus esfuerzos posteriores a centrarse en un aspecto incipiente en *Categorie dell'impolitico*: repensar el confín como «interiorización de la exterioridad» en términos de una herencia de Bataille. Si ya no se trata entonces de una trascendencia desde la inmanencia, sino de un «trascendimiento» de la inmanencia, la trascendencia no se opondría a la inmanencia, sino que constituiría su interrupción, su exposición a su propio afuera. Este desplazamiento realizado por el pensamiento impolítico es continuado por Esposito en «La prospettiva dell'impolitico» (1989):

Es esta inmanencia «que reenvía a la trascendencia», una inmanencia trascendente o una trascendencia excavada en la inmanencia, la modalidad de lo impolítico. No un espacio, ni, menos todavía, un valor situado fuera de lo político e indiferente a él, sino el trascendimiento interno a lo político en cuanto categoría afirmativa. El vacío, la ausencia, que lo político abre cuando pone en juego la propia dimensión de presencia (es decir de representación [*rappresentazione*]) (p. 220).

Para el mismo Esposito, el desarrollo de este interrogante lo conducirá a profundizar progresivamente en el problema de la comunidad y del «ser en común». En el prefacio escrito diez años después de la obra, el autor reflexiona especialmente sobre la crítica a la deriva sacrificatoria o autosacrificatoria que asedia al análisis de Bataille desplegado en la última parte de *Categorie dell'impolitico*. Aun cuando, por supuesto, no sea el único resultado posible, Esposito considera que la lectura

impolítica en torno a la comunidad de la muerte no logra tomar distancia explícita de una «inquietante perspectiva de muerte de la comunidad» (Esposito, 1999, p. xxx). Si bien no comparte las conclusiones que Maurizio Ferraris extrae de dicha objeción, sí acepta que tanto en el suicidio colectivo de Numancia como en la autodecapitación soberana de *Acéphale* habita un paradójico riesgo de recaer en una filosofía del sujeto y de la obra (Ferraris, 1989, pp. 91 ss.). De modo análogo al hincapié en la exterioridad, el autor asume que la posibilidad de esta inversión puede desactivarse si se modera el acento en el carácter negativo de la interpretación impolítica. El pensador napolitano afirma:

La imposibilidad de la comunidad en cuanto a la coincidencia consigo misma, su impresentabilidad histórica, estaba desde el comienzo en el centro de la perspectiva impolítica como ese conflicto constitutivo que no puede ser ordenado sino de modo teológico-político o, por el contrario, neutralizador según la dirección prevaleciente del proyecto moderno. Pero hoy quiero insistir sobre la necesidad de no manifestar aquel vacío originario de modo solamente negativo o también simplemente deconstructivo (Esposito, 1999, p. xxxi).

¿Cómo puede comprenderse esta reflexión por parte de Esposito sobre los límites de lo impolítico? ¿Qué rol juega en el desarrollo de su pensamiento la noción de comunidad? Examinaremos estas preguntas en el próximo apartado.

4. LO IMPOLÍTICO COMO LÍMITE O LOS LÍMITES DE LO IMPOLÍTICO: LA PREGUNTA POR LA COMUNIDAD

Hemos desarrollado hasta aquí la defensa de Esposito respecto de las críticas realizadas a *Categorie dell'impolitico*. Sin embargo, puede observarse que él mismo reconoce que la obra abre una serie de interrogantes sobre el vacío originario que emergen de la crisis de las nociones jurídico-políticas modernas. En *Communitas* (1998), Esposito ensaya una respuesta diferente partiendo de la etimología latina del término *communitas*. El autor observa que la acepción que aparece en primer

lugar en los diccionarios remite al significado canónico de oposición al *proprium* que incluso puede rastrearse en el *koinos* griego. Se trata de aquello que concierne a más de uno, a muchos, a todos: lo público frente a lo privado, lo general frente a lo particular. No obstante, el sustantivo *communitas* y el adjetivo *communis* cuentan con un segundo sentido «menos pacífico». Esta acepción introduce una mayor complejidad semántica que proviene del término *munus* (Esposito, 2003, p. 26). En él oscilan a su vez tres significados que desplazan la dicotomía público-privado: *onus*, *officium* y *donum*. Mientras los dos primeros cubren, a partir de diferentes matices, el área conceptual del deber (obligación, función, cargo, empleo, puesto), el tercero se refiere al campo lexical del don. Como señala Nancy (citado en Esposito, 2003, pp. 15 ss.), la noción de *munus* se constituye como el eje de todo el libro. Este término reúne la lógica del don con la del deber. Siguiendo el análisis de Émile Benveniste, Esposito (2003) afirma:

Pero detengámonos en el elemento de obligatoriedad: una vez que alguien ha aceptado el *munus*, está obligado (*onus*) a retribuirlo, ya sea en términos de bienes, o en términos de servicio (*officium*). Nuevamente se superponen «don» y «deber» [...] en esta sustracción a la constricción de un deber reside la menor intensidad del *donum* respecto de la inexorable obligatoriedad del *munus*. Este, en suma, es el don que se da porque *se debe* dar y *no se puede* no dar. Un tono de deber tan neto que modifica, y hasta interrumpe, la biunivocidad del vínculo entre donador y donatario: aunque generado por un beneficio recibido precedentemente, el *munus* indica sólo el don que se da, no el que se recibe [...] No implica de ningún modo la estabilidad de una posesión —y mucho menos la dinámica adquisitiva de una ganancia—, sino pérdida, sustracción, cesión: es una «prenda», o un «tributo», que se paga obligatoriamente. El *munus* es la obligación que se ha contraído con el otro, y requiere una adecuada desobligación. La gratitud que *exige* nueva donación (pp. 27-28; énfasis original).

Esposito se propone diferenciarse de las corrientes que piensan la comunidad como la unión entre el conjunto de personas a partir de

las nociones de identidad y propiedad, de esencia y valor. El «pliegue etimológico» del *munus* permite avanzar hacia un aspecto impensado de la comunidad que se constituye como deber y como deuda. Un don que obliga y una deuda que expone a la alteridad. Es por ello que la oposición público-privada es declinada en pos del par *communitas-immunitas*: la diferencia entre aquel que es afectado por la carencia implicada en *communitas* y aquel que está exento, dispensado en el sentido de la *immunitas* (Esposito, 2003, p. 30). Frente al proyecto hobbesiano-moderno de inmunización del individuo que sacrifica la relación con el otro del *cum*, Esposito propone reconstruir una genealogía de la noción de *communitas* que atraviesa la obra de Rousseau, Kant, Heidegger y Bataille. Sin embargo, en esta búsqueda, la investigación muestra que el pensamiento de estos autores corre el riesgo de una sustancialización de la comunidad y una mitologización del origen. Ello muestra que el «aspecto positivo» al que Esposito refería no significa una «entificación afirmativa». Antes bien, implica evitar cualquier conciliación con una identidad propia de la comunidad que restablezca un origen y un *telos* esencial. En este sentido, no es casualidad que diversos autores hayan hecho hincapié en la continuidad entre lo impolítico y *Communitas* (Tatián, 1998; De la Higuera, 2008; Zagari et al., 2009).³

No obstante, cabe destacar que, en el prefacio de la segunda edición de *Categorie dell'impolitico*, el mismo autor napolitano subraya la ruptura que comporta explicitar el aspecto *munífico* del *munus* (Esposito, 1999, p. XXI). Entendido como una «nada en común», ello implica que, al interior de la dimensión del conflicto y de la violencia, se encuentra el problema de la donación. Por consiguiente, Esposito considera que la noción de *communitas* lleva su lectura más allá del pensamiento impolítico constreñido a la tarea de la genealogía.⁴ Daniela Calabrò (2012,

3 Jonathan Short (2013) también ha desarrollado una lectura en torno al problema de la comunidad desde una caracterización impolítica de la argumentación de Esposito en «On an obligatory nothing. Situating the political in post-metaphysical community». Asimismo, a partir de su análisis, el autor explora los vínculos posibles con la temática más reciente de lo «impersonal», una cuestión que también ha sido señalada por el mismo Esposito (2011, pp. 29 ss.) y Calabrò (2012, pp. 72 ss.).

4 Cabe señalar que Esposito continuará reflexionando en torno a su pasaje de lo impolítico a *Communitas* en varias ocasiones. Ello muestra la relevancia de esta cuestión y

pp. 37-41) reflexiona sobre este camino recorrido por el pensamiento de Esposito en un capítulo de su libro *Les détours d'une pensée vivante. Transitions et changements de paradigme dans la réflexion de Roberto Esposito*. La autora afirma que lo impolítico devela las anomalías propias de la entropía del sujeto moderno en *Categorie dell'impolitico*. Además, asume que este procedimiento «oblicuo» permanece luego en la torsión hacia una interpretación de la comunidad. ¿Cuál es entonces la diferencia entre ambos momentos? Calabrò se refiere a la interpretación de Dario Gentili: la comunidad ya no aparecerá como resultado final extremo, sino que su diferencia respecto del pensamiento político moderno surge en su etimología originaria del *munus*. Este cambio de perspectiva es el que le permitiría a Esposito asumir una posición afirmativa que no tenga como resultado los peligros de la comunidad de la muerte en Bataille (Gentili, 2012, p. 203).

Esta interpretación del pasaje de la perspectiva es convergente con la lectura de Langford (2015, pp. 66-77) en su reconstrucción de la obra de Esposito. El autor comienza afirmando que *Communitas* implica una combinación entre desarrollo y modificación del marco teórico de *Categorie dell'impolitico*. No obstante, a medida que avanza en el desarrollo, su lectura sostiene que lo impolítico chocaba contra un *impasse* en su abordaje de los presupuestos de la política moderna. Frente a la alternativa entre teología política y técnica administrativa secularizada, lo impolítico se definía negativamente como lo que permanece sin tematizar, como lo que ha sido oscurecido por la dicotomía. Dicho vínculo, según Langford, encierra a la crítica impolítica en un perpetuo poner en cuestión el carácter aporético de las categorías modernas frente al conflicto constitutivo de lo político. Este vínculo de carácter negativo es

la importancia de profundizar en ella en futuras investigaciones. Destacamos en este sentido las entrevistas, por un lado, con Timothy Campbell y Anna Paparcone para la revista *Diacritics* (2006) y, por el otro, con Roberto Ciccarelli para el libro *Impersonale*, compilado por Bazzicalupo (Esposito y Ciccarelli, 2008). Asimismo, resaltamos el prólogo de *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica* (Esposito, 2008), el apartado dedicado a lo impolítico en *Pensiero vivente* (Esposito, 2010) y el prefacio de 2011 de la segunda edición de *Nove pensieri sulla politica*, que pasa a llamarse *Dieci pensieri sulla politica* precisamente por incluir un nuevo capítulo llamado «Comunidad y violencia» (Esposito, 2011, pp. 273-288).

el que finalmente sería dejado de lado con la elaboración de *Communitas*. Sin embargo, resulta llamativo que el autor comprenda lo impolítico como «mero» corolario negativo del pensamiento político moderno y, al mismo tiempo, como una posición que la refleja externamente (Langford, 2015, pp. 69-73). Consideramos que el problema interpretativo de este punto de vista tal vez se encuentra en su postulación de un «ascenso» que coloca a *Categorie dell'impolitico* como mero primer escalón en pos de alcanzar los siguientes desarrollos (Langford, 2015, pp. 1-9).

Al examinar las lecturas de Calabrò, Gentili y Langford, nos encontramos con elementos contenidos en la propia interpretación de Esposito que apuntan a una reconstrucción progresiva de la obra del autor napolitano. En una entrevista «en estilo de discurso libre» con Roberto Ciccarelli, Esposito se propone reflexionar sobre las diferentes etapas de su pensamiento (Esposito y Ciccarelli, 2008, pp. 13-37). El autor sostiene allí que *Categorie dell'impolitico* no puede separarse del fondo de «crisis de la modernidad» o «crisis de lo político» que busca interrogar (Esposito y Ciccarelli, 2008, p. 19). Dos años más tarde, en su libro sobre el pensamiento italiano *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, sentencia que los autores de lo impolítico no han conseguido «superar el umbral» (Esposito, 2010, p. 216). Es por esta razón que consideramos necesario profundizar en el análisis. En este sentido, resulta significativo que, en la propia elaboración desplegada en *Communitas*, el autor italiano reafirme el carácter impolítico de la comunidad frente a la imposibilidad de una realización histórico-política de la comunidad. Así, sostiene: «La comunidad es y debe permanecer constitutivamente impolítica, en el sentido de que podemos corresponder a nuestro ser en común sólo en la medida en que lo mantenemos alejado de toda pretensión de realización histórico-empírica» (Esposito, 2003, p. 163). Este pasaje y el uso clave de la noción de lo impolítico nos permiten poner en cuestión la linealidad de una lectura que afirma el viraje teórico de *Communitas* como un abandono de la perspectiva previa debido a su carácter negativo (junto a los riesgos que comporta). ¿Cuál es entonces la clave de este giro y cuáles son las implicancias para la discusión sobre el sentido y la actualidad de lo impolítico? Analizaremos la respuesta a este interrogante en las conclusiones del trabajo.

5. CONCLUSIONES

Como hemos postulado en nuestra hipótesis, la condición de posibilidad de comprender las posiciones en torno a lo impolítico se encuentra en el vínculo con la crisis de las categorías políticas modernas. Cuando se toma lo impolítico como punto de partida para el pensamiento de Esposito, no puede soslayarse, como hemos visto, que se da por supuesta su condición de ulterioridad frente a dichos conceptos. En otras palabras, creemos que debe rediscutirse la relevancia de la temática en torno a la tercera modalidad de crítica que analizáramos en el tercer apartado: «lo impolítico es una categoría interna a la modernidad, y más precisamente al segmento extremo de su crisis, que se limita a reflejar en forma invertida» (Esposito, 1999, p. xi). Si recapitulamos el desarrollo que hemos hecho, podemos observar que la respuesta a este tipo de reserva ha sido desplazada hacia el problema de la negatividad y de la comunidad. Podemos, sin embargo, formular la pregunta de este modo: ¿cuáles son las implicancias, para lo impolítico, de la crisis de las categorías políticas modernas? Si el «comienzo» para lo impolítico constituye, como afirma Esposito, un diagnóstico de la crisis de la representación moderna, no es casual que luego se afirme que lo impolítico no es otra cosa que enunciar la irreductible irrepresentabilidad (Esposito, 1999, p. xxviii). El punto reside entonces en estudiar cuáles son los alcances y los límites de esa enunciación. En este sentido, hemos analizado las lecturas que plantean un límite «insuperable» para la perspectiva impolítica y, por lo tanto, señalan cuáles han sido las reformulaciones necesarias por parte de Esposito para continuar «más allá» de lo impolítico. Esta posición adquiere, en su formulación extrema, una tonalidad ciertamente teleológica. Aun sin un vocabulario explícitamente dialéctico, podemos preguntarnos si esta reconstrucción no asume el siguiente recorrido: las estaciones del itinerario teórico de Esposito parecen «eliminar» los elementos negativos que limitan lo impolítico, al mismo tiempo que «conservan» sus alcances hermenéuticos, para alcanzar así categorías «superadoras».

Es por ello que consideramos que la cuestión gira precisamente en relación al problema de la «insuperabilidad». Hemos mostrado en este trabajo que, desde su misma definición, la tarea de lo impolítico no podría

ser la de formular categorías que buscan escapar y «superar» la crisis de las nociones jurídico-políticas modernas. Lejos de ser un déficit, la posición de «ulterioridad» es para lo impolítico una fuente de productividad para pensar los fenómenos políticos contemporáneos. Asimismo, la pregunta por el sentido y la actualidad de lo impolítico supone indagar en las implicancias de plantear una «superación» sin más de esta crisis. Este análisis permite reconocer la relevancia de las críticas que lo impolítico le dirige a la dicotomía entre antipolítica y teología política. El examen de las objeciones a la perspectiva impolítica y las respuestas elaboradas por el propio Esposito nos han revelado la centralidad del diagnóstico de crisis. Siguiendo nuestra hipótesis, hemos mostrado que las diferentes posiciones sobre lo impolítico dependen de la interpretación sobre esta crisis de las categorías modernas. Es desde esta llave de lectura que pueden comprenderse tanto las críticas analizadas como las mismas mutaciones en la lectura de Esposito. En conclusión, no se trata de dudar de la riqueza de dichas posiciones, sino de reflexionar sobre la actualidad de las advertencias que el pensamiento impolítico les plantea.

REFERENCIAS

- Bialakowsky, G. (2023a). Escisiones. Hacia una noción impolítica de decisión en Massimo Cacciari. *Revista de Filosofía (Universidad Complutense de Madrid)*, 48(2), 317-335. <https://doi.org/10.5209/resf.71272>
- Bialakowsky, G. (2023b). Lo impolítico como ulterioridad. La presencia de Carl Schmitt en la perspectiva impolítica de Roberto Esposito. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, 28(3), 141-160. <https://doi.org/10.24310/Contrastescontrastes.v28i3.15209>
- Blanchot, M. (1983). *La Communauté inavouable*. Les Éditions de Minuit.
- Cacciari, M. (1978). L'impolitico nietzscheano. En F. Nietzsche, *Il libro del filosofo* (pp. 105-120). Savelli.
- Calabrò, D. (2012). *Les détours d'une pensée vivante*. Mimesis.
- Cassano, F. (1989, 27 de mayo). Le regole dell'impolitico. *Rinascita*, 33-35.

- Dal Lago, A. (1989, 7 de enero). La forza dell'impolitico. *L'Unità*.
- De Giovanni, B. (1989). Il colore della disperazione. *MicroMega*, (2), 231-237.
- De Giovanni, B. (1997). Politica e filosofia. *Rivista di Filosofia*, (1), 59-78.
- De La Higuera, J. (2008). El concepto de lo impolítico. *El Genio Maligno: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, (2), 139-153.
- Esposito, R. (1988). *Categorie dell'impolitico*. Il Mulino.
- Esposito, R. (1989). La prospettiva dell'impolitico. *Micromega*, (4), 213-222.
- Esposito, R. (1993). *Nove pensieri sulla politica*. Il Mulino.
- Esposito, R. (1999). *Categorie dell'impolitico* (2.^a ed.). Il Mulino.
- Esposito, R. (2002). *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Giulio Einaudi.
- Esposito, R. (2003) [1998]. *Communitas. Origine e destino della comunità*. Giulio Einaudi. Versión en castellano: *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (C. Molinari Marotto, trad.). Amorrortu.
- Esposito, R. (2004). *Bios. Biopolitica e filosofia*. Giulio Einaudi Editore.
- Esposito, R. (2007). *Terza Persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*. Giulio Einaudi.
- Esposito, R. (2008). *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*. Mimesis.
- Esposito, R. (2010). *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*. Einaudi.
- Esposito, R. (2011). *Dieci pensieri sulla politica*. Il Mulino.
- Esposito, R., Campbell, T., y Paparcone, A. (2006). Interview. *Diacritics: a review of contemporary criticism*, 36(2), 49-56.
- Esposito, R., y Ciccarelli, R. (2008). La política al presente. En L. Bazzicalupo (a cura di), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito* (pp. 13-37). Mimesis.

- Ferraris, M. (1989). Il filosofo desidera morire? Dall'impolitico all'altro che è in noi. *Aut Aut*, (231), 87-98.
- Galli, C. (1994). Recensione a *Nove pensieri sulla politica* de Roberto Esposito. *Filosofia Politica*, (1), 154-156.
- Galli, C. (1996). *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Il Mulino.
- Gentili, D. (2012). *Italian theory*. Il Mulino.
- Lacoue-Labarthe, Ph., y Nancy, J. -L. (dirs.). (1981). *Rejouer le politique. Travaux du Centre de recherches philosophiques sur le politique*. Galilée.
- Lacoue-Labarthe, Ph., y Nancy, J. -L. (dirs.). (1983). *Le retrait du politique. Travaux du Centre de recherches philosophiques sur le politique*. Galilée.
- Langford, P. (2015). *Roberto Esposito, Law, Community and the Political*. Routledge.
- Mann, T. (1974) [1918]. *Betrachtungen eines Unpolitischen*. S. Fischer.
- Monti, L. (1999). Thomas Mann e le «categoríe dell'impolitico». *Filosofia Politica*, XIII(1), 143-158.
- Nancy, J. -L. (1986). *La Communauté désœuvrée*. Christian Bourgois.
- Scalfari, E. (1996, 21 de julio). Poteri forti idee deboli. *La Repubblica*. <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1996/07/21/poteri-forti-idee-deboli.html>
- Scalfari, E. (1997, 23 de abril). Il diavolo visionario. *La Repubblica*. <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/04/23/il-diavolo-visionario.html>
- Short, J. (2013). On an obligatory nothing. Situating the political in post-metaphysical community. *Angelaki. Journal of the Theoretical Humanities*, 18(3), 139-154.
- Tatián, D. (1998). Para un concepto impolítico de comunidad. Sobre *Communitas*, de Roberto Esposito. *Nombres: Revista de Filosofía*, VIII(11-12), 319-326.
- Zagari, A., Gercman, B., y González, A. (2009). *Roberto Esposito. Tres ensayos sobre una teoría im-política*. Ediciones del Signo.



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.04

LA INTERSECCIONALIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN BIOÉTICA

The Intersectionality and Human Rights: A Bioethical Approach

Intersezionalità e diritti umani: un approccio bioetico

Interseccionalidade e direitos humanos: uma abordagem bioética

YURI ZAMBRANO

Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)

Contacto: zambrano@unam.mx

<https://orcid.org/0009-0005-5008-1093>

RESUMEN

La interseccionalidad es una herramienta de análisis fundamentada principalmente en la identificación específica de las desigualdades sociales y la posibilidad de confrontar sus injusticias en el campo de los derechos humanos. Tales desigualdades generan un espectro multidimensional cuya línea de categorización es observada desde la óptica de los clásicos conceptos de dominación.

En este artículo se discuten cuatro elementos sobresalientes de la interseccionalidad en filosofía del derecho: a) sus antecedentes generales, b) la ideología de dominación y el enfoque filosófico de poder, c) la relación de la opresión con elementos de los derechos humanos como la

discriminación en casos de raza, discapacidad, etnicidad y nación, género, educación, clase social, religión, edad y sexo y, finalmente, d) algunas consideraciones bioético-jurídicas direccionadas hacia un estado de la cuestión actualizado.

Palabras clave: interseccionalidad; poder; discriminación; bioética; vulnerabilidad.

Términos de indización: derechos humanos; bioética; discriminación; desigualdad social (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Intersectionality is a tool of analysis based primarily on the specific identification of social inequalities and the possibility of confronting their injustices in the field of human rights. Such inequalities generate a multidimensional spectrum whose line of categorisation is viewed through the lens of classical concepts of domination.

This article discusses four salient elements of intersectionality in philosophy of law: a) its general background, b) the ideology of domination and the philosophical approach to power, c) the relation of oppression to elements of human rights such as discrimination in cases of race, disability, ethnicity and nation, gender, education, social class, religion, age and sex and, finally, d) some bioethical-legal considerations directed towards an updated state of the art.

Key words: intersectionality; power; discrimination; bioethics; vulnerability.

Indexing terms: human rights; bioethics; discrimination; social inequality (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

L'intersezionalità è uno strumento di analisi basato principalmente sull'identificazione specifica delle disuguaglianze sociali e sulla possibilità di affrontare le loro ingiustizie nel campo dei diritti umani. Tali disuguaglianze generano uno spettro multidimensionale la cui linea di categorizzazione è vista attraverso la lente dei concetti classici di dominio.

Questo articolo discute quattro elementi salienti dell'intersezionalità nella filosofia del diritto: a) il suo background generale, b) l'ideologia del dominio e l'approccio filosofico al potere, c) la relazione dell'oppressione con elementi dei diritti umani come la discriminazione nei casi di razza, disabilità, etnia e nazione, genere, istruzione, classe sociale, religione, età e sesso e, infine, d) alcune considerazioni bioetico-giuridiche dirette a un aggiornato stato dell'arte.

Parole chiave: intersezionalità; potere; discriminazione; bioetica; vulnerabilità.

Termes d'indexation: diritti umani; bioetica; discriminazione; disuguaglianza sociale (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

A interseccionalidade é um instrumento de análise que se baseia fundamentalmente na identificação específica das desigualdades sociais e na possibilidade de confrontar as suas injustiças no domínio dos direitos humanos. Tais desigualdades geram um espectro multidimensional cuja linha de categorização é vista através da lente dos conceitos clássicos de dominação.

Este artigo discute quatro elementos marcantes da interseccionalidade na filosofia do direito: a) o seu enquadramento geral, b) a ideologia da dominação e a abordagem filosófica do poder, c) a relação da opressão com elementos dos direitos humanos como a discriminação em casos de raça, deficiência, etnia e nação, género, educação, classe social, religião, idade e sexo e, por fim, d) algumas considerações bioético-jurídicas orientadas para um estado atualizado da arte.

Palavras-chave: interseccionalidade; poder; discriminação; bioética; vulnerabilidade.

Termos de indexação: direitos humanos; bioética; discriminação; desigualdade social (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 11/10/2024

Revisado: 15/11/2024

Aceptado: 18/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo enfocará su discusión columnar hacia cuatro aristas coyunturales en el tema de la interseccionalidad, utilizando elementos propios de la filosofía del derecho y de las ciencias sociales, con un enfoque cualitativo y analítico-sintético orientado a los derechos humanos en todos sus aspectos fundamentales, pero también con énfasis en una direccionalidad bioética, especialmente en la prevención y la ética del cuidado en las clases menos favorecidas y en los espacios más vulnerables de la sociedad.

La primera arista será analizada bajo una metodología lógico-deductiva e histórico-argumentativa (Hernández Sampieri et al., 2014, pp. 116-125). Allí se ligan los antecedentes que fundamentaron la emergencia de la interseccionalidad en las arenas de la antropología social, pero también antecedentes a largo plazo, suscitados durante los procesos político-cronológicos que evolucionaron a la par de la lucha por los derechos civiles en general, enunciando una significativa gama de paralelismos con la cotidianidad, útiles para plantear las ambivalencias de términos originalmente acuñados por activistas y analistas de la interseccionalidad en diversas instituciones académicas a través de los últimos años.

Siguiendo un método analítico-comparativo y una objetiva orientación filosófica, un segundo punto versará sobre los diversos planteamientos que en los últimos años se han elucubrado sobre los conceptos de dominación y poder, intentando la comprensión de un punto esencialmente álgido y estratégico de la interseccionalidad. En este caso, nos referimos a la trascendente línea divisional existente entre el privilegio y la opresión, asumida esta última como un primordio generador de resistencias en términos antropológicos transgeneracionales, especialmente en los países del tercer mundo, pero también en Estados democráticos, donde los conflictos étnico-raciales o de clase social son fundamentales para entender la evolución ineludible existente en las constantes luchas por la legitimación de los derechos fundamentales a lo largo de la historia.

En tercer lugar, se presentará un estado del arte respecto a los últimos acontecimientos sociopolíticos y jurídicos en el campo de los

derechos humanos y la interseccionalidad. Estos elementos parten de la naturaleza jurídica de los derechos humanos referentes a la dignidad en componentes interseccionales como las dicotomías privilegio-opresión en cuanto a nivel socioeconómico, clase alta y baja; rico/pobre; blanco/negro; hombre/mujer; nativo/exiliado-refugiado y otras dualidades relacionadas con la discriminación en términos de pensamiento religioso o en los casos derivados de diferencias raciales según su procedencia cultural, conflictos étnicos o de identidad nacional, discapacidad, preferencias por empatía, apariencia personal o por recomendación en el momento de una selección laboral, etc.

También se analizan perspectivas según la diversidad en las preferencias sexuales e incluso con fenómenos cercanos al tipo de instrucción o educación recibida, la salud y sus estados de vulnerabilidad como lo son la segregación por edad en la biconcepción «joven-adulto mayor», así como forma de pensar o decisiones que ponen en peligro la vida humana en los temas de aborto, fertilidad y sus condiciones subyacentes, etc.

El apartado final versará prospectivamente sobre un campo que la interseccionalidad no ha involucrado o apenas ha inferido de manera muy tangencial, relacionado con la bioética jurídica y la llamada «ética del cuidado» en grupos sociales vulnerables, especialmente sobre cómo su incidencia se torna relevante para poder resolver o al menos estrechar estas brechas sociales y considerarse como solución integral.

2. ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DE LA INTERSECCIONALIDAD

En este espinoso tema, uno de los aspectos más sobresalientes de la dialéctica feminista es la lucha germinada en los *ghettos* afroamericanos en Estados Unidos, donde por supuesto ha sido clásicamente muy notoria la condición de triple explotación: mujer, color y discriminación cultural ideológica y académica ancestral. El interseccionalismo que unifica el color con el sexo y, posteriormente, con la ideología de género e incluso con sus actividades cotidianas raya el capitalismo con el derecho laboral (en su condición de ser madres, amas de casa o personas de clases sociales con muy bajos recursos) y tiene varias raíces de activismo que, a continuación, son enumeradas.

Un aspecto esencial de la interseccionalidad y el feminismo negro en Norteamérica también estuvo relacionado con un manifiesto redactado en abril de 1977 por el autodenominado Colectivo del Río Combahee y originado en los rumbos geográficos al norte del río Ohio en los años 70 con mayor actividad a partir de 1974 (Combahee River Collective, 1977).

En el documento se citan activistas primigenias como Sojourner Truth (nacida en 1797) e Isabella Baumfree, reconocida como la primera mujer en ganar un juicio legal interracial y autora del discurso lapidario «Acaso no soy una mujer». Así mismo, nombran a Harriet Stubman (Araminta Ross), liberadora de unas tres centenas de esclavos en el siglo XIX, durante tiempos cercanos a la abolición de la esclavitud y la guerra de secesión norteamericana, y a la educadora y periodista Ida Bell Wells, nacida en la esclavitud, estudiante de Sociología a sus 16 años e investigadora sobre los linchamientos a afroamericanos antes de finalizar el siglo XIX.

En las primeras líneas de este manifiesto, también son referenciadas líderes teóricas de la interseccionalidad como Edith Spelman, con sus trabajos sobre androginia (1988), y Angela Davis, ideóloga comunista y autora del libro *Mujeres, raza y clase* (1981). Sin embargo, la historia de las identidades femeninas de color puede remontarse a las palabras enunciadas en 1892 por Anna Julia Cooper en defensa y emancipación de la identificación de su color como bandera de orgullo (Hill Collins, 1990, p. 41; Cooper, 2015, p. 387) y retomadas por Mary Church Terrell en su autobiografía *A Colored Woman in a White World (Una mujer de color en un mundo blanco)*, cuyas primeras líneas enfatizan: «una mujer blanca tiene solo una desventaja: la de su sexo. Yo tengo dos desventajas, sexo y raza» (2005 [1940], p. 29).

Pero los trabajos de un notable racimo de activistas interseccionales¹ tuvieron su inspiración, además del esclavismo, en la gran lucha por los derechos civiles que se llevó a cabo después de la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos, pese a leyes marginales, peyorativas y

1 Para mayores referencias onomásticas y fuentes de activistas partícipes en la genealogía de la interseccionalidad, son útiles las lecturas de Hill Collins (1990) y Cooper (2015).

opresoras como la de Jim Crow (desde finales del siglo XIX), con la cual Pauli Murray creó la antítesis de esta última: su personaje ficticio llamado Jane Crow arengaba movimientos emancipadores con mujeres de color para concebir la Primera Constitución en beneficio de la Mujer Negra (Cooper, 2015, p. 388).

Con ese despliegue activista, me es menester precisar uno de los aspectos que desemboca en este gran arcoíris agitador de los años 70: la confrontación inicialmente aislada pero exitosa de mujeres negras luchando por la emancipación de sus derechos civiles.

Se reconoce en este texto el acto heroico de Rose Parks, quien, en un autobús en el Estado de Alabama a finales de 1955, tuvo a bien no ceder su asiento a un hombre blanco. Este hecho de connotaciones incendiarias provocó un boicot de autotransporte público y la ejecución de la Sentencia Browder-Gayle, secundada por la XIV enmienda, lo cual ocasionó el movimiento de boicot a los autobuses². Estas acciones casi secuenciales generaron la famosa marcha de Alabama entre los condados de Selma y Montgomery con tres días de duración; el resultado fue la Ley del Derecho al Voto, cuyos antecedentes ya habían sido registrados en 1957 y 1960 y cobijados por las XIV y XV enmiendas y dos precedentes icónicos procesados en 1964³.

Fue en el año de 1989 cuando Kimberle Crenshaw acuñó el término «interseccionalidad» a partir del análisis de las diferencias raciales y la doble explotación de la mujer afroamericana, discutiendo sociojurídicamente tres casos en el marco de la no discriminación y las políticas antiracistas⁴.

2 *Montgomery Bus Boicot* (diciembre de 1955) en Montgomery (Alabama). El movimiento se extendió hasta mediados de 1956. Después, todos los afroamericanos pudieron sentarse donde quisiesen (sentencia Browder v. Gayle, junio de 1956).

3 Recuérdese que el período presidencial de 1960 fue interrumpido por la muerte de J. F. Kennedy. Sin embargo, esta ley conocida como *Voting Rights Act* fue ratificada hasta 1965 por Lyndon B. Johnson. Los precedentes de 1964 son, por un lado, *Katzenbach v. McClung*, 379 U. S. 294, 379 U. S. 302-304 y, por otro lado, *U. S. v. Darby*, 312 U. S. 100, 312 U. S. 120-121 (Coleman, 2015, pp. 1-27).

4 Los litigios tomados como referencia son a) *DeGraffenreid v. General Motors*, b) *Moore v. Hughes Helicopter* y c) *Payne v. Travenol* (Crenshaw, 1989, pp. 141-152 y ss.).

En la actualidad, este concepto se ha convertido en un absoluto marco referencial y analítico para comprender diversas variaciones, problemáticas y perspectivas vinculadas con la identificación de estructuras sociales que son fundamentales para el devenir de la sociología contemporánea en dinámicas de dominación múltiple y resistencia cultural. En otras palabras, la interseccionalidad se constituye como una herramienta metodológica aplicada en diversos ejes útiles para identificar desigualdades sociales y la posibilidad de confrontar situaciones de poder con entidades vulnerables discriminatorias y de dignidad en la aplicación objetiva de los derechos humanos.

Luego vendría una auténtica cascada de colaboraciones académicas y publicaciones de ideólogos y teóricas de la interseccionalidad, entre las que sobresalen las de Patricia Hill Collins (1990), con sus investigaciones sobre la estructuración del pensamiento en la mujer afroamericana, la consolidación de su conciencia de clase y la evolución de sus procesos de empoderamiento en las últimas décadas y, muy en especial, el diagrama de matrices y vectores de Kathryn Morgan ilustrando oposiciones, caracteres y subentidades existentes entre la opresión y el privilegio (*vide infra*), además de conceptos evolutivos como los de la llamada tercera ola del afrofeminismo con intervenciones activistas de Rebecca Walker hasta llegar a las expresiones interseccionales del siglo XXI, en arenas donde Sirma Bilge continúa desde sus trincheras en la Universidad de Montreal, avivando los trabajos iniciados hace tres décadas por Hill Collins.

En la evolución de la concepción operativa de la interseccionalidad como herramienta de análisis, es Brittney Cooper quien consolida la idea de que la interseccionalidad es una herramienta metodológica (2015, p. 400), en consonancia con la reconocida ideóloga Catherine MacKinnon (2013, pp. 1019-1030). A esta perspectiva actual se suman los trabajos de Lisa Bowleg (2008), quien escruta los retos metodológicos en investigaciones cuantitativas y cualitativas de las oposiciones espectrales de la interseccionalidad, especialmente en los vectores de género, feminidad, clase social y raza.

Arribando a la segunda década de este tercer milenio, las perspectivas actuales de la interseccionalidad buscan espacios metodológicos de investigación en el estatus psicológico y el comportamiento emocional

respecto a la inter- y la transdisciplinariedad de quienes entran en el espectro o la matriz de la dicotomía privilegio/opresión, cuyos vectores interseccionales van más allá de las simples bases del activismo que persigue las causas de la discriminación racial, educativa, sociocultural y de género (Grabe, 2020), además de otros aspectos de vanguardia que este artículo explora en los próximos apartados.

3. PODER Y DOMINACIÓN

El punto de quiebre o quizá el argumento más estratégico de la interseccionalidad está ligado al concepto transversal de la dominación. Es decir, para comprender didácticamente el eje que divide los dos polos ambivalentes de la interseccionalidad o para ilustrar pedagógicamente la intersección existente entre el privilegio y la opresión (véase la figura 1), es irreductiblemente necesario recurrir al pensamiento ideológico de dominación. Y es que, efectivamente, a la dominación hay que aprehenderla invariablemente desde el punto de vista filosófico; en este caso, bajo los mantos de la filosofía política y la filosofía del derecho.

La resultante de este paradigma esencial en términos de la interseccionalidad bien podría ser explicada bajo el lenguaje weberiano de poder y sumisión o, lo que es lo mismo, entre lo dominante y lo dominado.

El enfoque analítico para poder abordar con objetividad este problema preponderantemente político y sustentarlo bajo un entramado filosófico radica en los tres mecanismos de sumisión descritos por Max Weber desde 1919⁵, entre ellos, la forma de dominación tradicional, la carismática y, finalmente, la racional basada en la legalidad normativa (Weber, 2007, pp. 58-60). Para efectos del eje de dominación en interseccionalidad, el paradigma weberiano se equipara con la forma tradicional «como la que ejercían el patriarca y el príncipe patrimonial de viejo cuño» (p. 58).

5 El período histórico en el que Weber firmó su texto *Geistige Arbeit als Beruf (Politik als Beruf)* corresponde a la instauración de la llamada República del Weimar alemán, al finalizar la Primera Guerra Mundial e iniciar la consolidación del Tercer Reich. Este lapso es útil para situar conceptualmente esa delgada línea weberiana que une al poder con la dominación, especialmente al estudiar la sumisión carismática.

Sin embargo, para comprender los orígenes de esta dominación, se tendría metodológicamente que definir el concepto de «poder». Este se asocia siempre a autoridad o mando y puede medirse en fuerza (al dominar a alguien, según la RAE), riqueza (como lo concibió Adam Smith) o conocimiento con la lapidaria *ipsa scientia potentia est*⁶, siguiendo el pensamiento weberiano de que el poder debe ser impuesto contra toda resistencia y voluntad.

El politólogo Norberto Bobbio (1996) recurre a la acepción subjetivista del filósofo John Locke de 1694 para definir al poder como «la capacidad del sujeto para obtener ciertos efectos» (pp. 103-104), debiendo concebirse siempre en grupo (Carpizo, 1999, p. 321), más que por un solo individuo, para cumplir con sus cometidos de dominación, pues el poder es necesario para mantener el orden (Burdeau, 1984, p. 23).

La literatura especializada en este tema es dadivosa en presentar taxonomías del poder. Así, puede existir un poder político ampliamente trabajado por Maquiavelo y otro social o relacional que va desde las relaciones interpersonales hasta las que se observan a nivel laboral, administrativo, civil o en cualquier actividad cotidiana. Por ejemplo, respecto al poder relacional, el mismo Bobbio explica que los poderes simplemente distribuidos entre las personas parten fundamentalmente de la libertad; en este caso, «el poder de A implica la no-libertad de B» y, por otro lado, «la libertad de A implica el no-poder de B» (p. 104).

Entre las formas de poder se describen los modos vertical o jerarquizado (gobernante-gobernado) y también la forma horizontal o fraterna. Una forma de poder que podría generar algún interés analítico en este terreno de las relaciones humanas se asocia con el modo fraterno, observado entre parejas, amigos o hermanos. En esa línea, dentro de los diversos roles de las relaciones amorosas, Antonio Marina (2008) ha identificado el ámbito denominado «la pasión del poder», que se orienta hacia la praxis de la dominación.

6 Esta frase aparece en *Meditationes Sacrae* (1597) de Francis Bacon y está redactada originalmente en su capítulo 11, titulado «De las herejías».

Si encuadramos este aspecto en la interseccionalidad a estas interacciones de poder, realmente habría que ponderar si este «apasionamiento» (como lo nomina el autor) lleva a situaciones de alternancia entre poder y subyugación. Si este fuese el caso, entonces, aquí emergería una pregunta: ¿es la pasión una herramienta de debilidad o poder? Pues bien, este cuestionamiento de doble filo realmente parece sugerir un nuevo vector en la interseccionalidad y casi se vuelve matemática la relación cuando se llega a pensar que, a más amor, más debilidad o, al contrario, a más amor, más poder.

La respuesta ante este dilema solo se podría plantear en términos de vulnerabilidad. Como se analizará en el apartado respecto a los períodos críticos y vulnerables del desarrollo humano (*vide infra*), muy probablemente una relación amorosa inmadura puede estar ligada a la debilidad y patrones de dominación padre-madre/hijo, pero también a roles filiales y fraternos. Seguramente, en esta dialéctica también existe la posibilidad aristotélica e incluso cartesiana y quizá, siguiendo un imperativo Kantiano o interpretando el pensar de Eric Fromm, por el contrario, el amor sea una causa de fortalecimiento y, en términos comunitarios y de consolidación, se convierta en un motor para constituir el núcleo familiar, siendo esta fuerza tan sólida como para formar las bases por antonomasia de la sociedad civil que, a la postre, conforma al Estado (Hegel, 1999, §§ 158-181).

También se ha descrito un modelo de seis formas de poder, más inclinadas hacia su adscripción socio-relacional (French y Raven, 1959). Entre ellas, sobresale, en primer lugar, la forma de coerción, basada en la amenaza de realizar acciones forzadas a ser cumplidas contra la voluntad del obligado o población obligada y reprimida. Una segunda forma es la recompensa, la cual puede ser positiva (premio) o negativa (castigo) con tintes conductistas. La tercera forma es la legitimación reconocida por tres bases: los valores culturales, la aceptación de la estructura social y la designación. Ejemplos de ese poder son las herencias monárquicas, las sucesiones de cargos o los simples nombramientos en un trabajo siguiendo las vías del derecho y la legalidad como el del capturista de datos, quien es reconocido socioculturalmente por su labor, sus contribuciones y tareas

son evaluadas en un organigrama de la empresa y tiene una designación que le otorga derechos y obligaciones.

La experticia es la cuarta forma de poder social y puede identificarse en un piloto con más horas de vuelo, un profesor con más años de enseñanza o un militar con el mismo grado, pero que reúne más tiempo de servicio en ese rango. En quinto lugar se encuentra el poder por referencia según el cual un individuo es referente si adquiere o pierde poder: es buen profesional o mal deportista. Hay referencias positivas (líderes y agentes de cambio) y negativas cuando requieren de un refuerzo o cambio de actitud para recuperar poder. La última cualidad que otorga poder social es la información que se puede compartir de forma directa o indirecta; ello equivale a tener conocimientos sobre tareas a desarrollar, por ejemplo, dominar estrategias militares, planeación económica, diagramas de construcción en ingeniería o técnicas quirúrgicas, etc. (pp. 150-167).

También Kenneth Galbraith trabajó en este tema y, desde su perspectiva, existen tres formas básicas para ejercer el poder con resultados positivos. Primero, un procedimiento coercitivo o de amenaza: mediante la imposición de castigos, se pueden lograr determinados objetivos; este procedimiento puede traducirse en infundir miedo como el mecanismo más exitoso para controlar individuos, grupos y hasta poblaciones. En segundo lugar, un mecanismo psicológico como la compensación o la habituación, apoyada en el conductismo pavloviano-skinneriano, logra que la parte a ser dominada ceda a sus voluntades primarias o negocie con valores y principios como la libertad. Finalmente, la persuasión es una forma racional de diálogo e intermediación argumental donde el poder entra en un estado de negociación y puede ser utilizado para solucionar conflictos (Galbraith, 1984).

