

UNIVERSITAS

Revista de Filosofía, Derecho y Política

48 Enero
2026

Sumario

- 4 *Presentación*, por Ignacio Campoy Cervera.
- 7 *Más allá de los números: igualdad de oportunidades en la intervención estatal del mercado laboral*, por Cristián Augusto Fatauros.
- 30 *Sobre la ignorancia y el desconocimiento de los derechos humanos. Reflexiones desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, por Agustín Eugenio Martínez Elías.
- 54 *El derecho de propiedad privada: ¿aliado o enemigo del objetivo 15 de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible? La aplicación de derechos ecologizadores sobre ecosistemas terrestres de propiedad privada*, por Daniela Alejandra Bañuelos Hinojosa.
- 74 *Personalidad jurídica e inteligencia artificial*, por Cristián Pérez García.
- 98 *Discriminación en los sistemas de IA: la discapacidad con un enfoque interseccional*, por Italo Giancarlo Álvarez Lozano y Diana María de los Ángeles Vicente Munárriz.
- 121 *El cerebro humano en una encrucijada. La protección jurídica del derecho a la libertad del pensamiento en el contexto de las neurotecnologías*, por María Alejandra Albarracín Torres.
- 138 *El derecho de autor y el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial. Análisis comparado del derecho italiano y argentino*, por Lucía Martínez Lima y Flaminia D'Antonio.
- 166 *Criterios empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la valoración probatoria en casos de violencia de género*, por Claudia N. Flores Mejía.
- 208 *Una respuesta de justicia para las mujeres víctimas de dictaduras o conflicto interno en Sudamérica*, por Boris Hau.
- 226 *“Sombra aquí, sombra allá...” El uso cosmético del “gender mainstreaming” para combatir los estereotipos de género. Análisis en el caso del poder judicial chileno*, por Pilar Maturana Cabezas.
- 245 *La gran perversión: Isaiah Berlin frente a los populismos*, por Alejandro J. Gomis de Francia.
- 269 *Análisis de la ley 6/2022 a la luz del paradigma antisubdiscriminatorio*, por Macarena Burgos Martínez.

Participan en este número

Ignacio Campoy Cervera, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. (España)

Cristián Augusto Fatauros, Investigador Adjunto CONICET-UNC (Argentina).

Agustín Eugenio Martínez Elías, Investigador Independiente (México).

Daniela Alejandra Bañuelos Hinojosa, Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (México).

Cristián Pérez García, Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, Universidad de Oviedo. (España)

Italo Giancarlo Álvarez Lozano, Doctorando Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Perú) y Diana María de los Ángeles Vicente Munárriz, Bibliotecóloga por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú).

María Alejandra Albarracín Torres, Doctoranda en Derecho UC3M (Ecuador).

Lucía Martínez Lima, Doctoranda Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Flaminia D'Antonio, Doctoranda Universidad Nápoles Federico II (Italia).

Claudia N. Flores Mejía, Abogada, notaria y colaboradora en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Boris Hau, Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Chile).

Pilar Maturana Cabezas, Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Chile).

Alejandro J. Gomis de Francia, Doctorando en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Universidad de Zaragoza (España).

Macarena Burgos Martínez, Doctoranda en Derechos Fundamentales, Poderes Públicos, Unión Europea (España).

UNIVERSITAS

Dirección

Ignacio Campoy Cervera

Subdirección

Ángel Llamas
Laura Cecilia Razo Godínez

Secretaría

Juan Pablo Carbajal-Camberos

Consejo Editorial

Rafael de Asís Roig | Javier Ansuátegui Roig | María del
Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio
Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique
| José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga |
Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José Antonio
López García | Ángel Pelayo | Andrea Porciello | Miguel Ángel
Ramiro | Alberto del Real | Adrián Rentería | José Manuel
Rodríguez Uribe | Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles
Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier Medina | Ramón
Ruiz Ruiz | Irene Vicente Echevarría | María Laura Serra |
Agustina Palacios

Redactores

Constanza Núñez Donald, Francisco M. Mora-Sifuentes, Lina
Victoria Parra Cortés, Agustina Carla Hernández Bologna,
José de Jesús Chávez Cervantes, Laura Arenas Peralta

Edita

Instituto de Derechos Humanos
“Gregorio Peces-Barba” y la Asociación de Estudiantes y
Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos “Gregorio
Peces-Barba”

© Universidad Carlos III de Madrid, 2025
revistauniversitas@uc3m.es

**Dirección de envío de los trabajos para su
evaluación:**

revistauniversitas@uc3m.es

PRESENTACIÓN

FOREWORD

Ignacio Campoy Cervera*

En este número 48 de UNIVERSITAS hemos conseguido reunir una serie de trabajos que, además de su alta calidad científica, aportan, a través de una interesante diversidad temática y metodológica, muchos elementos de valor para articular respuestas críticas a las transformaciones institucionales, tecnológicas y sociales tan aceleradas de nuestros tiempos.