En ese mismo nivel donde la psicología permite algunos planteamientos revolucionarios en este campo, son los escritos de Michel Foucault los que más se acercan a una visión contemporánea de la filosofía del poder propiamente dicha. En *Vigilar y castigar*, por ejemplo, el autor retoma la visión un tanto distópica del siniestro «panóptico», un dispositivo de control que todo lo observa como si fuera una cámara para explorar todos los movimientos de sus objetivos. El término fue

acuñado originalmente por Jeremy Bentham a finales del siglo XVIII y lo colocó en el mismo nivel, relacionado con el manejo del control de la población, facilitando la inducción del miedo y logrando como resultado nada más y nada menos que la ansiada obediencia (Foucault, 1975, pp. 232-237).

El catedrático francés destaca cuatro reglas que, en definitiva, integran la conceptualización del poder, a partir del curso en el *Collège de France*, el cual le sirvió para publicar «La voluntad de saber»⁷, además de enunciar sus precisiones entre lo normal y lo anormal (Foucault, 1977).

- i) Regla de la inmanencia (pp. 119-120): El poder es inmanente a las relaciones sociales observadas entre penitente y confesor, entre médico y enfermo, etc.
- ii) Regla de las variaciones continuas (pp. 120-121). El poder interactúa con las fuerzas que generan los participantes en una relación padre-hijo donde hay «distribuciones del poder y apropiaciones del saber».
- iii) Regla del doble condicionamiento. El poder tiene doble condición. Una es microfísica y la otra se adapta a un grupo social y es macroscópica (p. 121).
- iv) Regla de la polivalencia táctica de los discursos. Ostensiblemente, el poder va siempre unido al saber. Existe un discurso dominante y el discurso del dominado (p. 122). Para ello, debe comprenderse que todo objeto es una semilla de saber y, por lo tanto, es un núcleo generador de poder.

También, adelantándose unos años a los planteamientos de la interseccionalidad, concluye que el sexo y el arte son igualmente semillas generatrices del saber, más allá de la locura. Respecto a la subyugación, explica la forma de transformar y reconocer en la sociedad espacios como la «pedagogización del sexo del niño» y la «histerización del cuerpo

7 Entre 1970 y 1975, Foucault dictó clases a nivel universitario en las que expuso temas de biopolítica y realizó precisiones sobre lo normal y lo anormal en psicología social.

de la mujer» (p. 127), los cuales considera una forma directa y operativa útil para identificar comportamientos que, a la postre, pueden servir tanto para evaluar actos de dominación y privilegio como para ejercer el poder, imponiendo normatividad de dominación en los roles ideológicos y discursivos del binomio dominante-dominado (Foucault, 1977, pp. 126-139).

Pero a la dominación sigue la sumisión y la resultante que coadyuva a esta condición es la obediencia. Herbert Hart (1961, pp. 5-32) confronta a John Austin sobre el tema de los «comandos» u órdenes a cumplirse bajo la norma de ser sancionados coercitivamente.

En su «concepto de derecho», el autor británico aporta las tres reglas jurídicas cuyo componente normativo es fundamental en filosofía del derecho: reglas de adjudicación, reglas de cambio y reglas de reconocimiento (Hart, 1961, pp. 33-183), las cuales, en suma, podrían servir para hacer una propuesta normativa frente al puente «privilegio/opresión», especialmente en lo concerniente a las reglas de cambio con respecto a la búsqueda de potenciales soluciones en ordenamientos jurídicos alternos.

En términos biopolíticos relacionados con el poder, vale la pena insistir en los visionarios trabajos de Foucault a finales de los 70 (Foucault, 2004) y, unas cuatro décadas después, los escritos actuales de Byung Chul Han (2014) sobre psicopolítica, los cuales intentan adecuarse a los tiempos actuales, donde, efectivamente, habría que inventar una nueva herramienta analítica del poder basado en las cualidades psicológicas y comportamentales del individuo como la toma de decisiones, el libre arbitrio, las creencias y los deseos del ser humano, siempre en coerción, pese a los sistemas de dominación completamente bien establecidos a lo largo de la historia, pudiendo ser estudiados desde los noveles campos de la neuroética y la neuropolítica (Zambrano, 2012, pp. 417-425).

En el espectro vectorial de Morgan (véase la figura 1) hay otro término para analizar referente a la resistencia. ¿Cómo se construye esta resistencia cuando, metafóricamente, se vive dentro de la opresión? La resistencia parece entablar una amistad codependiente con la opresión y,

en términos relativamente matemáticos, esta resistencia parece ser directamente proporcional a la opresión, proveniente de las presiones productoras de subordinación. Es decir, entre más opresión, más deseos internos de resistencia para no dejarse vencer por los estados del privilegio.

Audre Lorde, una de las teóricas más influyentes en resistencia e interseccionalidad, ofrece un argumento atractivo para el análisis basado en la unión de fuerzas, pues la fusión de ese elemento de poder es la causa conducente para resistir el peso de la opresión. Estos entornos de resistencia se enfrentan a grandes núcleos de dominación cuya respuesta objetiva debe ser la implementación de la lucha colectiva basada en el apoyo grupal y la interacción directa entre coaliciones, adquiriendo y manteniendo su compromiso de lucha ancestral sin rendición alguna. La resistencia, por tanto, nace y se construye a partir de esa constante confrontación identitaria contra la opresión de los agentes colonizadores, haciendo hincapié, según la autora, en las variables temporales, pues son el tiempo y el desgaste en muchas instancias los que le dan un valor identitario a la lucha por las resistencias (Lorde, 2007, pp. 226-231).

Sin embargo, siguiendo el entramado ideológico fundado en la ética del cuidado (*vide infra*), la resistencia debe considerarse un valor humano dentro de las sociedades democráticas, aunque en ocasiones deban enfrentarse a condiciones de relaciones interpersonales en donde se ejerce el poder lineal, autoritario y jerárquico que conduce a la disociación de roles familiares por exceso de presiones inoficiosas derivadas de una especie de «privilegio patriarcal», instituido por costumbres propias de dinámicas sociopolíticas acaso coloniales (Gilligan, 2011, pp. 199-200). Este tipo de privilegios coloniales generan condicionantes de vulnerabilidad social en diversas capas (De Sousa Santos, 2022), las cuales se van fortaleciendo gradualmente en diversas formas de violencia y se convierten en situaciones críticas de difícil resolución incluso para estructuras sensibles en los poderes del Estado.

En este tenor, entre los aspectos fundamentales para trabajar la vulnerabilidad en términos prospectivos, pero profundamente realistas, se encuentran sin duda las repercusiones o las secuelas de los eventos violentos (Butler, 2020; Jecker et al., 2024), es decir, acontecimientos supra-violentos o de letal violencia. Por ejemplo, este tipo de eventos ocurren

en países latinoamericanos donde existen guerrillas, exiliados, desaparecidos, refugiados y desplazados por condiciones socioeconómicas forzadas en movilización rural a causa de labrantíos ilícitos con migraciones forzadas y destrucción de núcleos familiares. Asimismo, también se puede identificar otro tipo de guerras étnicas debido a problemas de identidad nacional o incluso de compromisos ideológico-políticos con tintes de fanatismo extremo, como sucede en las regiones del Medio Oriente, los cuales acentúan la brecha de la dominación y la vulnerabilidad, aún más que ninguna otra condición.

A este respecto, Judith Butler (2020, p. 15) posiciona su concepción ética sobre el particular enfatizando la posibilidad de confrontar, como si fuese un campo de interseccionalidad, a la violencia contra la «no violencia», elaborando un marco deconstructivo desde una perspectiva epistémica y ético-política absolutamente inherente a la equidad social.

Entre los puntos discutidos en su más reciente obra respecto a la inequidad y la interseccionalidad, está el del enfoque confrontador con el *Leviatán* de Thomas Hobbes y su posición individualista-autosuficiente frente a las teorías modernas del bien común y la optimización de la interdependencia; además, reivindica un elemento sustancial en las clases menos privilegiadas, como lo es la defensa y la autodefensa ante eventos violentos donde «literalmente» el oprimido muere (Butler, 2020, pp. 40-95). Ello puede ejemplificarse en los casos de barcos inundados cargados de refugiados en el Mar Mediterráneo o en actos urbanos de represión policial con específicas minorías raciales (lenguaje de poder), donde la autora refiere la ausencia de cuidados citando como marco referencial a Walter Benjamin y Étienne Balibar, y plantea la posibilidad de recurrir a una «resolución de conflicto contractual» como una forma de justificar violencia e inequidad (Butler, 2020, pp. 121-131).

4. PRIVILEGIO, OPRESIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Luego de dilucidar la temática filosófica sobre dominio y poder, ahora es menester precisar la relación entre la interseccionalidad y los derechos humanos para poder plantear, al final de este artículo, una propuesta

bioética que pueda equilibrar todos estos contrapesos propios de este tópico en discusión, donde el privilegio y la constante explotación del oprimido forman parte de nuestra cotidianidad.

Siguiendo las valiosas aportaciones de Kimberle Crenshaw y Patricia Hill Collins, a mediados de los años 90 del siglo pasado, la investigadora Kathryn Morgan parte del conocido paradigma de «El nuevo traje del emperador» para referirse a la inequidad en la educación. A lo largo de su capítulo, incluido en un texto sobre visiones políticas de la educación y el género, concibe un complejo de matrices en dos niveles divididos transversalmente por el eje de la dominación (Morgan, 1996, pp. 105-123). En la parte superior exhibe al privilegio, interseccionando catorce ejes direccionados hacia su parte inferior y mediante ello se identifican los terrenos de la opresión. Originalmente, la autora relacionó tales ejes con sexualidad, raza, diferencia de clases, heterosexualidad, edad, discapacidad y otras circunstancias útiles para comprender los avatares de la dominación, cuando hay sesgos educativos que modifican paradójicamente la percepción subjetiva de la problemática.

Tal y como lo muestra la figura 1, considérese como eje principal a la matriz de la dominación cruzando transversalmente y seccionando en dos al modelo en estudio. El principal eje perpendicular por ilustrar es el de la raza, el cual evidencia la supremacía racial en la parte superior (privilegio), estableciendo el binomio blanco/negro (según el color de la piel), reflejado ampliamente en términos de poder y dominación como trascendencia de la evolución histórica de las diferencias raciales (Hill Collins, 1990). Una precisión es notable en el modelo españolizado, pues, en términos colonialistas (léase esclavización), durante la colonia, a la mezcla del conquistador español con el gentilicio africano de raza negra se le llamó «mulato» y no afroamericano⁸.

8 El término afroamericano, como su nombre lo indica, es un anglicismo castellanizado que poco identifica a la conquista española con las naciones de Iberoamérica. El proceso de dominación y colorización al norte del Río Bravo se relaciona con sus siglos de esclavismo y la mezcla del gentilicio africano (negro) con el blanco estadounidense descendiente de europeos colonizadores.

Un axis que considero fundamental para los derechos humanos es el de la identidad nacional que en la matriz original de Morgan no exhibe toda su potencia, pues se disgrega su sentido en la traducción del término «eurocentrismo» y quizá la autora no consideró las fracciones independentistas que existen hoy alrededor del planeta, por ejemplo, Kurdistán, Chechenia y todos los pueblos al occidente del Mar Caspio en la zona del Cáucaso, además de las ya ancestrales identidades árabes que mantienen posicionamientos en Medio Oriente o en los conflictos separatistas del área del Pacífico Sur y el océano Índico.

En la primera mitad del siglo xx, aún los hebreos no tenían una tierra de reconocimiento que los identificara nacionalmente y, de forma paradójica, hoy la Palestina ancestral se convierte en terrenos de opresión. Así, sus últimas dos generaciones buscan una patria, convirtiéndose en nativos de ninguna parte, convirtiéndose en apátridas para el derecho internacional, adquiriendo nacionalidades por exilio o como refugiados, donde, como los demás migrantes de todo el mundo, correrán el riesgo de enfrentar los peligros discriminatorios de la xenofobia.

La diferencia de clases es, sin duda, tan importante como el color de la opresión racial o las variantes de la identidad nacional. Los fundamentos originales de la interseccionalidad tienen obligatoriamente una relación inobjetablemente estrecha con la lucha de clases; tal vez este vínculo es uno de los primeros en emerger entre la humanidad, observable en los reyes pastores babilonios y sus súbditos, entre los nobles y los plebeyos romanos o en la ancestral lucha de castas entre *brahmanes* y *dalits* o parias en la India. Así trasciende la opulencia y la inopia o la precariedad: la clase alta (menos del 7 % de la población mundial) oprime al resto del planeta.

Figura 1

La interseccionalidad en América Latina



Nota: Obsérvese la relevancia de los ejes superiores e inferiores, en las dicotomías raciales, educativas (ilustración), algunas entidades de discriminación en cuanto a religión, idioma, sexualidad, apariencia (empatía), edad, discapacidad y muy especialmente la dualidad frente a los condicionantes de paz/violencia, no descritos originalmente pero muy presentes en nuestra realidad latinoamericana, así como la identidad de nación o la carencia de territorio o patria. El gentilicio mulato deviene de la mezcla de las razas negra y blanca de los conquistadores españoles.

Fuente: Elaboración personal basada en los planteamientos de Hill Collins y Crenshaw (citados en Morgan, 1996).

Los ejes paralelos a este axis cardinal vertical también son muy importantes en términos de discriminación y opresión, finalmente traducidos en resistencia cultural.

Algunos ejemplos representativos de las praxis religiosas dominantes son las mayorías religiosas alrededor del mundo, desde los católicos, los protestantes, los hebreos, los seguidores del islam o de filosofías orientales, practicantes del budismo y el taoísmo hasta las minorías de creyentes de las incontables creencias en India, el resto de Asia, África o adeptos

de religiones politeístas entre muchas otras. En estas sectas, el mismo fanatismo religioso es un condicionante inequívoco de avasallamiento, discriminación y violencia de gran magnitud y resistencia cultural.

En cuanto a los idiomas con grandes poblaciones, recuérdese que el dominante es el inglés, seguido del español; también cabe destacar la gran gama de lenguas de África, Asia (más de seis mil dialectos tan solo en el territorio chino) y las que identifican gentilicios europeos y árabes. En relación con las minorías étnicas en el campo de la etnolingüística, son mencionables todos los pueblos originarios de nuestras culturas latinoamericanas con lenguas nativas y entre los más notorios se encuentran los siguientes: quechua, aymara, maya, lacandón, mapuche, náhuatl, kiliwa, mixteco, zapoteco, etc.⁹

La educación obviamente es un eje de gran interés. El axis educativo va desde los altos grados, con más de 20 años de estudio y un gran proceso de ilustración y formación de acceso restringido para pocas esferas poblacionales, hasta el punto opuesto de dicho entrenamiento académico, donde se halla el analfabetismo, el cual refleja un alto índice de seres humanos que tienen muy precario acceso a este sensible rubro.

Ahora bien, no es menos importante que una de las raíces generadoras de la interseccionalidad se relacione con la sexualidad y el género. La matriz norteamericana original ha sido modificada muchas veces; en este caso, ha evolucionado desde los conceptos primarios de heterosexualidad, caracterizada en términos como androcentrismo y gino-centrismo, hasta la ideología de género, las fracciones LGBTQ y las acepciones actuales de *cis-trans* o binario, «no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada [...]» (art. 4 del Decreto n.º 476/2021), reguladas por la ley en la mayoría de países, incluso de América Latina, donde día con día enfrentan rasgos homofóbicos también analizados culturalmente dentro del espectro interseccional.

9 La diversidad de lenguas en Mesoamérica y Suramérica es notable. Según el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (s. f.), solamente México cuenta con 68 lenguas originarias.

Para el caso de la fertilidad-infertilidad es indudable otorgar más que el beneficio del debate: existe la certeza sociofilosófica pero también científica de que quien es fértil obtiene un poder dentro de la familia. No son lo mismo la esposa del primogénito que no puede tener hijos ni fortalecer la descendencia de una familia que la mujer que sí puede adquirir el estado de gravidez y, por tanto, asumir poder inmediato en el seno familiar. Ocurre lo mismo con el sexo masculino, pues un macho probo y fértil puede generar condiciones de dominación y subyugación sobre el resto de la comunidad, especialmente sobre los machos estériles (en términos de especie y procreación animal como los felinos en vida salvaje).

El ser fértil es considerado ser sano. Por ello, casi paralelo al eje de la discapacidad-capacidad, como un elemento de parcial discriminación, encontramos el binomio salud-enfermedad. Actualmente, existen empresas que, cuando convocan al reclutamiento laboral, por simple normatividad interna o legislación, exhiben algunas leyendas alusivas a la no discriminación por condiciones de salud o discapacidad y, por supuesto, señalan que pueden otorgar trabajos a personas de la tercera edad; sin embargo, con frecuencia existe preferencia por el personal joven y, con mayor razón, sano. En el caso de las mujeres, ya es penado que haya discriminación por embarazo, lo que significa que la batalla en este campo está ganando espacios de gran envergadura, al igual que la lucha feminista, lo que constituye un verdadero triunfo; no obstante, estos elementos pueden perfeccionarse con una buena praxis de la llamada ética del cuidado, la cual se discute en el próximo apartado.

A la postre, el trabajo original de Morgan expone un punto sensible de discriminación relacionado quizá con la conjunción clasismo-elitismo-racismo y tiene que ver con la apariencia o la empatía. El hecho de acceder a un privilegio, en la mayoría de los casos, puede ser por recomendación de un conocido, actos de nepotismo o clientelismo. Contratos laborales o propios del derecho mercantil tienen una gran carga de lo que se conoce como tráfico de influencias. En este rubro, la sociedad aún debe trabajar mucho para no caer en violaciones simples de ética relacional que, lógicamente, son inherentes a la discriminación y la dignidad, elementos asociados a la naturaleza inmanente de los derechos humanos.

Como contribución a la ya discutida matriz de Morgan, presento finalmente el eje relacionado con la dicotomía paz/violencia. Por un lado, preciso su trascendencia respecto a los estados de opresión y sumisión desencadenados por las circunstancias violentas en poblaciones vulnerables y, por otro lado, reivindico la importancia de mantener la paz y la equidad para todo núcleo social al elevar las expectativas de vida en todos los aspectos. Se trata de replantear los conceptos de dominación y violencia esbozados por Judith Butler en el apartado anterior, con lo cual se genera una interpretación alterna acerca de las diversas perspectivas de la interseccionalidad, formulando una vital faceta útil para conjuntar los principios de la bioética con la ética del cuidado, unida a ciertos condicionantes de vulnerabilidad, los cuales serán discutidos a continuación.

5. VULNERABILIDAD Y BIOÉTICA DEL CUIDADO

Antes de iniciar la discusión de este apartado, es necesario anotar que el estudio de la bioética es considerado como un aspecto coyuntural, respecto a los estados vulnerables resultantes de la opresión y la dominación en los distintos niveles de la sociedad. Esta cuestión resulta fundamental si se toman en cuenta los desniveles y las antípodas de la interseccionalidad previamente analizados.

En tales parcelas se enfocan los posicionamientos sociales contrarios al privilegio, mediados por mecanismos de poder y dominación, los cuales ocasionan desequilibrios y, por supuesto, vulnerabilidades que, en términos objetivos, buscan ser atendidas al menos desde un punto de vista preventivo.

Como una aproximación referencial a este apartado y en aras de una estandarización conceptual en el campo de la vulnerabilidad y la bioética de los cuidados, se podría inferir una acepción cercana a la definición del aspecto bioético en general, que pudiese servir como hipótesis de trabajo para adentrarnos en este tema.

Según la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), un documento esencial en este tenor, esta disciplina «trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y

las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales» (artículo 1).

Debido a la gran sumatoria de artículos y material bibliográfico respecto a esta disciplina, la bioética tiene tres aristas analíticas de inceptión viables para su comprensión. Primero, desde el punto de vista filosófico, la bioética se relaciona con el llamado «principlismo bioético» a partir del conocido Informe Belmont en el que se enunciaron originalmente tres principios fundamentales: la autonomía, la beneficencia y la justicia¹⁰, pero hacia 1978 se añadió un cuarto principio: la no maleficencia (Beauchamp y Childress, 1999).

En segundo lugar, esta disciplina está enmarcada profundamente en las raíces de todo lo vinculado con los campos de la salud, la biología del desarrollo y, por supuesto, la medicina. Se ocupa de trascendentes problemáticas que rayan con los conceptos de vida y muerte, así como de todo lo ligado a manipulaciones genéticas, celularidad, dinámicas del entorno biológico y ambiental y, ostensiblemente, tópicos anegados en las arenas de la medicina preventiva y la biotecnología en toda su extensión conceptual.

Una tercera arista se relaciona con los derechos humanos, obviamente dejando la puerta a la acción de la bioética jurídica, cuyo papel principal radica en la regulación de todo lo potencialmente polémico para las personas o la reproducción del ser humano, como en el caso de los vientres subrogados, la fertilización *in vitro* (FIV), la manipulación de embriones o información genética, además de la eutanasia y la objeción de conciencia. Asimismo, en términos de salud propiamente dichos, se preocupa, entre otros problemas, de la distribución equitativa de vacunas, la igualdad en la atención hospitalaria en patologías infecciosas, neuropsiquiátricas, invalidantes o discapacitantes y, muy especialmente, la protección a focos vulnerables o mayormente necesitados de la sociedad.

10 El Informe Belmont (*The Belmont Report*), redactado a fines en 1978 por la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica y Conductual de los Estados Unidos, es considerado como un punto de partida de la bioética.

Con estas tres aplicaciones inter- y transdisciplinarias en el campo filosófico, científico y jurídico con extensión a lo político y lo socioeconómico, esta disciplina integra reflexiones éticas y pletóricas de cometidos axiológicos en diversos campos de la humanidad, orientando sus resultados mayormente a los terrenos reivindicativos y preventivos de la sociedad y su entorno biológico, así como la misma naturaleza.

El énfasis de la bioética en la vulnerabilidad, los derechos humanos y la interseccionalidad, incluidos todos los temas descritos en el tercer apartado de este artículo, están intrínsecamente relacionados con la ética del cuidado, preocupada mayormente por brindar atención a los grupos sociales con mayor demanda de inequidad social y donde se nota más la división franqueada por los ejes de la dominación, generadores del desequilibrio entre privilegio y opresión (*vide supra*).

En el estudio de cómo fortalecer la bioética del cuidado en niveles vulnerables, es Carol Gilligan quien primero trabaja sus diversos puntos de vista, especialmente al universalizar este concepto en su libro *In a different voice* (1982), enfocándose en las preocupaciones de mujeres menores de edad, quienes, a voces, demandaban requerimientos de cuidado en todos los aspectos (salud, educación, sustento, afectos y bienestar) y, muy especialmente, exigían la aplicación de justicia equitativa a su causa, independientemente de que este cúmulo de obvias pretensiones partiera de la cotidianidad circundante entre la vida privada de un núcleo familiar y las labores domésticas del hogar, entidad que también puede asociarse al concepto de «autonomía relacional» (Baier, 1985, p. 77; Code, 1991, pp. 84-87; Brison, 2000, pp. 280-299; Álvarez, 2015, pp. 13-26).

Esta construcción del pensamiento de Gilligan, concebida autoralmente desde 1970, fue expuesta por primera vez durante las Conferencias Josep Egozcue en los años 80 del siglo pasado (Gilligan, 1982, p. ix). Planteó sus tesis primordialmente sobre «daño moral» con énfasis en la estructuración psicológica de las mujeres en desarrollo y, luego, en lo que ella infirió como «resistencia a la injusticia». En este punto tesisural, la autora promovió un interesante cambio de paradigma no solo en los tratamientos que aquejan la larga lucha sobre los derechos y las situaciones de los oprimidos sociales, sino que incursionó en las relaciones bioéticas del cuidado, amparándose en temáticas como el bienestar, las capacidades

y las interacciones del amor al prójimo en términos de solidaridad y confianza mutua, luchando contra adversidades propias de la condición humana, como las relaciones hostiles y competitivas. Según un análisis de Victoria Camps (2013, p. 7) de la Fundación Catalana Víctor Grifols i Lucas, en la actualidad puede pensarse que la ética del cuidado se percibe amenazada debido a acciones del patriarcado resistiéndose a abandonar su posición de poder en una sociedad que aún insiste en permanecer en esa misma situación.

Las raíces académicas de la inyección de la ética del cuidado surgieron cuando Gilligan trabajaba como asistente de investigación en Harvard con el psicólogo Lawrence Kohlberg, conocido por su investigación doctoral como base para escribir *La filosofía del desarrollo moral* (1981), libro en el que puntualiza los seis estados en los cuales se estructura el juicio moral de una persona.

Con estos fundamentos y apoyada también en los trabajos de Erikson y Piaget, la autora plantea imágenes relacionales con paradigmas psicológicos en el segundo capítulo de su «diferente voz» (Gilligan, 1982, pp. 24-63) para justificar la autonomía de las mujeres en su desarrollo; además, adiciona su propio concepto de moralidad, describe las crisis de transición (explicando los períodos de desconexión relacional en la adolescencia) y fortalece el tema candente de los derechos de la mujer analizando los estados de madurez femenina en su tesis *Sobre el desarrollo psicológico de la mujer* (subtítulo del libro *In a different voice*).

La idea de perfilar las dinámicas de la bioética del cuidado en las clases menos favorecidas en todos los focos influyentes de la sociedad está intrínsecamente relacionada con el concepto de asistencia, pero también con el de la resistencia, el cual es inherente a estos procesos considerando que la acción jurídica «cuidar» no es un asunto propio de la mujer, sino que, para los apartados de este artículo, debe ser aplicado sin temor a equivocaciones en el rubro de los derechos humanos.

Empero, la misma Carol Gilligan (1982, p. 17) defiende el hecho de esta exclusividad genérica a partir de la capacidad natural y acaso epigenética de la mujer para cuidar. Para ello, describe mecanismos de empatía, los cuales pueden alterarse cuando se enfatiza aquella «voz diferente» implorada por las mujeres en desarrollo; además, argumenta

que el género femenino tiene mayor posibilidad de compaginar razón y emoción, y rechaza tanto el esencialismo como la clasificación simple y normalizada (impugnando la naturalización del patriarcado), donde se considera al hombre autónomo y a la mujer relacional o se sigue el absurdo generalizador de que el hombre sea racional y la mujer más sentimental (Camps, 2013, p. 8).

Para analizar lo autónomo y lo relacional dentro del tópico de la ética del cuidado que defienden Gilligan y las autoras antes citadas en el ámbito exclusivo de las ciencias sociales, podemos recurrir providencialmente a las neurociencias y el estudio de las conexiones cerebrales buscando una respuesta científico-lógica y quizá abierta a la solución de esta controversia ancestral, especialmente en el campo sociobiológico de las relaciones humanas.

Por ejemplo, en neuroepistemología¹¹, mediante técnicas utilizadas en las neurociencias cognitivas como la resonancia magnética funcional (RMf), los potenciales evocados sensoriales o la estimulación magnética transcraneal (PES-TMS) y la magnetoelectroencefalografía (MEG), entre otros recursos de la neurotecnología contemporánea, se investigan con profundidad todas las redes neuronales que generan los conflictos cognitivo-emocionales asociados a tomas de decisiones, incluso las morales vinculadas con la empatía, la solidaridad y el cuidado a los demás.

Con ese modesto arsenal, desde diversas ópticas y bajo rigurosos y muy objetivos protocolos, los científicos concluyen que la comunicación interneuronal y el entrenamiento de tales redes neuronales potencializadas en mamíferos (en este caso, humanos) son las causas por las cuales un ser vivo es considerado más relacional o autónomo que otros. Estas

11 La neuroepistemología se dedica al estudio neurocientífico y epistémico de las conexiones neuronales que generan conciencia. Basada en principios de mecánica estadística, algorítmico-computacionales y de la física cuántica, la teoría de la epistemología neuronal (TEN) argumenta que las células nerviosas tienen un conocimiento epistémico y cada una de ellas cumple funciones muy especializadas, gracias a las cuales se producen acciones de alto orden cognitivo-emocional como hablar, calcular, ver, oír (incluso callar, meditar o reír), correr, sentir empatía, soñar, creer, procesar emociones o tomar decisiones complejas y procedimentales (justas o injustas, mecánicas o instintivas), constituyendo *per se* dinámicas conciencales (Zambrano, 2012).

dinámicas no siempre resultan iguales; por el contrario, dependen de decisiones, emociones, hormonas y neurohormonas como la oxitocina (presentes en ambos sexos), neurotransmisores y eventos físicoquímicos asociados a la neurobiología molecular, independientemente del sexo o el género (Zambrano, 2012, pp. 341-356, 387-391).

El punto integrador en los estudios de Gilligan y el concepto de ética del cuidado relacionado con lo moral y la necesidad de cuidar al otro radica en la ya mencionada «desconexión relacional» (1982, pp. 106-127). La autora fundamenta su tesis en el desarrollo psicológico de la mujer (*vide suprae*), pero muy especialmente en los períodos críticos de la adolescencia, donde, según sus escritos, se presenta este tipo de desconexión entre hombres y mujeres¹². Es ahí, en esa fragilidad, donde puede trabajarse la ética del cuidado, pues tal y como lo describen clásicamente la ciencia y la misma psicobiología, en todas las especies siempre existen los períodos críticos y vulnerables en las diversas etapas del desarrollo (Hensch, 2004).

Aquí emerge un punto importante: ¿cuál sería, entonces, el plan de cuidados para identificar el punto exacto de un estado de vulnerabilidad y establecer bioéticamente un programa preventivo universal en todos los aspectos de la interseccionalidad? Pues bien, la ética del cuidado y todos los trabajos que desde hace más de cuatro décadas se están desarrollando en este aspecto desembocan inevitablemente en otro rubro fundamental de la bioética ligado a los derechos humanos, el cual corresponde a la ética de la vulnerabilidad, pese a que autoras como Carole Levine y su grupo de investigación (2004) piensan que existen notables restricciones o limitaciones nominales para concretar un diagnóstico de «ser vulnerable».

En los próximos renglones se discutirá analíticamente la cuestión de la ética de la vulnerabilidad, el «ser vulnerable» como ente humano y el potencial preventivo de su aplicación, con el objetivo de proveer

12 En la presentación «Letter to readers» (Para lectores) de la edición de *In a different voice* (1993), Gilligan afirma que este hecho genera la «perpetuación de las sociedades patriarcales». En las anteriores ediciones en inglés (desde 1982), la autora nunca menciona la palabra «patriarcado» en toda la extensión de su texto (Gilligan 1993, p. xxiii).

una propuesta original y generar inquietudes filosóficas del derecho, pero también enunciar los primordios de regulación en este campo que requieren atención inter- y transdisciplinaria en temas tan delicados como importantes de solucionar, especialmente en la bioética jurídica y, por supuesto, en el ámbito de la salud a nivel global, sobre todo en los países donde existe más desequilibrio interseccional y las políticas de salud necesitan mucha mayor atención en niveles precarios de la comunidad.

Wendy Rogers (2014, pp. 60-84), reconocida investigadora de filosofía y ética clínica en Australia, discute sobre la ausencia de claridad y comprensión en cuanto al problema que vincula a la bioética con la vulnerabilidad apoyada en valores morales, asumiendo a la primera como la expresión de la vida en su esencia más frágil y a la segunda como el estado de amenaza notable a la autonomía, la integridad o la dignidad (p. 75).

La autora inicia su disertación incluyendo las relaciones de vulnerabilidad y bioética inmersas en el ya mencionado Informe Belmont (pp. 62-64); luego enumera los factores intrínsecos (médicos y cognitivos) y extrínsecos (jurídicos e infraestructurales) de la investigación en el campo de la ética de la vulnerabilidad delineados por Kenneth Kipnis y ofrece una orientación clara hacia los derechos humanos (pp. 64-71). Rogers enfatiza que, en lo que respecta al ambiente clínico, la ética de la vulnerabilidad tiene una perspectiva clara basada en los principios de la bioética (especialmente el respeto y la autonomía) para disciplinas específicas de la medicina clínica, donde la toma de decisiones es importante (p. 71-76). El apartado final del capítulo se relaciona con la ética de la salud pública y la justicia en los estados vulnerables, teniendo en cuenta que la justicia es un principio bioético fundamental (pp. 71-82).

En condiciones de salud adversa, los grupos de alto riesgo incluyen a la unidad materno-fetal de alto riesgo, las personas discapacitadas crónicamente enfermas, los pacientes con VIH, los alcohólicos, las familias proclives a la violencia, las personas sin hogar y, finalmente, los inmigrantes y los refugiados, quienes suelen sufrir problemas inherentes a la violencia y a la desnutrición, etcétera (p. 78).

Una solución a este tema se antoja plausible desde el punto de vista de las políticas públicas. La importancia de la autonomía relacional como parte de la ética del cuidado es discutida por Catriona Mackenzie (2014, pp. 33-60), cuya proyección es muy interesante porque se aproxima al desarrollo de las capacidades útiles para integrar una ética de la vulnerabilidad.

La conclusión de esta autora converge hacia la promoción de la autonomía, considerando que no hay una consistencia notable entre las obligaciones normativas del Estado y la solución de problemas en las capas de vulnerabilidad detectadas en la sociedad, fundamentadas en lo que Martha Fineman (2010) incluye dentro del llamado umbral de la teoría democrática de la equidad. En este particular, se argumenta que las respuestas direccionadas positivamente con objetividades preclaras pueden evitar conductas cuestionables relacionadas con el paternalismo estatal, teniendo en cuenta que tales conductas son guiadas por el apoyo de políticas estatales tendientes a promover el fortalecimiento de las autonomías en personas cuya situación social es vulnerable e implementar la promoción de sus capacidades (Mackenzie, 2014, p. 56).

Otro enfoque interesante en este tenor lo desarrolla Florencia Luna en sus constantes trabajos, en especial elucubrando una metáfora sobre el tema de la vulnerabilidad de las capas. Al igual que W. Rogers, la autora cita a Kipnis, pero con un enfoque diferente que modifica el paradigma típico de manejar el término «poblaciones vulnerables». En esa línea, presenta seis criterios de vulnerabilidad, los cuales proporcionan diversas contingencias y condicionantes. Entre ellas se ubican la cuestión cognitiva, la jurídica, la médico-clínica, la deferencial, la problemática de distribución y la de infraestructura (Luna, 2008), pero también las cuestiona con el argumento de que no necesariamente son vulnerables todas las personas con discapacidad, las de la tercera edad, los niños y las niñas, las embarazadas o los enfermos en general.

Recurriendo a fuentes epistémicas y acaso funcionalistas de filósofos como Ludwig Wittgenstein y Hilary Putnam, Luna propone su teoría de las capas vulnerables, donde cada uno de estos criterios de vulnerabilidad pueden acomodarse por capas sociales (o subcapas)

superponiéndose según sean sus circunstancias sociales o de existencia, lejos de una taxonomía clasificatoria que traduce, además de estereotipos, categorías de vulnerabilidad.

De esta forma, ejemplifica la potenciación de criterios de vulnerabilidad para poder tejer su «metáfora de capas». Así, enuncia un caso que, en países desarrollados, puede ser muy comprensible, refiriéndose a las mujeres que en países con alto índice per cápita tienen acceso a dignos ingresos, educación y buena vivienda. No obstante, la investigadora Luna insiste en que, si el caso sucede en países del tercer mundo, una mujer embarazada *per se* no es vulnerable. Pero si a esta contingencia le sumamos que padece pobreza extrema, ya tiene una capa de vulnerabilidad; si no posee una vivienda ni educación, se infecta potencialmente y su embarazo es de alto riesgo, se teje otra capa vulnerable; si además tiene otros criterios de opresión étnica, migratoria o racial, sufre violencia familiar y tiene hijos (todo lo cual empeora esta condición), la sumatoria de capas puede ser notable y llenaría indubitablemente criterios inequívocos de alta vulnerabilidad específica (*vide infra*).

Ahora bien, Florencia Luna no se detiene en sus supuestos y presupuestos argumentando que la vulnerabilidad no es un «concepto del todo o nada», sino que requiere de una superposición de circunstancias locales y personales, políticas y socioeconómicas. Considérese el caso de un embarazo no deseado en Francia, situación que condicionaría la vulnerabilidad de la mujer porque el aborto está penalizado, mientras que en Chile este mismo caso sería resuelto y la contingencia de vulnerabilidad «en un aspecto particular» se vería atenuada.

El análisis del texto enfila sus baterías para considerar a la vulnerabilidad como un artilugio operativo y evaluativo (Luna, 2008) incluso en terrenos laborales. Tómese por caso el de enfermeras y las médicas, pues no por el hecho de ser mujeres clínicamente saludables son más vulnerables que los hombres que pudiesen tener factores predisponentes y condicionantes de contraer una enfermedad o comorbilidad diagnosticada como hipertensión, diabetes o inmunocompromiso, facilitando un estado grave y terminal según determinadas circunstancias.

En este caso, lo operativo es sutil, afirma Florencia Luna, y responde a un sinnúmero de variables, lo que da más complejidad al asunto.

Por ello, no se pretende otorgar una posición rígida al concepto de vulnerabilidad, sino al contrario: se trata de no etiquetar o caer en estereotipos, a los que ella llama «aspectos negativos de la vulnerabilidad»; más bien, sugiere ir removiendo capa por capa hasta eliminar tales situaciones, por ejemplo, identificar comorbilidades en trabajadores de la salud y aumentar sus rangos preventivos, mayormente en edad, sexo, nivel socioeconómico, educación, raza y otras, incluidas ciertas condiciones de violencia, cuando se trabaja en áreas de conflicto bélico, deterioro social, zonas de desastre, crisis humanitarias, exilio, migración, etc.

Estas últimas y esenciales problemáticas ligadas a la violencia, a las que llamaré casos específicos de alta vulnerabilidad (CEAV), deben identificarse con premura. Sus deficiencias casi siempre están caracterizadas por la zozobra y la falta de atención institucional¹³; por ello, el Estado y sus programas constitucionales de bienestar y derechos sociales básicos deben ser operados con mayor efectividad, basados en los principios bioéticos y los derechos humanos como la dignidad y la no discriminación (Webster et al., 2022).

En el apartado anterior enuncié el reciente trabajo de Judith Butler sobre violencia y no violencia, asociando estas dinámicas con factores éticos y políticos que son inevitablemente ligados a la ética del cuidado, sobre todo en las consecuencias del individuo que es avasallado por estos mecanismos de supraviolencia, pues en ocasiones el recuento de los daños en este aspecto es letal, con lesiones irreversibles en la mayoría de los casos con amputación, discapacidad, quemaduras de segundo y tercer grado y cicatrices de por vida, no solo físicas, sino también emocionales, sin contar aquellos delitos de privación de la vida juzgados por oficio con perspectiva de género (Butler, 2020, pp. 167-172).

Butler concluye —y es la bandera de su libro— que una forma de enfrentar estos monstruos fortuitos de la misma condición humana es recurrir a las formas de no violencia¹⁴, incluso desde el punto de vista

13 A esta forma de omisión se la puede nominar casos de vulnerabilidad y zozobra (CVZ), cuya área operativa se relaciona principalmente con el Estado y su capacidad de respuesta: un tema clave en la resolución de esta problemática.

14 Esta praxis es mayormente conocida entre las filosofías orientales como el budismo o incluso el jainismo. Esta última se basa en una tríada de principios como la no violencia

de la resistencia (*vide supra*), actitud mostrada no solo por Gandhi ante la opresión inglesa en la primera mitad del siglo pasado (también cita a Luther King y a la desobediencia civil de H. David Thoreau), sino que ella ejemplifica el caso de la resistencia al feminicidio (principalmente en Iberoamérica) con el eslogan «Ni una menos», fortaleciendo así «identidades vulnerables» al plantear desconstrucciones siguiendo a Hannah Arendt (sobre la violencia) en su libro *Crisis de la República* y a Jacques Derridá en sus disertaciones sobre la autoridad y la aplicación de la ley (Butler, 2020).

Por todo lo anterior, considero que todos los elementos antes citados, especialmente en el campo antidiscriminatorio (Garrido, 2022, p. 317), son fundamentales para trabajar conjuntamente y con gran esperanza en todas las áreas, desde la prevención, la identificación y la operatividad hasta la óptima eliminación de estas capas que son motivos de esta disertación, teniendo como elementos fundamentales a la interseccionalidad, la bioética y los derechos humanos en los temas de las éticas del cuidado y la misma vulnerabilidad, incluso en los situaciones de supraviolencia o guerra (Jecker et al., 2024).

6. CONCLUSIÓN

Una revisión de los alcances de la bioética, específicamente para todas esas capas vulnerables relacionadas con las entidades de la opresión discutidas desde la perspectiva interseccional, constituiría un plan de ataque idóneo desde el punto de vista preventivo tendiente a solucionar los problemas sociales irreversibles que se presentan en el amplio rango de la vulnerabilidad.

Implementar y programar cuadros académicos y de investigación para desarrollar políticas públicas y planes de acción (ya sea por parte de los Estados, los organismos supranacionales o las ONG), tomando como base la ética de la vulnerabilidad, es sin duda una solución viable que debe empezar a realizarse en muy corto plazo, incluso antes de que

(*Abimsa*), el desapego (*Aparigraha*) y el conocimiento fraccionado (*Anekantha*), donde no existe una sola verdad, sino que muchas realidades conformarán un juicio epistémico integral, pero no absoluto (Dundas, 2003).

otras contingencias propias del mismo desarrollo tecnológico, como el inminente avance de la inteligencia artificial, generen nuevas capas de vulneración en la raza humana y, por supuesto, en todo su entorno ambiental.

Desde el punto de vista de la ética del cuidado, sus problemáticas esenciales deben ir más allá de su preocupación inicial por el desarrollo psicológico de las mujeres y todas las consecuencias discutidas en este artículo, sobre todo el embarazo adolescente, el cuidado de la unidad materno-fetal y los dilemas morales emergentes e inmanentes durante las tomas de decisiones comprometedoras que pongan en peligro la vida humana, considerada el principal bien jurídico tutelado por la ley.

El abanico de atención y cuidados en todos los frentes de la interseccionalidad en su capa de opresión y resistencia debe ser equitativo y siempre en pro del bien común, como diría Hegel, incluso en esas capas de superviolencia que día con día parecen estar más normalizadas, en especial la problemática migratoria y los refugiados, las crisis humanitarias tras conflictos bélicos y contingencias ambientales, el problema de los desplazados por intimidación, las desapariciones forzosas y, en ese mismo contexto, la asistencia, la defensa y los estados de alerta preventiva esmerada, dispuesta ostensiblemente en los cuadros por antonomasia, tendientes a ser identificados como casos específicos de alta vulnerabilidad dentro de las muchas diversidades comunitarias del planeta.

La solución inobjetable es abrir un campo de acción ecléctico y decididamente pragmático en el cual se construya un puente dinámico y proactivo entre la bioética y los derechos humanos, tendiente a la solución pronta de los factores predisponentes de la vulnerabilidad, con base en la educación y la promoción institucional con visos a mejorar las deficiencias estructurales en todos los aspectos interseccionales y garantizar una concientización eficiente y focalizada entre las diversas capas de la sociedad.

REFERENCIAS

- Álvarez, S. (2015). La autonomía personal y la autonomía relacional. *Análisis Filosófico*, 35(1), 13-26. <https://doi.org/10.36446/af.2015.44>
- Baier, A. (1985). *Postures of the Mind: Essays on Mind and Morals*. University of Minnesota Press.
- Beauchamp, T., y Childress, J. (1999). *Principios de ética biomédica*. Prólogo de Diego Gracia. Masson.
- Bilge, S., y Hill Collins, P. (2019). *Interseccionalidad*. Morata.
- Bobbio, N. (1996). *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bowleg, L. (2008). When Black + lesbian + woman ≠ Black lesbian woman: the methodological challenges of qualitative and quantitative intersectionality research. *Sex Roles: A Journal of Research*, 59(5-6), 312-325. <https://doi.org/10.1007/s11199-008-9400-z>
- Brisson, S. J. (2000). Relational Autonomy and Freedom of Expression. En C. Mackenzie y N. Stoljar (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (pp. 280-299). Oxford University Press.
- Burdeau, G. (1984). *Tratado de ciencia política*, t. 1, vol. III. (Gordon, B., trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Butler, J. (2020). *The Force of Nonviolence: An Ethico-Political Bind*. Verso.
- Camps, V. (2013). Presentación. En C. Gilligan, *La ética del cuidado* (pp. 7-9). Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. https://www.revistaseden.org/boletin/files/6964_etica_del_cuidado_2013.pdf
- Carpizo, J. (1999). El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 32(95), 321-356. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1999.95.3588>
- Church Terrell, M. (2005 [1940]). *A Colored Woman in a White World*. Prometheus Books.

- Code, L. (1991). *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*. Cornell University Press.
- Coleman, K. (2015). *The Voting Rights Act of 1965, Background and Overview*. Washington, Congressional Research Service. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43626/15>
- Combahee River Collective. (1977). A black feminist statement. *The Combahee River Collective Statement*. https://americanstudies.yale.edu/sites/default/files/files/Keyword%20Coalition_Readings.pdf
- Cooper, B. (2015). Intersectionality. En L. Disch y M. Hawkesworth (eds.), *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (pp. 385-406). Oxford University Press.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, (1), 139-167. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>
- Davis, A. (1981). *Mujeres, raza y clase* [epub libre]. Ronin, [https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Angela%20Davis%20-%20Mujeres,%20raza%20y%20clase%20\(1981\).pdf](https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Angela%20Davis%20-%20Mujeres,%20raza%20y%20clase%20(1981).pdf)
- De Sousa Santos, B. (2022). *Poscolonialismo, decolonialidad y epistemologías del Sur* (L. Mosconi, trad.). Conselho Latinoamericano de Ciencias Sociais (Clacso).
- Dundas, P. (2003). *The Jains*. Routledge.
- Fineman, M. A. (2010). The vulnerable subject and the responsive state. *Emory Law Journal*, 60(2), 251-275.
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1977). *Historia de la sexualidad 1: La voluntad de saber*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del poder*. La Piqueta.
- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*. EHESS; Gallimard; Seuil.

- French, J., y Raven, B. (1959). The Bases of Social Power. En D. Cartwright (ed.), *Studies in Social Power* (pp. 150-167). Institute for Social Research.
- Galbraith, J. K. (1984). *La anatomía del poder*. Plaza y Janés.
- Garrido, G. M. (2022). Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 17, 307-322. <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.7544>
- Gilligan, C. (1982). *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press.
- Gilligan, C. (2011). *Joining the Resistance*. Polity Press.
- Grabe, S. (2020). Research Methods in the Study of Intersectionality in Psychology: Examples Informed by a Decade of Collaborative Work With Majority World Women's Grassroots Activism. *Frontiers in Psychology*, 11, 494309. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.494309>
- Han, B. -C. (2014). *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* (A. Bergés, trad.). Herder.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, trad.). Abeledo Perrot.
- Hegel, G. W. F. (1999). *Principios de filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política* (J. L. Vermal Beretta, trad.). Edhasa.
- Hensch, T. K. (2004). Critical period regulation. *Annual Review Neuroscience*, 27, 549-579. <https://doi.org/10.1146/annurev.neuro.27.070203.144327>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M. del P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.ª ed.). McGraw-Hill.
- Hill Collins, P. (1990). *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. Routledge.
- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (Inali). (s. f.). *Catálogo de las lenguas indígenas nacionales*. <https://www.inali.gob.mx/clin-inali/>

- Jecker, N. S., Atuire, C., Ravitsky, V., Behrens, K., y Ghaly, M. W. (2024). War, Bioethics, and Public Health. *The American Journal of Bioethics*, (7), 1-15. <https://doi.org/10.1080/15265161.2024.2377118>
- Levine, C., Faden, R., Grady, C., Hammerschmidt, D., Eckenwiler, L., y Sugarman, J. (2004). The Limitations of «Vulnerability» as a Protection for Human Research Participants. *American Journal of Bioethics*, 4(3), 44-49. <https://doi.org/10.1080/15265160490497083>
- Lorde, A. (2007). *La hermana, la extranjera* (M. Corniero, trad.). Horas y Horas.
- Luna, F. (2008). Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. *Revista Lexis-Nexis. Jurisprudencia Argentina*, 4(1), 60-67.
- Mackenzie, C. (2014). The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability. En C. MacKenzie, W. Rogers y S. Dodds (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (pp. 33-59). Oxford University Press.
- Mackinnon, C. (2013). Intersectionality as Method: A Note. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 38(4), 1019-1030.
- Marina, J. A. (2008). *La pasión del poder. Teoría y práctica de la dominación*. Anagrama.
- Ministerio de Justicia de la Nación. (2021). Decreto n.º 476/2021. *Boletín Oficial*, Folio n.º 51190/21 v. 21/07/2021. Buenos Aires: 20 de julio de 2021. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/350000-354999/352187/norma.htm>
- Morgan, K. P. (1996). Describing the Emperor's New Clothes: Three Myths of Education (In)Equality. En A. Diller, N. Houston, K. P. Morgan y M. Ayim (eds.), *The Gender Question in Education, Theory, Pedagogy & Politics*. Westview Press & Routledge.
- National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research [Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica y Conductual]. (1978). *The Belmont Report. Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. The National Commission for the Protection of Human Subjects of

- Biomedical and Behavioral Research. Washington: 30 de septiembre de 1978. https://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), Comisión Internacional de Bioética. (2005). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. París: 19 de octubre de 2005. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/343573/6._INTL._Dec._Universal_Bioetica_y_Der_Humanos.pdf
- Rogers, W. (2014). Vulnerability and Bioethics. En C. MacKenzie, W. Rogers y S. Dodds (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (pp. 60-87). Oxford University Press.
- Spelman, E. (1988) *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*. Beacon.
- United States District Court M. D. Alabama, N. D. (1956). Browder v. Gayle. Sentencia Jurídica 142 F. Supp. 707. Alabama: 5 de junio de 1956. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/142/707/2263463/>
- Weber, M. (2007 [1919]). *La política como profesión* (J. Abellán, ed. y trad.). Biblioteca Nueva.
- Webster, C. S., Taylor, S., Thomas, C., y Weller, J. M. (2022). Social bias, discrimination and inequity in healthcare: mechanisms, implications and recommendations, *BJA Education*, 22(4), 131-137. <https://doi.org/10.1016/j.bjae.2021.11.011>
- Zambrano, Y. (2012). *Neuroepistemology: What the neurons knowledge tries to tell us*. Phy Psi K'a Publishing.



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.05

EFICIENCIA EN LA FORMALIZACIÓN DE PROPIEDADES: EVALUACIÓN DE NULIDADES EN PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y ESTRATEGIAS DE MEJORA NOTARIAL

The efficiency in property formalization: evaluation of nullities in acquisitive prescription and notarial improvement strategies

Efficienza nella formalizzazione della proprietà: valutazione delle nullità nella prescrizione acquisitiva e strategie di miglioramento notarile

Eficiência na formalização imobiliária: avaliação das nulidades na prescrição aquisitiva e estratégias de melhoria notarial

ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: enrique.mendoza@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-6686-2701>

RESUMEN

El Censo Nacional 2017 del INEI reveló que el 76 % de las viviendas en Perú son propias, pero casi la mitad carece de título de propiedad. Para abordar esto, las Leyes n.ºs 27157 y 27333 permiten a los notarios formalizar la propiedad mediante prescripción adquisitiva. Sin embargo, el

Poder Judicial ha anulado muchos de estos procedimientos por incumplimiento de normas. Por un lado, este artículo analiza las causas comunes de nulidad, como deficiencias en la notificación y los requisitos legales; por otro lado, destaca la necesidad de mejorar estos procedimientos. La implementación de recomendaciones basadas en la jurisprudencia, junto con el uso de tecnologías avanzadas y formación continua, fortalecerá la seguridad jurídica y la confianza en el sistema notarial, facilitando la formalización de predios informales y promoviendo tanto el desarrollo económico como la cohesión social.

Palabras clave: formalización; prescripción adquisitiva; nulidad; seguridad jurídica.

Términos de indización: propiedad privada; vivienda; teoría legal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

INEI's 2017 National Census revealed that 76 % of homes in Peru are owned, but almost half lack title deeds. To address this, Laws 27157 and 27333 allow notaries to formalize ownership through acquisitive prescription. However, the Judiciary has annulled many of these procedures for non-compliance with regulations. On the one hand, this article analyzes common causes of nullity, such as deficiencies in notification and legal requirements; on the other hand, it highlights the need to improve these procedures. The implementation of recommendations based on jurisprudence, together with the use of advanced technologies and continuous training, will strengthen legal security and confidence in the notarial system, facilitating the formalization of informal properties and promoting both economic development and social cohesion.

Key words: formalization; acquisitive prescription; nullity; legal security.

Indexing terms: private ownership; housing; legal theory (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il censimento nazionale dell'INEI del 2017 ha rivelato che il 76 % delle abitazioni in Perù è di proprietà, ma quasi la metà non ha un titolo di proprietà. Per risolvere questo problema, le Leggi n.º 27157 e 27333 consentono ai notai di formalizzare la proprietà attraverso la prescrizione acquisitiva. Tuttavia, la magistratura ha annullato molte di queste procedure per non conformità. Questo articolo analizza, da un lato, i motivi comuni di nullità, come le carenze nella notifica e nei requisiti legali; dall'altro, evidenzia la necessità di migliorare queste procedure. L'attuazione delle raccomandazioni basate sulla giurisprudenza, insieme all'uso di tecnologie avanzate e alla formazione continua, rafforzerà la sicurezza giuridica e la fiducia nel sistema notarile, facilitando la formalizzazione delle proprietà informali e promuovendo lo sviluppo economico e la coesione sociale.

Parole chiave: formalizzazione; prescrizione acquisitiva; nullità; sicurezza giuridica.

Termes d'indexation: proprietà privata; dimora; teoria giuridica (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

O Censo Nacional de 2017 do INEI revelou que 76 % das habitações no Peru são propriedade, mas quase metade carece de títulos de propriedade. Para resolver este problema, as Leis n.º 27157 e 27333 permitem que os notários formalizem a propriedade através da prescrição aquisitiva. No entanto, o poder judicial anulou muitos destes procedimentos por incumprimento. Por um lado, este artigo analisa os motivos comuns de nulidade, tais como deficiências na notificação e nos requisitos legais; por outro lado, salienta a necessidade de melhorar estes procedimentos. A implementação de recomendações baseadas na jurisprudência, aliada à utilização de tecnologias avançadas e à formação contínua, reforçará a segurança jurídica e a confiança no sistema notarial, facilitando a formalização de propriedades informais e promovendo o desenvolvimento económico e a coesão social.

Palavras-chave: formalização; prescrição aquisitiva; nulidade; segurança jurídica.

Termos de indexação: propriedade privada; habitação; teoria jurídica (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 30/7/2024

Revisado: 7/11/2024

Aceptado: 19/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

Según el Censo Nacional de 2017, realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el 76 % de las viviendas en Perú son propias. Sin embargo, solo el 50.7 % de estas cuentan con un título de propiedad formal, lo que deja al 49.3 % de los propietarios sin documentación oficial que respalde su posesión.

La formalización de edificaciones, especialmente aquellas construidas de manera progresiva o por autoconstrucción, es crucial para incorporarlas al sistema formal. Para enfrentar este desafío, el Estado promulgó la Ley n.º 27157, complementada por la Ley n.º 27333, que autoriza a los notarios a realizar procedimientos no contenciosos para formalizar la propiedad. Estos procedimientos les facilitan declarar la propiedad mediante prescripción adquisitiva, siempre que se cumplan los requisitos legales.

El procedimiento notarial de prescripción adquisitiva puede ser iniciado por el interesado, siguiendo las disposiciones legales y, de manera supletoria, el Código Civil y el Código Procesal Civil. No obstante, en la práctica, este procedimiento ha mostrado ser complejo, ya que el Poder Judicial ha declarado la nulidad de muchos instrumentos notariales debido al incumplimiento de las normas establecidas o al contenido contrario a derecho.

Este artículo examina las principales causas de nulidad identificadas por el Poder Judicial en los procedimientos notariales, destacando los

errores más frecuentes que comprometen su eficacia y generan inseguridad jurídica. A partir de este análisis, se plantean propuestas concretas que buscan optimizar los procesos notariales, garantizando una formalización más efectiva y la regularización de edificaciones informales dentro del marco legal.

Entre las recomendaciones clave resaltan la aplicación estricta de normas procesales para mejorar las notificaciones y prevenir las nulidades, el fortalecimiento de los controles de calidad documental, la promoción de la transparencia en todas las etapas del procedimiento, la cooperación interinstitucional para una gestión más ágil y efectiva, y la capacitación técnica y ética de los notarios y su personal. Estas medidas tienen como objetivo principal consolidar la seguridad jurídica y fortalecer la confianza en el sistema notarial.

2. MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO

2.1. INTRODUCCIÓN AL MARCO LEGAL DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA NOTARIAL

2.1.1. Análisis de la Ley n.º 27157, su Reglamento (Decreto Supremo n.º 035-2006-Vivienda), la Ley n.º 27333 y su propósito

La usucapión o prescripción adquisitiva es un mecanismo legal que permite a una persona convertirse en propietaria de un bien tras mantener una posesión continua, pacífica y pública durante el tiempo que la ley determina. Varsi Rospigliosi (2019) señala que, según Carranza y Ternera (2012), la posesión sirve como medio para la usucapión, ya que no puede haber usucapión sin una posesión previa y continua durante el tiempo estipulado por la ley.

Este proceso requiere que la posesión sea ejercida con ánimo de dueño (*animus domini*), de forma pública, pacífica e ininterrumpida. Así, la posesión con la intención de tener la cosa como propia (*animus rem sibi habendi*) y el ejercicio del dominio (*animus y corpus*) convierten la posesión en propiedad, beneficiando al poseedor.

La Ley n.º 27157, promulgada el 20 de julio de 1999, su reglamento (Decreto Supremo n.º 035-2006-Vivienda) y la Ley n.º 27333 establecen el marco legal que permite a los notarios declarar la prescripción

adquisitiva mediante un procedimiento no contencioso. Estas normativas exigen que los notarios verifiquen y documenten rigurosamente que se cumplan todos los requisitos formales y sustantivos para declarar la propiedad por prescripción adquisitiva.

Es importante destacar que la actividad notarial en este contexto se rige por el artículo 950 del Código Civil, que estipula que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción tras una posesión continua, pacífica y pública durante diez años. Esta competencia notarial se refiere a lo que en doctrina se conoce como «prescripción larga», la cual posibilita a los notarios gestionar y declarar la propiedad según estas condiciones específicas.

2.2. PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO NOTARIAL

2.2.1. Descripción del procedimiento no contencioso notarial peruano

El 22 de septiembre de 1996, se promulgó la Ley n.º 26662, que otorgó a los notarios la autoridad para gestionar asuntos no contenciosos, funciones previamente exclusivas del Poder Judicial, como la rectificación de partidas y adopciones. Más tarde, la Ley n.º 27333, promulgada el 27 de julio de 2000, amplió sus competencias, permitiéndoles declarar la propiedad mediante prescripción adquisitiva.

Becerra (2020) justifica la intervención notarial en estos asuntos por la ausencia de conflicto, ya que se busca esclarecer una incertidumbre jurídica o declarar un derecho no controvertido con el consentimiento de los interesados. Estos procedimientos no tienen carácter de cosa juzgada, lo que permite que los jueces se concentren en casos donde su intervención es indispensable.

El trámite inicia con una solicitud escrita de los interesados o sus representantes. Si no hay oposición dentro del plazo establecido, el notario emite la escritura pública o el acta correspondiente, según lo estipulado por la ley. Estas acciones se registran en el Registro de Actas y Escrituras de Procedimientos No Contenciosos, asegurando un proceso ordenado y documentado.

2.2.2. Fundamentos del procedimiento no contencioso notarial

El procedimiento no contencioso se caracteriza por resolver incertidumbres jurídicas o declarar derechos no controvertidos. En la doctrina, se distingue entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

Lomelí (2010) explica que la jurisdicción contenciosa se ejerce por un juez para resolver conflictos entre partes con pretensiones opuestas; esta concluye con una sentencia que beneficia a una parte y perjudica a la otra. En contraste, la jurisdicción voluntaria se aplica en casos donde no hay oposición, y las pretensiones no admiten contradicción por su naturaleza o estado. Esta jurisdicción se ejerce a solicitud de una o ambas partes siempre que estén de acuerdo y no requieran la intervención judicial para resolver disputas.

En consecuencia, los asuntos no contenciosos en materia notarial se fundamentan en la solicitud y el consentimiento de las partes sin conflicto. La Ley n.º 26662, que regula los asuntos no contenciosos en materia notarial, rige su ejercicio supletoriamente junto con la Ley del Notariado (Decreto Legislativo n.º 1049) y el Código Procesal Civil.

2.3. COMPARACIÓN CON OTROS MECANISMOS DE FORMALIZACIÓN DE PREDIOS INFORMALES

La regularización de predios informales en Perú puede llevarse a cabo mediante diferentes mecanismos, cada uno con sus características y marcos legales específicos. A continuación, en una tabla comparativa se resumen los diferentes mecanismos de formalización de predios informales en Perú y se resaltan sus características, ventajas y desventajas.

Tabla 1

Distintos mecanismos de formalización de predios informales

Mecanismos de formalización	Características principales	Ventajas	Desventajas
1. Prescripción adquisitiva notarial	<ul style="list-style-type: none">- Trámite individual ante un notario.- Verificación de documentación y notificación a partes interesadas.- Declaración de prescripción en ausencia de oposición.	<ul style="list-style-type: none">- Proceso rápido y menos costoso que un juicio.- Procedimiento no contencioso.	<ul style="list-style-type: none">- Requiere posesión prolongada.- Posible complicación si surgen controversias sobre la posesión.

2. Formalización a través de Cofopri	<ul style="list-style-type: none"> - Orientado a la regularización masiva en áreas urbanas y rurales. - Cofopri gestiona todo el proceso, incluyendo saneamiento físico, titulación y catastro. 	<ul style="list-style-type: none"> - Alta seguridad jurídica por respaldo gubernamental. - Amplio alcance en zonas urbanas y rurales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso largo debido al volumen de casos. - Dependencia de las prioridades del programa estatal.
3. Prescripción adquisitiva judicial	<ul style="list-style-type: none"> - Demanda presentada ante un tribunal para reconocimiento de la prescripción. - Proceso formal con resolución de controversias. 	<ul style="list-style-type: none"> - Alta seguridad jurídica. - Capacidad para resolver controversias formales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso extenso, costoso y complejo. - Retrasos por alta carga procesal y dificultades en notificaciones.
4. Formalización por las Municipalidades	<ul style="list-style-type: none"> - Alternativa local limitada a la jurisdicción municipal. - Verificación del predio y posesión, y emisión de títulos de propiedad municipales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Accesible y flexible, adaptada a necesidades comunitarias. - Menos costos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Alcance limitado a la jurisdicción municipal. - Menor capacidad y recursos en comparación con programas nacionales.

2.4. ASPECTOS CLAVES DEL PROCEDIMIENTO DE PRESCRIPCIÓN NOTARIAL

A continuación, la tabla 2 reúne las normas que regulan el procedimiento no contencioso de prescripción notarial en Perú.

Tabla 2

Normas legales que regulan el procedimiento de prescripción adquisitiva notarial

Tipos de normas	Normas	Detalles
Normas específicas	Ley n.º 27157	Promulgada el 20 de julio de 1999.
	Texto Único Ordenado del Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 035-2006-Vivienda	Promulgado el 8 de noviembre de 2006.
	Ley n.º 27333	Promulgada el 30 de julio de 2000.
Normas supletorias	Ley del Notariado. Decreto Legislativo n.º 1049	Regula el ejercicio notarial en el Perú.
	Ley n.º 26662. Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial	Regula los asuntos no contenciosos de competencia notarial.
	Código Civil	Proporciona el marco legal general para los procedimientos civiles.
	Código Procesal Civil	Regula el procedimiento civil, incluyendo aspectos procesales supletorios en el contexto notarial.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley n.º 27157 (arts. 4 y 35), este procedimiento se aplica a inmuebles urbanos con un proyecto de habilitación urbana aprobado, así como a inmuebles con edificaciones sujetas a regularización. La Ley n.º 27333 (art. 5, inciso k) también incluye dentro de este procedimiento a inmuebles ubicados en áreas urbanas y terrenos.

2.5. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO

Según lo establecido por la Ley n.º 27157, su Reglamento (Decreto Supremo n.º 035-2006-Vivienda), la Ley n.º 27333 y, supletoriamente, el Código Civil y el Código Procesal Civil, se presenta la tabla 3, la cual resume los requisitos para la solicitud de prescripción adquisitiva de dominio en concordancia con las normativas establecidas.

Tabla 3

Resumen de los requisitos para solicitar la prescripción adquisitiva notarial

Categorías	Requisitos	Descripción
1. Ejercicio de posesión	Posesión continua, pacífica y pública	El solicitante debe demostrar que ha poseído el inmueble de manera continua, pacífica y pública durante más de diez años.
2. Petición escrita	Autorización por abogado	La solicitud debe presentarse por escrito y estar autorizada por un abogado.
3. Contenido de la solicitud	Fecha y forma de adquisición	Especificar la fecha, el modo de adquisición del inmueble y el período de posesión.
	Titular registral	Incluir el nombre y la dirección del titular registral si el predio está inscrito.
	Transferentes y sucesores	Detallar el nombre y la dirección del inmediato transferente y anteriores o sus sucesores, en caso de títulos supletorios.
	Propietarios colindantes	Proporcionar información sobre los propietarios o los residentes de inmuebles colindantes.
	Certificación municipal o administrativa	Adjuntar certificación de la persona registrada como propietaria o poseedora en registros municipales o administrativos.
	Copia literal de dominio	Incluir una copia literal del título de propiedad y, si fuera necesario, un certificado de búsqueda catastral si el predio está registrado.

	Declaración de testigos	Declaraciones de 3 a 6 testigos mayores de 25 años, preferiblemente vecinos o residentes colindantes, que certifiquen el tiempo de posesión.
	Planos y descripción	Plano perimétrico y de ubicación con coordenadas UTM y memoria descriptiva, firmados por un ingeniero o un arquitecto colegiado y visados por la autoridad municipal.
	Otras pruebas	Cualquier otra prueba relevante que respalde la solicitud.
4. Requisitos adicionales del CPC	Tiempo de posesión	Incluir detalles sobre el tiempo de posesión del solicitante y de sus causantes.
	Descripción del bien	Describir detalladamente el bien, acompañando con planos de ubicación y perimétricos firmados por un ingeniero o un arquitecto colegiado y aprobados por la autoridad municipal.
	Registro público	Adjuntar copia literal de los asientos registrales de los últimos diez años para bienes inscribibles o certificación de que el bien no está inscrito.

2.6. PROCESO DE NOTIFICACIÓN Y PUBLICIDAD

A continuación, la tabla 4 sintetiza el proceso de notificación y publicidad en el trámite de prescripción adquisitiva de dominio notarial:

Tabla 4

Notificación y publicidad en el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio

Etapas	Acciones requeridas	Descripción
1. Notificaciones a partes interesadas	Notificación a titulares y partes interesadas	<ul style="list-style-type: none"> - El notario debe notificar válidamente a los titulares del derecho, al titular registral del terreno o edificación, a los propietarios colindantes y a todas las personas mencionadas en la solicitud. - En caso de que el predio no esté registrado o no sea propiedad de particulares, se debe notificar a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) o a los Gobiernos Regionales correspondientes. - Es esencial para garantizar el derecho de defensa y la validez del acto, según Sevilla (2017).
2. Publicación de la solicitud	Publicación en diarios	<ul style="list-style-type: none"> - El notario ordena publicar un resumen de la solicitud tres veces en el diario oficial <i>El Peruano</i> y en otro diario de circulación nacional, con intervalos de tres días hábiles. - La publicación debe identificar claramente el proceso, el inmueble, el solicitante, y el notario encargado, para asegurar una adecuada publicidad.

3. Fijación de carteles	Colocación de carteles en el inmueble	<ul style="list-style-type: none">- El notario debe colocar carteles en los lugares más visibles del inmueble objeto de la prescripción, lo cual coincide con la solicitud.- Esta acción se realiza simultáneamente con las notificaciones personales y debe ser documentada para asegurar la correcta identificación del inmueble, de modo que se eviten errores que podrían anular el procedimiento, como ha ilustrado el Tribunal Constitucional (2010).
4. Supletoriedad del Código Procesal Civil	Aplicación supletoria del Código Procesal Civil	<ul style="list-style-type: none">- Las notificaciones se regirán por las normas del Código Procesal Civil si no se contemplan en la ley específica.- Las reglas incluyen: adjuntar todos los anexos a la notificación; notificar al titular registral, testigos, colindantes y demás interesados; realizar notificación personal obligatoria o, si no es posible, mediante edictos publicados durante tres días en el diario de mayor circulación.

2.7. ROLES Y RESPONSABILIDADES DEL NOTARIO EN EL PROCEDIMIENTO

2.7.1. Función del notario en el procedimiento notarial

La actividad del notario se rige por principios de deontología notarial, esenciales para el cumplimiento adecuado de sus funciones. La Unión Internacional del Notariado (UINL) subraya la importancia de la preparación profesional del notario, el cual debe ejercer sus funciones con competencia, adquirir conocimientos específicos en áreas relevantes y aplicar la ley con diligencia.

En cuanto a la función notarial en asuntos no contenciosos, la UINL (s. f.) destaca que el notario confiere seguridad jurídica, evita litigios y conflictos, y actúa como un mediador jurídico; por ello, es fundamental para la administración de una justicia efectiva.

El notario, al ejercer la facultad de declarar la propiedad por prescripción, debe verificar con competencia y profesionalismo que se cumplan todos los requisitos legales y documentales. Esto incluye una revisión detallada de la solicitud, la confirmación de que la posesión del inmueble ha sido continua, pacífica y pública durante más de diez años, y la verificación de la existencia de documentos probatorios y del cumplimiento del procedimiento legal establecido.

2.7.2. Responsabilidades del notario en el procedimiento notarial

El notario tiene la responsabilidad crucial de garantizar la legalidad, la transparencia y la seguridad jurídica del proceso. Según el artículo 5 de la Ley n.º 27333, el procedimiento de prescripción adquisitiva notarial se rige por las disposiciones generales de la Ley n.º 26662, la cual establece que el notario debe abstenerse de autorizar instrumentos públicos contrarios a normas de orden público.

Becerra (2020) sostiene que esta obligación podría parecer redundante, ya que uno de los roles fundamentales del notario es asegurar la legalidad, tanto formal como sustantiva, de los actos jurídicos. Además, el Código Civil estipula que los notarios no pueden autorizar actos contrarios a las buenas costumbres. Las responsabilidades del notario en caso de incumplimiento pueden ser administrativas, civiles o penales, como lo detallan los artículos 144 y 145 de la Ley del Notariado.

En resumen, el notario debe garantizar la legalidad del procedimiento, asegurando que se acredite la posesión continua, pacífica y pública del inmueble conforme a la ley. Asimismo, debe realizar las notificaciones y las publicaciones necesarias para mantener informados a todos los interesados, asegurando la transparencia y la seguridad jurídica del proceso. Es fundamental que el notario actúe con imparcialidad y diligencia, protegiendo los derechos de todas las partes y previniendo futuros litigios.

2.8. BENEFICIOS Y DESAFÍOS DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL

A continuación, la tabla 5 señala los beneficios y los desafíos del procedimiento notarial no contencioso en el contexto de la prescripción adquisitiva de dominio.

Tabla 5

Beneficios y desafíos del procedimiento notarial de prescripción adquisitiva de dominio

Aspectos	Beneficios del procedimiento notarial	Desafíos del procedimiento notarial
Rapidez en la resolución	<ul style="list-style-type: none"> - Menor duración: Procedimientos más rápidos al no involucrar un proceso contradictorio. - Simplificación de trámites: El enfoque en la verificación y la formalización de hechos reduce la complejidad del proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> - Prueba de la posesión: Demostrar la posesión continua, pacífica y pública puede ser complicado sin pruebas documentales adecuadas.
Menor costo	<ul style="list-style-type: none"> - Reducción de gastos legales: La ausencia de litigio disminuye los costos procesales. - Ahorro de recursos: Evitar la intervención de juzgados reduce el gasto de tiempo y recursos para las partes involucradas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Complejidad en la recolección de documentos: Obtener y verificar documentos necesarios puede ser un proceso largo y complicado.
Eficiencia en la inscripción y la formalización	<ul style="list-style-type: none"> - Acceso directo a registros: La inscripción registral se realiza directamente con los documentos emitidos por el notario. 	<ul style="list-style-type: none"> - Notificaciones y publicaciones: Asegurar la difusión efectiva y el cumplimiento de plazos puede ser difícil, especialmente en áreas remotas.
Resolución de asuntos no contenciosos	<ul style="list-style-type: none"> - Adecuado para casos sin conflicto: Ideal para situaciones sin disputa, pues se enfoca en regularizar y formalizar propiedades. 	<ul style="list-style-type: none"> - Oposición de terceros: Si se presenta oposición, el notario debe finalizar el procedimiento sin poder continuarlo.
Conocimiento y capacitación	<ul style="list-style-type: none"> - Formación continua: Los notarios necesitan estar capacitados y actualizados en los procedimientos específicos para garantizar la eficacia del proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> - Capacitación de notarios: Requiere formación continua para mantener la competencia en la gestión de la prescripción adquisitiva.

2.9. RELEVANCIA ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA LEGALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL PERÚ

De acuerdo con De Soto (2019, citado por Yamamoto, 2022), los sectores más humildes suelen ser poseedores de bienes, pero a menudo no pueden convertir estos activos en capital debido a la falta de títulos de propiedad. Esta carencia les impide integrarse plenamente en el sistema capitalista y, por ende, limita su desarrollo económico.

La falta de formalización de la propiedad niega a los poseedores un título legal que garantice sus derechos sobre el bien, lo cual genera inseguridad jurídica y aumenta el riesgo de conflictos sobre la tenencia de la tierra.

Monge (2016, citado por Yamamoto, 2022) señala que otorgar un título de propiedad no garantiza automáticamente la posibilidad de capitalizar las propiedades mediante préstamos hipotecarios. Es crucial que la formalización se integre en una política pública integral que incluya aspectos sociales, tributarios y financieros, promoviendo un mercado de crédito inclusivo que no excluya a los sectores de menores ingresos.

La formalización proporciona a los nuevos propietarios títulos que pueden usar como garantías para obtener créditos, impulsando el desarrollo económico y permitiendo inversiones en mejoras de propiedades y negocios. Además, incrementa el valor de mercado de las propiedades debido a la seguridad jurídica que ofrecen los títulos formales. Al garantizar la tenencia de la tierra y el acceso al crédito, la formalización contribuye a reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida de los propietarios.

3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

3.1. REVISIÓN DE CASOS JUDICIALES RELEVANTES

3.1.1. Selección de sentencias significativas sobre nulidades en procedimientos notariales

Para seleccionar sentencias relevantes sobre nulidades en procedimientos notariales, se siguió un enfoque riguroso utilizando el portal VLex, una herramienta legal reconocida por su amplia base de datos de jurisprudencia y documentos legales. Los pasos realizados fueron los siguientes:

- a) **Acceso y navegación en VLex:** Se utilizó la capacidad de búsqueda avanzada de VLex para obtener resultados precisos.
- b) **Búsqueda específica:** Se ingresaron palabras clave como nulidad, procedimientos notariales, prescripción adquisitiva y casación, filtrando exclusivamente sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

- c) **Selección de sentencias:** Se revisaron sentencias a nivel nacional, enfocándose en aquellas relacionadas con la nulidad en procedimientos de prescripción adquisitiva notarial y se priorizaron las más recientes y relevantes.
- d) **Criterios de inclusión:** Se eligieron sentencias con una fundamentación jurídica clara y un impacto significativo en la jurisprudencia y la práctica notarial, de modo que se abarcaron diversas causales de nulidad para un análisis integral.
- e) **Análisis y documentación:** Las sentencias seleccionadas fueron analizadas en detalle, documentando los argumentos de las partes, la fundamentación de la Corte Suprema y el resultado final de cada caso.

Esta metodología permitió la recopilación de diez sentencias representativas, las cuales proporcionan una base sólida para el análisis de las nulidades en procedimientos notariales de prescripción adquisitiva.

3.1.2. Resumen de los hechos y las decisiones judiciales en cada caso

En este punto, se presentan los hallazgos de la revisión de las sentencias de casaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia la República, divididos en nulidades formales e intrínsecas (o de fondo).

El análisis de las sentencias se basa en distinguir entre nulidades formales y de fondo, lo que se relaciona con la naturaleza del instrumento notarial que declara la prescripción adquisitiva. Este instrumento está sujeto a normas procedimentales, cuya violación puede resultar en nulidades formales según los incisos 6, 7 y 8 del artículo 219 del Código Civil. Además, pueden existir nulidades de fondo debido a afectaciones sustanciales, conforme a los incisos 3, 4, 5 y 8 del mismo artículo.

Becerra (2020) destaca que, en asuntos no contenciosos, corresponde al notario verificar no solo la legalidad formal, sino también la sustantiva, ya que un acto jurídico contrario a normas imperativas carece de validez. Asimismo, según el artículo v del título preliminar del Código Civil, los notarios tampoco pueden autorizar instrumentos contrarios a las buenas costumbres.

A continuación, se exponen los resultados de los hallazgos obtenidos del análisis de las sentencias de casación de la Corte Suprema.

Tabla 6

Casaciones con nulidades formales

Número de Casación	Ubicación	Hechos relevantes	Decisión judicial	Causal
1979-2020	Lima	Notificaciones y actas deficientes en el procedimiento de prescripción adquisitiva.	Nulidad del acto por incumplimiento en la notificación y la falta de verificación adecuada.	Art. 219 inciso 6 C. C.
3924-2017	San Martín	Notificaciones insuficientes y falta de constancia en el procedimiento notarial.	Nulidad de la escritura pública por incumplimiento de requisitos legales y formales.	Art. 219 inciso 7 C. C.
2434-2017	Ayacucho	Falta de documentos formales (certificado de posesión, plano y memoria descriptiva).	Nulidad y cancelación registral por falta de requisitos y simulación.	Art. 219 inciso 8 C. C.
4755-2019	Lambayeque	Incumplimiento de requisitos formales y falta de notificación.	Nulidad del acto por incumplimiento de requisitos legales y afectación del derecho de defensa.	Art. 219 inciso 8 C. C.
1228-2020	Puno	Falta de notificación a titulares registrales y sucesión correspondiente.	Nulidad del acto por falta de notificación y vulneración del orden público.	Art. 219 inciso 8 C. C.
660-2017	Cusco	Omisión de notificación y certificación municipal.	Nulidad del acto por incumplimiento de requisitos de la notificación y la forma prescrita.	Art. 219 inciso 8 C. C.
5986-2019	Lima Este	Omisión de requisitos formales (descripción del bien, planos y notificación).	Nulidad del acto por deficiencias en la notificación y los requisitos formales.	Art. 219 inciso 8 C. C.
2115-2020	La Libertad	Falta de notificación adecuada a titulares y colindantes del predio.	Nulidad del acto por deficiencias en la notificación y la forma prescrita.	Art. 219 inciso 6 C. C.
4928-2016	Lima	Incumplimiento de requisitos como anotación preventiva y verificación de posesión.	Nulidad parcial del acta de protocolización y reafirmación del derecho de propiedad de la demandante.	Art. 219 inciso 8 C. C.

Fuente: Sentencias de casaciones de la Corte Suprema. Elaboración propia.

Tabla 7

Casaciones con nulidades intrínsecas o de contenido

Número de Casación	Ubicación	Hechos relevantes	Decisión judicial	Causal
1979-2020	Lima	Falta de acreditación de posesión pacífica y continua en el procedimiento notarial.	Nulidad por falta de acreditación de posesión pacífica y continua, lo cual afecta la validez del acto de prescripción.	Art. 219 inciso 4 C. C.
3924-2017	San Martín	Información falsa e irregularidades en el procedimiento notarial.	Nulidad por falta de veracidad en la información proporcionada y no comprobación de requisitos esenciales.	Art. 219 inciso 7 C. C.
2434-2017	Ayacucho	Simulación de actos y falta de posesión pacífica.	Nulidad por simulación de actos y falta de requisitos esenciales, lo cual afecta la validez del acto jurídico.	Art. 219 inciso 4 C. C.
4755-2019	Lambayeque	Incumplimiento de requisitos formales y violación del derecho de defensa, cuestionando el fondo del acto.	Nulidad por violación del derecho de defensa y falta de cumplimiento de requisitos sustantivos esenciales.	Art. 219 inciso 8 C. C.
1228-2020	Puno	Falta de notificación a titulares registrales y problemas con la sucesión correspondiente.	Nulidad por afectación del derecho de propiedad y falta de cumplimiento de requisitos sustantivos necesarios.	Art. 219 inciso 8 C. C.
4928-2016	Lima	Incumplimiento de requisitos como anotación preventiva y verificación de posesión, afectando el fondo del acto.	Nulidad parcial del acta de protocolización por incumplimiento de requisitos sustantivos que afectan la validez del acto.	Art. 219 inciso 8 C. C.
3570-2015	Puno	Fin ilícito del procedimiento y posible evasión de conflictos judiciales.	Nulidad por infracción del derecho a la motivación y necesidad de revisión del procedimiento debido a la afectación del fondo.	Art. 219 inciso 4 C. C.

Fuente: Sentencias de casaciones de la Corte Suprema. Elaboración propia.

3.1.3. Identificación de patrones y causas comunes de nulidad

Para identificar los patrones y las causas comunes de nulidad en las sentencias judiciales analizadas, se clasificaron y analizaron los elementos recurrentes que llevaron a la anulación de procedimientos de prescripción notarial. Estos patrones se dividen en dos categorías principales: nulidades formales e intrínsecas.

Tabla 8*Patrones y causas más comunes de nulidad*

Categorías	Patrones identificados	Causas comunes
Nulidades formales	Deficiencias en la notificación	Incumplimiento de los procedimientos de notificación, lo que afecta el derecho de defensa.
	Omisión de requisitos formales	Falta de verificación y documentación adecuada para cumplir con formalidades esenciales, como identificación de las partes y certificaciones municipales.
Nulidades intrínsecas	Falta de acreditación de la posesión	Insuficiencia de pruebas o simulación de actos para demostrar la posesión pacífica y continua del bien.
	Información falsa o inexacta	Manipulación de datos u omisión de hechos relevantes en el procedimiento notarial para obtener beneficios indebidos.
	Fin ilícito del procedimiento	Uso del procedimiento notarial con fines ilícitos, como la evasión de conflictos judiciales o la obtención indebida de derechos.
	Incumplimiento de requisitos sustantivos esenciales	Falta de diligencia en el cumplimiento de requisitos sustantivos necesarios, como la verificación de la posesión y la descripción del bien.

Fuente: Sentencias de casaciones de la Corte Suprema. Elaboración propia.

Estos patrones y causas comunes de nulidad indican la importancia de seguir rigurosamente los procedimientos formales y sustantivos en los procedimientos de prescripción notarial, garantizando la veracidad y la legitimidad de la información proporcionada y asegurando el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para evitar la nulidad de los actos.

3.2. CAUSALES DE NULIDAD EN LA PRÁCTICA

Presentamos los hallazgos obtenidos del resultado del análisis realizado en una muestra de diez sentencias expedidas en casación por la Corte Suprema de la República.

Tabla 9

Causas más frecuentes de nulidad en los casos de prescripción adquisitiva notarial revisados por la Corte Suprema

Categorías	Frecuencia
Deficiencias en la notificación	8
Incumplimiento de requisitos formales y legales	7
Fin ilícito y atentado contra el orden público y las buenas costumbres	5
Defectos en el procedimiento notarial	4
Vulneración del derecho de defensa	4
Información falsa o simulación de actos	3
Nulidad de actos jurídicos inscritos en registros públicos	2
Declaraciones de testigos no creíbles	1
Falta de posesión pacífica	1
Falta de legitimidad para obrar	1

Fuente: Sentencias de casaciones de la Corte Suprema. Elaboración propia.

El análisis de los resultados revela que las deficiencias en la notificación y el incumplimiento de requisitos formales y legales son los problemas más comunes en las Casaciones por Nulidad de instrumentos notariales de prescripción adquisitiva de dominio.

Estos resultados indican la necesidad de revisar y perfeccionar los procesos de notificación y los requisitos legales para las solicitudes de prescripción adquisitiva. Asimismo, la existencia de solicitudes con fines ilícitos y contrarias al orden público subraya la importancia de la diligencia y la supervisión en la labor notarial. Enfocarse en estas áreas puede ayudar a reducir nulidades y mejorar la seguridad jurídica en la formalización de predios informales.

4. CONCLUSIONES

4.1. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS

El análisis de las sentencias de casaciones de la Corte Suprema del Perú sobre nulidades en la prescripción adquisitiva notarial reveló patrones

recurrentes y causas comunes de nulidad. Las principales deficiencias se encontraron en las notificaciones, el incumplimiento de requisitos formales, la falta de pruebas de posesión, el uso de información falsa y el abuso del procedimiento. Estos resultados destacan la necesidad urgente de mejorar las notificaciones y garantizar el cumplimiento estricto de los requisitos legales para fortalecer la seguridad jurídica y la legitimidad de los actos notariales. La diligencia y la supervisión constante en esta práctica son fundamentales.

4.2. RELEVANCIA DE LA MEJORA DE NOTIFICACIONES Y VERIFICACIÓN DOCUMENTAL EN LA FORMALIZACIÓN DE PREDIOS INFORMALES

Los resultados de la investigación muestran que mejorar las notificaciones conforme al Código Procesal Civil y fortalecer la verificación de documentos son medidas esenciales para garantizar el debido proceso y reducir las nulidades en la formalización de predios informales. Estas mejoras no solo reforzarán la seguridad jurídica, sino que también incrementarán la confianza en el sistema notarial, lo que es fundamental para un proceso de formalización más eficiente y legítimo.

Fomentar una cultura de rigor, transparencia y cooperación interinstitucional, junto con la formación continua, asegurará la corrección de los procedimientos, promoviendo la ética profesional y mejorando la eficiencia y la legitimidad del proceso de formalización.

4.3. PERSPECTIVAS FUTURAS DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL EN LA FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN PERÚ

El futuro del procedimiento notarial es crucial para asegurar la seguridad jurídica y fomentar la inclusión social en Perú. La mejora continua en los procesos de notificación y verificación documental fortalecerá el sistema notarial, aumentando la confianza y la transparencia en sus procedimientos. La adopción de tecnologías avanzadas, como bases de datos interconectadas, facilitará una gestión más eficiente y segura, minimizando el riesgo de fraudes y malas prácticas.

Además, la formación continua y el compromiso con la ética profesional serán esenciales para garantizar que los procedimientos se lleven a cabo con integridad y en conformidad con el orden público y las buenas costumbres.

En este sentido, el procedimiento notarial no solo se consolidará como un mecanismo eficaz para la formalización de la propiedad, sino que también contribuirá a la cohesión social y al desarrollo económico del país. La formalización de predios informales brindará a las familias peruanas la seguridad jurídica necesaria para invertir en sus propiedades y mejorar sus condiciones de vida.