En todo caso, para su presentación en la revista, el/la lector/a podrá observar que se ha optado por unificar los artículos en torno a tres grandes bloques temáticos. El primero tiene relación con los fundamentos normativos de la justicia, a través de reflexiones entorno a la igualdad de oportunidades, la educación en derechos humanos, la sostenibilidad ecológica y un diagnóstico político del presente, desde autores contemporáneos. En el segundo se analizan posibles desafíos jurídicos y éticos derivados de la adopción de tecnologías emergentes— con énfasis especial en la inteligencia artificial, la discriminación algorítmica, los *neuroderechos* y los conflictos con la propiedad intelectual—. Y en el tercer bloque se analizan estructuras de subordinación y las luchas por la igualdad de género, la accesibilidad cognitiva y la justicia transicional.

En el primer bloque, Cristián Augusto Fatauros, en "*Más allá de los números: igualdad de oportunidades en la intervención estatal del mercado laboral*", ofrece un análisis exhaustivo y normativamente fundado de las políticas de activación laboral, con especial énfasis en la contratación subsidiada de jóvenes sin experiencia; defendiendo, a partir de una reconstrucción del debate igualitarista, la solidez normativa de una interpretación equitativa inspirada en Rawls, y utilizando ese marco analítico para evaluar una política pública en Argentina. Por su parte, Agustín Eugenio Martínez Elías, en su trabajo "Sobre la ignorancia y el desconocimiento de los derechos humanos...", reconstruye los debates conceptuales del preámbulo de la Declaración Universal en torno al desconocimiento, la indiferencia y la banalidad del mal como causas de violaciones graves, subrayando el papel central de la educación en derechos humanos como herramienta preventiva. Daniela Alejandra Bañuelos Hinojosa, en "*El derecho de propiedad privada: ¿aliado o enemigo del Objetivo 15 de la Agenda 2030...?*", examina las tensiones existentes entre el derecho moderno de propiedad privada y la protección efectiva de un mundo *más-que-*

* Director de UNIVERSITAS. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: icampoy@der-pu.uc3m.es. <https://orcid.org/0000-0003-2272-4838> Agradezco particularmente al equipo editorial de la revista por el arduo trabajo en este número.

humano, proponiendo una reinterpretación ecológica de la propiedad mediante figuras jurídicas como el *derecho real de conservación*, los *derechos bioculturales* y los *derechos de la naturaleza*. Y Alejandro J. Gomis de Francia reflexiona, en “La gran perversión: Isaiah Berlin frente a los populismos”, sobre el auge de los populismos contemporáneos a partir de las ideas del pluralista liberal Isaiah Berlin; interpretando los populismos como expresiones monistas que simplifican debates complejos sobre la libertad y la homogeneidad, y advirtiendo de los riesgos de una perversión extrema de la libertad en sociedades atomizadas y complejas como las democracias liberales modernas.

El segundo bloque se inicia con el artículo de Cristián Pérez García, “*Personalidad jurídica e inteligencia artificial*”, en el que desarrolla un análisis filosófico-jurídico sobre el concepto de persona y los límites teóricos de atribuir personalidad jurídica a sistemas de IA; advirtiendo sobre el riesgo de crear una especie de *ilusionismo normativo* que encubra la responsabilidad humana. Desde una perspectiva complementaria, Ítalo Giancarlo Álvarez Lozano y Diana María de los Ángeles Vicente Munarriz, en “*Discriminación en los sistemas de IA...*”, analizan cómo los sesgos algorítmicos reproducen desigualdades ya arraigadas en nuestras sociedades que afectan especialmente a las personas con discapacidad, mujeres, comunidades racializadas y grupos empobrecidos; defendiendo en su trabajo la interseccionalidad como herramienta política y no meramente técnica. En esa línea, María Alejandra Albarracín Torres, en “El cerebro humano en una encrucijada...”, examina los desafíos que plantean las *neurotecnologías* a la libertad de pensamiento y la autonomía mental, defendiendo la expansión garantista de derechos ya existentes como alternativa a la creación prematura de nuevos “neuroderechos”. Y el bloque lo culmina el trabajo de Lucía Martínez Lima y Flaminia D’Antonio “*El derecho de autor y el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial...*”, en el que se realiza un análisis entre Italia y Argentina sobre el uso de obras protegidas para entrenar IA generativa; analizando las tensiones entre creatividad humana, trazabilidad, transparencia algorítmica y nuevas formas de lo que llamarán *parasitismo digital*.

Finalmente, el número concluye con un tercer bloque de artículos, en el que Claudia N. Flores Mejía analiza, en “Criterios empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre valoración probatoria en casos de violencia de género”, los estándares flexibles desarrollados por la Corte, destacando el papel del testimonio de la víctima. Boris Hau, en “Una respuesta de justicia para las mujeres víctimas de dictaduras o conflicto interno en Sudamérica”, ofrece un análisis de la justicia transicional en la región, visibilizando la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y el rol central del activismo de mujeres sobrevivientes en la reapertura de procesos judiciales. A ese análisis desde la perspectiva de género se suma el artículo de Pilar Maturana Cabezas, “‘Sombra aquí, sombra allá...’ El uso cosmético del

gender mainstreaming...”; en el que la autora presenta críticamente la transversalización del enfoque de género en el Poder Judicial chileno, advirtiendo sobre los riesgos de su implementación simbólica en un contexto institucional marcado por el textualismo. Y cierra este bloque el trabajo de Macarena Burgos Martínez, “Análisis de la Ley 6/2022 a luz del paradigma antisubordiscriminatorio”; en donde examina el derecho a la accesibilidad cognitiva en España y evalúa si su positivización supera —o reproduce— los límites del derecho antidiscriminatorio convencional, subrayando la insuficiente transversalidad de la accesibilidad cognitiva y la ausencia de medidas claras de acción positiva.

MÁS ALLÁ DE LOS NÚMEROS

Igualdad de oportunidades en la intervención estatal del mercado laboral

BEYOND THE NUMBERS
Equality of opportunity in labour market state intervention

Cristián Augusto Fatauros*

RESUMEN: Este trabajo presenta tres diferentes versiones del principio de igualdad de oportunidades con el fin de identificar una justificación ético-normativa para ciertas políticas de activación del mercado laboral. En particular, el foco está puesto en la contratación subsidiada de jóvenes sin empleo. En cada interpretación se presentan las principales ideas y los problemas que tendría cada una. En principio, sólo la interpretación *equitativa* del principio de igualdad de oportunidades tiene las características adecuadas para justificar este tipo de políticas. Finalmente, se responde a una cuestión metodológica sobre cuáles deberían ser los criterios relevantes para la evaluación de políticas públicas. En este sentido se critica la posición que considera relevantes las cuestiones económicas mientras soslaya cualquier referencia a valores éticos y políticos propios de un sistema social justo. El trabajo tiene un objetivo aclaratorio y no pretende determinar cuál es la interpretación correcta del principio de igualdad de oportunidades, sólo identificar la justificación más adecuada a la política de contratación subsidiada.

ABSTRACT: *This paper explores three different versions of the principle of equality of opportunity to identify an ethical-normative justification for certain labor market activation policies. The focus is specifically on the subsidized hiring of the unemployed youth. Each interpretation is presented alongside its main ideas and the challenges it may entail. Roughly speaking, the principle of fair equality of opportunity seems qualified to justify such policies. Finally, the paper addresses a methodological question regarding which criteria should be relevant for evaluating public policies. It challenges the view that exclusively economic considerations are sufficient, advocating instead for the inclusion of ethical and political values inherent to each political system. The paper has a clarificatory aim and does not seek to determine the "correct" interpretation of the principle of equality of opportunity, but rather to identify the most suitable justification for subsidized hiring.*

PALABRAS CLAVES: desempleo, equidad, igualitarismo de la suerte, meritocracia, oportunidades laborales, políticas públicas

KEYWORDS: *unemployment, fairness, job opportunities, luck egalitarianism, meritocracy, public policies*

Fecha de recepción: 30/10/2025
Fecha de aceptación: 30/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10082>