En última instancia, un sistema notarial robusto y confiable fortalecerá la estructura legal del país, promoviendo la justicia, la equidad y la confianza en las instituciones públicas.

5. RECOMENDACIONES PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL

5.1. RECOMENDACIONES BASADAS EN LA JURISPRUDENCIA

5.1.1. Mejoras en el proceso de notificación

- a) **Aplicación de reglas del Código Procesal Civil:** Para optimizar la notificación en la prescripción adquisitiva notarial, es fundamental aplicar las normas del Código Procesal Civil, lo que garantiza el debido proceso y previene nulidades. Es crucial identificar y localizar a los interesados utilizando bases de datos como Reniec, Sunat y Sunarp.
- b) **Verificación múltiple de domicilios:** Es necesario implementar un sistema que permita verificar múltiples domicilios. Los notarios deben consultar fuentes adicionales, además de Reniec y Sunarp, para obtener información actualizada sobre el domicilio del interesado, reduciendo así errores y retrasos.
- c) **Investigación proactiva en casos de domicilio inválido:** Si el domicilio registrado es incorrecto o la notificación es rechazada, se debe realizar una investigación exhaustiva para localizar al interesado, documentando todas las diligencias realizadas.

- d) **Uso de notificación por edictos:** La notificación por edictos debe ser un último recurso, utilizado solo después de agotar todas las opciones de notificación personal. Los edictos deben publicarse en el diario de mayor circulación local durante tres días hábiles y colocarse en lugares de alta visibilidad, con posibilidad de usar radiodifusión a solicitud del notario.
- e) **Capacitación de notarios y personal:** Es esencial capacitar a los notarios y al personal encargado de las notificaciones para que sigan correctamente los procedimientos, aplicando las normas adecuadamente, evitando nulidades y garantizando el debido proceso.

5.1.2. Estrategias para la revisión de requisitos formales y legales

- a) **Verificación documental y legal:** La revisión exhaustiva de los requisitos formales y legales es clave para validar el procedimiento notarial y evitar futuras impugnaciones. El notario debe asegurarse de que todos los documentos presentados cumplan con los requisitos legales desde el inicio.
- b) **Control de calidad documental:** Es necesario establecer un sistema de control de calidad documental que incluya una lista de verificación detallada para garantizar que todos los documentos sean completos y válidos. Esto incluye la autenticación de firmas y sellos oficiales.
- c) **Coordinación con registros públicos:** La coordinación con registros públicos y otras entidades, como municipalidades, es crucial. El notario debe verificar que no existan derechos pre-existentes o disputas sobre el inmueble, realizando consultas en los registros pertinentes.
- d) **Notificación correcta a las partes interesadas:** Asegurar la correcta notificación a todas las partes interesadas es fundamental para cumplir con el debido proceso y evitar nulidades. El notario debe seguir estrictamente las normas de notificación del Código Procesal Civil y documentar cada intento de notificación para demostrar el cumplimiento de los procedimientos legales y el respeto al derecho de defensa.

Estas estrategias garantizan que el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio se realice de manera correcta y eficiente, respetando los derechos de todas las partes y minimizando el riesgo de nulidades. Un enfoque riguroso en la revisión de los requisitos formales y legales fortalece la seguridad jurídica y aumenta la confianza en el sistema notarial.

5.1.3. Competencias para asegurar la veracidad y la corrección de la prescripción adquisitiva notarial

- a) **Rigurosidad en la verificación documental:** Los notarios deben realizar una revisión minuciosa de todos los documentos presentados, asegurando la autenticidad y la validez, y verificando que en el Registro de la Propiedad no existan derechos preexistentes o disputas legales sobre el inmueble.
- b) **Transparencia y publicidad del procedimiento:** La transparencia en todas las etapas del procedimiento es esencial para prevenir actos ilícitos. Los notarios deben notificar a todas las partes interesadas conforme a la ley, publicar los avisos requeridos y fijar carteles en el inmueble objeto de la prescripción. Además, deben constituirse en el lugar, verificar la posesión pacífica y pública del solicitante, describir el inmueble y recibir declaraciones de colindantes y testigos, promoviendo así la confianza en el proceso.
- c) **Cooperación interinstitucional:** La colaboración con registros públicos, municipalidades y otras entidades relevantes es fundamental para obtener información completa y actualizada sobre el estado legal del bien. Esta cooperación permite detectar y resolver cualquier conflicto legal antes de continuar con el proceso, asegurando que todas las acciones sean correctas y justas.
- d) **Ética y deontología profesional:** Los notarios deben actuar con integridad y objetividad, evitando conflictos de interés y asegurando que sus acciones estén alineadas con el orden público y las buenas costumbres.

La aplicación conjunta de estas competencias y estrategias asegura que el proceso de prescripción adquisitiva notarial se realice de manera veraz y conforme a la ley, evitando actos ilícitos y garantizando el debido proceso.

REFERENCIAS

- Becerra, C. (2020, noviembre). La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Análisis crítico de la legislación peruana. *Folio Real Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, (3).
- Cofopri. (2024). *gop.pe*. <https://www.gob.pe/institucion/cofopri/institucional>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2018, 7 de agosto). En el país existen más de diez millones de viviendas particulares censadas. *INEI*. <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-pais-existen-mas-de-diez-millones-de-viviendas-particulares-censadas-10893/>
- Lomelí, N. (2010). La competencia notarial en asuntos no contenciosos. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, (123), 245-286. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/123/pr/pr12.pdf>
- Sevilla, P. (2017). La notificación judicial de personas inciertas o domicilio desconocido. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (46), 81-86.
- Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 00311-2010-PA/TC ICA MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ MEDINA. Lima: 24 de setiembre de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00311-2010-AA.html>
- Unión Internacional del Notariado Latino (UINL). (s. f.). <https://www.uinl.org/web/uinl/inicio>
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). *Tratado de derechos reales*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Yamamoto, C. (2022). La formalización de la propiedad predial en el Perú. *Lucerna Iuris et Investigation*, (3), 135-145. <https://doi.org/10.15381/lucerna.n3.23908>



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.06

CUESTIONES IMPORTANTES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA SOBRE LOS PODERES

The important issues to consider regarding powers of attorney

Questioni rilevanti da tenere in considerazione in materia di procure

Questões importantes a ter em conta relativamente às procurações

AXEL ENRIQUE TUIRO LAYME
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: axel.tuiro@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7314-3270>

RESUMEN

Cada día se celebran actos jurídicos en la sociedad peruana; en esa línea, conocer la figura legal del poder es de suma importancia para todas las personas que lo celebren en representación de otras, puesto que de ese modo se evitará que recaigan en errores. El presente trabajo está orientado justamente a informar sobre las cuestiones relevantes que se deben considerar antes de celebrar un poder, las cuales deben ser tomadas muy en cuenta por las partes, ya que su desconocimiento puede traer consecuencias graves no solo para quienes celebran el acto jurídico (poder), sino también para terceras personas.

Palabras clave: poder; mandato; acto jurídico; representación; revocatoria.

Términos de indización: poder político; gobernabilidad; desarrollo participativo (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Everyday legal acts are celebrated in Peruvian society; in that sense, knowing the legal figure of the power of attorney is of utmost importance for all persons who celebrate it on behalf of others, since this will prevent them from making mistakes. This paper is aimed precisely at informing about the relevant issues to be considered before entering into a power of attorney, which must be taken into account by the parties, since ignorance of them can have serious consequences not only for those who enter into the legal act (power of attorney), but also for third parties.

Key words: power of attorney; mandate; legal act; representation; revocation.

Indexing terms: political power; governance; participatory development (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Ogni giorno nella società peruviana si celebrano atti giuridici; in questo senso, conoscere la fattispecie giuridica del potere di rappresentanza è di estrema importanza per tutte le persone che la celebrano per conto di altri, poiché ciò impedirà loro di commettere errori. Il presente testo ha proprio lo scopo di illustrare sugli aspetti rilevanti da considerare prima di stipulare un potere, che devono essere tenuti in considerazione dalle parti, poiché la loro ignoranza può avere gravi conseguenze non solo per coloro che stipulano l'atto giuridico (potere di rappresentanza), ma anche per i terzi.

Parole chiave: potere; mandato; atto giuridico; rappresentanza; revoca.

Termes d'indexation: potere politico; governance; sviluppo partecipativo (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

Todos os dias são celebrados actos jurídicos na sociedade peruana; nesse sentido, conhecer a figura jurídica da procuração é de extrema importância para todas as pessoas que a celebram em nome de outrem, pois isso evitará que cometam erros. O presente trabalho visa precisamente informar sobre as questões relevantes a considerar antes de celebrar uma procuração, que devem ser tidas em conta pelas partes, uma vez que o seu desconhecimento pode ter consequências graves não só para aqueles que celebram o ato jurídico (procuração), mas também para terceiros.

Palavras-chave: procuração; mandato; ato jurídico; representação; revogação.

Termos de indexação: poder político; governação; desenvolvimento participativo (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 7/9/2024

Revisado: 15/11/2024

Aceptado: 25/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se desarrollan algunos puntos en torno al poder, los cuales son de suma importancia para la comunidad, dado que deben tenerse muy en consideración al momento de celebrar un poder.

En la sociedad peruana, diariamente se celebran múltiples actos jurídicos que influyen en la esfera privada de las partes, pero en algunos casos también repercuten sobre terceras personas que no están presentes en el momento de la suscripción del contrato.

Existen actos jurídicos que necesariamente requieren de la presencia del titular del derecho (interés) o, mejor dicho, son personalísimos; sin embargo, debemos tener en consideración que por causas externas el titular del derecho a veces no puede celebrar el acto jurídico personalmente, por lo que designa a otra persona para que actúe en su representación e interés; por ende, las consecuencias que emanen del

acto jurídico celebrado por el representante corresponderán a la esfera privada del titular del derecho (representado).

El ordenamiento jurídico peruano contempla la figura legal del poder y el mandato para regular los supuestos de hechos en los que el titular del derecho necesita otorgar a otra persona facultades para que en su representación lleve a cabo determinados actos jurídicos. Es claro que el poder es una institución jurídica que tiene particularidades y contempla una variedad de supuestos de hecho que la doctrina nacional ha sabido desarrollar.

A propósito de ello, en el presente artículo académico se desarrollará teóricamente la cuestión sobre el acto de apoderamiento, si este es o no totalmente unilateral o si más bien se necesita la aceptación del apoderado para que este acto jurídico se perfeccione formalmente.

Así mismo, se abordarán las figuras relacionadas con el acto de apoderamiento (la revocatoria, la renuncia y la irrevocabilidad del poder) para entender todos los supuestos de hechos que rodean al poder.

Por último, se concluirá con un balance general y las respectivas conclusiones que desarrollan plenamente todo lo planteado en cada sección.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL APODERAMIENTO

Gran sector de los doctrinarios nacionales considera que el apoderamiento es un acto jurídico unilateral, puesto que no se necesita de la aceptación del apoderado para su perfeccionamiento, el mismo que puede celebrar actos jurídicos en nombre del poderdante, celebrando los actos conferidos por el poder. En otras palabras, basta con la sola manifestación de la voluntad del poderdante para que el acto jurídico (acto de apoderamiento) se perfeccione.

Por un lado, sobre la definición de acto de apoderamiento, Mercado (2019) refiere:

El acto de apoderamiento, como acto unilateral y discrecional del poderdante recae sobre la persona a quien este ha seleccionado y le faculta para que le represente en un negocio, salvo en aquellos

casos en que la representación no derive de un acto de voluntad de la persona, sino de la propia ley, tratándose pues, como lo señalamos anteriormente, de una representación legal que se da en circunstancias muy específicas como la representación del hijo que por ser menor es incapaz (pp. 71-72).

La cualidad de unilateralidad del acto de apoderamiento se infiere exactamente del artículo 145 del Código Civil, el cual manifiesta que «[l]a facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley». Entiéndase, entonces, que no existe menester de aceptación por parte del apoderado; así, si este ejecuta o no el(los) acto(s) encomendado(s) por el poderdante, será irrelevante para los fines del perfeccionamiento del acto de apoderamiento.

Por otro lado, Goyburu (2013) define al poder como aquella facultad de representación que es otorgada al apoderado para celebrar negocios jurídicos con el objetivo de que los efectos de este lleguen al poderdante, ya sean positivos o negativos para este último, es decir, el apoderado cumple con suscribir los actos jurídicos para los que se confirió el poder.

Debemos tener en cuenta que el acto de apoderamiento también es unilateral incluso cuando se contemple como cláusula de un acto jurídico (subyacente), pero esta idea tampoco es absoluta, ya que existen supuestos de hecho en los que el acto de apoderamiento se efectuará siempre y cuando la otra parte manifieste su voluntad de celebrar el acto jurídico principal, por ejemplo, cuando se otorgan poderes a las personas mediante la constitución de una empresa (sociedad).

Entonces, podemos señalar que la naturaleza jurídica del acto de apoderamiento procura ser autónomo, debido a que, si afirmamos que es totalmente independiente y unilateral, no sería del todo verdad.

Como hemos podido conocer mediante el ejemplo, existen supuestos en los cuales se necesita la aceptación o la toma de conocimiento por parte del apoderado (otra parte) sobre el acto jurídico a celebrar para que se perfeccione el acto de apoderamiento.

3. PODER GENERAL Y PODER ESPECIAL

En el ordenamiento jurídico peruano se contemplan dos (2) clases de poderes: el general y el especial. El primero se aprecia en el artículo 155 del Código Civil, el cual señala que «solo comprende los actos de administración», mientras que el segundo abarca aquellos actos específicos para los que ha sido otorgado. En otras palabras, el poder especial es conferido particularmente para realizar un(os) acto(s) jurídico(s) determinado(s). Es importante que el poder a otorgar sea totalmente claro; es decir, se debe aplicar obligatoriamente el principio de literalidad.

Ahora bien, cuando se indica que el poder general es otorgado para realizar actos de administración, se debe entender que en estos la ley no exige un poder especial. Los actos que necesitan el poder especial son aquellos de disposición del patrimonio del poderdante, como la compraventa, la hipoteca, la permuta, etc. Se exige el poder especial por la magnitud y la importancia de los actos jurídicos a celebrar, ya que requieren de más diligencia práctica por parte del poderdante.

4. PROBLEMAS RECURRENTE CUANDO SE CELEBRA EL ACTO DE APODERAMIENTO

Cuando se celebra un acto jurídico, los titulares del derecho son quienes lo realizan o llegan al acuerdo directamente, pero existen ocasiones en que se necesita encargar a una tercera persona para que celebre tal negocio jurídico en su ausencia, es decir, un representante o apoderado. A propósito de ello, no es ajeno advertir los problemas que rodean a las partes al momento de celebrar el acto de apoderamiento.

Generalmente, por desconocimiento o falta de una debida diligencia, muchos poderdantes otorgan poderes sin ninguna limitación a los apoderados, confiando en la aparente buena actuación del apoderado, lo que es muy grave para la esfera privada del propio poderdante. El apoderado, al no tener restricciones de los actos jurídicos a celebrar, puede llevar a cabo muchas actuaciones que pueden resultar beneficiosas para él mismo y/o indirectamente para una tercera persona. Por tal motivo, es de suma importancia que el poderdante delimite específicamente qué actos jurídicos ejecutará el apoderado, justamente para evitar actuaciones maliciosas que pueden afectar su esfera privada.

La debida diligencia de los actos jurídicos es primordial para que el acto de apoderamiento después no tenga consecuencias graves para las partes. Por ejemplo, yéndonos a un plano estrictamente corporativo, al momento de celebrar un contrato con una empresa, es indispensable verificar que el representante legal y/o el apoderado de la empresa que va a firmar el acto jurídico tenga verídicamente esas facultades para suscribir el contrato materia del negocio, puesto que celebrar un acto jurídico con una persona sin facultades de representación es totalmente grave para la otra parte porque dicho acto jurídico recaerá en nulidad.

En la misma línea, es primordial verificar la correcta representación en las plataformas de la Sunat y la Sunarp. La primera permite revisar en la ficha RUC de la empresa todos sus apoderados y/o representantes legales, quienes están debidamente facultados a firmar en representación de la empresa. Sin embargo, ello no acaba aquí, sino que debemos tener en cuenta el otro punto fundamental: no todos estos apoderados tienen las mismas facultades; ello dependerá del tipo de poder que se les ha conferido, al inscribirse en los Registros Públicos, para suscribir debidamente un acto jurídico. Por ello, es de suma importancia verificar en la copia literal de la empresa los tipos de poderes específicos que tiene el apoderado que suscribirá finalmente el acto jurídico. Así evitaremos lamentarnos ante cualquier inconveniente legal.

5. DIFERENCIAS CON EL MANDATO

Sobre los antecedentes del mandato, Curiel (2020) recuerda que, en la antigua Roma, se comprendía lo siguiente:

El mandato responde a los caracteres de un contrato consensual, imperfectamente, bilateral, de buena fe y especialmente gratuito. Consiste en un encargo que el mandante realiza al mandatario y que este debe ejecutar sobre las bases de la confianza y la amistad, pudiendo tratarse de un asunto particular o proyectarse sobre el conjunto del patrimonio del mandante (p. 8).

En este punto, es pertinente diferenciar el acto de apoderamiento de otros actos jurídicos semejantes, dado que se confunde el mandato con la institución del poder, incluso muchos doctrinarios señalan que

son mecanismos legales totalmente iguales y que la diferencia solo radica en la denominación para referirnos a cada una de ellos.

Como bien explica Zinny (2011), la figura del mandato es un contrato por el que tanto el mandante como el mandatario se encuentran en la obligación de cumplir con lo acordado en el acto jurídico, mientras que el acto de apoderamiento es un acto jurídico totalmente unilateral del que surge como consecuencia el poder de representación, el cual es subjetivo y legitima al apoderado para realizar determinados actos jurídicos. Así, de este último derivan efectos que no recaerán en el apoderado, sino en la esfera privada del poderdante.

Entiéndase entonces que el mandato es un acto jurídico por el que el mandatario es forzado a llevar a cabo determinados actos jurídicos de forma independiente (por cuenta propia) o a nombre del mandante, el mismo que le otorgó la facultad para celebrar determinados actos jurídicos.

Particularmente, somos de la idea de que el mandato y el poder no son los mismos mecanismos legales por las siguientes dos razones:

- 1) **Obligatoriedad:** Mediante el mandato, se exige que el mandatario realice determinados actos jurídicos obligatoriamente, ya que de no hacerlo estaría incumpliendo el contrato de mandato (acto jurídico). En contraste, el poder confiere al apoderado la libre facultad o potestad de realizar actos jurídicos específicos, pero no lo obliga a llevarlos a cabo.
- 2) **Conformidad:** El mandato requiere necesariamente la aceptación de la otra parte para perfeccionar el acto jurídico en todos los supuestos de hecho, mientras que en el poder no se requiere la aceptación de la otra parte para perfeccionar el acto jurídico de acuerdo con el Código Civil, sino que basta con la unilateralidad de la voluntad del poderdante. Sin embargo, claro está que existen supuestos que sí necesitan la aceptación de la otra parte, como cuando el poder es una cláusula de un acto jurídico subyacente.

En el mandato se puede otorgar poder de representación o no; en otras palabras, puede ser un mandato con o sin poder. El mandato, al igual que el acto de apoderamiento, requiere de una debida diligencia

por las partes del acto jurídico, ya que se deberán verificar las facultades de las personas que suscriben el contrato de mandato, pues la tercera persona con quien celebren el acto jurídico conferido por el mandato se vería gravemente perjudicada si el contrato de mandato fuera nulo y ella ya ha hubiese celebrado un contrato con el mandatario; de ahí la importancia de una correcta diligencia de poderes.

6. LA REPRESENTACIÓN

Sobre la representación algunos autores han manifestado que el significado jurídico de esta figura no es más que la suscripción de actos jurídicos del representante en lugar del representado, por lo que los efectos jurídicos de los actos jurídicos celebrados recaerán sobre este último; es decir, las consecuencias que deriven del contrato influirán en el representado y no en el agente que suscribe el contrato (Goyburu, 2013).

En la representación, tenemos al representado, quien es el titular del derecho y/o interés que el representante va a salvaguardar, en otras palabras, es el sujeto de derecho sobre quien recaen los efectos de los actos jurídicos celebrados por el representante. En segundo lugar, tenemos al representante, aquella persona que actúa por interés y cuenta del representado; no obstante, pueden existir supuestos de hechos en los que el representante actúa en interés propio, por ejemplo, en el supuesto de hecho en el que el acto jurídico celebrado y los efectos que emanen de ella no solamente recaigan en la esfera privada del representado, sino también del representante.

Estrictamente, señalamos que el acto de representación tiene dos (2) partes: el representado y el representante, pero también debemos tener en consideración a la tercera persona con quien el representante celebra los actos jurídicos encomendados por el representado. Por ello, afirmamos que en la representación intervienen en total tres (3) partes.

La representación es un acto de mucha circulación en la sociedad peruana; más específicamente, se trata de una de las actividades jurídicas más utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Cerna y Aguirre (2023) definen a la representación como la actuación de una persona destinada a celebrar un acto jurídico en sustitución de otra; esto es, el representante actúa por propia voluntad, pero en

interés del representado. La representación le permitirá al representado celebrar actos jurídicos de manera simultánea, puesto que se suscribirán contratos en lugares alejados donde él no esté presente, pero sus efectos de igual forma recaerán sobre él.

Es preciso advertir que los actos jurídicos que celebre el representante tendrán efectos en la esfera privada del representado, generando para este último, derechos y obligaciones con terceras personas. La correcta verificación del representante legal de una empresa es indispensable antes de celebrar cualquier tipo de acto jurídico; esta diligencia se realiza en las consultas ante instituciones públicas como la Sunat y/o la Sunarp.

7. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS REPRESENTANTES

Como idea principal respecto a la responsabilidad solidaria, debemos tener presente lo dicho por la doctrina. Según ella, con la responsabilidad solidaria se pretende proteger el legítimo interés de los acreedores frente al incumplimiento de pago del deudor. Esta figura asegura el cumplimiento de la deuda, puesto que, si el obligado principal incumple su deuda, otra persona (a quien se le denomina responsable solidario) asumirá la deuda garantizando el pago y otorgando una cierta seguridad jurídica del cumplimiento de la deuda (Romero, 2015). La otra parte del acto jurídico siempre deberá asegurarse de que la persona que firme en representación de la parte solidaria (empresa) tenga las debidas facultades para suscribir el acuerdo en específico, puesto que, si un representante legal y/o apoderado de la empresa suscribe el acuerdo y, posteriormente, se pretende imputar responsabilidad solidaria a la empresa, esta convenientemente manifestará la invalidez y la ineficacia del acto jurídico que garantizaba la responsabilidad solidaria. He ahí la importancia de una correcta validación de facultades de poderes.

Actualmente, el ordenamiento jurídico peruano contempla la responsabilidad solidaria conjunta en el artículo 148 del Código Civil: «Si son dos o más los representantes, estos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común». Si existen más de dos (2) representantes, es decir, representación conjunta, estos son responsables solidarios ante el representado cuando por dolo o culpa cometieron actos

o dejaron de hacerlo y, como consecuencia de ello, se generó un grave perjuicio en contra del representado.

Se tiene que considerar que la responsabilidad solidaria conjunta puede estar exenta por la misma naturaleza de la norma dispositiva, con base en el principio de la autonomía de la voluntad.

8. LA REVOCACIÓN DEL PODER

El poder puede ser revocado por el poderdante en cualquier momento, sin necesidad de que el apoderado tome conocimiento de la decisión del poderdante. El artículo 149 del Código Civil señala que «[e]l poder puede ser revocado en cualquier momento».

Lonhmann (1986), citado por Condori (2016), apunta que la revocación del poder se perfecciona cuando se notifica correctamente tanto al apoderado como a las terceras personas interesadas en los actos jurídicos suscritos por el apoderado en su debido momento. Dicho de otro modo, la revocación del poder es un acto jurídico unilateral del poderdante que se encuentra supeditado a la toma de conocimiento del apoderado y de los terceros para su ejecución.

El acto de revocamiento es un acto jurídico recepticio y unilateral; por ello, la manifestación de la voluntad del poderdante de extinguir el acto de apoderamiento debe ser siempre comunicada al apoderado (artículo 152 del Código Civil). Cabe considerar, por un lado, que la revocatoria del poder no procede cuando existe un pacto de irrevocabilidad, por más que la voluntad del poderdante sea revocar el poder. Por otro lado, así como se puede revocar el poder en cualquier momento, el poderdante también puede modificar el poder siempre que comunique al apoderado la decisión tomada.

9. LA IRREVOCABILIDAD DEL PODER

Al referirse a la revocación del poder, la doctrina la contempla como una de las formas más recurrentes para dar por finalizada una representación (el vínculo existente entre representante y representado), la cual válidamente se justifica en el principio de la autonomía privada. No obstante,

ello no quiere decir que se podrá dejar sin efecto de manera unilateral un poder en todos los supuestos, ya que existen supuestos de hechos en los que impera el poder irrevocable (Goyburu, 2014).

El ordenamiento jurídico peruano tipifica la figura legal de la irrevocabilidad del poder en el artículo 153 del Código Civil, el cual indica lo siguiente:

El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

Entiéndase entonces que, si el acto jurídico a llevarse a cabo mediante la representación importa tanto al representado como al representante, el primero no podrá revocar el poder unilateralmente. En este supuesto, el poder podrá ser revocado cuando se cuente con la manifestación de la voluntad de ambos de dar por finalizada la representación (el poder).

Ahora bien, lo señalado en este punto puede resultar contraproducente con lo establecido en el artículo 149 del Código Civil. Por tal motivo, debemos tener clara la aplicación del artículo 153 del mismo código, puesto que este menciona el poder conferido mediante un contrato de mandato con representación, muy diferente al acto de apoderamiento que se confiere, poder otorgado sin la existencia de un contrato de mandato de por medio, por lo que es totalmente revocable. Tal y como se ha mencionado en párrafos anteriores, el contrato de mandato igualmente debe ser revisado, ya que las personas que suscriben el contrato pueden no tener facultades para firmar válidamente. Por esa razón, es importante la verificación de dichas facultades antes de firmar cualquier contrato o acuerdo privado entre las partes y/o con terceros.

En síntesis, al mandante no le es posible revocar el poder otorgado mediante un contrato de mandato cuando exista un interés común entre el mandante y el mandatario o un tercero. Ahora bien, sea cual sea el escenario, nunca se debe dejar de realizar una minuciosa diligencia de facultades de las partes del acto jurídico.

10. LA RENUNCIA DEL PODER

El acto de la renuncia del poder se contempla en el artículo 154 del Código Civil peruano, el mismo que dispone lo siguiente:

El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.

El representante puede apartarse de la representación si[,] notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.

Ahora bien, de lo tipificado en esta cita se entiende que la renuncia del poder no es una facultad propia o, mejor dicho, un acto jurídico unipersonal, puesto que, tal y como se colige de dicho artículo, el apoderado tendrá que esperar que una nueva persona sea elegida para reemplazarlo (ser el nuevo apoderado), es decir, la renuncia del apoderado no se podrá perfeccionar hasta que se encuentre otra persona para que lo reemplace.

Del artículo se infiere claramente que el poder subsistirá por un lapso, incluso después de que el apoderado manifieste su voluntad de renunciar al poder. Así mismo, en el otro supuesto, el apoderado tendrá que invocar una justa causa o impedimento grave para que se perfeccione la renuncia al poder.

Entiéndase que el apoderado no podrá renunciar al poder conferido solo con su voluntad declarada; por el contrario, tendrá que estar supeditado al poderdante o a la situación de hecho que invoque la justa causa o impedimento grave.

11. BALANCE FINAL

De acuerdo con lo señalado en los puntos anteriores, el acto de apoderamiento es una institución muy relevante al momento de celebrar transacciones, ya sea de un bien y/o un servicio, y la doctrina no es ajena a ello. El presente artículo no solo pretendió abordar el problema que rodea al acto de apoderamiento cuando se celebra un acto jurídico y

sus consecuencias, sino que también ha desarrollado la teoría sobre si el acto de apoderamiento es unilateral o no, y qué supuestos de hechos en específico impulsan más su discusión o debate.

El acto de apoderamiento es un acto jurídico unilateral pero no absoluto, ya que hay circunstancias donde sí se requiere la aceptación del apoderado; así mismo, la celebración del acto de apoderamiento requiere de una correcta diligencia por las partes, para evitar graves consecuencias. En términos simples, si no se realiza una correcta celebración del acto de apoderamiento, la esfera privada de una de las partes resultará gravemente perjudicada.

Por lo tanto, no se trata de una falta de regulación o una modificación del ordenamiento jurídico peruano vigente sobre el acto de apoderamiento, sino más bien de una buena actuación de los interesados en celebrar el acto jurídico, quienes deben ser racionales y responsables cuando celebren grandes negocios, dado que estos implican un alto riesgo para su patrimonio o esfera personal.

12. CONCLUSIONES

El apoderamiento es un acto jurídico unilateral, puesto que la sola manifestación de la voluntad del poderdante de designar a un apoderado para que lo represente en la suscripción de actos jurídicos es suficiente para que el acto de apoderamiento se perfeccione, sin necesidad de la aceptación del poder de quien ha de ser apoderado. Ello en respuesta de que la potestad de elegir a un apoderado por parte del poderdante no obliga a quien ha de ser apoderado a realizar o ejercer el poder conferido, ya que estará en su propia esfera privada ejercer o no el poder, no encontrándose coaccionado de ninguna manera para celebrar actos jurídicos.

A partir de ello señalamos que, si bien la regulación del Código Civil manifiesta que el acto de apoderamiento es unilateral, nosotros somos de la postura de que ello no es del todo cierto en todos los supuestos. Cabe subrayar que, en el supuesto de que se conforme una sociedad (empresa), los sujetos de derecho que serán parte de la sociedad, al firmar la minuta de constitución de empresa, están aceptando un poder conferido por el mismo nacimiento de la personería jurídica. En

otras palabras, si la otra parte no firma la minuta de constitución, no se perfeccionará el acto de apoderamiento.

Se entiende de la anterior conclusión que el acto jurídico de apoderamiento no es independiente, pues afirmar que no necesita de otro negocio jurídico para su debido perfeccionamiento no es totalmente cierto en todos los supuestos de hecho, ya que, como se ha apuntado, hay casos en los que el acto de apoderamiento no es independiente al acto subyacente, sino que es la consecuencia de este último.

El Código Civil implícitamente contempla que el acto de apoderamiento es un acto jurídico unilateral y no necesita de la toma de conocimiento por parte de apoderado para que se perfeccione. Al respecto, es importante indicar que la norma debe especificar que el acto de apoderamiento necesita ser informado y contar con la concurrencia del consentimiento del apoderado para que se perfeccione. Sostenemos ello por una sencilla razón: la buena fe quedaría desechada totalmente, dado que designar un poder a un representante que nunca dio su consentimiento y, peor aún, que no se ha comprometido de ninguna forma con el poderdante resultaría contraproducente con la buena fe de los actos jurídicos a realizar.

Delimitar las facultades al apoderado cuando se le otorgue el poder es relevante, ya que se corre el riesgo de que el apoderado no siempre actúe en beneficio del poderdante, sino que también puede actuar dolosamente en beneficio propio y/o de un tercero.

Una debida diligencia al momento de celebrar actos jurídicos puede resultar una gran diferencia entre una transacción exitosa y una desastrosa, dado que verificar las facultades del representante legal y/o apoderado nos ayuda a reconocer si la persona que suscribirá el contrato tiene la facultad para suscribir válidamente contratos, de modo que estos no recaigan en nulidad.

Para finalizar, enfatizamos que, de acuerdo con el Código Civil, el poder es un acto jurídico unilateral; por el contrario, el mandato es un acto jurídico bilateral. En otras palabras, para que se perfeccione el acto de apoderamiento se necesita la sola manifestación de la voluntad del poderdante, mientras que para que se perfeccione el mandato se necesita la manifestación de la voluntad del mandante y mandatario.

REFERENCIAS

- Cerna, M., y Aguirre, L. (2023). El derecho de representación y el registro de poder en juntas generales en la región de La Libertad, 2021. *Ius et Praxis*, (57), 167-180. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n057.5999>
- Condori, C. (2016). *Revocación del poder irrevocable y el acto jurídico de representación* [Tesis de licenciatura, Universidad Andina del Cusco]. *Repositorio Digital de la Universidad Andina del Cusco*. <https://repositorio.uandina.edu.pe/item/b86196e1-d086-4a6c-86eb-bff5860fe076>
- Curiel, B. (2020). *El contrato de mandato en Roma y su régimen actual* [Tesis de licenciatura, Universidad de Valladolid]. *Repositorio Institucional de la Universidad de Valladolid*. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/46909/TFG-D_01032.pdf?sequence=1
- Goyburu, N. (2013). La representación y el poder: conceptos diferentes. *Derecho y Cambio Social*, 10(32), 1-8. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481037.pdf>
- Goyburu, N. (2014). *El poder irrevocable ¿Contrasentido jurídico?* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. *Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5867/GOYBURU_NAQUICHE_NADIA_PODER_IRREVOCABLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mercado, L. (2019). El mandato y la representación en el derecho civil panameño. *Anuario del Derecho*, (48), 62-78. <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n48a4>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2015). *Código Civil. Decreto Legislativo n.º 295*. https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf
- Romero, H. (2015). *La responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas en el ámbito tributario* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. *Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP*. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/6881>
- Zinny, M. (2011). Mandato, apoderamiento y poder de representación. *Revista del Notariado*, 114(903), 15-27. <https://www.colegio-escritanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/56076.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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.07

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DEL NIÑO INDÍGENA EN EL PERÚ¹

Indigenous child's right to access justice in Peru

Il diritto di accesso alla giustizia del bambino indigeno
in Perù

O direito de acesso à justiça da criança indígena no Peru

JAINOR AVELLANEDA-VÁSQUEZ

Universidad Católica Sedes Sapientiae
(Nueva Cajamarca, Perú)

Contacto: javellaneda@ucss.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0005-1948-7503>

LEONARDO ORTIZ-MAS

Universidad Católica Sedes Sapientiae
(Nueva Cajamarca, Perú)

Contacto: 2018100577@ucss.pe
<https://orcid.org/0009-0000-0233-1397>

ANGIE MARICIELO YNOÑAN-VALDERA

Universidad Católica Sedes Sapientiae
(Nueva Cajamarca, Perú)

Contacto: 2021101284@ucss.pe
<https://orcid.org/0009-0000-1195-4481>

1 Este artículo de investigación fue desarrollado en el Semillero de Investigación Interdisciplinaria en el mundo del derecho: Derechos humanos, derechos de los grupos vulnerables, cine y literatura, de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

FLOR LEONARDA SANTIAGO-CANTEÑO
Universidad Católica Sedes Sapientiae
(Nueva Cajamarca, Perú)

Contacto: 2024102845@ucss.pe
<https://orcid.org/0009-0000-0277-4526>

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar cómo el sistema jurídico peruano, en armonía con los sistemas internacionales de derechos humanos, protege el derecho de acceso a la justicia del niño indígena. La metodología aplicada es cualitativa, de naturaleza documental. Los resultados destacan la importancia de promover el acceso a la justicia del niño indígena desde la valoración especial de los principios de la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, y el interés superior del niño, buscando revertir toda situación de vulnerabilidad con un trato diferenciado en las sedes de justicia. Al inicio, se aborda el derecho de acceso a la justicia de la niñez indígena a partir de instrumentos internacionales de derechos humanos; luego, se revisan los mecanismos normativos, jurisprudenciales e iniciativas de política pública con los que cuenta el sistema jurídico local para proteger este derecho.

Palabras clave: acceso a la justicia; interés superior del niño; niñez indígena; pueblos indígenas; derechos humanos.

Términos de indización: justicia; población indígena; niño (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

This article aims to analyse how the Peruvian legal system, in harmony with international human rights systems, protects the indigenous child's right to access justice. The methodology applied is qualitative, documentary in nature. The results highlight the importance of promoting access to justice for indigenous children based on the special valuation of the principles of human dignity, equality and non-discrimination, and the best interests of the child, seeking to reverse any situation of vulnerability with differentiated treatment in the courts. At the beginning, the right

of access to justice for indigenous children is addressed on the basis of international human rights instruments, followed by a review of the normative and jurisprudential mechanisms and public policy initiatives that the local legal system has in place to protect this right.

Key words: access to justice; best interests of the child; indigenous children; indigenous peoples; human rights.

Indexing terms: justice; indigenous peoples; children (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

L'obiettivo di questo articolo è analizzare come il sistema giuridico peruviano, in armonia con i sistemi internazionali dei diritti umani, protegga il diritto di accesso alla giustizia del bambino indigeno. La metodologia applicata è di tipo qualitativo e documentale. I risultati evidenziano l'importanza di promuovere l'accesso alla giustizia per i bambini indigeni sulla base della particolare considerazione dei principi di dignità umana, uguaglianza e non discriminazione, e del superiore interesse del bambino, cercando di invertire qualsiasi situazione di vulnerabilità derivante da un trattamento differenziato nei tribunali. All'inizio, il diritto di accesso alla giustizia per i bambini indigeni viene affrontato sulla base degli strumenti internazionali sui diritti umani, seguito da una rassegna dei meccanismi normativi e giurisprudenziali e delle iniziative di politica pubblica che il sistema giuridico locale ha messo in atto per proteggere questo diritto.

Parole chiave: accesso alla giustizia; interesse superiore del bambino; bambini indigeni; popoli indigeni; diritti umani.

Termes d'indexation: giustizia; popolazione indigena; bambino (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar como o sistema jurídico peruano, em harmonia com os sistemas internacionais de direitos humanos, protege o direito de acesso à justiça da criança indígena. A metodologia aplicada é qualitativa, de carácter documental. Os resultados evidenciam a

importância de promover o acesso à justiça das crianças indígenas com base na consideração especial dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, e do interesse superior da criança, procurando reverter qualquer situação de vulnerabilidade resultante de um tratamento diferenciado nos tribunais. Numa primeira parte, aborda-se o direito de acesso à justiça das crianças indígenas com base nos instrumentos internacionais de direitos humanos, seguindo-se uma análise dos mecanismos normativos e jurisprudenciais e das iniciativas de política pública que o ordenamento jurídico local dispõe para a proteção deste direito.

Palavras-chave: acesso à justiça; interesse superior da criança; crianças indígenas; povos indígenas; direitos humanos.

Termos de indexação: justiça; população indígena; criança (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 30/7/2024

Revisado: 10/11/2024

Aceptado: 22/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la justicia de la niñez indígena constituye un macroderecho, cuyo ejercicio promueve la protección de otros derechos. Su efectividad es esencial para salvaguardar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en armonía con los valores culturales de los pueblos indígenas. Por tanto, la atención a este derecho por parte de los operadores de justicia y funcionarios públicos competentes debe ser prioritaria. De este modo, es necesario y relevante insistir en realizar un acercamiento académico hacia grupos en situaciones de vulnerabilidad como los pueblos indígenas, quienes a diario osadamente enfrentan diversas barreras estructurales. El derecho a la autonomía territorial que todos los pueblos indígenas perciben y conocen muy bien no debe excluirlos ni apartarlos de sus demás derechos como ciudadanos.

El sistema jurídico peruano cuenta con suficientes mecanismos normativos (locales e internacionales) que reconocen el derecho de acceso a la justicia del niño indígena. Además, existen destacados avances jurisprudenciales sobre tal respecto. Sin embargo, el problema radica en la falta de comprensión e interiorización por parte de los operadores de justicia y otros actores institucionales. Persiste una escasa cultura de institucionalidad y compromiso por la lucha contra la vulnerabilidad y la exclusión, y una mínima promoción del respeto por la diversidad. Frente a ello, en este artículo se defiende una perspectiva hermenéutica de concientización institucional y de difusión del derecho de acceso a la justicia del niño indígena. El objetivo es comprender cómo el sistema jurídico peruano, en armonía con los sistemas internacionales de derechos humanos, reconoce el derecho de acceso a la justicia del niño indígena.

La estructura de este trabajo consta de seis secciones. En las primeras tres secciones, se exponen los fundamentos teóricos sobre el derecho de acceso a la justicia, los pueblos indígenas y la niñez indígena. Luego, se explica la metodología utilizada; es decir, la revisión documental con enfoque cualitativo. Posteriormente, se analizan los principales instrumentos legales y jurisprudenciales nacionales e internacionales que reconocen el derecho de acceso a la justicia de la niñez indígena. En el ámbito internacional, se acude a los instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos, así como del Sistema Interamericano; en el ámbito peruano, se revisan la Constitución, los mecanismos legales y algunas jurisprudencias relevantes del Tribunal Constitucional. Finalmente, se presentan dos conclusiones que sintetizan los hallazgos de este estudio.

2. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La definición de derecho de acceso a la justicia ha evolucionado con el tiempo: antes se limitaba a la capacidad de presentar una demanda en los tribunales, pero ahora incluye el deber de ser conscientes de los propios derechos y saber cómo ejercerlos, así como obtener un veredicto imparcial y transparente en el tiempo oportuno (Heim, 2014). Este derecho implica garantizar que el sistema jurídico sea abierto, asequible y eficaz. Por ello, se requiere disponer de estructuras organizativas adecuadas y recursos materiales suficientes, con la finalidad de que todos, indistintamente de

su posición socioeconómica, sexo, religión, edad, etnia y raza, puedan experimentar la justicia como una circunstancia real y palpable y no como una mera formalidad (La Rosa, 2007; Castillo Dussán y Bautista Avellaneda, 2018).

Para garantizar un acceso equitativo a la justicia, el sistema jurídico debe ser integrador y sensible a las necesidades específicas de las poblaciones más desfavorecidas, quienes deberán contar con apoyos suficientes y asistencia jurídica óptima, dejando de lado las prácticas discriminatorias institucionales (Heim, 2014; Rodríguez Gómez, 2019). Aquí se incluye a las poblaciones vulnerables, como los niños y los adolescentes de ascendencia indígena, para quienes se exige la adopción de políticas públicas que faciliten su acceso al sistema jurídico desde sus diversos contextos, así como la capacitación de los jueces en cuestiones interculturales y derechos del niño (Castillo Dussán y Bautista Avellaneda, 2018).

Son importantes los enfoques integrales interculturales, las medidas específicas institucionales y el desarrollo de valores como la igualdad, la no discriminación y la participación activa. También deben considerarse los conocimientos indígenas y ciertos principios que defienden: la reciprocidad, el respeto y la dualidad (Valenzuela Reyes, 2023). De otra parte, la igualdad es un elemento esencial para acceder a la justicia. Sin embargo, en una sociedad pluricultural como la nuestra, en la que no todos compartimos el mismo idioma (Panizo, 2022), se hace imposible que los pueblos indígenas puedan acceder a los servicios jurídicos en igualdad de condiciones que los ciudadanos que no pertenecen a estos grupos étnicos (Vásquez Rojas, 2021).

Desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en las sentencias de los casos Tiu Tojín vs. Guatemala (2008) y Rosendo Cantú y otra vs. México (2010), se enfatiza la adopción de medidas que garanticen el acceso a la justicia a la población indígena; por ejemplo, la capacitación de intérpretes o mediadores interculturales en curso de los procesos judiciales. Si se trata de niños indígenas, se deben considerar su condición de vulnerabilidad, sus características socioeconómicas precarias y manifestaciones culturales, como sus modos de vivir, principios, usos y costumbres (Valenzuela Reyes, 2016; Hernández García et al., 2018). Lo último es importante

para marcar las diferencias entre un niño mestizo y un niño indígena y aplicar correctamente el principio del interés superior del niño.

3. PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

Los pueblos indígenas, originarios o ancestrales se caracterizan por su antigüedad generacional, por ocupar territorios autónomos reconocidos por los Estados y mecanismos internacionales, y por poseer una gama de particularidades propias como usos, costumbres, filosofías y lenguas. La existencia de estos pueblos en el Perú se remite a los primeros horizontes culturales, a los vestigios iniciales de vida humana encontrados en las cuevas de Piquimachay (Ayacucho) hace aproximadamente 13 000 años a. C. Evidentemente, existen con anterioridad a la llegada de los españoles y han sobrevivido a los procesos de colonización, invasión (González et al., 2022) y mestizaje; sin embargo, tal y como lo indica Panizo (2022), son tratados como forasteros en su propio país.

La aseveración de Panizo vincula las unicidades de los grupos indígenas y su naturaleza de alteridad a la estigmatización y la indiferencia. Lo más preocupante es que la mayor discriminación hacia esta remota población deriva del uso de su lengua materna y proviene de las instituciones encargadas de facilitar servicios públicos como salud, educación y justicia. Por una parte, según el Ministerio de Cultura, el Perú alberga 55 pueblos indígenas (4 andinos y 51 amazónicos). Estos pueblos hablan 48 lenguas (4 andinas y 44 amazónicas) (Ministerio de Cultura, 2019; Avellaneda-Vásquez, 2024). Por otra parte, en el Censo Nacional de 2017 se resaltó que la población indígena peruana asciende a 5 984 708 personas (25.8 %): 5 771 885 personas de orientación andina y 212 82 amazónicas (INEI, 2017).

A nivel de ubicación departamental, en Lima vive la mayor parte de la población indígena u originaria, aproximadamente 1 346 399 personas, aunque Loreto es el departamento que posee la mayor cantidad de pueblos indígenas, esto es, 32, los cuales se encuentran ubicados principalmente en zonas rurales y fluviales (Ministerio de Cultura, 2019; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024). Cabe señalar que existen algunos estereotipos negativos en la sociedad actual que afectan a

los pueblos indígenas: son desvalorizados y vinculados con lo salvaje, lo bestial, el mal y las enfermedades. Se les trata empleando adjetivos despectivos y peyorativos: innoble, indio y haragán. Asimismo, sus lenguas son desprestigiadas, pues se asume al castellano como lengua dominante y superior (Lovón-Cueva y Quispe-Lacma, 2020; González et al., 2022). En los lugares donde las lenguas indígenas son predominantes, los funcionarios públicos consideran que todos deben esforzarse por aprender el castellano y hablar con ese idioma para ser escuchados (Condor Llactahuaman, 2019, p. 625).

4. NIÑO INDÍGENA

Según la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), un niño es «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (art. 1). Este artículo se refiere al término «niño» en sentido amplio, por lo que incluye a las niñas y los adolescentes (Hernández García et al., 2018). En cuanto al niño indígena, no se le negarán sus derechos correspondientes como «a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma» (art. 30). Así, a nivel internacional es reconocido como sujeto de especial protección con derechos específicos, y no solo debido a que es un ser humano y persona, sino porque atraviesa situaciones de vulnerabilidad que, de acuerdo con Barquet Muñoz y Vázquez Parra (2023), colocan en riesgo el goce de sus derechos fundamentales.

La consideración de un trato especial de parte de los Estados, sus instituciones y autoridades hacia el niño indígena se debe interpretar en relación con el interés superior del niño, que es uno de los principios rectores en materia de derechos del niño y se encuentra contenido en el artículo 3 de la CDN. Desde los alcances de este principio se promueve el respeto por la identidad cultural y lingüística del niño respecto del pueblo indígena al que pertenece (Torrejón Durand, 2022; Villalobos Mendoza, 2023). En esta línea, Valenzuela Reyes (2016) afirma que es esencial aplicar el enfoque de interseccionalidad en la evaluación de violaciones a los derechos humanos, dado que los niños indígenas son posibles víctimas potenciales.

Por su parte, en la legislación peruana, la Ley n.º 27337, que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, reconoce a los niños y los adolescentes como titulares o sujetos de derechos con garantías especiales para su protección y bienestar de manera específica (art. II). Para tal efecto, establece mecanismos específicos para proteger sus derechos fundamentales. Tal es el caso del acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes de pueblos indígenas, el cual tiende a ser impedido por la combinación de múltiples factores, entre ellos la discriminación y la marginación en el sistema de justicia debido a prejuicios culturales y estereotipos negativos (González et al., 2022).

El Instituto de Defensa Legal de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (2009) sostienen que diversas barreras limitan el acceso a la justicia de los niños indígenas, las cuales afectan su desarrollo personal integral. Estas barreras se encuentran regularmente asociadas con la pobreza, la educación, la migración y el género. Además, existen barreras económicas vinculadas a los costos asociados con el sistema de justicia y la falta de recursos para desplazamientos, especialmente en comunidades indígenas ubicadas en zonas fluviales, lo que limita su capacidad real para acceder al sistema de justicia.

5. METODOLOGÍA

Esta investigación derivó de una revisión documental con enfoque cualitativo. Se examinaron diversos documentos teóricos-doctrinarios de carácter científico, documentos legales y jurisprudenciales de los que se extrajeron las ideas principales a través de versiones sintéticas. Se llevaron a cabo procesos de búsqueda y sistematización de la información, lectura, interpretación, comprensión de los contenidos tratados a nivel textual y contextual. Debido a la abundancia de información, se han discriminado con detenimiento los soportes documentales, considerando los criterios de relevancia y pertinencia (Peña Vera, 2022; Martínez Corona et al., 2023). La revisión documental permitió alcanzar el objetivo de comprender cómo el sistema jurídico peruano reconoce el derecho de acceso a la justicia del niño indígena.

6. PROTECCIÓN Y RECONOCIMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL

6.1. SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS INTERNACIONALES

El Sistema Universal de Derechos Humanos contiene diversos instrumentos de derechos humanos en constante evolución y progresividad respecto de las transformaciones sociales, situadas en las circunstancias nacionales y globales, que guían en todo momento su interpretación (Villalobos Mendoza, 2023). La evolución de los mecanismos globales para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las comunidades indígenas ha promovido respeto a su dignidad, identidad y autodeterminación. A través de mecanismos fundamentales como la aún reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI), adoptada en 2007, y las iniciativas del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, se concretaron determinantes avances sobre el respeto de estos derechos a nivel global.

Al respecto, vale precisar que los derechos de los pueblos indígenas enunciados en la DNUDPI son indivisibles e interdependientes. Entre ellos, la igualdad y no discriminación son los principios que desprenden mayores discusiones. El derecho a la igualdad y no discriminación impone que los pueblos indígenas tengan acceso igualitario a la justicia, igual que el resto de la población (Naciones Unidas, 2013). Esto implica que cuando se vean involucrados en alguna controversia con personas que no sean parte del pueblo indígena al que pertenecen, tendrán que someterse a la justicia ordinaria, que es potestad del Poder Judicial, los órganos administrativos y las judicaturas constitucionales.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en vigor desde 1990, representa el instrumento jurídico internacional más relevante en cuanto a los derechos de la niñez. Establece que los Estados parte deben asegurar a todos los niños el acceso a una justicia efectiva. Esto se refleja en el artículo 40, que indica que los niños tienen derecho a un trato justo y equitativo en los procesos judiciales en los que estén involucrados, incluyendo apoyo judicial y otras garantías procesales. Para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que los Estados adquirieron al ratificar la CDN, se destaca el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, Comité).

El Comité emite Observaciones Generales, recomendaciones necesarias para garantizar que los sistemas de justicia sean inclusivos y respondan a las necesidades de los jóvenes indígenas en el Perú. En esta línea, se destaca la Observación General n.º 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, en la cual el Comité desarrolla el derecho que tiene el niño a ser escuchado ante órganos judiciales y administrativos con plenitud de garantías, extendiendo un trato especial hacia los niños indígenas. También es importante la Observación General n.º 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, un macroprincipio que incluye el derecho a ser escuchado sin discriminación en las sedes de justicia al exigir sus derechos. El interés superior del niño busca promover el libre desarrollo de la personalidad con el ejercicio efectivo de los derechos contenidos en la CDN, cuyo sustento descansa en la idea de que el «derecho no es reemplazable, temporal, variable, cambiante o postergable» (Villalobos Mendoza, 2023, p. 120).

Un instrumento internacional en materia indígena, principal fuente para la DNUDPI, es el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, en vigor desde 1991. Este instrumento institucionalizó derechos exclusivos de los pueblos indígenas, por ejemplo, la autonomía de sus territorios, la autogobierno, el respeto por sus culturas y formas de vida. Ahora bien, a nivel individual y colectivo, los pueblos indígenas tienen derecho a un trato no discriminatorio (art. 2). Tal es el trato especial que debe recibir la niñez indígena al acudir a las sedes de justicia ordinaria a exigir lo que les corresponde. De esta manera, de acuerdo con Torrejón Durand (2022) y Valenzuela Reyes (2016), el Convenio 169 de la OIT, norma con carácter de *ius cogens*, compromete a los Estados parte a respetar los derechos de los pueblos indígenas dotando de contenidos, directrices fundamentales a las normativas específicas de cada uno de sus sistemas jurídicos.

Según Valenzuela Reyes (2016), los Estados que han ratificado la CDN, el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) tienen la obligación de «promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma» (p. 236).

Ahora, la protección de los derechos humanos en las Américas también se ejemplifica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes de los pueblos indígenas, este sistema ha creado una jurisprudencia sólida.

El principal instrumento del sistema interamericano es la CADH, conocida como Pacto de San José (1969). Esta declara que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que requiera su familia, la sociedad y el Estado por su condición de menor de edad (art. 19). La CIDH y la Corte IDH interpretaron esta disposición para considerar el acceso a la justicia como un aspecto esencial en la salvaguardia de los derechos de los niños indígenas. Valenzuela Reyes (2016) recogió en su investigación una lista de las sentencias emitidas por la Corte IDH en materia de derechos de la niñez indígena. A continuación, se mencionan algunas sentencias:

Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam (1993); Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004); Casos Comunidad Moiwana vs. Surinam, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Masacre de Mapiripan vs. Colombia (2005); Casos Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Masacres de Ituango vs. Colombia (2006); Caso del Pueblo Saramaca vs. Suriname (2007); Caso Tiu Tojín vs. Guatemala (2008); Casos Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Rosendo Cantú y otra vs. México (2010); Casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012) (Valenzuela Reyes, 2016, p. 2014).

De un modo sintético, la Corte IDH se refiere al derecho de acceso a la justicia de la población indígena en el caso Tiu Tojín vs. Guatemala (2008) y considera necesario que el Estado de Guatemala asegure que las poblaciones indígenas puedan comprender y ser comprendidas en procesos legales iniciados (párr. 100). En el caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010), la Corte IDH encarga al Estado de Guatemala la protección de los niños indígenas de la violencia y las desapariciones

forzadas. El Estado debe asumir un papel de garante de derechos humanos, implementando medidas especiales en el marco del principio del interés superior del niño (párr. 164). En este orden, en el caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010), la Corte IDH vuelve a referirse a los niños indígenas, quienes son afectados por la pobreza, situación por la cual son especialmente vulnerables. Por ello, insiste en el cumplimiento de la obligación de proteger el interés superior del niño durante los procesos en que se encuentren involucrados (párr. 201).

En el ámbito latinoamericano, en marzo de 2008, se desarrolló en Brasilia la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, la cual elaboró las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Esta declaración establece que la pertenencia a comunidades indígenas constituye una causa de vulnerabilidad, por lo que los organismos de justicia deben proveer condiciones respetuosas con su dignidad y manifestaciones culturales (reglas 4 y 9). Y si de niñas, niños y adolescentes indígenas se trata, los sistemas de justicia deben brindarles una especial tutela en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5). En esta línea, el 26 de julio de 2010, el Poder Judicial del Perú se adhirió a las 100 Reglas de Brasilia mediante la Resolución n.º 266-2010-CE-PJ, la misma que fue actualizada el 20 de julio de 2020, con la Resolución n.º 198-2020-CE-PJ, por iniciativa de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad (en funcionamiento desde el 2017, como parte del Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad).

6.2. SISTEMA JURÍDICO PERUANO, INSTRUMENTOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES

La Constitución Política del Perú establece que el respeto a la dignidad humana es la finalidad de la sociedad y el Estado (art. 1). Este presupuesto impulsa la idea de igualdad; esto es, que todos los individuos, independientemente de su posición socioeconómica, sexo, raza y cultura, son iguales, porque tienen la misma dignidad, como valor inherente, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Es así que el principio de la dignidad humana se constituye como base para la protección de los

derechos fundamentales (Martínez Loza, 2023) y de la igualdad formal y sustantiva, fomentado un trato igualitario de todos ante la ley, en cuanto al acceso a las oportunidades (igualdad de oportunidades) y un trato especial para aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad (igualdad de condiciones).

Según la Constitución peruana, la sociedad y el Estado le deben protección al niño y, por ende, al niño indígena. De un lado, la carta magna reconoce a la familia como institución social natural y fundamental, en la cual este debe desarrollarse (art. 4). De otro lado, regula el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás y bajo las reglas de un debido proceso (art. 139.3). Esta funcionalidad tuitiva es encargada a la administración de justicia, en tanto derecho y principio exigible y universal. En relación con Barquet Muñoz y Vázquez Parra (2023), el niño indígena es un ser humano en condición de vulnerabilidad, ya que se encuentra en una situación de riesgo e imposibilidad de ejercer sus derechos fundamentales y es proclive a sufrir discriminaciones estructurales e interseccionales.

Entonces, la razón de ser de los sistemas jurídicos respecto de los derechos de los grupos vulnerables es protegerlos, disminuyendo dicha vulnerabilidad. El camino para ello consiste en la potenciación de las libertades que la vulnerabilidad tiende a limitar; esto, de hecho, «puede depender de las circunstancias específicas del contexto en el que está inmersa» (Barquet Muñoz y Vázquez Parra, 2023, p. 11). El Perú, además de su Constitución, cuenta con la Ley n.º 27337, que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, y con importantes normativas especiales sobre derechos lingüísticos. Entre ellas se encuentra la Ley n.º 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú; el Decreto Supremo n.º 009-2021-MC, que aprueba la actualización del Mapa Etnolingüístico de los pueblos indígenas u originarios del Perú; y el Decreto Supremo n.º 012-2021-MC, que aprueba la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040 (PNLOTI).

El Código de los Niños y Adolescentes presenta un sistema de protección integral hacia los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Parte de los principios del interés superior del niño y la igualdad de

oportunidades. En cuanto a los niños pertenecientes a comunidades indígenas, colabora con sus costumbres, las cuales no son, de hecho, contrarias al orden público. De otra parte, la Ley n.º 29735 busca promover los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios, suprimiendo barreras discriminatorias institucionales. La Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040 (PNLOTI) establece como uno de sus cuatro objetivos prioritarios mejorar la pertinencia multicultural y multilingüe institucionales hacia las poblaciones hablantes de lenguas indígenas. Esto alcanza a los niños y la accesibilidad a las sedes de justicia nacionales.

Otra normativa que se debe considerar es la Ley n.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. Este último es un derecho fundamental de naturaleza colectiva que exige la realización de una consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que afectarían los derechos de los pueblos indígenas (art. 2). En esta coyuntura, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha procesado diversos casos sobre vulneración a este derecho fundamental, el cual originariamente deriva del Convenio OIT 169. Son destacables las sentencias contenidas en los Expedientes n.ºs 02196-2014-PA/TC y 03326-2017-PA/TC.

Una vulneración a la consulta previa viola múltiples derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la salud, a la integridad, al ambiente sano, a la autonomía de sus territorios, etc. Cabe considerar que los niños son quienes tienden a sufrir mayores afectaciones. Ahora bien, en materia de derechos lingüísticos, el TC ha emitido diversos pronunciamientos sobre la protección de los derechos lingüísticos del niño indígena peruano. Se destaca la sentencia del Expediente n.º 03085-2019 PHC/TC (2021), que se refiere a la asistencia de un intérprete o traductor en un proceso judicial (párr. 6); también es importante la sentencia del Expediente n.º 0022-2009 PI/TC (2010), en que el TC enfatiza en el respeto de las prácticas y las costumbres para conservar la singularidad del grupo (párr. 33).

En esta línea de razonamiento, basta agregar que la Constitución Política peruana ha reconocido la oficialidad de las lenguas indígenas u originarias (art. 48). Por ello, el uso de la lengua materna por los niños

indígenas se debe garantizar en contextos públicos y privados, ya que es constitutiva para la formación de su identidad cultural individual y colectiva. Cabe señalar que debe respetarse la plena e igual dignidad de las personas que acuden a las instituciones de justicia expresándose únicamente en su idioma originario (Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024). Además de la accesibilidad lingüística, se resalta el trato diferenciado que las instituciones deben promover en cuanto a los servicios básicos a favor de los niños indígenas, amparándose en la igualdad de la dignidad de las personas (Condor Llactahuaman, 2019), y debido a sus situaciones de vulnerabilidad: «situación de debilidad, de fragilidad, incapacidad para ejercitar con plenitud, totalidad e integridad sus derechos ante la instancia correspondiente» (Villalobos Mendoza, 2023, p. 138).

Los niños indígenas peruanos, que viven en comunidades rurales alejadas de las metrópolis, experimentan serias limitaciones en el acceso a la justicia y otros derechos. Por tal motivo, desde el 2015, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis) implementa las Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS) en el marco del Programa Nacional Plataformas de Acción para la Inclusión Social (PAIS). Las PIAS son embarcaciones y aeronaves operadas por la Marina de Guerra, la Aviación del Ejército y la Fuerza Aérea peruanas a fin de acercar y satisfacer servicios básicos dispuestos por el Estado para un total de 68 670 personas que viven en 235 comunidades ubicadas en los departamentos de Loreto, Ucayali y Puno (Avellaneda-Vásquez, 2024, pp. 66-67).

El trabajo interinstitucional que realiza el Estado a través de las PIAS es, ciertamente, muy meritorio. Los beneficios para la población indígena, en especial para los niños, derivan de un trabajo coordinado de las instituciones. Hasta junio de 2023, 36 670 personas indígenas, distribuidas entre Loreto, Ucayali y Puno, han sido atendidas en las PIAS, con un total de 259 498 atenciones. Se brindaron servicios de salud, educación, identificación y registro, servicios financieros, acceso a la justicia, etc. (Avellaneda-Vásquez, 2024, p. 69).

7. CONCLUSIONES

Los instrumentos internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que pertenecen al Sistema Universal de Derechos Humanos, reflejan un compromiso permanente con la protección del derecho de acceso a la justicia de la niñez indígena. La DNUDPI contempla la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos de la población indígena. Por su parte, la CDN regula el derecho de los niños a un tratamiento justo y equitativo en procesos judiciales, lo cual incluye un trato diferenciado en armonía con el principio del interés superior del niño, el cual ha sido estudiado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 14, y por la Corte IDH en algunas sentencias como en los casos Chitay Nech y otros vs. Guatemala y Rosendo Cantú y otra vs. México.

En el sistema jurídico peruano, la Constitución y los instrumentos legales, como el Código de los Niños y Adolescentes y la Ley n.º 29735 sobre derechos lingüísticos, reconocen de manera integral los derechos de la niñez indígena; por ejemplo, el acceso equitativo a la justicia vinculada a la preservación de su identidad cultural. A pesar de estos avances, persisten abundantes desafíos, especialmente para aquellos niños indígenas que residen en comunidades rurales y fluviales. Iniciativas como las Plataformas Itinerantes de Acción Social (PIAS) del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis) representan un esfuerzo interinstitucional de impacto para acercar servicios básicos a estas poblaciones.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York: 13 de septiembre de 2007. https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Avellaneda-Vásquez, J. (2024). Derechos lingüísticos de los pueblos indígenas u originarios en el Perú. Un análisis a partir de las plataformas itinerantes de acción social (PIAS). *Sapientia & Iustitia*, (9), 53-75. <https://doi.org/10.35626/sapientia.9.5.117>

- Barquet Muñoz, J., y Vázquez Parra, J. C. (2023). Aproximación a la discriminación de grupos en situación de vulnerabilidad desde una perspectiva jurídica, social y ética. *Revista Humanidades*, 13(2), e51543. <https://doi.org/10.15517/h.v13i2.51543>
- Castillo Dussán, C. C., y Bautista Avellaneda, M. B. (2018). Acceso a la justicia alternativa: un reto complejo. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 163-176. <https://doi.org/10.5281/zenodo.1802160>
- Comité de los Derechos del Niño (CDN). (2009). *Observación General n.º 12*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (CDN). (2013). *Observación General n.º 14*. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>
- Condor Llactahuaman, S. (2019). Los derechos lingüísticos de los pueblos originarios y la garantía del acceso a la justicia. *Ius Inkarrri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 8(8), 623-633. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn8.2744>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: 29 de diciembre de 1993.
- Congreso de la República. (2000). *Ley n.º 27337. Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. Lima: 7 de agosto de 2000. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/af2701019c0f3ccb052576780059f4a4/\\$file/ley_27337.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/af2701019c0f3ccb052576780059f4a4/$file/ley_27337.pdf)
- Congreso de la República. (2011a). *Ley n.º 29735. Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú*. Lima: 5 de julio de 2011.
- Congreso de la República. (2011b). *Ley n.º 29785. Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios*. Lima: 7 de septiembre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. San José: 26 de noviembre de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a). *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. San José: 20 de mayo de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010b). *Rosendo Cantú y otra vs. México*. San José: 31 de agosto de 2010. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/3.pdf>
- González, R., Carvacho, H., y Jiménez-Moya, G. (2022). Psicología y pueblos indígenas. *Annual Review of Psychology*, 73(1), 1-32. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-092421-034141>
- Heim, D. (2014). Acceso a la justicia y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 107-129. <https://doi.org/10.30827/acfs.v48i0.2782>
- Hernández García, M., Molina González, M., Reyes Ramírez, L., Méndez García, W., y Huertas Díaz, O. (2018). El interés superior de la infancia considerada indígena. *Iustitia. Revista de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (15), 129-154. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i15.2089>
- Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú y Fundación Debido Proceso Legal (DPLF). (2009). *Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas*. Biblioteca Virtual CEJA. JSCA. <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/2925>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2018). *La autoidentificación étnica: población indígena y afroperuana*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1642/
- La Rosa Calle, J. A. (2007). Acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de la política pública. En J. La Rosa Calle y R. Franco (coords.), *Acceso a la justicia en el mundo rural* (pp. 19-37). Instituto de Defensa Legal.
- Lovón-Cueva, M. A., y Quispe-Lacma, A. P. (2020). Who Has the Right to Comment on Language Policy in Peru?: A Critical Discourse Analysis. *Íkala. Revista de Lenguaje y Cultura*, 25(3), 733-751. <https://doi.org/10.17533/udea.ikala.v25n03a12>

- Martínez Corona, J. I., Palacios Almón, G. E., y Oliva Garza, D. B. (2023). Guía para la revisión y el análisis documental: propuesta desde el enfoque investigativo. *Revista Ra Ximhai*, 19(1), 67-68. <https://raximhai.uaim.edu.mx/index.php/rx/article/view/219>
- Martínez Loza, C. (2023). La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 12(14), 227-256. <https://doi.org/10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.09>
- Ministerio de Cultura. (2019). *Lima, cuartilla informativa sobre pueblos indígenas u originarios* [cartilla]. Minedu.
- Ministerio de Cultura. (2021). *Decreto Supremo n.º 012-2021-MC que aprueba la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040 (PNLOTI)*. Lima: 12 de julio de 2021.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Naciones Unidas. (2013). *Folleto informativo n.º 09 (Rev. 2). Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. <https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-09-rev-2-indigenous-people-and-united-nations-human-rights>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José en Costa Rica: 22 de noviembre de 1969.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1989). *Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra: 27 de junio de 1989. <https://www.ilo.org/es/media/309766/download>
- Panizo, A. (2022). *Contra el silencio. Lenguas originarias y justicia lingüística*. Biblioteca Bicentenario.
- Peña Vera, T. (2022). Etapas del análisis de la información documental. *Revista Interamericana de Bibliotecología*, 45(3), 7. <https://doi.org/10.17533/udea.rib.v45n3e340545>

- Rodríguez Gómez, E. (2019). Los derechos de los pueblos indígenas incluidos en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 8(8), 347-374. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn8.2731>
- Seminario-Hurtado, N., y Avellaneda-Vásquez, J. (2024). Lenguas indígenas u originarias y su oficialidad en la Constitución Política Peruana vigente. *YachaQ. Revista de Derecho*, (16), 117-132. <https://doi.org/10.51343/yq.vi16.1273>
- Torrejón Durand, V. Z. (2022). El interés superior del niño y la educación intercultural bilingüe en el derecho internacional de los derechos humanos. *Sapientia & Iustitia*, (4), 49-74. <https://doi.org/10.35626/sapientia.4.2.27>
- Tribunal Constitucional. (2010). *Expediente n.º 0022-2009-PI/TC*. Lima: 9 de junio de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/0022-2009-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2021). *Expediente n.º 03085-2019-PHC/TC*. Lima: 20 de enero de 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03085-2019-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2022). *Expediente n.º 03689-2021-PA/TC*. Lima: 12 de julio de 2022. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03689-2021-AA.pdf>
- Valenzuela Reyes, M. (2016). Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 23(2), 211-240. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532016000200007>
- Valenzuela Reyes, M. (2023). Acceso a la justicia y defensa jurídica para mujeres indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. *Ius et Praxis*, 29(2), 3-26. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122023000200003>
- Vásquez Rojas, D. E. (2021). Derecho fundamental del acceso a la justicia y políticas institucionales del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción en el Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 13(15), 127-161. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i15.392>

- Villalobos Mendoza, H. M. (2023). El proceso de alimentos y el trato diferenciado. *Llapanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*, 5(7), 113-153. <https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.746>
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Brasilia: 4 a 6 de marzo de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.08

PSICOANÁLISIS DEL ABOGADO: ALTO RIESGO PARA SU SALUD MENTAL

Psychoanalysis of lawyers: high risk for their mental health

Psicoanalisi degli avvocati: alto rischio per la loro salute mentale

A psicanálise dos advogados: um risco elevado para a sua saúde mental

PEDRO MARTÍNEZ VALERA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: pedro.martinezv@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-2869-5663>

RESUMEN

Los abogados en ejercicio tienen un alto riesgo de sufrir trastornos mentales y serios desequilibrios familiares. Su profesión los involucra en constantes problemas y conflictos, los cuales les originan sentimientos de culpa depresiva y persecutoria. Debido a su (de)formación universitaria vertical, memorística y de poca reflexión crítica, de manera manifiesta o encubierta, padecen ansiedad, depresión, adicciones y trastornos de la personalidad. Recientes investigaciones en España, Estados Unidos y Brasil no solo han evidenciado ello, sino también sentimientos de soledad, insatisfacción, baja autoestima y deserción profesional. En el

Perú, esta situación existe con los agravantes del sedentarismo y sobrepeso. Sin embargo, se habla de ello a media voz, pues es un tema tabú. Por ello, urge que las Facultades de Derecho y los colegios profesionales de abogados realicen programas de prevención de la salud mental.

Palabras clave: abogados; derecho; ciencia política; psicoanálisis; trastornos mentales.

Términos de indización: psicoanálisis; profesión jurídica; salud mental (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Practising lawyers are at high risk for mental disorders and serious family imbalances. Their profession involves them in constant problems and conflicts, which give rise to feelings of depressive and persecutory guilt. Due to their top-down, rote university (de)education with little critical reflection, they suffer from anxiety, depression, addictions and personality disorders, either overtly or covertly. Recent research in Spain, the United States and Brazil has not only shown this, but also feelings of loneliness, dissatisfaction, low self-esteem and professional desertion. In Peru, this situation exists with the aggravating factors of sedentary lifestyles and overweight. However, it is only spoken about in hushed tones, as it is a taboo subject. It is therefore urgent that law schools and bar associations carry out mental health prevention programmes.

Key words: lawyers; law; political science; psychoanalysis; mental disorders.

Indexing terms: psychoanalysis; legal profession; mental health (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Gli avvocati praticanti sono ad alto rischio di disturbi mentali e di gravi squilibri familiari. La loro professione li coinvolge in continui problemi e conflitti, che danno origine a sentimenti depressivi e di colpa persecutoria. A causa della loro (de)formazione universitaria dall'alto verso il basso, routinaria e con scarsa riflessione critica, soffrono di ansia, depressione,

dipendenze e disturbi della personalità, in modo palese o nascosto. Recenti ricerche condotte in Spagna, Stati Uniti e Brasile hanno dimostrato non solo questo, ma anche sentimenti di solitudine, insoddisfazione, bassa autostima e abbandono professionale. In Perù, questa situazione esiste con l'aggravante di stili di vita sedentari e sovrappeso. Tuttavia, se ne parla solo a bassa voce, perché è un argomento tabù. È quindi urgente che le scuole di legge e gli ordini degli avvocati realizzino programmi di prevenzione della salute mentale.

Parole chiave: avvocati; diritto; scienze politiche; psicoanalisi; disturbi mentali.

Termes d'indexation: psicoanalisi; professione legale; salute mentale (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

Os advogados em exercício estão expostos a um risco elevado de perturbações mentais e de graves desequilíbrios familiares. A sua profissão envolve-os em problemas e conflitos constantes, que dão origem a sentimentos de culpa depressiva e persecutória. Devido à sua (des) formação universitária, de cima para baixo, com pouca reflexão crítica, sofrem de ansiedade, depressão, toxicoddependência e perturbações da personalidade, de forma aberta ou encoberta. Investigações recentes em Espanha, nos Estados Unidos e no Brasil não só o demonstraram, como também sentimentos de solidão, insatisfação, baixa autoestima e deserção profissional. No Peru, esta situação existe com os factores agravantes do sedentarismo e do excesso de peso. No entanto, só se fala dela em voz baixa, pois é um assunto tabu. É, pois, urgente que as escolas de Direito e as Ordens dos Advogados desenvolvam programas de prevenção da saúde mental.

Palavras-chave: advogados; direito; ciência política; psicanálise; perturbações mentais.

Termes d'indexation: psicanálise; profissão jurídica; saúde mental (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 3/10/2024

Aceptado: 27/11/2024

Revisado: 25/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho y la Ciencia Política son profesiones de alto riesgo para la salud mental de quienes las ejercen. De manera consciente o inconsciente, los abogados conviven diariamente con el conflicto y la agresión, ya sea manifiesta, latente o encubierta. Siempre están en medio de dos fuerzas en disputa. Sumado a ello, ganen o pierdan en un proceso judicial o algún medio alternativo de solución de controversias, siempre experimentarán un sentimiento de culpa, lo que es aún más perjudicial. Por un lado, si la sentencia fue desfavorable, la parte contratante los señalará como los causantes. Por otro lado, si salieron airoso y el proceso culminó con un laudo, acuerdo, acta a favor o sentenciando a la otra parte, tendrán sentimientos encontrados de alegría y tristeza, de pena y dolor psíquico, que su propia profesión y su (de)formación no les permitirán expresar emocionalmente. En definitiva, se formarán sentimientos de culpa, los cuales quedarán encapsulados en ese profundo inconsciente reprimido, almacenados en esa zona más oscura y en confrontación, muchas veces, con ese Superyó freudiano; ellos se transformarán en una tolerable culpa depresiva o una asfixiante e inmanejable culpa persecutoria. Sean cuales fueran sus recursos para manejar o gestionar sus emociones y sentimientos, la culpa encapsulada siempre estará en estado latente, dispuesta a salir y expresarse en alguna conducta, comportamiento o, por lo general, disfrazarse de alguna adicción, enfermedad psicosomática o un trastorno mental, como la ansiedad, la depresión o cierta alteración de su personalidad (Martínez, 2022).

La salud mental y el bienestar emocional de quienes ejercen el Derecho y la Ciencia Política han sido temas tabúes durante décadas. A pesar de ser una realidad innegable, muchos abogados han evitado hablar de ello por temor a que sus trayectorias profesionales y relaciones

familiares se vean afectadas negativamente. Sin embargo, en los últimos años, diversas investigaciones han abordado esta problemática, analizándola y cuantificando sus resultados mediante estudios con grandes muestras y metodologías de punta aplicadas a las ciencias sociales. La idea no solo consiste en visibilizar esta situación, sino también en conocer con certeza y precisión los datos estadísticos y su impacto real para actuar de forma preventiva y efectiva, ofreciendo programas de afrontamiento, capacitación y entrenamiento en salud mental. Según datos de la International Bar Association, publicados por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM, 2024), a nivel mundial, uno de cada tres abogados de ambos sexos afirmaba que su trabajo impactaba negativamente en su salud mental y, lo que es aún más preocupante, el 41 % (casi uno de cada dos) evitaba hablar de ello por miedo a ser estigmatizado, excluido, discriminado o sufrir represalias profesionales. Esta alarmante situación nos lleva a preguntarnos cómo se desarrolla la formación universitaria de los futuros abogados, mujeres y hombres de leyes.

Comprender los modos en que se está impartiendo la formación universitaria en nuestras Facultades de Derecho y Ciencia Política nos permitirá entender cómo el tradicional proceso pedagógico que se lleva a cabo en el ámbito jurídico repercute de manera significativa e incluso deformadora en la conducta personal y social de los futuros profesionales de las leyes. No es un secreto que en la (de)formación universitaria, los abogados son transformados en seres agresivos, sentenciosos, desconfiados y, sobre todo, carentes de empatía, emotividad y afectividad. Esto traería como consecuencia conflictos en su personalidad y trastornos de ansiedad y depresión, que no solo son causantes de desequilibrios emocionales a nivel profesional, sino también en su vida privada (Moreno Rojas, 2022).

2. ¿LA ENSEÑANZA DEL DERECHO O LA (DE)FORMACIÓN DEL ABOGADO?

La conducta social de los abogados replica el carácter aprendido en el microcosmos del ámbito universitario. La sociología jurídica es una rama de la sociología que trata de comprender, explicar y predecir los modos en

que las personas se interrelacionan, tomando como referencia, para bien o para mal, un conjunto de normas jurídicas. Por tal motivo, es de vital importancia investigar las prácticas, la conducta y el comportamiento social de los abogados para comprender y mejorar la enseñanza del Derecho, la didáctica de los aspectos jurídicos y el engranaje del sistema judicial. Según esta premisa, es válido interrogarnos por qué, en algunos países, los tribunales sitúan al juez en un estrado alto, de grandes dimensiones y lejano (en términos espaciales) de las defensas, a pesar de que tanto el litigante como el juez son abogados. De hecho, son diferentes roles jerárquicos que espacialmente expresan poder y transmiten prácticas validadas históricamente, pero también elementos sociológicos que tienen que ver con el monopolio del poder en el proceso formativo y el trato vertical (autoritario) al que los estudiantes de Derecho están acostumbrados desde que ingresan a la universidad. Desde esta óptica, no es pues extraño que, a su turno, cuando el estudiante se convierte en magistrado, sabe que ha llegado su momento para ejercer ese mismo poder de manera autoritaria y ser tratado como superior, no solo ante sus colegas, sino también ante la sociedad. Es así que el abogado asume esta jerarquía como un comportamiento habitual y natural, aprendido en la universidad y perpetuado en el ejercicio de su profesión (Moreno Rojas, 2022).

La enseñanza tradicional del Derecho está enmarcada por la concepción estática del derecho romano, a diferencia de los sistemas normativos anglosajones. Debido a esto, principalmente en la enseñanza del Derecho, ha predominado el modelo informativo y la transmisión de normas, leyes, códigos, reglamentos y demás instrumentos que deben ser reproducidos en el proceso de enseñanza. Sin embargo, por lo general, se incurre en el abuso del traspaso informativo y en la falta de mediación por parte del docente, quien a veces es un repetidor compulsivo. Ambos factores convierten al estudiante en un mero espectador, en vez de un constructor de la realidad jurídica. Se cree que conocer el Derecho es saber leyes; es decir, dominar normas y aplicarlas sin previa interpretación jurídica, ética ni moral, de manera no reflexiva y sin pensamiento crítico.

La didáctica en la enseñanza del Derecho y de la ciencia política mide más bien la retención y la capacidad memorística de reproducir contenidos. Las evaluaciones orales o escritas exigen a los estudiantes la necesidad de reproducir conceptos, autores y teorías; de lo contrario, podrían ser desaprobados. Las evaluaciones están diseñadas para que el estudiante universitario no se involucre en construir, reflexionar, cuestionar, implementar ni aplicar conocimientos e interpretaciones y análisis críticos. Además esta decir que, en las presentaciones y las sustentaciones orales, la situación empeora, pues aumenta la exigencia de memorización a raja tabla por parte del estudiante. Esto ha traído como consecuencia la deshumanización del abogado, quien pierde sensibilidad social, ya que ve a las personas como partes de un proceso y no como seres humanos con emociones y sentimientos que están momentáneamente inmersos en un proceso. En determinadas Facultades de Derecho, esta realidad se ha intentado revertir, con la inclusión de cursos (a veces electivos) de Derecho y Literatura. Se trata de soluciones paliativas que ayudan a reconectar al estudiante con la sociedad y exponer que el problema legal es, ante todo, un problema humano temporal.

Desde el punto de vista psicológico, en los estudiantes de Derecho toma suma importancia la presión académica, el esfuerzo memorístico y la verticalidad en la relación docente-estudiante como factores que más dificultan un adecuado e integral proceso de enseñanza-aprendizaje. Una vez obtenido el título, no es de extrañar que los egresados sientan cierto nivel de satisfacción al tener la oportunidad de ejercer el poder y el control sobre las demás, no solo en los procesos judiciales, sino también en su círculo familiar y social, aunque suele ser de manera inconsciente. Es así que el derecho, las leyes y la política inciden directamente en la cotidianidad de las personas, haciéndolas más o menos humanas, moldeando su sensibilidad y definiendo su personalidad. Se sienten con un poder real o ilusorio frente a los otros; por tal razón, en la abogacía, la sociedad reconoce (y desconoce) el ejercicio de un supuesto poder que puede interferir, a veces de manera irreversible, en el curso de la vida de una persona, un grupo o la sociedad. De este modo, en el micromundo universitario, siempre está presente el distrés, la competitividad, la verticalidad y la complacencia con la autoridad (o el autoritarismo), la apatencia de poder y la búsqueda del éxito sin importar los medios utilizados,

entre otras características. En conjunto, todos estos elementos ocasionan que los futuros abogados formen (o deformen) una estructura social marcada por pautas que, desde lo coactivo, han sido impuestas en su educación universitaria y han marcado su psique, originando conductas, comportamientos y procesos cognitivos que replican, proyectan, desplazan y transfieren en su vida profesional y social (Mazur, 2024).

3. SOLEDAD, INSATISFACCIÓN LABORAL Y NEGATIVA AUTOVALORACIÓN

Si bien es cierto que los desafíos de salud mental no son exclusivos de la abogacía, sino también de otras profesiones, la presión de mantener altos niveles de productividad y la competencia constante crean un entorno propicio para la aparición del distrés, la ansiedad o algún trastorno de la personalidad. Es importante advertir que una persona puede ser un excelente profesional y, en algún momento de la carrera, enfrentar problemas o riesgos de salud mental. Reconocer esto es vital para eliminar el estigma asociado a los problemas de salud mental.

En un bien documentado estudio español, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM, 2024) señala, de manera directa y sin rodeos, que la profesión jurídica es apasionante y gratificante, pero también puede llegar a ser estresante e intensa. Ello se debe a que los abogados están inmersos en un sistema que ejerce mucha presión, en términos de cumplimiento de plazos, horas, carga de trabajo, objetivos de facturación proyectados en medianos o grandes bufetes jurídicos, aumento de las expectativas de los clientes y una sensación de soledad en las oficinas o los despachos independientes.

La investigación mencionada tuvo una población de 74 303 abogados colegiados en el ICAM, pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Madrid; 1088 casos participaron como muestra. Según la base de datos, 6 de cada 10 abogados de la muestra eran abogados de estudios u oficinas de independientes; es decir, se trata de personas que laboran de manera autónoma y «solas», cuyos sentimientos de responsabilidad, soledad y culpa son mayores. El estudio ha identificado dos grupos específicos: por un lado, las mujeres, quienes representan un porcentaje significativo de nuestra profesión, reportan mayores niveles de ansiedad

y dificultades para conciliar la vida laboral y personal; y, por otro lado, los abogados jóvenes, quienes enfrentan altos niveles de estrés y carecen de un adecuado apoyo profesional en sus primeros años de ejercicio de la abogacía. El estudio reveló que el 60 % de abogados (mujeres y hombres) han experimentado algún nivel de ansiedad relacionada con su trabajo en el último año debido a temas laborales. Lo revelador es que la ansiedad surge en mayor intensidad en mujeres y en los segmentos intermedios de edad, sin importar si se trabaja en un estudio unipersonal o un bufete de abogados.

De acuerdo con los resultados, muchos abogados experimentan dificultades significativas para equilibrar su vida profesional y personal, lo que se refleja en largas horas de trabajo y una baja satisfacción general con el equilibrio de ambos planos. Casi la mitad de los encuestados (49 %) indicaron que las cargas laborales les impiden pasar tiempo con sus amigos, lo que puede deteriorar sus relaciones sociales y ocasionarles un posible sentimiento de aislamiento. El 46.3 % manifestó sentir que su trabajo le quita tiempo que podría pasar con su familia, lo cual afecta la calidad de sus relaciones familiares y genera un mayor desequilibrio entre su vida laboral y personal. Las mujeres, sobre todo las más jóvenes, sumadas a los abogados que trabajan solos, son quienes disponen de menos tiempo para poder compartir con sus amistades o familias. Prácticamente, el 50 % de los abogados encuestados señala que le falta tiempo para estar con su entorno familiar y/o amical.

El 49.9 % de los participantes de este estudio (ICAM, 2024) manifiesta postergar con frecuencia las tareas pendientes y un 42.4 % consideró tomar tiempo libre o vacaciones, pero no lo hizo debido a la gran carga de trabajo que soporta. Se evidenciaron mecanismos de procrastinación, ya que en demasiadas ocasiones postergaron tareas pendientes por miedo a asumirlas, sufrieron un bloqueo mental, desconocían el trabajo a realizar, confiaban excesivamente en que culminarían un trabajo o estaban acostumbrados a trabajar bajo presión. Cabe señalar que el teletrabajo permanece como práctica establecida en el 55 % de los despachos jurídicos encuestados, pero no siempre otorga beneficios para los abogados. Un 25 % de los participantes en el estudio indicó que no recibe ayuda, guía o apoyo psicológico en cuanto al bienestar integral;

los abogados (mujeres y hombres) de mediana edad (entre los 31 y 45 años) son quienes más solicitan patrones de trabajo flexible y políticas de horario abierto y escalonado para poder conciliar sus labores con su vida familiar.

Algo que llamó mucho la atención es que un gran número de encuestados expresó desilusión con la profesión de Derecho; entre las razones, se encontraron la alta presión, el estancamiento profesional y la falta de apoyo institucional. Esto ha originado un deterioro en la valoración y el reconocimiento del trabajo del abogado, de parte de los clientes, los juzgadores y los demás operadores judiciales. Además, el 49.1% de encuestados siente que su trabajo tiene un impacto negativo o extremadamente negativo en su estado mental y psicológico. Esa falta de valoración no solo es a nivel económico, sino también profesional, lo que contribuye a la frustración y la insatisfacción entre los propios abogados. Esto es indicativo de altos niveles de estrés, ansiedad o falta de autovaloración sobre el tiempo empleado en el trabajo. A la carga laboral se suma la dificultad para reclamar mayores honorarios, los conflictos éticos y las presiones de manejar casos complejos y/o emocionalmente demandantes. Estos sentimientos negativos se incrementan en los abogados cuyas edades oscilan entre los 31 y 45 años. Por el contrario, en los mayores de 60 años crece un sentimiento de aceptación, complacencia y, en ciertos casos, de frustración.