* Investigador Adjunto, Instituto de Estudios sobre Derecho, Justicia y Sociedad (CONICET-UNC). Profesor de Ética y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Correo institucional: cristian.fatauros@conicet.gov.ar. <https://orcid.org/0000-0002-6803-9783>

1.- INTRODUCCIÓN

Cualquier política pública podría ser evaluada según diferentes parámetros: por una parte, podría valorarse la eficiencia en el uso de los recursos económicos y su relación con los resultados generados; por otra parte, podría evaluarse en referencia a los resultados que *debería* producir o el ideal que *debería* satisfacer. Por ejemplo: una política pública que busca dinamizar el mercado laboral puede ser considerada “eficiente” si los incrementos en los ingresos económicos de las personas beneficiadas son mayores que los que se podrían lograr invirtiendo esos recursos de otra manera. Del mismo modo, podemos evaluar positivamente una política si mejora las capacidades laborales de las personas, y éste fuese un objetivo moralmente deseable, o que se deriva de un ideal socialmente valioso¹. Por eso, cualquier evaluación de una política pública debería comenzar por definir *qué tipo* de evaluación se propone llevar adelante, según parámetros normativos ético-políticos o según términos económicos y quizás no deberíamos contentarnos sólo con uno de estos enfoques, sino que ambos deberían ser aplicados. Más aún si se trata de políticas públicas como las que subsidian empleos, o que complementan el sueldo de quien trabaja puesto que, al intervenir sobre la oferta y demanda de puestos de trabajo, estas políticas tienen impactos diversos: sobre el bienestar, sobre los ingresos, sobre la libertad, etc.

Conviene primero conceptualizar mejor ese tipo específico de políticas de activación laboral. Los subsidios en la contratación laboral, según la Comisión Europea, constituyen una herramienta de intervención en el mercado, mediante la cual los Estados cubren el total o parte del salario de una persona contratada por una empresa particular, encargada de proveer entrenamiento y capacitación². Los antecedentes de estos programas se encuentran en las políticas de “workfare” o de incentivos al trabajo y activación laboral, propios de los sistemas utilizados en Estados Unidos o Reino Unido³. Al contrario

¹ Sobre la impermisibilidad de imponer condiciones a la entrega de beneficios económicos Robert Goodin, “Support with Strings: Workfare as an ‘Impermissible Condition’,” *Journal of Applied Philosophy* 21, no. 3 (2004). Sobre la cuestión de cómo la filosofía política se relaciona con el diseño de políticas públicas Jonathan Wolff, *Ethics and Public Policy: A Philosophical Inquiry* (Routledge, 2011), y Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Ed. 2, (Oxford University Press, 2002).

² COMISIÓN EUROPEA (2017). Url: https://commission.europa.eu/document/download/a42d806a-7007-498f-a758-b95abd63a1f0_es?filename=european-semester_thematic-factsheet_active-labour-market-policies_es.pdf. Fecha de acceso: 18/12/2024.

³ Debemos remarcar que, en dichos países, la entrega de beneficios incondicionales que se asocian a políticas pasivas (transferencias como el Ingreso Básico Universal) no han tenido una aceptación generalizada. Una descripción detallada de la prehistoria de los sistemas de seguridad social puede verse en Philippe Van Parijs and Yannick Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy* (Harvard University Press, 2017). No obstante, para Serena

de los programas “pasivos”, los programas de activación laboral no vinculan una transferencia monetaria a una acción determinada (como asistir a una entrevista con los servicios sociales, o acreditar que uno está buscando trabajo), sino que tienen el objetivo de *crear* un mercado laboral, o *intervenir* en él. Para lograrlo, el Estado se ubica como intermediador entre las empresas privadas y los individuos trabajadores⁴. No se trata de “beneficios o asistencias económicas”, sino que los recursos obtenidos tienen un carácter “retributivo” por la actividad realizada (un salario que compensa las horas trabajadas). Es de destacar que sus consecuencias impactan sobre los ingresos económicos y sobre la probabilidad de conseguir un empleo en el futuro⁵. La magnitud de su impacto depende de cuál sea el nivel socioeconómico de la persona afectada. En algunos casos, sus resultados logran un incremento significativo en los ingresos, de tal modo que la persona participante puede llevar adelante un proyecto que ella juzgaba importante. En otros casos, apenas si le permite salir de la indigencia o de la pobreza.