4. ADICCIONES, ESTADO CIVIL Y DESERCIÓN PROFESIONAL

En los Estados Unidos, Anker y Krill (2021) realizaron una investigación en torno a una población de 80 000 miembros pertenecientes al Colegio de Abogados y la Asociación de Abogados de California del Distrito de Columbia. Se comprometieron 5292 abogados a dar su consentimiento informado y responder el cuestionario enviado. Es así que los investigadores recibieron 3343 cuestionarios de manera virtual, a fin de ser considerados, lo que representó una tasa de respuesta del 6 %. De los cuestionarios procesados, en 480 los abogados indicaron que actualmente no ejercían su profesión; por ello, estos cuestionarios fueron retirados de la investigación. La muestra final consistió en 2863 abogados, entre

mujeres y hombres, quienes declararon que tenían un empleo actual en la profesión jurídica y ejercían la abogacía de manera permanente.

Las mujeres tenían significativamente menos probabilidades de estar casadas (75.3 % frente al 58.3 % de los hombres). A su vez, obtuvieron más probabilidades de estar divorciadas (10.5 % frente al 7.9 %) o nunca casadas (21.4 % frente al 9.3 % de los hombres). Asimismo, tenían menos probabilidades de tener hijos (51.4 %), en comparación con los hombres (69.3 %). En términos laborales, casi el 67 % de mujeres y hombres señalaron que trabajaban más de 40 horas a la semana. Sin embargo, los hombres ocupaban puestos legales de mayor jerarquía. Aproximadamente el 80 % de los hombres y las mujeres indicaron que eran bebedores habituales, el 7 % eran exbebedores y el 10 % afirmaron que se habían abstenido de tomar en más de una ocasión. Una proporción significativamente mayor de hombres que de mujeres eran consumidores habituales de sustancias alucinógenas (11.6 % frente al 8.3 %) o exconsumidores de sustancias (15.2 % frente al 10.3 %). En comparación con los hombres (73.2 %), las mujeres (81.5 %) tenían más probabilidades de abstenerse alguna vez de consumir sustancias distintas del alcohol. Una proporción significativamente mayor de mujeres (55.9 %) consumían alcohol de manera riesgosa, en comparación con los hombres (46.4 %). En cuanto al consumo de alcohol de alto riesgo y tipificado como peligroso, las mujeres conformaron el 34.0 % frente al 25.4 % de los hombres.

Los hombres, con una media estadística de 8.21, tenían una mayor probabilidad de ascenso en el trabajo, en comparación con la media de 7.99 obtenida por las mujeres. La comparación de la proporción de mujeres y hombres que obtuvieron una puntuación superior a uno (un reflejo del desequilibrio entre esfuerzo y recompensa en el trabajo) reveló que aproximadamente la mitad de todas las mujeres tenían un desequilibrio en forma de mayor esfuerzo requerido (47.9 %), frente al 38.7 % de los hombres. Además, una de cada cuatro mujeres indicó que había contemplado abandonar la profesión jurídica debido a problemas de salud mental, *burnout* o agotamiento, proporción significativamente mayor que el 17.4 % de hombres que contemplaron dejar de ejercer el Derecho.

Las mujeres de 41 o menos años presentaban 2.26 veces más probabilidades de tener estrés moderado o severo que las mujeres de 61 o más años. Los principales predictores del consumo de riesgo de alcohol, tanto en hombres como en mujeres, incluyeron la permisividad en el lugar de trabajo hacia las bebidas alcohólicas y el impacto originado por la pandemia de la COVID-19. El compromiso excesivo en el desempeño laboral fue un predictor del consumo de riesgo de alcohol en los hombres, pero no en las mujeres. Para los hombres, la probabilidad de consumo de riesgo de alcohol fue 1.71 veces mayor. Los hombres que informaron un compromiso excesivo en el trabajo tenían 1.43 veces más probabilidades de consumir alcohol, lo cual pone en riesgo su salud psicofísica.

Ante la pregunta «¿está considerando o ha dejado la profesión de abogado(a) debido a problemas de salud mental, agotamiento o estrés?», para los hombres, la probabilidad de contemplar esa posibilidad fue 4.46 veces mayor que para aquellos con estrés autodeclarado alto y fue 2.36 veces mayor para aquellos con estrés intermedio. Además, los hombres con un conflicto alto o intermedio entre el trabajo y la familia tenían 2.47 veces más probabilidades, respectivamente, de informar que contemplaban dejar de trabajar en su profesión de abogado. Los hombres de 41 o menos años tenían 2.26 veces más probabilidades de contemplar la posibilidad de abandonar la profesión, en comparación con los hombres de 61 o más años. Los hombres que informaron un aumento de la ansiedad debido a los efectos de la pandemia tenían 1.40 veces más probabilidades de contemplar la posibilidad de abandonar su trabajo como abogado.

En lo que respecta a las mujeres, el conflicto entre el trabajo y la familia fue más evidente. En ellas existe mayor asociación entre la posibilidad de abandonar la profesión jurídica debido a problemas de salud mental, estrés o agotamiento. Al comparar a las mujeres con bajo nivel de conflicto entre el trabajo y la familia con aquellas con alto nivel de conflicto entre el trabajo y la familia, vemos que estas últimas tenían 4.60 veces más probabilidades de contemplar la posibilidad de abandonar la profesión jurídica. Asimismo, las mujeres con alto nivel de estrés, en comparación con las mujeres con bajo nivel de estrés, tenían 1.82 veces más probabilidades de contemplar la posibilidad de dejar de ejercer su profesión.

Con base en las cifras antes mencionadas, la investigación reseñada (Anker y Krill, 2021) proporciona evidencia estadística sobre los factores asociados con las experiencias de distrés, consumo de alcohol de riesgo y abandono de la profesión jurídica. Un hallazgo general fue que los hombres y las mujeres difieren en cuanto a la prevalencia de estos problemas y el grado en que los factores laborales pueden contribuir a su aparición. Los abogados más jóvenes tenían entre 2 y 4 veces más probabilidades que sus colegas mayores de reportar estrés moderado o alto. Este dato es consistente con lo que se ha observado en otras profesiones con altos niveles de estrés negativo, como la Medicina, donde los profesionales menores de 41 años de edad poseen un significativo factor asociado con el agotamiento médico. El hecho de que los abogados más jóvenes experimenten niveles significativamente más altos de estrés también sugiere un papel mayor de las Facultades de Derecho para preparar, capacitar y entrenar de manera integral a sus estudiantes para las experiencias y los altos niveles de presión que el ejercicio profesional les exigirá. Asimismo, las elevadas cargas de trabajo y el compromiso excesivo que demandan los procesos judiciales se reflejaron en la muestra del presente estudio. Por ejemplo, el 67 % evidenció trabajar más de 40 horas a la semana y casi la cuarta parte de la muestra de 2863 abogados mujeres y hombres indicó trabajar más de 51 horas semanales en promedio. Además, los puntajes de compromiso excesivo, evaluados por el instrumento empleado, fueron similares a los informados en otras profesiones demandantes de alto distrés, como lo son la Medicina, la Enfermería, entre otras (Anker y Krill, 2021).

Estos hallazgos también revelaron que el compromiso excesivo de estos profesionales (principalmente abogados y médicos) está vinculado con una mayor prevalencia de angustia psiquiátrica y esta asociación es mayor entre las mujeres que entre los hombres que ejercen dichas profesiones. Lo cierto es que, durante muchas décadas, el trabajo estresante y el mayor rigor profesional se han asociado con las vidas de los abogados en ejercicio. Sin embargo, hay un punto en el que las cargas laborales se vuelven insostenibles y peligrosas, al punto de que ponen en riesgo la salud y el bienestar de los abogados, hombres y mujeres de leyes. Al repercutir negativamente en su salud mental, no solo perjudican su calidad de vida, sino también la confiabilidad y la efectividad de

los servicios y los productos entregados a sus clientes, ya que el distrés crónico se ha asociado sistemáticamente con una menor función cognitiva, en detrimento de la atención, la memoria, la concentración y otras funciones ejecutivas.

5. ANSIEDAD, DEPRESIÓN, DISTRÉS Y SOBREPESO

En el Perú, no tenemos evidencia que sustente estudios sobre el bienestar emocional realizados por algunas de las instituciones llamadas a desarrollarlos, tales como los colegios profesionales de abogados, los cuales deberían velar por la salud mental de sus agremiados. Lo cierto es que las investigaciones sobre poblaciones de abogados son tan inexistentes como las realizadas entre los magistrados. En el ámbito del sistema judicial peruano, tendríamos que remontarnos al estudio de Perales y Chue (2008, citados en Perales et al., 2011, pp. 581-582), quienes emplearon una muestra compuesta por 109 magistrados y encontraron que el 62 % informó haber tenido experiencias subjetivas de estrés elevado y, a nivel físico, el 61 % mencionó padecer de diversas enfermedades médicas, tales como hipertensión arterial, trastornos digestivos y sobrepeso, entre otras enfermedades no transmisibles. Asimismo, la investigación halló una prevalencia de los trastornos de ansiedad del 27 % y de un 35 % para los trastornos depresivos. Este escenario tan inquietante motivó a Perales et al. (2011) a realizar una investigación sobre una muestra conformada por 287 magistrados (138 pertenecientes al Ministerio Público y 149 del Poder Judicial).

De los 287 magistrados interrogados, el 53 % fueron hombres, el 25 % tenía menos de 40 años y el 50 % sobrepasaba los 50 años. En cuanto al estado civil, el 68 % eran casados, 20 %, solteros y 18 % correspondían a la categoría de «otros» (viudos, divorciados o convivientes). Acerca del período de antigüedad como magistrados, el 34 % tenía 10 o más años de servicio; el 35 %, entre 5 y 9 años; y el 31 %, menos de 5 años. En comparación con el cargo en el Ministerio Público, el 58.7 % correspondía a fiscales provinciales adjuntos; el 26.1 %, a fiscales provinciales; y 15.2 %, a fiscales superiores, supremos y fiscales supremos adjuntos. En el Poder Judicial, el 18.8 % pertenecía a jueces de paz letrados; el 68.5 %, a jueces especializados; y el 12.7 %, a vocales

superiores. Durante la evaluación médica, se encontró que el 62.2 % tenía sobrepeso, aunque esta condición era más grave en los magistrados del Poder Judicial (66.7 %) que en los del Ministerio Público (56.9 %). Mientras tanto, la prevalencia de hipertensión arterial fue del 20.2 %, aunque hubo variaciones, dependiendo de la institución donde trabajaba el magistrado; así, fue menor en el Ministerio Público (13 %), en comparación con el 26.8 % que se encontró en el Poder Judicial.

La prevalencia de estrés (léase distrés) fue del 18.5 %. La prevalencia fue mayor en el Ministerio Público (19.6%) que en el Poder Judicial (17.4 %). A su vez, fue mayor en los hombres (23 %) que en las mujeres (14.5 %). La prevalencia de estrés en el trabajo se determinó en 33.7 %, aunque esta cifra fue más elevada entre los hombres (43.9 %) y en los magistrados con 5 a 10 años de servicio (43.3 %). La prevalencia de ansiedad fue del 12.5 %, menor en hombres (11.9 %) que en mujeres (13.2 %). La prevalencia de depresión fue del 15.0 %, menor en hombres (12.6 %) que en mujeres (17.1 %). Al calcular el riesgo relacionado con el nivel de estrés laboral, se identificó que un mayor nivel de estrés laboral se asocia con un mayor nivel de depresión. La ansiedad, la depresión y el estrés estuvieron presentes en el 6.6 % de los magistrados encuestados, mientras que el 25.9 % tenía al menos una de las tres condiciones. Asimismo, se observó una relación entre los niveles de estrés, ansiedad y depresión. El estrés se asoció con un riesgo 12.3 veces mayor de sufrir depresión, mientras que la ansiedad arrojó 13.0 veces.

En definitiva, esta investigación evidenció que los abogados (de ambos sexos) que laboran en el sistema judicial poseen un 33.7 % de prevalencia de estrés, un elevadísimo sobrepeso que fluctúa entre el 62.2 y el 66.7 %, una ansiedad de 12.5 % y un nivel de depresión de 15.0 %. Estas cifras son preocupantes, sobre todo si tenemos en cuenta que la asociación entre el estrés, la ansiedad y la depresión sugiere que estos tres trastornos se refuerzan entre sí y que, al actuar de manera conjunta, aumentarían sus efectos negativos y su potencial patógeno en el organismo de quien los padece. Por ello, Perales et al. (2011) enfatizaron que, al desarrollarse de manera simultánea, constituyen factores de alto riesgo para la salud de los magistrados, especialmente de aquellos que son más sensibles a su influencia debido a la vulnerabilidad genética o psicológica.

6. CONOCER EL DERECHO NO SOLO ES SABER LEYES, CÓDIGOS, NORMAS Y REGLAMENTOS

En este alarmante panorama, donde tan solo casi un tercio de los abogados (28.8 %) afirma que su labor profesional lo hace sentir bien y realizado, mientras que un 18.2 % restante solo expresa tener sentimientos neutros y encontrados (ICAM, 2024), muchos de nosotros nos preguntamos qué debemos hacer y, lo que es aún más valioso, qué no debemos seguir haciendo. Ante estas interrogantes, existen múltiples desafíos entrelazados que afectan el bienestar y la salud mental de los abogados, entre los que se encuentran el abordaje no solo de las demandas profesionales, sino también, y con mayor urgencia, de la necesidad de apoyo psicológico y emocional, y las acciones conducentes a mejorar el bienestar psicosocial, de modo que se restablezca el equilibrio entre su vida personal y profesional.

Brillantes y dedicados abogados de ambos sexos han enfrentado enormes exigencias laborales que no en pocas ocasiones han repercutido negativamente en su salud mental. El peso de los plazos inamovibles, la presión por cumplir con las expectativas de los clientes y la abrumadora carga de trabajo los han llevado a experimentar niveles insostenibles de estrés, ansiedad, depresión, enfermedades psicosomáticas, trastornos alimentarios (anorexia y bulimia) y de la personalidad. Estas experiencias, según las investigaciones reseñadas, no son casos aislados, sino realidades compartidas por muchos abogados y operadores judiciales a nivel nacional e internacional. Lamentablemente, por ese mal entendido espíritu de cuerpo colegiado, han permanecido en gran medida en la sombra, ocultos y, en el peor de los casos, silenciados, incluso por las propias familias de quienes padecen algún desequilibrio emocional o trastorno mental.

Nadie duda de que el Derecho es y seguirá siendo una profesión gratificante, respetada y, en muchos casos, bien remunerada. En efecto, es una carrera de suma importancia para el funcionamiento adecuado de la sociedad civil, la defensa de nuestros deberes y obligaciones, y la convivencia con el ejercicio de nuestras libertades en un Estado de derecho. No obstante, existen fuerzas del mercado y de una economía globalizada que están llevando al derecho a una dirección equivocada,

donde los valores, la ética y los principios centrados en la persona han cedido ante exigencias de mayor facturación, a horarios laborales cada vez más extenuantes que se compensan con mínimos incrementos salariales, y a interactuar en un ambiente de feroz competencia que exige no solo a los abogados jóvenes salir a flote o hundirse a como dé lugar y utilizando medios no siempre transparentes. Ante esto, la sensación de que cualquier abogado con dificultades emocionales es débil, cobarde o simplemente no soporta las presiones que otros sí aceptan origina trastornos mentales y desequilibrios en su personalidad. Al respecto, cabe anotar que a muchos jefes y directivos les importa poco afrontar tal problemática. La percepción de apoyo de los abogados de ambos sexos que padecen desequilibrios emocionales es casi inexistente; por lo general, sus superiores están más interesados en los beneficios que su empleado pueda generar, inclusive a costa del daño de su salud mental (International Bar Association, 2021).

Definitivamente, la enseñanza universitaria del Derecho y la Ciencia Política debe tender a humanizar más al estudiante, a no ver a la persona como un «caso», un «expediente» o una de «las partes» de un proceso. El docente debe construir una relación más horizontal o menos jerarquizada con sus estudiantes y poseer una comprensión más holística e integral del ser humano. Asimismo, debe forjar en ellos un pensamiento crítico y reflexivo, en vez de formar seres memorísticos y repetitivos de instrumentos jurídicos. El gran reto también está en actualizar programas de estudios y currículos donde se incluyan cursos referidos al bienestar y la salud mental del aspirante a abogado. Nuestras universidades deben proporcionar a la sociedad abogados empáticos y resilientes, que no se crean invulnerables, sino que sepan tomar conciencia de sus limitaciones y buscar apoyo psicoterapéutico ante desajustes emocionales que comprometan su salud mental y cognitiva.

Los estudios y bufetes, así como las asociaciones y las instituciones gremiales, sobre todo los colegios profesionales de abogados, deben preocuparse por el equilibrio psíquico de sus agremiados y promover programas de prevención de la salud mental. Urge que realicen permanentes entrenamientos e inviertan todo tipo de recursos en el bienestar emocional de sus asociados y sus familias. Estas acciones generarán un

mejor desempeño profesional, una mayor retención del talento y una imagen positiva de nuestra profesión ante la sociedad. Igualmente, la promoción de un entorno de trabajo saludable y equilibrado es la mejor muestra de lo que se podría hacer a favor del bienestar y la salud mental de los abogados de ambos sexos.

Finalmente, recordemos que, en el 2019, miles de abogados se reunieron en Seúl (Corea del Sur) para la conferencia anual de la International Bar Association. En una de las sesiones se abordó la problemática del bienestar y la salud mental en la profesión jurídica. Ante un enorme auditorio, repleto de abogados con amplia experiencia y procedentes de todo el mundo, se planteó la siguiente interrogante: «Sabiedo lo que saben de la vida como abogados, ¿cuántos de ustedes recomendarían a sus hijos el Derecho como carrera profesional?». La respuesta fue contundente: tan solo 5 levantaron la mano.

REFERENCIAS

- Anker, J., y Krill, P. (2021). Stress, drink, leave: An examination of gender-specific risk factors for mental health problems and attrition among licensed attorneys. *PLoS ONE*, 16(5), e0250563. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0250563>
- Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM). (2024). *Estudio ICAM sobre la salud mental de la abogacía madrileña*. Colección Estudios 2023 n.º 2. Fundación ICAM Cortina. <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2024/07/I-Estudio-Salud-Mental-de-la-Abogacia-Madrilena-2024.pdf>
- International Bar Association (IBA). (2021). *Bienestar Mental en la profesión jurídica: Un estudio global*. <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-report-Mental-Wellbeing-in-the-Legal-Profession-Spanish>
- Martínez, P. (2022). Del Yo de Freud, al ¿Yo líquido de Bauman? Disertaciones introductorias al psicoanálisis y su relación con el Yo consumidor. *Tecnohumanismo*, 4(1), 1-153. <https://doi.org/10.53673/th.v4i1.255>

- Mazur, J. (2024). Judges under corruption stress: Lessons from leaked files about corruption in Slovakia. *Oñati Socio-Legal Series*. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1902>
- Moreno Rojas, C. (2022). ¿Por qué los abogados somos como somos? Un análisis del comportamiento social de los abogados desde el derecho, la sociología y la educación jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 9(2), 153-167. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2022.65254>
- Perales, A., Chue, H., Padilla, A., y Barahona, L. (2011). Estrés, ansiedad y depresión en magistrados de Lima, Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental de Salud Pública*, 28(4), 581-588. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2011.284.419>



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.09

DIREITO E ARTES VISUAIS: IMAGEM, IMAGINÁRIO E IMAGINAÇÃO NO DIREITO

Law and visual arts: image, imaginary, and imagination in Law

Derecho y artes visuales: imagen, imaginario e imaginación en el derecho

Diritto e arti visive: immagine, immaginario e immaginazione nel diritto

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

Faculdade de Direito do Sul de Minas; Universidade do Vale do Sapucaí
(Pouso Alegre, Brasil)

Contacto: simioni@ufmg.br

<https://orcid.org/0000-0002-8484-4491>

RESUMO

Este artigo objetiva discutir a relação entre imagem, imaginário e imaginação no direito, a partir de oito possíveis contribuições que a linguagem das artes visuais pode desempenhar para o direito. A questão central é observar como o formalismo jurídico valoriza apenas formas positivistas de conhecimento e estabelece relações predominantemente instrumentais na cultura jurídica. Utilizando uma metodologia analítica e a técnica de revisão literária, baseada especialmente na noção de função/prestações da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Espera-se, como resultado, sinalizar importantes contribuições dos estudos em

direito e artes visuais para a estruturação de um movimento de valorização da imaginação, criatividade, inteligência e cultura no direito.

Palavras-chave: direito; artes visuais; imagem; imaginário; imaginal.

Termos de indexação: certo; artes visuais; imaginação (Fonte: Tesouro da Unesco).

ABSTRACT

This paper aims to discuss the relationship between image, imaginary, and imagination in law, based on eight possible contributions that the language of visual arts can offer to the legal field. The central issue is to observe how legal formalism values only positivist forms of knowledge and establishes predominantly instrumental relationships within legal culture. Using an analytical methodology and the technique of literature review, primarily grounded in the notion of function/performance from Niklas Luhmann's social systems theory. The expected outcome is to highlight significant contributions from studies in law and visual arts to the development of a movement that values imagination, creativity, intelligence, and culture in the legal field.

Key words: law; visual arts; image; imaginary; imaginal.

Indexing terms: law; visual arts; imagination (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo discutir la relación entre imagen, imaginario e imaginación en el derecho, basándose en ocho posibles contribuciones que el lenguaje de las artes visuales puede ofrecer al campo jurídico. La cuestión central es observar cómo el formalismo jurídico valora únicamente las formas positivistas de conocimiento y establece relaciones predominantemente instrumentales dentro de la cultura jurídica. Utilizando una metodología analítica y la técnica de revisión de literatura, basada principalmente en la noción de función/prestación de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. El resultado esperado es destacar contribuciones significativas de los estudios en derecho y artes visuales para el desarrollo de un movimiento

que valore la imaginación, la creatividad, la inteligencia y la cultura en el ámbito jurídico.

Palabras clave: derecho; artes visuales; imagen; imaginario; imaginal.

Términos de indización: derecho; artes visuales; imaginación (Fuente: Tesouro Unesco).

RIASSUNTO

Questo articolo si propone di discutere il rapporto tra immagine, immaginario e immaginazione nel diritto, sulla base di otto possibili contributi che il linguaggio delle arti visive può offrire al campo giuridico. La questione centrale è osservare come il formalismo giuridico valorizzi solo forme di conoscenza positiviste e stabilisca relazioni prevalentemente strumentali all'interno della cultura giuridica. Utilizzando una metodologia analitica e una tecnica di revisione della letteratura, basata principalmente sulla nozione di funzione/prestazione della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann. Il risultato atteso è quello di evidenziare i contributi significativi degli studi di diritto e arti visive allo sviluppo di un movimento che valorizzi l'immaginazione, la creatività, l'intelligenza e la cultura in campo giuridico.

Parole chiave: diritto; arti visive; immagine; immaginario; immaginale.

Termes d'indexation: Giusto; arti visive; immaginazione (Source: Thésaurus de l'Unesco).

Recibido: 18/10/2024

Revisado: 20/11/2024

Aceptado: 22/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUÇÃO

Quando Walter Benjamin (1994) publicou a primeira versão de seu ensaio, em 1936, questionando as transformações da arte na era da sua reprodutibilidade técnica por meio da fotografia e cinema, ele não podia imaginar a quantidade e velocidade da circulação das imagens hoje, na era da internet. Nunca na história estivemos tão próximos de uma sociedade de imagens. Nunca estivemos tão submetidos a um bombardeio diuturno e onipresente de visualidades. Por outro lado, ao mesmo tempo em que vivemos submersos em um mundo de imagens, parece que nunca tivemos tão pouca imaginação.

A sociedade de imagens é, paradoxalmente, uma sociedade com pouca imaginação. As políticas globais sugerem que «um novo mundo é possível» e que «precisamos de mudanças» e «valorizar a diversidade», mas não conseguimos imaginar um novo mundo para além das velhas alternativas políticas. Direito, economia, educação e ciência também valorizam a inovação, mas há tão pouca imaginação. O próprio conceito de inovação foi desconectado da imaginação e reconectado ao de desenvolvimento tecnológico. A sociedade de imagens é, curiosamente, uma sociedade com muita tecnologia e pouca imaginação.

No campo do direito, o triunfo do formalismo jurídico rompeu com qualquer possibilidade de imaginação. Tanto o ensino, quanto a prática forense do direito, encontram-se cada vez mais colonizados por uma racionalidade instrumental que transforma a complexidade e riqueza da cultura jurídica em uma prática profissional predominantemente tecnicista, vazia, baseada na simplificação e na reprodução correta de esquemas conceituais. Um direito computacional, maquímico (Deleuze e Guattari, 2010), pronto para ser executado pela racionalidade calculista das plataformas digitais das *legal-Techs* do Vale do Silício.

Se seguirmos o raciocínio de Walter Benjamin sobre a arte, poderíamos concluir que também o direito hoje perde seus vínculos com a «aura» de humanidade quando ele se desloca, da cultura jurídica, para os bancos de dados digitais. O formalismo jurídico aliena o direito de sua realidade material. Isola-o da complexidade da sociedade sob fórmulas técnicas, simplificadoras, superficiais e vazias. Ele não enxerga o valor

histórico daquilo que é realmente importante em uma cultura jurídica. Lembrar o que é importante para nós é uma das contribuições das artes visuais.

Os estudos sobre direito e artes visuais são importantes espaços de construção de sentido do direito e da nossa prática jurídica. É um lugar de cultura, sabedoria, pluralismo e transdisciplinaridade. As artes visuais, como a literatura, música e demais manifestações culturais (Trindade e Bernsts, 2017, p. 226; Karam, 2017, p. 829) oferecem diferentes formas de representação do direito que aguçam nossa imaginação e transformam o imaginário social (Castoriadis, 1982, p. 68) que temos a respeito do direito. Elas conseguem fazer uma importante mediação entre imaginação individual e imaginário social (Bottici, 2014, p. 23). Entre aquilo que nós, individualmente, imaginamos sobre o direito e aquilo que, socialmente, instituímos como imaginário dominante do direito.

Nessa perspectiva, este artigo objetiva sinalizar oito possíveis contribuições das artes visuais para o direito: a) produção de comunidade, b) cura terapêutica, c) encorajamento e motivação, d) memória, e) compreensão plural da cultura jurídica, f) empatia, g) imaginação e criatividade; e h) transformação. Mais do que meros documentos ou registros históricos, as artes visuais constituem importantes formas de compreensão crítica do direito e da cultura jurídica. Pinturas, esculturas, fotografias, gravuras, desenhos, arquitetura, teatro, cinema, ópera, balé, performances também são inteligentes formas de construção de sentido do direito, que definem, no plano visual, conceitos e fundamentos de nossa prática jurídica.

Para serem alcançados esses resultados, essa pesquisa utiliza uma metodologia analítica e técnica de revisão literária. Para explicitar as contribuições das artes visuais para o direito utilizamos a distinção de Luhmann (1984; 1997) entre função e prestação, segundo a qual, *função* designa aquilo que um sistema, de modo exclusivo, desempenha para toda a sociedade, enquanto as *prestações* são aquilo que um sistema desempenha para os demais sistemas sociais de modo concorrente, não exclusivo, isto é, contribuições que podem ser obtidas também por outros meios. Falamos de contribuições das artes visuais para o direito no sentido luhmanniano de prestações.

Espera-se, como resultado, sinalizar importantes contribuições dos estudos em direito e artes visuais e estimular a estruturação de um movimento de valorização da imaginação, criatividade, inteligência e cultura no direito. Refletindo sobre as possíveis contribuições das artes visuais sobre a cultura jurídica esperamos motivar novos estudantes e pesquisadores a adotar essa metodologia e valorizar não só a reprodutibilidade técnica do direito, mas sobretudo a criatividade e imaginação.

2. ARTES VISUAIS E DIREITO: OITO CONTRIBUIÇÕES

Antigamente, em um mundo no qual poucas pessoas sabiam ler e escrever, as artes visuais eram importantes meios de comunicação. Hoje, as imagens competem com as narrativas literárias e ficcionais na formação do imaginário social que temos e compartilhamos a respeito do direito. Narrativas literárias e visuais são duas formas diferentes de construção de sentido e ambas interferem no modo como entendemos o direito e nós mesmos. Ambas oferecem diferentes formas de representação crítica do direito.

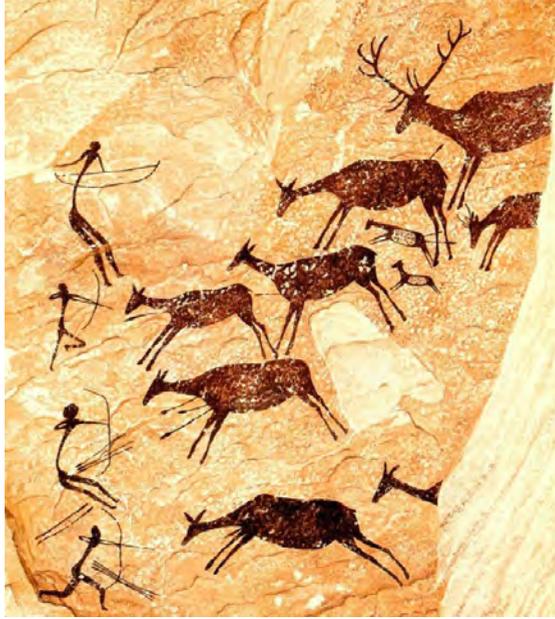
Mas desdobrando um pouco mais essa noção de representação crítica, o que mais fazem as artes visuais? Utilizando a distinção de Luhmann (1984; 1997) entre função e prestação, queremos sinalizar oito contribuições/prestações das artes visuais que julgamos importantes para o direito: a) produção de comunidade, b) cura terapêutica, c) encorajamento e motivação, d) memória, e) compreensão plural da cultura jurídica, f) empatia, g) imaginação e criatividade; e h) transformação. Essas contribuições não são efeitos isolados ou exclusivos da arte, mas prestações intimamente relacionadas entre si que, de alguma forma, podem ajudar a melhorar o direito e nós mesmos.

- a) Desde a pintura rupestre nas paredes das cavernas, a potência de significação da representação gráfica dos acontecimentos produz *comunidade*, que é nada menos que um dos princípios fundadores da própria existência do direito. Quando um *homo sapiens* consegue abater um animal selvagem, esse ato heroico é só dele e talvez de sua pequena tribo. Mas quando um *homo sapiens* desenha na parede de uma caverna a cena da caça a um animal selvagem, esse

ato heroico transcende sua individualidade e se torna um ato de toda a humanidade. É toda a humanidade que está dominando a caça. A simbolização visual produz um senso de comunidade, de pertencimento, de identificação a algo maior do que nós mesmos.

Figura 1

A caça simbolizada na caverna se torna um ato de toda a humanidade.



Fonte: Pintura rupestre no interior da Grotte de Lascaux, complexo do Vale do Vézère, França (aproximadamente 17 mil anos antes de Cristo).

Não foi por acaso que a arte sacra medieval desempenhou um papel tão importante para a construção da comunidade da igreja: as pinturas e esculturas retratando a vida comum e sofrida de Cristo até seu doloroso final na cruz e a posterior esperança de ressurreição produziram um processo de identificação dos sujeitos, cada um em sua solidão, medos e desejos, frustrações e esperanças, com a vida daquele homem comum que no fim foi reconhecido como o rei dos reis. O senso de comunidade, de pertença a algo maior do que nós mesmos está intimamente conectado à visualidade.

Figura 2

Para não esquecer da coragem no direito diante das adversidades.



Fonte: Rembrandt van Rijn, *Cristo na tempestade do Mar da Galiléia* (1633). Óleo sobre tela. 128 x 168 cm. Cortesia de Isabella Stewart Gardner Museum, USA.

A arte contemporânea, que muitas vezes não faz nenhum sentido ou só quer provocar sensações ou emoções como se fossem «pegadinhas» psicológicas inscritas na linguagem artística, perde justamente essa importante contribuição das artes visuais, que é a da construção de comunidade, a produção do sentimento de pertença a algo maior do que nossas preocupações egoístas e individualistas. A arte constrói processos de identificação e de compartilhamento de emoções, medos, desejos, dores e sofrimentos, que definem um sentimento de fazer parte de algo e nos dizem que não estamos sós.

Figura 3

As três mulheres pobres catando os restos dos milhos que caem das carroças nos lembra que não estamos sozinhos nas dificuldades da vida.

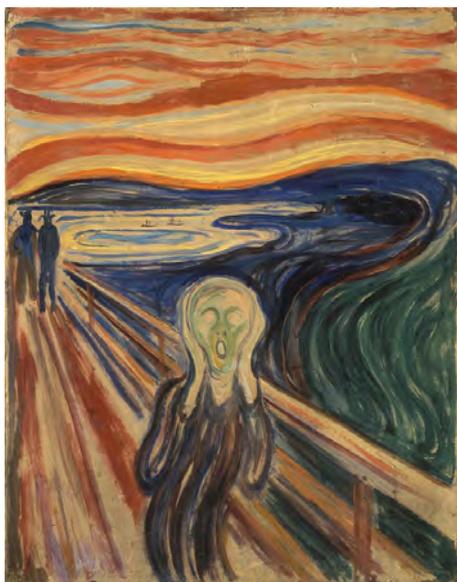


Fonte: Jean-François Millet, *Des Glaneuses (As respigadoras)* (1857). Óleo sobre tela. 83.5 x 110 cm. Cortesia do Musée d'Orsay, Paris.

Em um mundo capitalista baseado na competição sobre «o que você faz» e «o que você tem», a arte é um espaço de respiro e alento, no qual podemos descobrir que não somos os únicos que às vezes fracassamos, que sentimos a dor da perda ou a melancolia da solidão. Nas artes visuais também descobrimos que não somos os únicos a sentir o cansaço do empreendedor de si mesmo, do excesso de positividade (Han, 2017, p. 16), da perversa meritocracia neoliberal (Sandel, 2020) ou do regime estético das redes sociais de internet, que nos obriga a estarmos sempre bem, felizes e realizando atividades incríveis ou de impacto social. Na arte podemos compreender que não somos apenas nós que às vezes sentimos tédio, cansaço, tristeza e medo.

Figura 4

A arte nos mostra que não somos apenas nós que sentimos medo e, às vezes, desespero...



Fonte: Edvard Munch, *O grito* (1910). Óleo sobre tela. 91 x 73.5 cm. Cortesia do Munch Museum, Noruega.

Figura 5

Ou um profundo tédio.



Fonte: Vincent Van Gogh, *L'Arlesienne (Madame Ginoux)* (1890). Óleo sobre tela. 60 x 50 cm. Cortesia da Galleria Nazionale d'Arte Moderna e Contemporanea, Italia.

- b) A produção de comunidade se conecta também a outra importante contribuição das artes visuais: uma qualidade *terapêutica*, pois quando olhamos para os sentimentos retratados em uma imagem artística compreendemos que não estamos sozinhos, mas que outras pessoas também já passaram pela mesma dor, sofrimento e solidão. A arte quebra nossas inclinações naturais ao egoísmo e nos torna pessoas melhores. Cura os pavores da alma. Informa-nos que estamos juntos e que alguém já passou por dor e sofrimento muito maiores do que os nossos.

A arte produz esperança. Ajuda-nos a ver a beleza em uma vida triste. Uma beleza que nos faz chorar e entender os problemas da vida. Ajuda-nos a lidar com as frustrações, rejeições e humilhações que às vezes sofremos em nossas vidas. Na arte encontramos a beleza da nossa relação imperfeita e muitas vezes contraditória com o mundo e com nosso próprio eu. A esperança nos ajuda a traçar um caminho entre a utopia ou idealização excessiva das nossas expectativas e o desânimo ou desesperança diante da nossa frágil condição, para nos fazer contemplar o mérito da vida que somos obrigados a levar e a nos reconciliarmos com o tédio e as frustrações cotidianas.

- c) Essa função terapêutica do sentimento de não estar só se conecta com outra importante prestação das artes visuais para o direito, que é o *encorajamento*, a motivação, a disposição para lutar por algo importante. A imagem produz um efeito encorajador para as transformações no direito. Não se trata apenas daquela motivação baseada em um sentimento de revolta diante da injustiça ou da covardia retratada em uma fotografia ou pintura. As imagens também definem motivações para nossas escolhas diante das experiências nelas retratadas.

A estátua do *David* de Michelangelo é um exemplo. Ao esculpir a cena do jovem David carregando no ombro a funda que derrubará o gigante Golias, com a verdade do seu corpo nu, caminhando em direção à batalha, Michelangelo constrói uma potência de coragem, determinação e esperança que infla os corações ao nos dizer: alguém já fez isso. Alguém desafiou o improvável. É

como a pintura rupestre da caça: alguém comum como nós já fez essa ação incrível. Ou a Pietá, também de Michelangelo, retratando a dor de Maria carregando o filho morto em seus braços: alguém já sofreu mais do que nós e, no entanto, seguiu adiante.

As imagens de guerras são significativas para encorajar a paz no campo do direito internacional. Pense nos efeitos de revolta e reprovação sobre a guerra civil espanhola em Guernica que a pintura homônima de Picasso produziu; ou no sentimento de nunca mais querer repetir os horrores da guerra napoleônica sobre a Espanha em Goya. Pense também no olhar dos efeitos da guerra sobre os corpos e a esperança das vítimas das guerras no *Guerra e Paz* de Portinari. As artes visuais produzem motivações que nos encorajam tanto a não repetir determinadas decisões, quanto a lutar por objetivos maiores do que o direito que atualmente temos e maiores do que nós mesmos.

Figura 6

Lembrar de resistir contra o autoritarismo, mesmo sob a luz de uma moderna lâmpada elétrica...



Fonte: Pablo Picasso, *Guernica* (1937). Mural na Calle Allendesalazar, Guernica, Espanha.

Figura 7

Porque guerra não é só coisa de cavalos e soldados.



Fonte: Candido Portinari, *Guerra e Paz* (detalhe do painel da guerra). (1952). Óleo sobre madeira. 1058 x 1400 cm. Cortesia da ONU New York.

- d) Outra importante prestação das artes visuais para o direito é a *memória*. As imagens também são registros de acontecimentos, sentimentos e ideias. Não apenas fotografias documentais, mas também a pintura, escultura e arquitetura constituem formas de memória para nos ajudar a não esquecer o que é importante. O problema da seletividade da memória, do «mal de arquivo» (Derrida, 1995) e do revisionismo histórico que escapou da ficção de George Orwell¹ e invadiu nosso mundo real sempre está presente,

1 Fazemos referência ao livro *1984*, de George Orwell (1949), no qual o Partido que controlava tudo controlava também a própria história, existindo, na cidade, um departamento especializado em reescrever as notícias do jornal, os livros e a arte para fazê-los concordar com os objetivos atuais do Partido. Orwell deu o nome de «duplipensar» (*doublethink* no original) para o poder de fazer as pessoas aceitarem duas crenças contraditórias quando o mais importante eram os interesses do Partido.

sem dúvida, mas independente de uma arte alienada, colonizada ou subversiva ao regime de poder de cada época, a memória da comunidade é uma instituição importante, porque ela dá sentido a quem somos, quem queremos ser e quem queremos evitar ser.

Obviamente, tanto a pintura histórica do século XIX quanto a fotografia não são e nunca foram meros registros técnicos, objetivos e imparciais dos acontecimentos. A escolha do enquadramento e das relações entre os elementos dentro da composição é uma escolha política, uma relação de poder, um complexo jogo entre o que é mostrado e o que é escondido. Mas mesmo sendo uma arte genuinamente construtiva, a memória visual também institui um imaginário (Castoriadis, 1982, p. 97) a respeito do direito que tivemos, do que atualmente temos e do que desejamos ter.

Não foi à toa que Platão (2006, p. 333) desconfiou dos poetas e artistas e suas capacidades de sedução narrativa e ficcional. Também não foi por acaso que o movimento iconoclasta dos protestantes pretendia destruir todas as imagens da arte sacra no século XVI, para não distrair o crente do que eles consideravam a verdadeira referência da fé cristã, que é o texto da Bíblia. E também não é por acaso que novos movimentos iconoclastas hoje lutam pela destruição de imagens de personagens da história que são símbolos da violência, exclusão, extermínio e segregação de grupos minoritários. A memória também pode ser dolorosa. Mas, como nos ensina a psicanálise, o esquecimento não é melhor do que a compreensão da história para aprendermos a lidar com isso e nunca mais repetirmos os mesmos erros.

Figura 8

Para lembrar de não repetir os mesmos erros...



Fonte: Ilustração da prática da «cura pela água» no manual de direito penal de Joost Damhoudere, *Enchiridion Rerum Criminalium* (1554).

- e) Intimamente conectada com a qualidade da memória, as artes visuais também são espaços de *compreensão plural* da cultura jurídica, dos conflitos sociais, das contradições e da própria natureza humana. Ao contrário do caráter normativo, repressor e constantemente voltado ao passado do direito, a arte se guia pela liberdade criativa e pelo olhar voltado ao futuro e ao diferente. Assim também no nível da linguagem, ao contrário do esforço de construção rigorosa de uma linguagem científica no direito, no campo das artes a linguagem é repleta de plurissignificações, ambiguidades visuais, ambivalências iconográficas e mitologemas. Se o direito se baseia em uma prática de restrição de possibilidades e de normatização dos espaços de liberdade, a arte, pelo contrário, estimula a ampliação

das formas de experiência, a liberdade da criação e imaginação e o questionamento da sua própria linguagem.

Nesse sentido, as artes visuais auxiliam muito a educação jurídica, pois permitem transformar conceitos e institutos jurídicos abstratos em formas imagéticas de compreensão da nossa complexa relação com o direito. Mas o mais importante, sem dúvida, é a capacidade de ampliação da compreensão do direito que as imagens permitem realizar. Isso porque, a linguagem da visualidade estabelece novas conexões entre elementos de sentido que sempre surpreendem a cultura jurídica da qual fazemos parte, como é o caso, dentre outros, das emoções, isto é, da empatia.

- f) *Empatia* é outra importante contribuição das artes visuais para o direito, intimamente relacionada com sua capacidade de fornecer uma compreensão plural da cultura jurídica. A arte também retrata sentimentos e emoções, que são compartilhados pelo artista e conectam as pessoas que, por diferentes razões, identificam-se com aqueles sentimentos e emoções. As imagens definem não apenas a visualidade do passado que aconteceu, mas sobretudo o modo como olhamos para o que aconteceu e para nós mesmos. A emoção suscitada pela imagem artística produz empatia, a qual conecta outros modos de experiência jurídica. Nesse sentido, muito mais do que o drama entre normas jurídicas e fatos sociais ou entre os ideais constitucionais e a realidade social, a arte expande a consciência do direito para incluir também as questões psicológicas, emocionais e espirituais das problemáticas jurídicas.
- g) Duas qualidades das artes visuais muito importantes hoje em dia e, ao mesmo tempo, tão ausentes nos espaços de formação jurídica, são a *imaginação* e *criatividade*. Não só o ensino jurídico, mas também a prática forense do direito são experiências pedagógicas e profissionais voltadas quase que exclusivamente para o passado, para as tradições, para o *status quo*, para aquilo que a jurisprudência do tribunal decidiu ser direito. O ensino jurídico hoje está desafortunadamente dominado por uma racionalidade instrumental imediatista, baseada na simplificação dos conceitos e problemáticas jurídicas que podem dar a impressão de que a prática jurídica se

limita a reproduzir correta e mecanicamente o sistema, sem nenhum espaço para a imaginação, criatividade e transformação. Coisas que um computador poderá fazer com muito mais precisão, velocidade e baixo custo.