Las investigaciones y evaluaciones de estos programas desde un punto de vista filosófico normativo son relativamente escasas, por lo que resulta original y útil realizar una contribución a la literatura especializada en el tema. Por ello, y más allá de su impacto inmediato sobre los ingresos, muchas de las políticas públicas de activación laboral pueden ser evaluadas a la luz de un ideal que directa o

Olsaretti y Paul Bou-Habib un liberal igualitario no debería rechazar los programas de transferencias monetarias incondicionales Paul Bou-Habib and Serena Olsaretti, "Liberal Egalitarianism and Workfare," *Journal of Applied Philosophy* 21, no. 3 (2004): 263-67. Solo puede hacerse a costa de aceptar como premisa tesis contrarias al igualitarismo. Ver *ibid.*, 263-67.

⁴ Una distinción primaria puede hacerse entre programas de transferencias monetarias *incondicionales* y *condicionales* y dentro de éstos últimos, diferenciar entre programas que mejoran el bienestar “mediante el trabajo” (los llamados “workfare”) y programas de bienestar “que incentivan el trabajo” (los llamados “work-incentive policies”. Ver Bou-Habib and Olsaretti, "Liberal Egalitarianism and Workfare": 258.

⁵ Ver Lucila Berniell and Dolores de la Mata, "Starting on the Right Track: Experimental Evidence from a Large-Scale Apprenticeship Program," *Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), Buenos Aires. Documento inédito* (2016); Lucila Berniell, Dolores de la Mata, and Federico Juncosa, "Local Externalities in Labor Markets: Congestion and Information Flow among Peers," (CAF Development Bank Of Latin America, 2020); Daniel Sage, "Do Active Labour Market Policies Promote the Well-Being, Health and Social Capital of the Unemployed? Evidence from the UK," *Social Indicators Research* 124, no. 2 (2015); Lucila Berniell and Dolores de la Mata, "Starting on the Right Track? The Effects of First Job Experience on Short and Long Term Labor Market Outcomes," (2017b); "Prácticas Laborales Como Mecanismo Para Mejorar La Empleabilidad De Los Jóvenes: Lecciones Para El Caso Argentino," (2017a); Jan Boone and Jan C Van Ours, "Effective Active Labor Market Policies," Available at SSRN 641561 (2004); Jochen Kluve and Uma Rani, *A Review of the Effectiveness of Active Labour Market Programmes with a Focus on Latin America and the Caribbean* (ILO Geneva, Switzerland, 2016); Lena Nekby, *Active Labor Market Programs for the Integration of Youths and Immigrants into the Labor Market: The Nordic Experience* (CEPAL, 2008).

indirectamente intentan satisfacer: *brindar oportunidades para que la ciudadanía mejore sus condiciones de vida y accedan a un empleo formalmente registrado* (recurso limitado y muy valioso).

Dado que existe una notoria desigualdad de oportunidades para obtener un trabajo futuro entre quienes tienen una experiencia en un empleo formal y quienes carecen de experiencia, resulta claro que deberíamos preguntarnos si los programas de activación del mercado laboral realmente representan un avance en este sentido. Especialmente, si estas políticas se dirigen a la población joven sin experiencia, quienes se encuentran en condiciones desventajosas respecto al resto de la población que ya tiene experiencia. Las personas jóvenes que además tienen desventajas por su contexto socioeconómico o familiar, podrían quejarse de que las instituciones no están haciendo nada para equiparar su situación respecto de quienes tienen contextos familiares estimulantes y favorecedores. ¿Les brindan sus instituciones iguales oportunidades? Frente a cualquier política destinada a intervenir sobre el mercado laboral, ya sea fomentando un sector de la economía, o constituyendo al Estado como un actor/empleador de último recurso, corresponde determinar si alguna versión del principio de igualdad de oportunidades se ve satisfecha con su implementación.

La discusión que nos concierne ha sido oportunamente delimitada por John Rawls, quien rechaza una interpretación formal de la igualdad de oportunidades porque no considera adecuadamente el contexto personal de cada individuo⁶. Esta lectura, y su rechazo, se apoya sobre una premisa moral intuitiva muy extendida:

- es injusto permitir que la distribución sea influenciada por factores moralmente arbitrarios como la familia y el contexto sociocultural en el que una persona nació y creció.

Quedarse solamente con la idea de posiciones (cargos, empleos, jerarquías, etc.) formalmente abiertas a quienes tengan iguales talentos y ambición semejante impide que los factores moralmente arbitrarios que afectan a la formación personal sean debidamente neutralizados. En este sentido, en la competencia por bienes escasos, tales como el trabajo formal remunerado, se deberían dejar de lado los factores moralmente arbitrarios. Por todo ello, un principio de justicia moralmente justificable debería avanzar más allá de la mera igualdad *formal* de oportunidades, y casi nadie rechaza que una sociedad justa debería intentar igualar las oportunidades de sus ciudadanos⁷. Si algunas personas tienen ventajas indebidas sobre otras, esto podría impedir que dos personas igualmente capaces y talentosas obtuviesen

⁶ Ver John Rawls, *A Theory of Justice*. Revised Edition (Belknap Press of Harvard University Press, 1971-1999), 53 y ss.

⁷ Ver Swift, Adam. *Political Philosophy. A Beginners' Guide for Students and Politicians*. Polity Press, 2014.

el mismo nivel de prosperidad y éxito en sus proyectos⁸.

El principio de igualdad de oportunidades tiene diferentes variantes, pero existen al menos tres que merecen nuestra atención: la versión (1) meritocrática (o liberal clásica), que implica rechazar cualquier tipo de discriminación en la selección de individuos, y dado que sostiene que lo único relevante debería ser el talento, admite ciertas medidas para igualar los puntos de partida. La versión (2) radical (o "igualitarista de la suerte"), que implica que la distribución y los resultados económicos de los individuos logren "reflejar realmente sus decisiones y no las diferencias (no elegidas) en sus circunstancias"⁹, lo que exigiría compensación de la mala suerte bruta. Finalmente, la versión (3) democrática (o liberal igualitaria), que implica atender las diferencias en factores sociales, pero mediante políticas destinadas a garantizar que las personas puedan desarrollar sus talentos y capacidades para poder avanzar un plan de vida propio.

Uno de los objetivos de este trabajo es, precisamente, aclarar cuál de estas versiones puede ofrecer una base de justificación adecuada de la distribución de un bien escaso como el acceso al empleo formalmente remunerado. Como corolario, se presentan algunas especulaciones sobre si una valoración de una política pública puede prescindir de valores que nos permitan un control "normativo" en términos ético-políticos.

2.- WORKFARE COMO INTERVENCIÓN DEL MERCADO

En referencia al workfare, la OCDE estipula que "[l]os programas activos del mercado laboral incluyen todos los gastos sociales (que no sean educación) destinados a mejorar las perspectivas de empleo de los beneficiarios o aumentar su capacidad de ganancias"¹⁰. Este tipo de programas abarcan políticas especialmente dirigidas hacia personas con capacidades diferentes, esquemas de reentrenamiento para desarrollar habilidades con el fin de reingresar al mercado laboral y herramientas dirigidas a la población joven que ingresa por primera vez al mercado laboral, entre otras medidas. Como se puede observar, el objetivo principal de dichas políticas es intervenir en la oferta y

⁸ Ver John Rawls, *A Theory of Justice*. Revised Edition (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971-1999), 53 y ss. Sobre si Rawls debería haber profundizado su respuesta ante la presencia de factores morales arbitrarios como las discapacidades o enfermedades congénitas ver la segunda edición de Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (Oxford University Press, 2002), 70 y ss. Existe traducción al castellano de la primera edición del año 1990, ver Kymlicka, *Filosofía Política Contemporánea: Una Introducción*.

⁹ Adam Swift, *Political Philosophy. A Beginners' Guide for Students and Politicians* (Polity Press, 2014).

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2017). Url: https://commission.europa.eu/document/download/a42d806a-7007-498f-a758-b95abd63a1f0_es?filename=european-semester_thematic-factsheet_active-labour-market-policies_es.pdf. Fecha de acceso: 18/12/2024

demanda del mercado laboral, poniendo al alcance de un sector económicamente activo trabajos que de otro modo podrían luego resultar inalcanzables. Se mejoran las oportunidades de personas inexpertas y en posiciones desaventajadas, y se intenta equipararlas a las de quienes ya tienen antecedentes laborales en el sector formal de la economía.

En el corto plazo, estas políticas tienen un impacto notorio sobre los ingresos y sobre el capital humano. En el largo plazo, contribuyen al crecimiento del empleo y del PBI, reducen el desempleo y la dependencia de los beneficios sociales¹¹. Las intervenciones con mayor potencial a largo plazo son aquellas orientadas a fortalecer las habilidades necesarias para un mercado laboral dinámico, especialmente en sectores con vacantes¹².