As artes visuais colocam o estudante e o profissional do direito sob um ambiente cognitivo diferente. Um espaço simbólico surpreendente, inventivo e irreverente, cujos limites são os limites da inteligência. Curioso como os racionalistas do tempo de Descartes entendiam a imaginação como oposição à razão. Imaginação, intuição e emoção eram qualidades do pensamento humano desprezadas naquele tempo. Mas depois da invenção do computador é melhor estarmos preparados para pensar o direito com imaginação e criatividade.

- h) Essas sete prestações da arte para o direito tornam inevitável uma oitava e talvez mais importante contribuição que as pesquisas sobre direito e artes visuais pode realizar: a *transformação* dos conceitos, institutos, fundamentos e do próprio imaginário jurídico. A arte estabelece um sentimento de pertença e de compartilhamento de ideias, conceitos, visões de mundo e de sentimentos. Ela organiza, de certo modo, a identidade cultural de uma comunidade. Faz isso criando um sentimento de pertencimento que cura nossas dores da alma e nos encoraja a realizar decisões diferentes, inovadoras e transformadoras. Ela constitui também um arquivo histórico, uma memória seletiva que nos ajuda a entender o que somos e o direito que temos. Seus diversos pontos de vistas, sua pluralidade de perspectivas, ajudam a compreender o direito de modo plural, mais complexo e dinâmico. É tudo isso gerando empatia, porque ela conecta razão e emoção, lógica formal e semântica substancial, que aguçam a imaginação e a criatividade dos profissionais do direito. Se a arte realmente faz tudo isso ou pelo menos uma parte disso sobre o direito, então é compreensível a suposição de que ela exerça uma importante capacidade de instigar transformações sobre o direito ou sobre o modo como vemos o direito.

Pinturas, desenhos, fotografias, estátuas, performances são materialidades que se inscrevem no sistema de discursividade do direito.

São potências de sentido que participam da comunicação jurídica. As artes visuais, como a literatura e a música, também marcam presença nos referentes culturais do direito. Também participam da rede histórica da instituição imaginária do direito. A dogmática jurídica jamais admitiu que a arte pudesse ser fonte do direito, mas como observou Sherwin (2011, p. 40), as propriedades da eloquência visual não são apenas retóricas, não são apenas ornamentações. Elas constroem realidade. Definem novas formas de direito. Definem uma nova ontologia do direito.

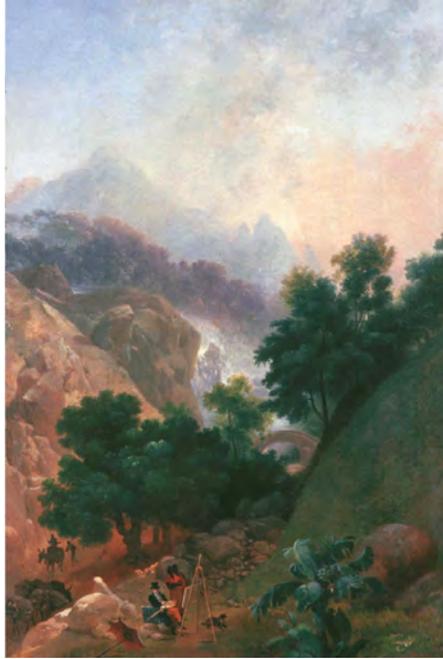
3. A ARTE SERVIL

Mas é importante perceber também que nem todas as artes visuais são potências de transformação do direito no sentido de uma prática mais inteligente e mais sensível à ampliação e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Existem inúmeras obras de artes visuais na história que foram simplesmente encomendadas pela igreja ou pelo príncipe para legitimar, no plano visual, as relações de poder que definiram cada período da história. Isso também acontece hoje, quando fotógrafos experientes constroem a imagem dos presidentes e outras autoridades selecionando elementos que confirmam, no plano simbólico, as formas de aclamação e os símbolos do poder.

No Brasil do início do século XIX tivemos a experiência da chamada Missão Francesa, que dependia quase exclusivamente das encomendas da Corte Imperial. Naturalmente, grande parte daquela produção artística foi uma arte decorativa servil à Coroa. Mas há também interessantes exceções, como foi o caso de Manoel de Araújo Porto Alegre, que pintou uma «Coroação de Dom Pedro II» na qual ninguém, com exceção do bispo, olha para ele; ou da «Cascatinha da Tijuca» de Taunay, que apresenta, de modo inovador e surpreendente, dois escravos aprendendo a pintar uma tela e não, como de costume, ocupando apenas seus espaços de trabalho braçal e de exploração.

Figura 9

Escravos aprendendo o ofício da pintura.



Fonte: Nicolas-Antoine Taunay, *Cascatinha da Tijuca* (século XIX). Óleo sobre tela. 54 x 37 cm. Cortesia do Museu Casa da Marquesa de Santos, Rio de Janeiro.

O modernismo no Brasil também foi um movimento crítico poderoso de resgate do Brasil nativo e de renúncia à reprodução pictórica de um Brasil pitoresco para assumir, de forma crítica, a construção de uma nova brasilidade com a cara do povo simples do interior, do índio, do negro, do caboclo e seus costumes, ofícios e lugares de ocupação. Portinari é um excelente ícone dessa nova linguagem do modernismo brasileiro, dentre outros importantes artistas. Ele deu rosto para a brasilidade esquecida pelo processo de industrialização e urbanização. Rompeu com os clichês da antiga disputa entre imperialistas e republicanos, ruralistas e liberais, e pintou os brasileiros e brasileiras de todos os cantos marginais do país. A série *Os retirantes* de Portinari (1944) é uma aula sobre o Brasil profundo e sua relação com a industrialização, êxodo rural e a desigualdade social inscrita na sombra da legalidade.

Mas tal como na música e na literatura, também no campo das artes visuais existem obras alienantes, servis aos interesses de grupos

dominantes, colonizadoras dos valores e princípios que poderiam ampliar a inteligência no direito e nos tornar pessoas melhores. Também faz parte das tarefas do pesquisador em arte e direito questionar esse tipo de representação visual alienante no sistema de discursividade do direito.

4. **IMAGINALIA JURIS: ENTRE IMAGINAÇÃO E IMAGINÁRIO, O DIREITO IMAGINATIVO**

O ser humano não é apenas um ser racional. Ele também é um ser imaginativo. Um construtor de imagens. Um artista. Imaginação vem do latim *imaginatio*, que é a versão latina do grego *phantasia*. No senso comum de hoje se fala em fantasia em um sentido de engano, de uma leitura equivocada da realidade ou de algo falso. Mas fantasia não é a forma falsificada do discurso (*logos*) ou da opinião (*doxa*) e sim a conexão entre a sensação (*aisthesis*) e a opinião (*doxa*). Uma opinião que decorre da sensação. Uma forma de ideia (*eidos*), portanto, de conhecimento, que chamamos hoje de estética.

Imaginação não é contrário do real ou do atual, mas da repetição, da mesmidade. Não foi por acaso que a imaginação foi associada à criação, invenção e, em Marcuse (1969, p. 51), à utopia. O contrário do real não é a imaginação ou a fantasia, mas o imaginário ou o ideal. O contrário da imaginação também não é a ficção ou a materialidade, tampouco o artificial ou o natural. Imaginação e fantasia têm a ver com o simbólico e o imaginário. Como observou Lacan (1998, p. 65), o real, o simbólico e o imaginário são três elementos fundamentais do «registro».

Seguindo a sugestão de Bottici (2014), na esteira de Castoriadis (1982), podemos entender a *imaginação* como a fantasia particular, individual, que cada um de nós constrói a respeito das coisas e da nossa relação com o mundo. E podemos entender o *imaginário* como a fantasia, só que não no nível particular ou individual e sim aquela inscrita no nível da sociedade. Segundo Castoriadis (1994, p. 185), a imaginação individual só é possível porque ela dialoga com uma dimensão social, que é o imaginário sócio-histórico da sociedade.

Entre imaginação individual e imaginário social deve existir algo, uma referência material de mediação, um signo sobre o qual repousa

uma relação de significação, um centro axial (*axi mundi*). Essa referência, utilizando-se de uma categoria conceitual muito antiga, pode ser chamada de *imaginalia mundi*.

Imaginalia é um termo em latim utilizado para traduzir a expressão árabe *âlam al-mithâl*, que foi utilizada pelo sufista andaluz Ibn Arabî para designar a ideia de um mundo intermediário que se situa entre o universo observável pela percepção sensorial e o universo apreensível somente pela percepção intelectual. Esse mundo intermediário é o mundo das imagens-ideias, das figuras-arquétipos, dos corpos sutis e das «matérias imateriais». Segundo Corbin (1993), a filosofia sufista acreditava existir um plano intermediário entre a percepção sensível dos olhos e a percepção das inteligências superiores. O acesso a esse «plano superior» só é possível por meio da imaginação.

Nessa perspectiva, a imaginação ultrapassa os limites da indução e da dedução analítica da ciência tradicional porque ela produz, na explicação de Corbin (1993), o acesso ao «intermundo», que não é o mundo imaginário do irreal, da ficção ou do mítico, mas o *mundus imaginalis* da filosofia sufista. É o lugar onde o espiritual toma corpo e o corpo se torna espiritual. Em diversas culturas e civilizações essa ideia é representada pela noção de *axi mundi*, o símbolo da unidade entre o domínio prático da Terra e o espiritual das ideias ou das divindades. Talvez o *Aleph* de Borges (1949) seja uma metáfora disso também. O *mundus imaginalis* possui uma qualidade de ação, de agência, de «lugar» no qual são produzidas imagens como ação e não como dádiva divina ou um produto da natureza. O *imaginal* é um lugar de produção do imaginativo, de mediação criativa entre a imaginação individual e o imaginário social.

Imaginalis tem a ver com produção de imagens. É a ação imagética que simboliza a conexão entre imaginação individual e imaginário social. Colocada a questão nesses termos, torna-se possível compreender por que algumas imagens são como «bombas» jornalísticas ou, como se diz no jargão dos fotógrafos, «fotografias matadoras». Os efeitos que as imagens produzem sobre nós são tão poderosos quanto os da linguagem narrativa. E talvez esse lugar da ação imaginativa (*imaginal*) entre a imaginação e o imaginário social seja precisamente o lugar das artes visuais para o direito.

Mais do que uma instrumentação técnica para a criatividade e inovação, direito e artes visuais é uma relação inspiradora. Uma ação imaginativa que dispara novas potencialidades de construção criativa do direito. Um inteligente modo de, utilizando a imaginação, entender que o direito pode ser muito mais do que a «legalidade fria» da legislação ou a «jurisprudência amarga» dos tribunais. Permite compreender a diferença entre o «cheiro de cadeia» e o «aroma da saída do fórum», que também são ações imaginativas que disparam novas conexões entre nossa imaginação e o imaginário jurídico da sociedade. O direito imaginativo (*imaginal*) é o lugar no qual podemos transformar «o silencioso rochedo do código civil» em um «barulhento tintilar de contratos», mas sempre cuidando para não se queimar com o «café mudo que escorre do processo». A ação imaginativa no direito pode ser uma interessante estratégia de ampliação das formas de compreensão do direito e de nós mesmos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento iconoclasta da Reforma Protestante no século XVI não afetou apenas a doutrina da igreja católica. Ele produziu também impactos sobre a cultura jurídica. A destruição da imagem (iconoclastia) para o retorno ao texto, a única escritura verdadeira da fé cristã, também aconteceu no campo jurídico. As imagens e símbolos do poder e da lei também foram substituídas pelos textos, documentos, doutrinas e as demais formas de escritura do direito.

A reproduzibilidade técnica das imagens, no século XX, fez do diagnóstico de Walter Benjamin uma máxima: vivemos hoje em uma sociedade de imagens, mas com pouca imaginação. Vivemos hoje em um mundo submerso no agitado mar de visualidades, mas paradoxalmente com tão pouca imaginação. Imagens, imaginação individual e imaginário social se confundem, se perdem em um continuum de materialidades que parecem sufocar justamente a habilidade humana de imaginação, de fantasia ou de sonho.

Acontece que a fantasia e o sonho também são formas de saber. Também são formas de experiência, que podem produzir imaginações

significativas para a transformação no direito e em nós mesmos. Claro que a racionalidade ocidental que dominou a modernidade exclui outras formas que não as lógicas e racionais de conhecimento e de sabedoria. Ela exclui o sonho e a fantasia das formas válidas de conhecimento. Mas talvez seja justamente aquele lugar especial onde a realidade e o sonho se encontram, que os artistas chamaram de surrealismo, o lugar no qual o direito e a cultura jurídica podem reencontrar estímulos de criatividade, inovação e imaginação.

As imagens ajudam a mediar essa complexa relação entre imaginação individual e imaginário social. Disparam novas formas de conhecimento e sabedoria também para o campo do direito. As imagens também são formas de texto, também são um conjunto de símbolos, só que iconográficos, iconológicos. Não são sintáticos, mas também possuem uma semântica e uma pragmática. Também são signos que estabelecem conexões políticas entre significantes e significados. Julgamos importante abrir para a cultura jurídica a sensibilidade às artes visuais, que junto com a literatura, poesia, música, dança e cinema, podem apresentar para o direito um importante espaço de criatividade, inovação e imaginação.

REFERÊNCIAS

- Benjamin, W. (1994). *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*. In W. Benjamin, *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura* (7.^a ed., pp. 165-196). Brasiliense.
- Borges, J. L. (1949). *El Aleph*. Editorial Losada.
- Bottici, C. (2014). *Imaginal politics: Images beyond imagination and the imaginary*. University Press.
- Castoriadis, C. (1982). *A instituição imaginária da sociedade* (G. Reynaud, trad.). Paz e Terra.
- Castoriadis, C. (1994). The discovery of the imagination. *Constellations*, 1(2), 183-213.
- Corbin, H. (1993). *L'imagination créatrice dans le soufisme d'Ibn Arabî*. Aubier.

- Deleuze, G., e Guattari, F. (2010). *O anti-Édipo: Capitalismo e esquizofrenia* (L. B. L. Orlandi e W. L. Maar, trads., 4.ª ed.). Editora 34.
- Derrida, J. (1995). *Mal d'archive: Une impression freudienne*. Éditions Galilée.
- Han, B. -C. (2017). *A sociedade do cansaço* (E. P. G. Giachini, trad.). Vozes.
- Karam, H. (2017). Questões teóricas e metodológicas do direito *na* literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. *Revista Direito GV*, 13(3), 827-865. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201733>
- Lacan, J. (1998). *Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise: Seminário XI* (S. Telles, trad.). Jorge Zahar.
- Luhmann, N. (1984). *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1997). *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp.
- Marcuse, H. (1969). *O homem unidimensional: As consequências do avanço da sociedade industrial para a cultura e a psique humana* (S. Milliet, trad.). Zahar.
- Orwell, G. (1949). *Nineteen Eighty-Four*. Secker & Warburg.
- Platão. (2006). *A República* (J. M. Pires, trad.; 5.ª ed.). Martins Fontes.
- Sandel, M. J. (2020). *The tyranny of merit: What's become of the common good?* Farrar, Straus e Giroux.
- Sherwin, R. K. (2011). *Visualizing law in the digital baroque: Governance and the coding of the image*. Routledge.
- Trindade, A. K., e Bernsts, L. G. (2017). O estudo do «direito e literatura» no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(1), 225-257. <https://doi.org/10.21119/anamps.31.225-257>



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.10

DERECHO EN LA LITERATURA: IMÁGENES SURREALISTAS EN «MARÍA DEL CARMEN» DE FRANCISCO (PACO) ESPÍNOLA

Law in literature: surrealist images in Francisco (Paco) Espínola's «María del Carmen»

Il diritto nella letteratura: immagini surrealiste in «María del Carmen» di Francisco (Paco) Espínola

O direito na literatura: imagens surrealistas em «María del Carmen» de Francisco (Paco) Espínola

LUIS MELIANTE GARCÉ

Universidad de la República
(Montevideo, Uruguay)

Contacto: luimelgar@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9636-2484>

MARÍA JOSÉ PORTILLO

Universidad de la República
(Montevideo, Uruguay)

Contacto: mjoportillo@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-0523-9067>

CATHERINE LÓPEZ

Universidad de la República
(Montevideo, Uruguay)

Contacto: catherinelopezm@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0004-7073-2263>

MA. CECILIA BARNECH
Universidad de la República
(Montevideo, Uruguay)
Contacto: mbarnech@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5096-4372>

RESUMEN

El vínculo entre la literatura y el derecho no ha sido prácticamente explorado en Uruguay y menos aún su conexión con el surrealismo. Si bien esta relación aparece inicialmente lejana, se reconocen obras que permiten un análisis desde esta perspectiva. Este trabajo estudia el cuento «María del Carmen» de Francisco Espínola y pretende, en primer lugar, ampliar el espacio de reflexión acerca de la potencialidad de la relación entre el derecho y la literatura y, en particular, con el surrealismo como expresión estética de vanguardia. A partir de este objetivo, se estudian las siguientes temáticas jurídicas: el género, la justicia por mano propia, el consentimiento en el matrimonio y sus resoluciones surrealistas, en definitiva, la ausencia del derecho y el conflicto entre principios. Es decir, se responderá la pregunta: ¿es posible llamar a reflexión sobre fenómenos jurídicos desde una mirada literaria surrealista?

Palabras clave: literatura; surrealismo; derecho; argumentación; principios.

Términos de indización: derecho; literatura; análisis literario (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The link between literature and law has hardly been explored in Uruguay, let alone its connection with surrealism. Although this relationship appears initially distant, there are works that allow an analysis from this perspective. This paper studies the short story 'María del Carmen' by Francisco Espínola and aims to broaden the space for reflection on the potential of the relationship between law and literature and, in particular, with surrealism as an avant-garde aesthetic expression. Based on this objective, the following legal themes will be studied: gender, justice by

one's own hand, consent in marriage and its surrealist resolutions, in short, the absence of law and the conflict between principles. In other words, the question will be answered: is it possible to call for reflection on legal phenomena from a surrealist literary point of view?

Key words: literature; surrealism; law; argumentation; principles.

Indexing terms: law; literature; literary analysis (Source: Unesco Thesaurus).

RIASSUNTO

Il legame tra letteratura e diritto è stato poco esplorato in Uruguay, tanto meno il suo legame con il surrealismo. Sebbene questa relazione appaia inizialmente distante, esistono opere che permettono un'analisi da questa prospettiva. Questo articolo studia il racconto «María del Carmen» di Francisco Espínola e si propone di ampliare lo spazio di riflessione sulle potenzialità del rapporto tra diritto e letteratura e, in particolare, con il surrealismo come espressione estetica d'avanguardia. Sulla base di questo obiettivo, verranno studiati i seguenti temi giuridici: il genere, la giustizia per mano propria, il consenso nel matrimonio e le sue risoluzioni surrealiste, in breve, l'assenza di legge e il conflitto tra principi. In altre parole, si risponderà alla domanda: è possibile sollecitare una riflessione sui fenomeni giuridici da un punto di vista letterario surrealista?

Parole chiave: letteratura; surrealismo; diritto; argomentazione; principi.

Termes d'indexation: Giusto; letteratura; analisi letteraria (Source: Thésaurus de l'Unesco).

RESUMO

A relação entre literatura e direito tem sido pouco explorada no Uruguai, e muito menos sua conexão com o surrealismo. Embora essa relação pareça inicialmente distante, existem obras que permitem uma análise a partir dessa perspectiva. Este trabalho estuda o conto «María del Carmen», de Francisco Espínola, e tem como objetivo alargar o espaço de reflexão sobre as potencialidades da relação entre o direito e a literatura e, em particular, com o surrealismo enquanto expressão estética de vanguarda.

Com base neste objetivo, serão estudados os seguintes temas jurídicos: o género, a justiça pelas próprias mãos, o consentimento no casamento e as suas resoluções surrealistas, em suma, a ausência de lei e o conflito entre princípios. Por outras palavras, responder-se-á à seguinte questão: é possível apelar à reflexão sobre os fenómenos jurídicos a partir de um ponto de vista literário surrealista?

Palavras-chave: literatura; surrealismo; direito; argumentação; princípios.

Termos de indexação: certo; literatura; análise literaria (Fonte: Tesouro da Unesco).

Recibido: 25/10/2024

Revisado: 27/11/2024

Aceptado: 28/11/2024

Publicado en línea: 13/12/2024

Financiamiento: Autofinanciado.

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

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio parte de la premisa de que, actualmente, el derecho se asume como un fenómeno práctico, de naturaleza social, histórico, interactivo y constitutivo de sentido. De esta forma, es colocado en un relacionamiento constante con otras prácticas, ideas y constructos sociales: moral, política, poder, ideología, entre otras, y además abierto, sin duda, a interconexiones con otras disciplinas.

Ante ello, se propone explorar cómo se presentan y qué proyecciones ofrecen diversas temáticas jurídicas en una obra literaria. Esta perspectiva de análisis (como luego se explicará) ya está presente en Europa (España, Italia, Francia, Bélgica y Alemania) y América (Estados Unidos, México, Perú, Chile, Argentina y Brasil)¹. Sin embargo, aún es poco

1 Incluso han surgido líneas académicas de investigación en forma más abarcadora como Derecho y Arte. Véanse obras recopiladoras de trabajos en esta área Derecho y Arte I, II y III (2021, 2022 y 2023), dirigidas por proyectos de investigación de la Universidad de Santiago de Compostela.

Como un ejemplo, el presente abordaje surgió a partir del análisis, por los autores, de la obra pictórica *El Ángel del hogar* de Max Ernst.

explorada en Uruguay. Con el fin de desarrollar este espacio de reflexión, en este artículo, se estudia un cuento breve titulado «María del Carmen» del autor uruguayo Francisco Espínola, como parte de una línea mayor de investigación que llevan adelante los autores².

Las peculiaridades de la anécdota permiten abordar la relación Derecho y Literatura y, en particular, la potencialidad del surrealismo, por lo que se indagará acerca de si el surrealismo influyó en la literatura uruguaya ella y cómo lo hizo.

A partir de este planteo, se estudian las temáticas jurídicas expuestas en el cuento: el género, la justicia por mano propia, el consentimiento en el matrimonio y sus resoluciones surrealistas, en definitiva, la ausencia del derecho y el conflicto entre principios. Es decir, se responderá la pregunta: ¿es posible llamar a reflexión sobre fenómenos jurídicos desde una mirada literaria surrealista?

2. DERECHO Y LITERATURA: EL SURREALISMO EN SUS INTERSTICIOS

El derecho como episteme puede ser concebido como un núcleo de saber racional y metodológicamente consistente. Es también una práctica social discursiva constitutiva, interviniente y productora de sentidos.

Esta es una razón válida, tan solo una, para sostener que en la actualidad el derecho requiere del manejo solvente de una inter- y transdisciplinariedad. Entre los distintos relacionamientos posibles, es necesario destacar su vinculación con la literatura, dado que ambas disciplinas comparten recursos e insumos para sus respectivos procesos interpretativos, creativos y metodológicos. Se consuma así una notable intersección sin contar, por supuesto, con la alusión a problemas jurídicos en obras de la literatura universal.

2 Los autores conforman el grupo de investigación Derecho y Literatura GRIDELuy, registrado como grupo y ponente estable en el Coloquio Internacional de Derecho y Literatura (CIDIL) y el Coloquio Internacional de Derecho y Arte (CIDAL), radicados en Brasil.

No obstante, es tradicional admitir que este vínculo se comienza a consolidar en estudios más específicos con el denominado Movimiento Derecho y Literatura —en los años 1970— desde las Universidades de Harvard y Yale, y como una vertiente de los movimientos críticos del derecho (Sáenz, 2019).

El hito fundacional del movimiento suele situarse en 1973 con la publicación de *The Legal Imagination* de J. B. White. Como bien sostiene Sáenz (2019), es claro que uno de los designios iniciales del Movimiento Derecho y Literatura norteamericano fue la intención de generar clasificaciones que justificaran y pudieran explicar las relaciones entre Derecho y Literatura, así como la posibilidad de sistematizar los trabajos y las discusiones que existieran sobre el tema.

Las distintas perspectivas tradicionales de la intersección Derecho y Literatura (Derecho **en** la Literatura, Derecho **como** Literatura y Derecho **de la** Literatura), cuyos objetivos de investigación e interés resultan claramente de sus respectivas denominaciones, pueden hoy agruparse apropiadamente en la categoría suma Derecho **con** Literatura, sugerida hace algunos años por el profesor español José Calvo González (2007), uno de los más conspicuos estudiosos del tema.

De esta forma, además de lo que pueda ser novedoso, estimulante y desafiante, este tipo de investigaciones y estudios ayuda a desmitificar el discurso del derecho, transido por inevitables ficciones y opacidades que deben develarse (Meliente, 2014, p. 8).

Se abre así un proceso que busca una profunda humanización del derecho, señalando las exclusiones y las asimetrías que muchas veces este contiene, contribuyendo a destacar su naturaleza civilizatoria inherente y que siempre se requiere incrementar. Así, en el mejor de los casos, probablemente, se podrán eliminar aquellas asimetrías y exclusiones o, en el peor de ellos, por lo menos se contribuirá a mitigarlas.

El presente trabajo, entonces, de acuerdo con lo planteado en la introducción, se enmarca en la perspectiva Derecho **en** la Literatura y tiene una peculiaridad adicional. Además de ser una muestra concreta de actividad que se introduce claramente en esta intersección, arriesga en cierto sentido un abordaje que pretende desentrañar, desde dentro

de la obra, el interesante sustrato de un surrealismo de alguna manera encubierto y las imágenes que este proyecta desde el texto y que se ha estimado que no deben pasar desapercibidas.

Respecto de esta corriente de vanguardia, puede decirse que los dos elementos que deben reconocerse como sus antecedentes históricos y estéticos más fuertes son la Primera Guerra Mundial y, en parte, la estética del movimiento Dadá (Gómez Moreno, 2004, p. 17).

A poco de finalizada la Primera Guerra Mundial, en 1919, y cuando llegó a París uno de los líderes del movimiento Dadá, Tristán Tzara, algunos intelectuales y artistas se habían interesado en las publicaciones dadaístas del grupo de Zúrich.

André Breton, quien sería promotor y luego el líder más conspicuo del surrealismo francés, se sintió atraído por la lógica del dadaísmo que, por esa época, se había convertido en un instrumento de confrontación total en contra de la poesía y el arte tradicionales. Breton, autoconsiderado inicialmente ya como un dadaísta francés, por diversas razones (entre otras tantas, las discrepancias surgidas entre este y Tristán Tzara por el mentado juicio de Dadá contra Maurice Barrés) y poco después del «Congreso internacional para la determinación de las directivas y la defensa del espíritu moderno», rompe con el movimiento Dadá.

De todos modos, estaban allí, ya en germen, las bases para el nacimiento del surrealismo. Como se ve, su surgimiento fue un proceso y, a la vez, un desprendimiento cultural pautado por una búsqueda definida y ordenada de algo en lo que creer, pero también en algo que crear, superando los límites negacionistas y destructores del dadaísmo, el cual fue su matriz inicial (Gómez Moreno, 2004, p. 27).

En este contexto, Breton publica en 1924 lo que denominó *Manifiesto del surrealismo*, documento en el que delinea sus ideas fundamentales y lo sitúa como un movimiento artístico y literario que buscaba explorar el pensamiento humano más allá de una lógica racional.

Él y, a su zaga, todo el movimiento surrealista inician una revuelta, una sublevación «contra el reinado de la lógica, que subordina la sensibilidad y el deseo a su propio método de constitución del mundo como discurso racional, que “devela” el ser primordialmente en el lenguaje»

(Gómez Moreno, 2004, p. 47) por el que se hace un uso instrumental de los objetos. Esa lógica se destruye y se somete a una revuelta que también destruye sus pilares como discurso, ya no por una vía racional, sino como resultado del deseo apasionado. De allí nacerá la creación poética.

Por todo ello, el surrealismo es un movimiento artístico en el más amplio sentido, pero, ante todo, es una concepción del mundo en que la imaginación es acción creadora y fuerza vital que puede realizarse en un escenario donde el hombre es plenamente libre. En su creación intervinieron todas las corrientes que promueven la insurrección esencial del hombre del siglo xx y, por supuesto, «esta insurrección abarca todos los planos de la actividad humana y no es puramente estética» (Pellegrini, citado en Azevedo y Méndez, 2007, p. 39).

En todo este proceso, el lenguaje «debe ser arrancado de su servidumbre» que nos ha conducido a resultados negativos, al producir un modo particular de concebir la realidad de una manera mediocre, concepción que depende directamente de nuestra capacidad de enunciación. Siendo así, «el problema fundamental del surrealismo es ese “lenguaje sin reservas” que se busca por todos los medios» (Gómez Moreno, 2004, p. 54).

Luego del primer Manifiesto surrealista de 1924, Breton y Paul Éluard publican el *Second Manifeste du surréalisme* en donde básicamente se critica a los surrealistas «puros», por no involucrarse políticamente en la revolución marxista y se sugiere una suerte de programa para la creación poética. En 1941, a partir de los contactos mantenidos, Breton escribe un tercer manifiesto, que se publica en 1942 y al que titula *Prolegómenos a un tercer manifiesto o no*.

La suerte del surrealismo como movimiento artístico fue heterogénea, pero es absolutamente innegable que, como tal, constituyó una verdadera «síntesis de las vanguardias estéticas y literarias» y su influencia fue notoria tanto en el arte en general como en diversas praxis humanas cotidianas (Goloboff, 2008, p. 2).

En esa heterogeneidad, Uruguay tiene el raro privilegio de haber sido el país de nacimiento, el 4 de abril de 1846, de Isidore Lucien Ducasse, también conocido como Conde de Lautrémont, poeta y autor

de un texto controversial: *Los cantos de Maldoror*. Respecto a estos, puede indicarse que «se adelantaron a una época, al aparecer en la segunda mitad del siglo XIX, y deslumbran por su fuerza cognoscitiva entre el bien y el mal, en la que se debate y reside la actitud de un personaje como Maldoror» (Pérez-Boitel, 2006, p. 5).

Lo cierto es que, si bien Ducasse no debe ser considerado un surrealista por distintas razones, entre ellas las temporales, su temática desafía a todas luces todas las convenciones sociales, morales y literarias de su época. La rebelión, el mal, la violencia, lo grotesco, las perversiones, la muerte, la homosexualidad y el rechazo a Dios son puestos de manifiesto sin ataduras por el autor; por tal motivo, tras su muerte se convirtió en un autor de culto para los surrealistas.

Aun así, Espina (1992) entiende que, pese a la influencia de la propuesta vital y artística que tuvo el surrealismo en diferentes escenarios y por supuesto también en la región, la ausencia en la literatura uruguaya de su influjo parece una incongruencia difícil de explicar (p. 933).

Sin perjuicio de ello, señala como obras clave, casi como un surrealismo *hors du temps*, la poesía de Julio Herrera y Reissig (1875-1910) y la narrativa de Felisberto Hernández (1902-1964), quien había expresado que sus cuentos no tenían «estructura lógica» y no estaban «dominados por una teoría de la conciencia», particularmente en uno de ellos (*Las Hortensias*).

Ya en la Generación del 900 y, precisamente, de la mano de Francisco Espínola, autor cuya obra se estudia en este artículo, puede apreciarse su cercanía a las vanguardias, con la aparición de una narrativa fantástica. Por esa razón y otras que deben coonestarse, las cuales se dilucidarán a partir del desarrollo que sigue, se entiende la procedencia de transmitir los insumos de la presente investigación.

En general, la literatura ocupa un lugar central en el desarrollo cultural; en particular, el surrealismo representa una revolución estética y lingüística insoslayable. Como se verá, más allá de ello, su estudio puede acercarnos también (aún sin reconocida intencionalidad) a temáticas iusfilosóficas o interrogarnos sobre una posible concepción del derecho.

De esta forma, el opus del contexto surreal se vinculará también, en su deriva, con el derecho, teniendo presente la movilización que el movimiento surrealista produjo en el arte, la racionalidad y el modo de vida de la sociedad occidental, sobre todo europea —aunque no exclusivamente— en la primera mitad del siglo xx y aún después. Y es allí donde Derecho y Literatura encuentran un diálogo imperdible.

Es conveniente recordar al jurista argentino Luis Alberto Warat (1998), quien, en su *Manifiesto del surrealismo jurídico*, expresó:

Juntar al Derecho con la poesía ya es una provocación surrealista. Es el crepúsculo de los dioses del saber. La caída de sus máscaras rígidas. La muerte del maniqueísmo juricista. Un llamado al deseo. Una propuesta contra la mediocridad de la mentalidad erudita (p. 12; traducción libre).

3. FRANCISCO ESPÍNOLA, «MARÍA DEL CARMEN» Y SU MIRADA ONÍRICA

Francisco Espínola es un escritor destacado dentro del contexto sociocultural y literario uruguayo de su época³. No se puede soslayar que su vida adulta transcurre dentro del período del desarrollo del surrealismo en Europa del que, por lo menos, nos consta que tuvo noticias y por el que se interesó y sintió atraído⁴.

Efectivamente, el autor demuestra variados intereses y así en 1937 publica una obra controversial: *La fuga de los espejos*, pieza teatral que se estructura en dos partes, sorprendentemente, una hablada y otra mimada. Esta obra representa una ruptura con sus propuestas anteriores y, particularmente, con su narrativa, por lo que Espínola supo incursionar en ese mundo vanguardista que no le fue tan ajeno. Será por ello que se le otorgó la «condición de maestro» (Benítez Pezzolano, 1998, p. 43), ya que demostró un cambio significativo respecto de la literatura de su época.

3 Francisco Espínola más conocido, en Uruguay, como Paco nació el 4 de octubre de 1901 en San José y falleció en 1973 en Montevideo.

4 En su diario llegó a cuestionarse: «He escrito unos poemas muy extraños, estoy hecho un ultra o dada o un súper» (Espínola, citado en Mirza, 1998, p. 100).

«María del Carmen» es uno de los varios cuentos que pertenecen a la obra completa *Raza Ciega y otros cuentos*, publicada en 1926, cuando Espínola apenas tenía 25 años. Esta sucesión de cuentos representa una mirada penetrante y mordaz del ser humano a través de una gran variedad de personajes, donde realidad y estética se complementan en forma desafiante. Aparecerán personajes de todo tipo y con resoluciones dramáticas humanas compartibles o no, a veces realistas y otras, no tanto. De este modo, conviven la realidad de sus personajes (como conocedor de la esencia humana), pero también un mundo ficcional, recreado, casi poético, con valores estéticos que se separan de lo concreto para adquirir una dimensión más abstracta.

Se presenta un mundo ficcional, donde ángeles y demonios parecen convivir casi pacíficamente, más allá de los horrores y las decisiones macabras a las que se someten. María del Carmen es una joven que se quita la vida ante un desengaño producido por Pedro, su enamorado. Rudecindo, el padre de la novia, le plantea a Nicanor, padre de Pedro, que su hijo se case con la joven difunta luego de descubrir —por una carta— que ella estaba embarazada. Tras forzar a un juez de paz y un cura a participar de la macabra ceremonia, Rudecindo apuñala a Pedro y le da muerte. Así, ambos ancianos y los demás personajes dan por resuelto el asunto.

Esta resolución, evidentemente, no se enmarca en los límites del discurso, ni de la justicia ni del derecho, como se analizará, pero es el final de una sucesión de actos surrealistas, relatados a través de un conjunto de imágenes visuales chocantes y brutales.

Este contexto disparatado manifiesta la modalidad surrealista de Espínola para representar las escenas. Es un cúmulo de sinsentidos que se aleja de cualquier verosimilitud o realismo y se ubica en las fronteras de lo fantástico y lo absurdo.

Y así se presenta a María del Carmen, en una descripción tétrica, deformada de la muchacha muerta: «Las piernas se dibujaban nítidas. Los pezones levantaban con sus chuzas la zaraza. Su cara, tan bonita, ¡ah!, no habrá otra más bonita en todo el pago, tenía los moretones de la caída» (p. 43). Muerte, belleza y erotismo se mimetizan en forma casi absurda, sórdida, onírica.

Luego de describirla integralmente, Espínola la descompone, la fragmenta: María del Carmen se reduce a la personificación de su boca y, en especial, de sus ojos. Su boca representa la posibilidad de la duda: la muchacha frágil e indefensa «tenía la boca entreabierto cual si quisiera tragar más agua de la que había tragado o ¡a lo mejor! echarla afuera, arrepentida» (p. 43).

Ha perdido un ojo, pero el otro parece acompañar los estados de ánimo de la difunta: cuando el padre descubre su embarazo, lo mira «asustado». No obstante, luego, el dolor de María del Carmen se transmite en su ojo verde (nota realista) «solo y angustiado». Es un ojo que parece seguir con atención el casamiento, una pupila que «asombrada» sigue toda la escena y hace vacilar al juez, quien no puede finalizar.

Finalmente, el juez huye aterrorizado. Es el momento en que interviene el cura. No es casual que el autor ponga en la voz de un cura —como representante de la Iglesia y las reglas imperantes— una indicación, luego transformada en orden por Nicanor, tan brutal y aberrante. No solo accede al casamiento por temor (desdibujándose su rol de autoridad religiosa), sino que reduce el ritual al absurdo, a una mera pantomima.

Pero hay más: el absurdo y la irracionalidad se alían. Al finalizar el rito, Rudecindo apuñala a Pedro ante la mirada de todos y, a la postre, con la anuencia de Nicanor (su consuegro).

En definitiva, pues, «María de Carmen» permite abordar también aspectos del derecho y una particular concepción de la justicia. Ahora bien, si se tuviera que calificar el cuento en pocas palabras, se diría que es, a la vez, conmovedor y provocador. Es esta riqueza, esta dualidad, la que permite encontrar vínculos entre el surrealismo y el derecho.

4. LOS PERSONAJES: LOS MUNDOS FEMENINO Y MASCULINO

En el cuento, el lector se enfrenta a diversos personajes: ángeles, demonios y monstruos, que acechan a otros en una dinámica doméstica muy compleja. La anécdota se desarrolla en un contexto rural (propio de la

época), por lo que representa un «relato folclórico» que, luego, deriva en una historia impactante, con una resolución tan irracional como macabra.

El clima trágico irrumpe desde las primeras líneas, zambulléndose en la trama:

No había subido el sol a la mitad del cielo, cuando a los ranchos del viejo Nicanor Fernández llegó un gurí cortando campo, corriendo, por entre masiegas.

—Ña Casilda, manda decir madrina que vaya enseguidita, que la finadita María del Carmen se ha matao (p. 32).

Tras esta escena, el autor, a la vez que desenvuelve el núcleo argumental del cuento, presenta los personajes femeninos: las hijas y las dos comadres, Casilda y Remigia, y cómo se impone una solidaridad natural entre ellas porque, apenas recibida la noticia por parte del gurí de los mandados, las cuatro mujeres acuden presurosas al rancho de María del Carmen y «[a]l llegar las recibió el griterío. No había más que mujeres» (p. 33).

Al principio, ese acto de velar a la difunta se realiza solo entre mujeres, quienes comparten el dolor y lloran juntas, abrazándose unas a otras y tratando de esbozar frases de consuelo. Pero, encontrada primero y revelado, enseguida, el contenido de la carta dejada por la suicida, se produce un cambio radical en la escena, pues doña Casilda y sus tres hijas son expulsadas a gritos destemplados por doña Remigia y tuvieron que regresar a su casa: «en fila india, iban las Fernández agachadas de dolor» (p. 35).

Vemos, pues, que Remigia pasa de ser una doliente madre a una iracunda y digna, sostenida, más que por el dolor, por la ira ante la comprobación de que su hija fue engañada por el hijo de su comadre y amiga. La ira la domina y es capaz no solo de expulsarlas a gritos destemplados, sino hasta de emplear la crueldad al chumbar a los perros contra las hasta ahora queridas mujeres.

A continuación, el relato presenta el mundo masculino. Surgen las figuras de los caudillos Nicanor Fernández, padre del ofensor

Pedro, y Rudecindo, padre de la novia, junto a otros personajes, como Pedro mismo, el juez y el cura.

Nicanor y Rudecindo son dos hombres empecinados y dignos, heroicos y respetables, hombres de su tiempo y lugar, rudos y crueles si las circunstancias lo ameritan. Margarita Carriquiry (1987) describe a Rudecindo, caracterización válida también para Nicanor:

Hay en él un orgullo tremendo de ser como es: hombre derecho, hombre de ley. Hay un patrón moral al que su ser se ajusta: estoicismo ante el sufrimiento, sentido de la honra que es a la vez autoestima y respetabilidad, dignidad patriarcal evidenciada en esa barba blanca que tiembla con la ira. Es el hombre antiguo, el paisano tocado por el aura heroica de las patriadas, el que pertenece aún a una épica edad de oro (p. 37).

Ambos representan dos almas en lucha con las dimensiones mayores del bien y del mal, al punto de que Nicanor se eleva por encima de la defensa de su hijo para reconocerle al padre de la muchacha el derecho a hacer justicia. Al respecto, Zum Felde (1964) ha dicho que Espínola va derecho al alma primitiva de sus personajes, nudos de fuerzas trágicas, que no son ya aquellas puramente instintivas y pasionales, sino que son fuerzas, en gran parte, de índole moral, como en la tragedia antigua (pp. 337-338). Con ello, dota al relato de una mística trágica y los personajes asumen características tan universales como Edipo y Antígona.

Finalizada la boda, Rudecindo mata a Pedro en presencia de todos: «—¡Qué ha hecho, compadre! Grita entonces el viejo Nicanor, manoteando su puñal» (p. 45). Y Rudecindo responde: «—¡Lo que tenía que hacer! ¡Ahora, usted, si quiere, máteme!» (p. 45). Nicanor, aflojando la mano que había oprimido el mango de plata, balbucea: «No hay nada que darle. Usted tenía derecho» (p. 45).

El final que nos presenta el autor es trágicamente majestuoso, cuando nos describe el regreso de esos seres dolientes: «Por entre las masiegas, cortando campo, cinco Fernández volvieron a las casas. El viejo, adelante; más atrás, las hijas arrastrando a doña Casilda, a quien le había dado el mal» (p. 45).

Vivimos, pues, dos mundos que se oponen, pero se acoplan. Por un lado, las mujeres son dolientes, solidarias (hoy diríamos sororas) pero dignas, saben que la(s) otra(s) la(s) necesita(n), pues Casilda y sus hijas partieron inmediatamente luego de escuchar al «gurí de los mandados», quien avisó que María del Carmen se había suicidado. Seguramente pensaban que podían ser objeto de reproche, porque conocían (o, por lo menos, intuían) que Pedro, su hijo y hermano, era, de alguna manera, culpable de la decisión de María del Carmen. Aun así, fueron a hacer lo que mejor hacen las mujeres, además de parir, consolar, abrazar y llorar juntas. Por otro lado, los hombres están sostenidos por propósitos superiores: el honor y la hombría que los sostiene y los hace actuar en salvaguarda y defensa del prestigio personal y familiar, pues, para ellos, la vida sin honor no merece ser vivida.

5. LA JUSTICIA POR MANO PROPIA Y EL HONOR RESTAURADO

En ese grupo social y familiar, restaurar el honor mancillado y obtener justicia son actos que se realizan por mano propia, sin proceso previo y sin dirigirle la palabra al acusado, Pedro. Este último es un personaje completamente mudo, a diferencia de María del Carmen, quien no solo deja una carta en la cual explica el motivo de su decisión, sino que también habla a través de su cuerpo con imágenes impactantes y surrealistas.

Alicia Ruiz (2014) ha señalado que el sistema del derecho responde al modelo que consiente la venganza, siempre que la ejerza en exclusividad el sistema judicial y le sea negada a los individuos, ya que la esencia del derecho es que terceros imparciales puedan administrar justicia, evitando toda acción directa de las partes interesadas (p. 209).

En el relato sucede lo opuesto. Tanto la ejecución de Pedro como la explicación de Rudecindo y la aceptación de los hechos por parte de Nicanor transcurren según reglas preestablecidas desde antaño: la honra se limpia con la muerte del ofensor y, si bien, casi instintivamente, Nicanor lleva la mano a su arma, de inmediato la retira porque él participa y forma parte de esas reglas. Se confirma, así, que los valores ancestrales del honor y la hombría están por encima de todo, incluida la vida misma.

En este cuento, estamos en las antípodas de la justicia instituida como tal por el sistema jurídico nacional. En efecto, ya en 1933, en nuestro Código Penal, promulgado por la Ley n.º 9155, quedó establecido que «[e]l que, con el fin de ejercitar un derecho real o presunto, se hiciera justicia por su mano, con violencia en las personas o las cosas, en los casos en que puede recurrir a la autoridad, será castigado [...]» (art. 198).

Rudeciendo, en abierta violación al sistema jurídico, se arroga juez de su propia causa: analiza y evalúa pruebas. Fija una sentencia sin permitirle al acusado defenderse y lo condena a muerte, la cual será ejecutada por él mismo. Es juez y verdugo, ángel y demonio, derrota definitiva del sistema legal, pero sin romper la armonía social, pues la familia presente acepta la situación, como si todos y cada uno de ellos supiera que es la única manera de actuar ante la situación presentada: «basta que usted lo quiera, hasta pa que lo mate se lo traigo'e las crines» (p. 37), dice Nicanor.

Hubo ausencia y violación del derecho, justicia por mano propia, desproporcionada e inequitativa, atravesada por la irracionalidad y, por tanto, distante de esa imagen simbólica de la justicia, equilibrada como una balanza y ciega a cualquier tipo de influencia.

Cabe apuntar que, en varios momentos a lo largo del relato, observamos que los dos caudillos solo conocen sus reglas como patriarcas. Pero las dos comadres también actúan como si el sistema jurídico estatal no obligara en absoluto. Así, cuando Juana, una de las hijas, aparece con la carta dejada por María del Carmen, se produce la escena que sigue:

—Traiga, mama, traigalá para acá —dijo una de sus hijas—. ¡Y es para el juez! ¡No hay que abrirla! —agregó curiosa e irresoluta.

—¿Y porque sea p'al juez no se puede leer? Esas son bobadas. No hay que hacer caso —aconsejó Casilda (p. 34).

En esta realidad campesina que nos presenta el autor, rige un derecho consuetudinario por el cual se sancionan conductas que se entienden reprobables, porque ellos son hombres de ley tan respetables y dignos que cualquier intervención de la autoridad estatal resulta superflua o, por lo menos, meramente formal.

Ese derecho no se rige por el principio de mayoría, sino por el de consenso, pues no encontramos, a lo largo del relato, ninguna voz disidente que se escuche fuerte y clara. Si bien la figura del juez intentó oponerse a celebrar el acto y aseguró que no sería válido, ante la amenaza de Rudecindo, simplemente acata y realiza un simulacro de lo que es la función estatal a su cargo, coadyuvando a restaurar la honra del caudillo.

6. INTERSECCIONES: «MARÍA DEL CARMEN», UNA ARGUMENTACIÓN EFÍMERA Y UN CONFLICTO DE PRINCIPIOS

Los aportes de este relato literario, desde el punto de vista de la argumentación, son innegables y exquisitos: el autor juega con el lenguaje, la interpretación y las formas de justificación en la toma de decisiones, demostrando que los argumentos se pueden ir diluyendo conforme se van sucediendo los acontecimientos al punto de derribar el arte de argumentar para dejar paso a una acción que nada tiene de discursiva a la hora de persuadir.

Para profundizar un poco más en este tema es necesario realizar las siguientes precisiones: en términos generales, una acción argumentativa implica dar razones o justificar una idea, una decisión o una elección. En ese sentido, todo acto que se precie de ser argumentativo conlleva una buena retórica.

La retórica se mueve en el terreno de lo discutible y lo contingente, su finalidad es la persuasión (Jiménez, 2020, p. 138). Asimismo, se asienta sobre 3 pilares que Aristóteles considera partes fundamentales en la construcción del discurso:

son, en primer lugar, las fuentes de las que proceden las pruebas por persuasión —*êthos*, *pathos* y *prâgma*; en segundo, lo concerniente a la expresión y, por último, lo relacionado con la utilidad que deriva de la ordenación de las partes del discurso (Jiménez, 2020, p. 139).

Dentro de este marco, toda vez que se pretende justificar el discurso mediante razones, debe, en primer término, contarse con un *ethos*, un *logos* y un *pathos*, sin los cuales fracasa en el intento de postularse como

una acción argumentativa. Nótese que el *ethos* refiere a quien emite el discurso, más concretamente al carácter de su postulación; el *pathos*, por su parte, se traduce en la capacidad para predisponer al oyente; en tanto, el *logos* pertenece al discurso mismo (Jiménez, 2020, p. 139).

A partir de lo anteriormente expuesto, se puede advertir la presencia de un discurso patriarcal falto de uno de los elementos fundamentales del diálogo democrático: el *logos*. Rudecindo pretende la adhesión de su auditorio conformado por Nicanor, su interlocutor inicial, al que se incorporan el juez y el cura apelando a aspectos meramente emocionales que dan cuenta de los valores compartidos. Sin embargo, como no logra el resultado esperado, acude a las amenazas con la certeza de lograr el objetivo propuesto: la celebración de un matrimonio cuya validez presume por la sola presencia de la autoridad competente.

El autor juega, entonces, con el discurso transformándolo rápidamente en un tipo de acción que queda excluida de la esfera argumentativa toda vez que desaparece la posibilidad de debate o disenso y, en su lugar, surge otra forma de persuasión, lingüística mas no discursiva. De esta manera, se pierde la importancia del interlocutor, aquel cuyo valor, desde la perspectiva de la adhesión, es innegable. Sirva esta ilustración para argumentar que es preciso «atribuir un valor a la adhesión del interlocutor, a su consentimiento, a su concurso mental» (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 50).

Nada de eso se encuentra en el discurso de Rudecindo, para quien sus razones son más que suficientes y deben ser aceptadas. Es, en definitiva, la voluntad de un solo personaje la que mueve los hilos del reparto adjudicando tareas y dando por sentado su realización sin dejar espacio a la respuesta.

Un estudio aparte merece la pretensión de celebrar un matrimonio como forma de restaurar o salvaguardar el honor familiar y, con ello, reivindicar la conducta de Pedro y María del Carmen, cuya desgracia permanece después de su muerte. Una vez más, Espínola pone de manifiesto cuestiones jurídicas tan corrientes como evidentes. El consentimiento expreso, la voluntad de las partes o los impedimentos dirimentes aparecen entre las líneas del relato.

De acuerdo con la normativa vigente (artículo 91 del Código Civil uruguayo), la falta de consentimiento de los contrayentes se considera un impedimento dirimente para contraer matrimonio. Empero el personaje considera que con un poco de buena voluntad es posible convalidar la unión matrimonial. Resulta por demás interesante el punto de vista de Rudecindo acerca del acto «jurídico», pues estima que el juez debe celebrarlo y, luego, debe ser convalidado por el cura. En diálogo con Nicanor, no vacila en asegurar que el matrimonio entre su hija y Pedro es algo perfectamente viable y válido, al punto de enfatizar: «se pueden casar. Yo lo he oído. Se puede» (p. 37).

Desde la perspectiva del personaje, se trata de un acto jurídico que como tal es válido en tanto sea celebrado por la autoridad competente, de lo que se desprende un aporte de la literatura muy acertado por parte del autor, al exponer los puntos de vista de los interesados, los cuales no siempre coinciden con el significado que asigna el derecho.

En definitiva, la historia de «María del Carmen» revela valores fuertemente arraigados: el derecho al honor y el derecho a la vida se presentan como principios contrapuestos dejando espacio a una elección arbitraria por la que se establece una jerarquía axiológica⁵ que coloca al honor por encima de la vida.

De este modo, surge una ponderación de principios jurídicos reconocidos a nivel constitucional que se miden por su peso abstracto. Cabe destacar que el peso abstracto consiste en la asignación de un valor mayor a un determinado principio frente a otro de igual jerarquía, en función de los valores predominantes en la sociedad (Bernal Pulido, 2003, p. 228). En el contexto del presente relato, el peso abstracto lo ostenta el derecho al honor por encima del derecho a la vida y, así, no solamente se legitima una unión conyugal viciada por la nulidad absoluta,

5 Esta es una de las características de la ponderación, de acuerdo con Guastini: «La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable» (Moreso, 2002, p. 231).

sino que se presenta irracionalmente la justificación por la que se admite la afectación del segundo principio en cuestión.

Es necesario resaltar que la ponderación de principios jurídicos corresponde a una metodología de interpretación que en el campo del derecho pretende ser parte de un discurso racional y, por tanto, objetivo. Según Alexy (2009): «Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas» (p. 8).

Su aplicación en la presente narración deja en evidencia la utilización de dicho recurso de forma irracional y subjetiva. A los efectos de ejemplificar tal apreciación, basta con observar quién es llamado a ponderar el caso: aquel que no posee autoridad desde el punto de vista institucional. No obstante, el resto de los personajes presentes en el acto consienten en admitir su elección como algo válido y que no se cuestiona. Consienten en admitir que el honor tiene prioridad y, por ello, justifica cualquier acción requerida por Rudecindo, para quien no existen dudas respecto a lo que se debe hacer.

7. REFLEXIONES FINALES

A esta altura, deben abordarse algunas breves conclusiones relativas a lo expuesto en este artículo presentado al lector.

En primer lugar, debe expresarse que este trabajo se inserta claramente en una de las modalidades típicas del relacionamiento epistémico entre el derecho y la literatura, como lo es el Derecho **en** la Literatura, quizás una variante de las más tradicionales y transitadas dentro del contexto crítico, en donde se iniciaron sistemáticamente este tipo de estudios.

En segundo lugar, dentro de ese marco quedó explícito que con el trasfondo de la obra literaria se fueron abordando una serie de tópicos relativos al derecho y a la justicia, tales como el consentimiento, la autonomía de la voluntad, la justicia por propia mano prevista como figura delictual en el derecho positivo uruguayo, la colisión entre principios

jurídicos y los roles de género, todo lo cual permite responder afirmativamente, en su parte sustancial, a la pregunta con la que se inició el presente trabajo.

En tercer lugar, debe recordarse que, según se indicó, el cuento que se estudió tiene una peculiaridad adicional: el interesante sustrato de un surrealismo de alguna manera encubierto, el cual no debía pasar desapercibido. De tal modo, si bien es valor entendido que el surrealismo como movimiento no aparece en la literatura uruguaya, ni Espínola manifestó su adhesión explícita al mismo, del estudio de «María del Carmen» emergen imágenes y señales que impregnan escenas revulsivas e irracionales, las cuales llevan al texto a introducirse en sus fronteras.

Sin duda, Espínola se distanció decididamente de sus orígenes autorales realistas para transmutarse al surrealismo y configurar una prosa chocante, descompuesta, intolerable, en suma, pasajes surrealistas de cabo a rabo. Eso justifica su autocrítica onírica:

el impulso que lo causó —es mejor «causó» que «motivó»— tiene que haber sido de naturaleza subconsciente muy profunda. Lo que me acuerdo de *María del Carmen*, por ejemplo, es que cuando lo escribí a veces paraba porque estaba llorando, y que quedé después varios días de cama (Ruffinelli, 1974, p. 50; cursivas del original).

Entonces, queda claro que el opus del movimiento surrealista produjo, tanto en el arte como en la racionalidad y el modo de vida occidental, una movilización significativa y, en su deriva, afectó también al derecho como producto cultural que es.

Claramente, el derecho y la literatura se han encontrado en un diálogo imperdible e irrenunciable. Al igual que ocurre con la lengua, como producto social que necesita del habla para su transformación, el derecho se nutre de la literatura en su proceso interpretativo, creativo y metodológico. Si bien este nexo, al decir de Warat (1998), constituye una provocación y un desafío, también es un escenario de múltiples consecuencias. Finalmente, es interés de los autores que esto pueda, de alguna manera, aceptarse, pues se estima que en ello va en suerte la transformación humanizadora del derecho y el desalojo o la mitigación de las asimetrías que este contiene, ya como discurso, ya como praxis.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-14. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Azevedo, J., y Méndez, R. (2007). (Re)encontrando a Aldo Pellegrini. *Terra Roxa e Outras Terras. Revista de Estudos Literários*, (10), 38-43. <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/terraroxa/article/view/24826/18194>
- Benítez Pezzolano, H. (1998). María del Carmen: Realismo con absurdo. En Lago, S., Rocca, P., y Fumagalli, L. (eds.), *Actas de las Jornadas de homenaje a Paco Espínola* (pp. 43-47). Universidad de la República. https://anaforas.fic.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/73027/1/9_actas_de_las_jornadas_de_homenaje_a_paco_espinola_1999_departamento_de_literaturas_uruguay_y_latinoam_universidad_de_la_rep%C3%BAblica_facultad_de_humanidades_y_ciencias_1999.pdf
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa* (26), 225-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Breton, A. (2001). *Manifiestos del surrealismo* (A. Pellegrini, trad.). Editorial Argonauta.
- Calvo González, J. (2007). Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 307-332.
- Carriquiry, M. (1987). Apuntes para una tipología de los personajes de Francisco Espínola. En Carriquiry, M., y Martínez, G. (eds.), *Francisco Espínola, después del silencio* (pp. 57-78). Arca.
- Código Penal. Ley n.º 9155 y modificativas*. Centro de Información Oficial. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>
- Espina, E. (1992). De la jungla de Lautréamont a Selva Márquez: el (casi) inexistente surrealismo uruguayo. *Revista Iberoamericana*, 58(160), 933-945. https://anaforas.fic.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/42279/1/Revista_Iberoamericana.pdf

- Espínola, F. (1967). *Raza Ciega y otros cuentos*. Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social. http://www.autoresdeluruguay uy/biblioteca/Francisco_Espinola/lib/exe/fetch.php?media=raza_ciega_y_otros_cuentos_1967.pdf
- Goloboff, M. (2008). Presentación del dossier. Entrada e itinerarios del surrealismo en la literatura argentina. *Orbis Tertius*, 13(14). <https://www.orbistertius.unlp.edu.ar/article/view/OTv13n14d01>
- Gómez Moreno, P. (2004). *El surrealismo: pensamiento del objeto y construcción de mundo*. Universidad Distrital Francisco José de Caldas.
- Jiménez, J. J. (2020). La retórica como política. *Doxa*, (43), 133-157. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.06>
- Meliante, L. (2014). Narrativa, ficción y crítica en la ciencia jurídica. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (11), 3-20.
- Mirza, R. (1998). Mentira teatral en la obra de Paco Espínola. En Lago, S., Rocca, P., y Fumagalli, L. (eds.), *Actas de las Jornadas de homenaje a Paco Espínola* (pp. 97-114). Universidad de la República. https://anaforas.fic.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/73027/1/9_actas_de_las_jornadas_de_homenaje_a_paco_espinola_1999_departamento_de_literaturas_uruguay_y_latinoam_universidad_de_la_rep%C3%BAblica_facultad_de_humanidades_y_ciencias_1999.pdf
- Moreso, J. J. (2002). Guastini sobre la ponderación. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (17), 227-249. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/501>
- Perelman, Ch., y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Gredos.
- Pérez-Boitel, L. (2006). Cantos demoníacos de Maldoror o el hedónico reino de Lautréamont. En Lautréamont, *Los cantos de Maldoror* (pp. 5-11). Ediciones Sed de Belleza.
- Ruffinelli, J. (1974). *Palabras en orden*. Ediciones en Crisis. http://www.autoresdeluruguay uy/biblioteca/Francisco_Espinola/lib/exe/fetch.php?media=palabras_en_orden_-_ruffinelli.pdf

- Ruiz, A. (2014). La paradojalidad del derecho y el lugar del juez. En Ruiz, A., Douglas Price, J., Cárcova, C. M., *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura* (pp. 210-213). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Infojus. https://www.saij.gob.ar/docs-fl/ediciones/libros/La_letra_y_la_ley_completo.pdf
- Sáenz, M. (2019). Derecho y Literatura. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (16), 273-282. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4706>
- Warat, L. A. (1998). *Manifiesto do surrealismo jurídico*. Editora Acadêmica.
- Zum Felde, A. (1964). *La narrativa en Hispanoamérica*. Aguilar.

RESEÑAS

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 13, n.º 16, julio-diciembre, 2024 • 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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

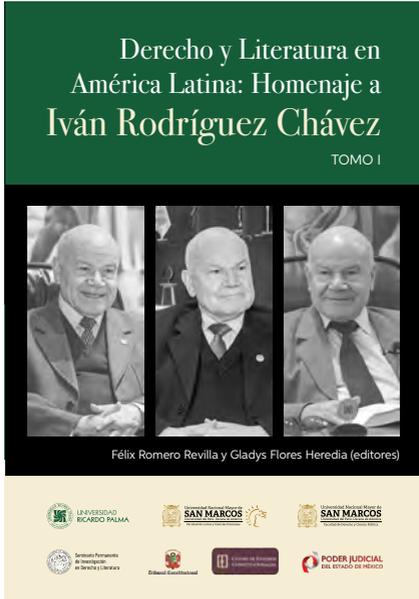
DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.11

ROMERO REVILLA, R., Y FLORES HEREDIA, G. (EDS). (2024). **DERECHO Y LITERATURA EN AMÉRICA LATINA: HOMENAJE A IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ.**

Universidad Ricardo Palma. 328 pp.
Una lectura del tomo I

En noviembre de 2023, se celebró el Primer Congreso Internacional sobre Derecho y Literatura en América Latina: Homenaje a Iván Rodríguez Chávez («Congreso», en adelante). En Perú, este importante esfuerzo, único en su naturaleza por difundir, divulgar y promover los estudios sobre derecho y literatura desde la experiencia regional, fue llevado a cabo por la Universidad Ricardo Palma, representada por quien fuera su rector, el abogado, poeta y profesor Iván Rodríguez Chávez, y la doctora en Literatura Peruana y Latinoamericana Gladys Flores Heredia, directora del Congreso, en coordinación con importantes instituciones judiciales y académicas de diversos países de la región latinoamericana, como el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales peruanos, además del Poder Judicial del Estado de México.

Con la presencia de seis países de dos continentes, se inauguró el Congreso en el que académicos de universidades argentinas, canadienses, chilenas, españolas, mexicanas y peruanas se reunieron en espacios destinados a la reflexión del derecho y la literatura en Perú, los cuales fueron relevantes para la vida del jurista homenajeado: el Auditorio Sebastián Barranca de la Universidad Ricardo Palma, el Salón de Gra-



dos de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y las instalaciones del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

Como producto de este encuentro se preparó una extensa obra, dividida en dos tomos y editada por Félix Romero Revilla y Gladys Flores Heredia. En ella, en decantado homenaje al importante jurista cajamarquino, los investigadores dialogaron y debatieron en torno al legado en materia de derecho y literatura del autor, y la relevancia de los estudios sobre derecho y literatura en América Latina.

El primer tomo, objeto de comentario en esta reseña, fue publicado en enero de 2024 en el sello de las Ediciones del Rectorado de la Universidad Ricardo Palma y estuvo auspiciado por la Facultad de Letras y Ciencias Humanas y la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, el Seminario Permanente de Investigación en Derecho y Literatura de la Universidad de Buenos Aires y el Poder Judicial del Estado de México.

Antes de ahondar en el contenido de esta obra, es importante apuntar que este esfuerzo destaca, entre múltiples motivos, por tres particulares: en primer lugar, por la urgente necesidad de reflexionar, criticar y repensar al derecho desde otros espacios de conocimiento, pues la tradición jurídica ha sido profundamente hermética en su devenir, lo que ha provocado que el derecho sea desbordado por muchos de los problemas y los conflictos a los que en la actualidad se enfrenta y trata de regular y resolver; en segundo lugar, porque, aunada a esta apertura que encarna el movimiento Derecho y Literatura, también añade un elemento que complementa al derecho, el cual se encuentra en estado crítico: la humanidad propia de la literatura (humanista); y, por último, porque, al no centrarse en una sola línea de investigación de la producción del autor

homenajado, ofrece no solo un amplio panorama de su trabajo, sino que además sirve como un instrumento para ahondar, desde lecturas diversas y enriquecedoras de los autores incluidos en la obra, en elementos importantes sobre su trabajo, como la iuspoética y los fundamentos teóricos y metodológicos de la práctica del derecho y la literatura, sin descuidar su propia producción literaria.

Derecho y Literatura en América Latina: Homenaje a Iván Rodríguez Chávez. Tomo I está estructurado en tres capítulos que son precedidos por un abundante texto introductorio redactado por los editores y una remembranza de Iván Rodríguez Chávez, cuyo autor es Félix Romero Revilla, en la que se asoma la memoria que, a mi parecer (y como puede abstraerse del estudio sobre su ética, a cargo del doctor Távara en el primer capítulo), es compartida por quienes confluyeron en ese espacio de reflexión, en torno al distinguido doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: un hombre «sencillo, humilde, inteligente, creativo, trabajador, incansable, practicó la justicia por excelencia y, sobre todo, fue solidario y honesto» (Romero Revilla, 2024, p. 25). El primer capítulo recoge investigaciones acerca de los estudios sobre derecho y literatura de Rodríguez Chávez; el segundo, análisis sobre la obra poética, histórica y pedagógica del autor, quien además fue un relevante profesor tanto de Derecho como de Literatura; en el tercero, reflexiones de diversos autores acerca de los textos críticos de Rodríguez Chávez sobre la obra del poeta peruano César Vallejo.

En el primer capítulo, «Iván Rodríguez Chávez y los estudios del derecho y la literatura», la obra inicia con un texto redactado por el mismo Rodríguez Chávez: «La iuspoética: estudio de derecho en la literatura», en el que, tras explorar la posibilidad de nombrar una de las relaciones existentes entre el derecho y la literatura, y con fundamentos filológicos, acuña el término *iuspoética*. A esta apertura con moño de oro se le suman las plumas de Francisco Távara Córdova, José Antonio Mazzotti, Javier Morales Mena, Gustavo Reynaldo Domínguez Chíncha y Manuel de J. Jiménez Moreno. Como se adelantó en párrafos anteriores, en este capítulo los autores se detienen a analizar y reflexionar respecto de los estudios sobre derecho y literatura del académico homenajeado.

Destacan en este apartado, particularmente, tópicos como ética y estética, decolonialismo, cultura literaria del derecho, justicia y pedagogía.

En el segundo capítulo, «Iván Rodríguez Chávez: poética, historia y pedagogía», confluyen las voces de Ricardo González Vigil, Thomas Ward, Rosario Valdivia Paz-Soldán, Wilfredo Kapsoli Escudero y José Félix Palomino Manchego. Los cinco textos que componen este apartado reparan en la obra poética y el ensayo histórico de Rodríguez Chávez, así como en el carácter humanista de su pedagogía.

En el tercer capítulo, «Iván Rodríguez Chávez, lector de César Vallejo», dialogan las reflexiones analíticas de Gladys Flores Heredia, Camilo Fernández Cozman y Manuel de J. Jiménez Moreno. En ellas observamos que las interpretaciones de Chávez sobre el reconocido poeta peruano nos recuerdan que no todas las lecturas estaban hechas; asimismo, descubrimos que su perspectiva de jurista se convirtió en un instrumento pedagógico práctico para el derecho, según lo apuntan algunas de las plumas reunidas en esa sección.

Sin la pretensión de que este texto sea en un resumen sobre la obra comentada —porque no es el objetivo de una reseña—, a partir del repaso sintético sobre cada una de las secciones que conforman este primer tomo, anoto algunos comentarios por los que considero relevantes y recomiendo ampliamente la lectura y la reflexión acerca de los estudios que congregaron a expertos del mundo en el área del derecho, las letras y la lengua, además del derecho y literatura:

1. Los textos nos sitúan en un presente habitado y conocido por los lectores, pero también conforman una memoria trascendental en dos dimensiones: a) recordar el legado del profesor que en paz descanse; b) generar un registro al cual las futuras generaciones puedan recurrir en términos consultivos por la perspectiva prospectiva de las plumas y las voces que se sumaron al diálogo.
2. La diversidad de espacios de enunciación desde donde se reflexiona sobre la obra de Iván Rodríguez Chávez permite generar un diálogo enriquecedor en torno a su legado, pero también detonar nuevos conocimientos.

3. La obra añade un importante componente al homenaje del jurista y poeta peruano: no se reduce a una aproximación a su obra ni a su trayectoria profesional, sino que considera algunos elementos experienciales y sentimentales relacionados con su vida social, los cuales humanizan a quien encarnó el humanismo mismo, subrayando que la ética que subyace a su producción académica y literaria es aquella que él mismo profesó con sus acciones. Esto es relevante porque denota que la ética, antes que discursiva, debe ser práctica, sobre todo para quienes dedican sus vidas a la justicia.
4. Los temas relativos a la hermenéutica del derecho y literatura se exploran a través de las distintas lecturas expuestas sobre la obra poética de Iván Rodríguez Chávez, aproximándonos no únicamente a su poesía, sino a su propuesta interpretativa desde el derecho y literatura.
5. La interdisciplinariedad se ha asomado en recientes fechas como una necesidad para superar la vorágine en la que los sistemas jurídicos se sumergen ante la incapacidad de superar los retos a los que se enfrentan las comunidades contemporáneas. La literatura, particularmente, en su estudio en relación con el derecho, dota de un carácter humanista a un derecho que —en términos de Gustav Radbruch— se ha abstraído de lo que es humano.
6. Este primer tomo del libro es un espacio donde se recoge el trabajo intelectual que se presentó durante los tres días en los que transcurrió el Congreso —reitero, primero y único en su tipo— haciéndolo trascender de los micrófonos y las aulas a una obra duradera para consulta futura que permitirá «continuar el diálogo».

Derecho y Literatura en América Latina: Homenaje a Iván Rodríguez Chávez. Tomo I constituye un instrumento de memoria sobre Iván Rodríguez Chávez y el devenir del movimiento en la región latinoamericana; a su vez, es una herramienta de consulta para cualquier estudioso del derecho, de la literatura y/o del derecho y literatura, en su aproximación a las propuestas académicas, las prácticas jurídicas y literarias, y los conocimientos producidos desde esta «reciente» área de estudio. Su

producción ha sido el resultado del esfuerzo que académicos de diversas universidades y países han realizado por construir un mundo más justo y, por ende, más habitable.

MATEO MANSILLA-MOYA
Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)
Contacto: mateomansilla.moya@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0003-4488-8988>



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. 13, n.º 16, julio–diciembre, 2024 • Publicación semestral. Lima, Perú

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

DOI: 10.59885/iusinkarri.2024.v13n16.12

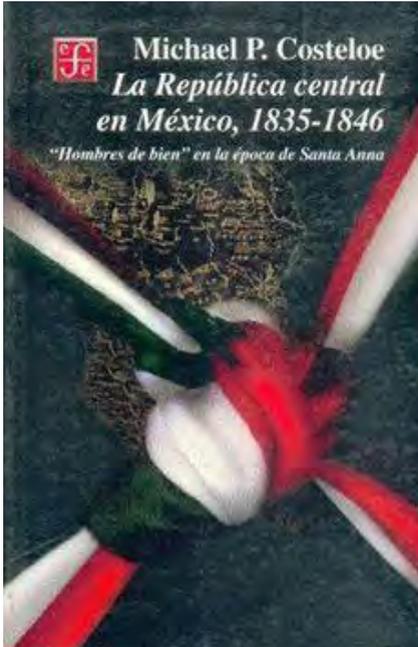
COSTELOE, M. P. (2000).

LA REPÚBLICA CENTRAL EN MÉXICO, 1835-1846. «HOMBRES DE BIEN» EN LA ÉPOCA DE SANTA ANNA.

Fondo de Cultura Económica. 406 pp.

Uno de los periodos más complejos de historiar en México es el comprendido desde el fin de la independencia hasta la última dictadura santanista por los difíciles episodios políticos, jurídicos y sociales que vivió el país. Sobre ese lapso de aproximadamente treinta años se han publicado diversas obras que tratan de explicar el proceso de conformación nacional. En ese contexto, tanto histórico como histórico-gráfico, se encuentran los trabajos de Michael Costeloe.

Como profesor de la Universidad de Bristol, junto a otros historiadores prestigiados como Charles Hale y Brian Hamnett, se interesó en el periodo que Josefina Zoraida Vázquez (2012, p. 1671) llamó las décadas olvidadas. No es el objetivo enumerar su vasta obra, pero sí es pertinente resaltar algunas de sus publicaciones en los idiomas inglés y español, como «Santa Anna and Gómez Farías administration in Mexico, 1833-1834», publicado en el año de 1974 en la revista *The Americas* de Cambridge University Press; «Spain and the latin american wars of independence: the free trade controversy, 1810-1820», publicado en 1981 en la revista *The Hispanic American Historical Review*, de Duke University Press; «Una curiosidad histórica: las primeras reseñas de las “obras



sueltas” de José María Luis Mora (1839)», que vio la luz en el año de 1988 en la revista *Historia Mexicana*, publicada por El Colegio de México.

En cuanto a libros realizados por Costeloe, se pueden incluir dos que han permitido reinterpretar la historia política de nuestro país en la primera mitad del siglo XIX. *La primera república federal de México (1824-1835). Un estudio de los partidos políticos en el México independiente*, publicado por el Fondo de Cultura Económica en el año de 1975, es un libro que, como el autor lo reconoció, surgió a partir del «sentimiento de frustración expe-

rimentado al tratar de presentar a estudiantes universitarios el complejo laberinto de la historia de México posterior a la independencia» (Costeloe, 2012, p. 9). Por ello, complejizó las relaciones políticas más allá de limitarse a categorías anquilosadas como liberales, conservadores, federalistas y centralistas. Y la segunda obra, la cual será sujeta a análisis en la presente reseña, es *La república central en México, 1835-1846. «Hombres de bien» en la época de Santa Anna*, publicada en inglés en 1993 y traducida en el 2000 por el Fondo de Cultura Económica. Con un total de doce capítulos, el autor expone una narración de los motivos, los acontecimientos, las causas y los personajes que gestaron el fin del federalismo y el advenimiento de la década centralista, para cerrar el texto con el regreso del sistema federal durante la década de los cuarenta del siglo XIX.

La justificación para la realización de la obra sobre el centralismo en México partió de la incomprensión del periodo que va de 1835 a 1846, así como los pocos estudios que se tenían hasta 1993 sobre dicho momento de nuestra historia (Costeloe, 2000, p. 8). La diferencia con otras obras, como *El liberalismo mexicano* de Jesús Reyes Heróles (1982), que vincula liberalismo y federalismo frente a conservadurismo

y centralismo (p. xvii), radica en complejizar el cambio realizado para 1835, debido a que lo atribuye a los hombres de bien definidos como provenientes

del sector medio de la sociedad; no de la aristocracia ni del proletariado, sino de lo que se denominaba cada vez más, desde finales del decenio de 1820, como «la clase media». No podían reconocerse por su postura política, ya que radicales como Valentín Gómez Farías, o conservadores como Alamán eran indudablemente «hombres de bien» (Costeloe, 2000, p. 35).

Otras de las características atribuibles a esos hombres de bien eran la profesión de fe católica, el sentido del honor (aunque históricamente en sus relaciones políticas a veces no cumplieran con él), la educación y la virtud, además de un elemento que cobrará importancia en el centralismo: la propiedad que daba el sentido de pertenencia a la clase media, ya sea a través de algún bien inmueble, la obtención de un capital proveniente de alguna industria o comercio, o simplemente por el ejercicio de algún puesto que les dejaba un ingreso para su subsistencia.

Su concepción histórica sobre el abandono del federalismo y la instauración del centralismo parte de los problemas que México estaba arrastrando desde el mundo colonial como las relaciones regionales que se habían instaurado; otros surgieron a partir del triunfo del independentismo como el aspecto económico que no tenía mejoría, así como algunos factores de poder que seguían influyendo en la vida pública, como lo eran el ejército, la Iglesia y la prensa. También recordó tomar en cuenta las dificultades que persistieron en el país a pesar de la instauración de una república federal, así como los levantamientos armados que conforme pasaba el tiempo eran mucho más recurrentes (Costeloe, 2000, pp. 50-51).¹

Todas estas complicaciones nacionales hicieron que los llamados hombres de bien, más allá de guiarse por ideas liberales y conservadoras, vieran con desdén al sistema popular (representativo) y favorecieran el cambio a partir de la concentración de un gobierno central bajo su

1 Véase también Fowler (2009).

dirección. Para Costeloe, el fin del federalismo inició con el gobierno de Valentín Gómez Farías y su iniciativa para consolidar medidas que, en ese momento, se consideraban como radicales, lo que trajo consigo el fin de su administración para 1834 y la reacción a través del Plan de Cuernavaca.

Un elemento por resaltar de la obra es la división que establece de las dos repúblicas centralistas que tuvo México: la primera fue instaurada en 1836 con las Siete Leyes como ley fundamental y la segunda, en 1843 con las Bases Orgánicas en sustitución de la anterior. Las diferencias son importantes, debido a que, aunque se estaba bajo el centralismo, su estructura constitucional era diferente: una tenía un cuarto poder encargado de tratar de controlar a los otros poderes, como lo fue el Supremo Poder Conservador; mientras que la otra trasladaba un exceso de facultades hacia el Ejecutivo en manos de Santa Anna. Mientras una buscaba resarcir los daños que, aparentemente, la federación había dejado, la otra era una muestra del exceso de concentración de poder y la anulación de su división.

Costeloe no olvidó que, entre las dos repúblicas centralistas, es decir, entre los años de 1841 y 1843, nuestro país estuvo sin un sistema constitucional y gobernado por los designios santanistas. Por ello, tituló al octavo capítulo «La dictadura disfrazada con el hermoso nombre de regeneración política», en la que Santa Anna se sobrepuso a otros sublevados militares como lo fueron Mariano Paredes y Arrillaga, Gabriel Valencia, e incluso a su siempre amigo José María Tornel.

La imposición de una dictadura tampoco podía entenderse sin una serie de beneficios que fueron otorgados a otros sectores como el mercantil, que agrupaba tanto a nacionales como extranjeros y se encargaba de comercializar el tabaco o el algodón. En ese entramado de beneficios también estuvo el Ejército, incluso se puede agregar a la Iglesia que lo había visto con cierto riesgo, ya que se tenía como referencia a la administración de Anastasio Bustamante que había beneficiado al clero.

Para el autor, el fin de la década centralista se dio con la llegada de Mariano Paredes de Arrillaga a la presidencia de la república con una conspiración monárquica de por medio (Soto, 1988). De acuerdo

con sus palabras «Paredes representaba sin equivocación los valores de los “hombres de bien” conservadores... era fuertemente clerical y sentía nostalgia por lo que veía como la estabilidad social y moral de la época colonial» (Costeloe, 2000, p. 361). Por tal motivo, fue apoyado por algunas figuras de renombre como Lucas Alamán, ya dentro del conflicto con los Estados Unidos.

En el último capítulo de *La república central en México, 1835-1846*, Costeloe explicó que Arrillaga tenía en contra a Valentín Gómez Farías y a Santa Anna, cuyas negociaciones ayudaron a terminar con su gobierno, por lo que el primero se hizo cargo de la presidencia después del interludio de Mariano Salas. Las pláticas entre los dos personajes antes citados ocasionaron que regresara la Constitución de 1824 y se declarara nula toda la legislación emitida antes de agosto de 1846.

Si el fracaso del federalismo fue atribuible a la imposibilidad de eliminar los resabios coloniales y a los intereses regionales, el fin del centralismo fue atribuido a «las presiones surgidas de la diversidad regional, la división ideológica, el cambio social, los problemas económicos, el conservadurismo institucional, los valores tradicionales en conflicto con los nuevos y las ambiciones personales» (Costeloe, 2000, p. 387). Para el autor, el decenio centralista está inmerso dentro de una época de cambios abruptos en donde están de por medio diversos proyectos para el país con fuerzas políticas en pugna.

En cuanto a las fuentes utilizadas para construir el texto, pueden destacarse tanto primarias como secundarias. En el primer rubro son incluidos los diferentes diarios de la época como *El Mosquito Mexicano*, *La Lima de Vulcano* y *El Sol*, que son catalogados por la historiografía como defensores de ideas conservadoras; *El Telégrafo*, cuya línea editorial era la defensa de las acciones santanistas; así como *El Fénix de la Libertad* y *El Siglo Diez y Nueve*, cuyas tendencias eran liberales.

Cabe señalar que recurrió a archivos tanto nacionales como extranjeros, entre los que se pueden destacar el Archivo General de la Nación, el Archivo del Senado y el Fondo Reservado de José María La Fragua, ubicado dentro de la Biblioteca Nacional en nuestro país. En el extranjero, accedió a la Colección Latinoamericana de Nettie Lee Benson en la

Universidad de Texas, en donde pudo consultar documentos de Alamán, Gómez Farías, Paredes y Arrillaga, Santa Anna, Gómez Pedraza, Otero y Riva Palacio.

Entre las obras consultadas como fuentes primarias se encuentran los textos de Lucas Alamán con su *Historia de México*, que tiene como punto de partida el año de 1808, y *México desde 1808 hasta 1867* de Francisco de Paula Arrangoiz. Los autores de ambas publicaciones son considerados historiadores conservadores. Asimismo, existe una fuerte presencia de los escritos de Carlos María de Bustamante con *El nuevo Bernal Díaz del Castillo* y la continuación de su cuadro histórico de la Revolución mexicana, sin olvidar la inclusión de Madame Calderón de la Barca, con su texto titulado *Life in Mexico*, y los escritos de José María Luis Mora y Lorenzo de Zavala.

Respecto de las fuentes secundarias, se pueden encontrar algunos autores fundamentales tanto nacionales como extranjeros para poder entender la primera mitad del siglo XIX. Entre ellos se pueden destacar: Christon Archer con *The Army in Bourbon Mexico*; Timothy Anna con su obra titulada *The Mexican empire of Iturbide*; Nettie Lee Benson, cuyo texto utilizado fue *Mexico and the Spanish Cortes*; Charles Hale con su *Liberalismo mexicano en la época de Mora*; y Brian Hamnett con *Roots of insurgency: Mexican regions, 1750-1824*, junto a los textos de Jean Bazant. Además de la *Historia de la nación mexicana* de Mariano Cuevas, y *Banco y poder en México (1800-1925)*, coordinado por Leonor Ludlow y Carlos Marichal, al mismo tiempo se incluyeron otras obras como *El Constituyente de 1842* de Cecilia Noriega Elio; *El liberalismo mexicano* de Jesús Reyes Heróles; *La conspiración monárquica* de Miguel Soto Estrada; *Alamán, estadista e historiador* de José C. Valadés; y *Santa Anna: espectro de una sociedad* de Agustín Yáñez.

Después de explicar tanto el contenido como las fuentes utilizadas por Costeloe en su obra sobre las repúblicas centrales en México, no queda más que decir que ayuda a comprender un periodo de la historia política y constitucional de nuestro país estigmatizada por la persistencia y la subsistencia del federalismo. En ese sentido, cobra una mayor relevancia su interpretación del advenimiento centralista que, desde su visión, se da por los llamados hombres de bien, determinados por un factor económico y no por un ideario político.

También habría que rescatar la marcada diferencia entre los dos centralismos instaurados, respectivamente, en 1836 y 1843, así como el interludio dictatorial de Santa Anna por dos años a partir de 1841. Ello permite entender las divergencias dentro de un modelo que, aparentemente, era homogéneo, explicado a través de los dos textos constitucionales que tuvo el país. Se observa un uso extensivo y correcto tanto de fuentes primarias como de secundarias, lo que da robustez y seriedad al trabajo. No solo recurrió a obras publicadas tanto en el siglo XIX como en el XX, sino que utilizó documentación ubicada en diferentes archivos, lo que posibilita obtener información que a veces es relegada.

La importancia de *La república central en México, 1835-1846. «Hombres de bien» en la época de Santa Anna* radica en entender de manera diferente al centralismo, sus orígenes, cambios y repercusiones; y de ser un punto de partida para su estudio, ya que hoy existen otras obras que abordan la misma temporalidad como el texto de Reynaldo Sordo Cedeño, titulado *El Congreso en la primera república centralista*, publicado casi al mismo tiempo, y *El Supremo Poder Conservador: el diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, de David Pantoja Morán, publicado en el 2005. En conclusión, Michael Costeloe y su obra histórica siguen siendo centrales para tratar de conocer, comprender y escribir sobre un periodo caótico y convulso de nuestra propia historia.

REFERENCIAS

- Costeloe, M. P. (2000). *La república central en México, 1835-1846. «Hombres de bien» en la época de Santa Anna*. Fondo de Cultura Económica.
- Costeloe, M. P. (2012). *La primera república federal de México (1824-1835). Un estudio de los partidos políticos en el México independiente*. Fondo de Cultura Económica.
- Fowler, W. (2009). El pronunciamiento mexicano del siglo XIX. Hacia una nueva tipología. *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, (38), 5-34. <https://moderna.historicas.unam.mx/index.php/ehm/article/view/17756/16937>

- Reyes Heróles, J. (1982). *El liberalismo mexicano (t. I). Los orígenes*. Fondo de Cultura Económica.
- Soto, M. (1988). *La conspiración monárquica en México, 1845-1846*. Offset.
- Vázquez, J. Z. (2012). Michael P. Costeloe, 1939-2011. *Historia Mexicana*, 61(4), 1669-1673.

LUIS JULIÁN MIRELES ROMERO
Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)
Contacto: lmireles@derecho.unam.mx
<https://orcid.org/0009-0006-8669-2619>

Artículos de investigación

El consumidor empresario en Argentina y su análisis en la legislación comparada
ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU

Notas sobre la «transculturación jurídica»: un concepto clave en contextos de pluralismo
IRÁN VÁZQUEZ HERNÁNDEZ

Lo impolítico en cuestión. Un análisis sobre la crisis de las nociones jurídico-políticas modernas en las objeciones a *Categorie dell'impolitico* de Roberto Esposito
GUILLERMO BIALAKOWSKY

La interseccionalidad y los derechos humanos: una aproximación bioética
YURI ZAMBRANO

Eficiencia en la formalización de propiedades: evaluación de nulidades en prescripción adquisitiva y estrategias de mejora notarial
ENRIQUE MENDOZA VÁSQUEZ
Cuestiones importantes que se deben tener en cuenta sobre los poderes
AXEL ENRIQUE TUIRO LAYME

Derecho de acceso a la justicia del niño indígena en el Perú
JAINOR AVELLANEDA-VÁSQUEZ, LEONARDO ORTIZ-MAS, ANGIE MARICIELO YNOÑAN-VALDERA Y FLOR LEONARDA SANTIAGO-CANTEÑO

Psicoanálisis del abogado: alto riesgo para su salud mental
PEDRO MARTÍNEZ VALERA

Direito e artes visuais: imagem, imaginário e imaginação no direito
RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

Derecho en la literatura: imágenes surrealistas en «María del Carmen» de Francisco (Paco) Espínola
LUIS MELIANTE GARCÉ, MARÍA JOSÉ PORTILLO, CATHERINE LÓPEZ Y MA. CECILIA BARNECH

Reseñas

Romero Revilla, R., y Flores Heredia, G. (eds). (2024). *Derecho y Literatura en América Latina: Homenaje a Iván Rodríguez Chávez*. Universidad Ricardo Palma. 328 pp. Una lectura del tomo I
MATEO MANSILLA-MOYA

Costeloe, M. P. (2000). *La república central en México, 1835-1846. «Hombres de bien» en la época de Santa Anna*. Fondo de Cultura Económica. 406 pp.
LUIS JULIÁN MIRELES ROMERO