Los datos que se consideran para implementar estas políticas de activación laboral muestran una situación alarmante. En Argentina, los jóvenes de 15 a 24 años exhiben tasas de actividad laboral más bajas que el resto de la población latinoamericana. Entre aquellos que están activos laboralmente, el desempleo y la informalidad son significativamente altos. Argentina presenta resultados aún más desfavorables cuando se examinan los índices actualizados. Los jóvenes se encuentran en situaciones precarias al comenzar su vida laboral: se enfrentan a la desocupación, al empleo informal o se ven obligados a iniciar sus propios negocios como cuentapropistas o trabajadores de plataformas. Todo ello impacta en su incorporación al mercado laboral, en la obtención de su primer empleo y en la continuidad de su actividad laboral formal. Esta situación no ha mejorado con el tiempo y afecta notablemente a los jóvenes de estratos socioeconómicos más bajos. Los datos recogidos en los trabajos de Berniel y De la Mata revelan una brecha significativa entre los grupos económicamente favorecidos y desfavorecidos. En los más desfavorecidos, los índices de desocupación, informalidad o cuentapropismo alcanzan el 100%, mientras que en los segundos son del 50%¹³.

Para analizar sólo un ejemplo de estas políticas, podemos

11 COMISIÓN EUROPEA (2017). https://commission.europa.eu/document/download/a42d806a-7007-498f-a758-b95abd63a1f0_es?filename=european-semester_thematic-factsheet_active-labour-market-policies_es.pdf. Fecha de acceso: 18/12/2024

12 En relación con su efectividad y eficiencia, se han señalado algunas de las características que, según la Comisión Europea, deberían tener los programas (Comisión Europea, p. 9): focalización adecuada; aumento de la productividad del beneficiario en el período de trabajo subsidiado; introducción de condiciones para que la relación laboral se extienda más allá del período de empleo subsidiado; monitoreo regular y evaluación de las contrataciones subsidiadas. COMISIÓN EUROPEA (2017). https://commission.europa.eu/document/download/a42d806a-7007-498f-a758-b95abd63a1f0_es?filename=european-semester_thematic-factsheet_active-labour-market-policies_es.pdf. Fecha de acceso: 18/12/2024.

13 Berniell y de la Mata, "Prácticas laborales como mecanismo para mejorar la empleabilidad de los jóvenes: Lecciones para el caso argentino" 2017a.

enfocarnos en la Provincia de Córdoba (ARG), donde un esquema institucional de activación del mercado funciona desde el año 1999¹⁴ (conocido como *Programa Primer Paso*, en adelante el *Programa*). El *Programa* tiene las siguientes características: una persona se presenta y se vincula a una empresa en la que desempeñará sus tareas, pero ello no implica la existencia de un contrato entre ellas, y a cambio de estas tareas el Estado le realiza una transferencia económica. Este programa no está abierto a toda la población económicamente activa ya que solo pueden ser beneficiarias las personas de entre 15 y 25 años que no hayan tenido un trabajo registrado en relación de dependencia durante los últimos 6 meses (en algunas ediciones, se exige que el período de desempleo haya sido de 12 meses). La participación está limitada a una única vez y tiene una duración máxima de un año (con excepciones para la población discapacitada o que haya recibido un trasplante de órganos). Según la descripción de la ley, el objetivo del *Programa*, (en su última implementación) es *mejorar la inserción laboral* de los jóvenes de 16 a 24 años mediante la adquisición de (o certificación de que posee) habilidades que aumenten su empleabilidad¹⁵.

Por supuesto que la oportunidad de tener una experiencia similar a la de un trabajo formalmente registrado supone el acceso a otros bienes que exceden lo económico, y que no siempre son asequibles por fuera del trabajo: lograr diferentes tipos de excelencia en la actividad humana, realizar una contribución social, experimentar los beneficios del trabajo comunitario u obtener reconocimiento social, entre otros¹⁶. Por este motivo, la posibilidad de experimentar una actividad similar a

¹⁴ Fue finalmente incorporado como una política establecida por ley a partir del año 2014, y desde entonces ha sido adaptado y modificado según las circunstancias lo hacían necesario. Ley 10.236 de la Provincia de Córdoba. Ver <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/7FD5B61D3ECD44D403257D9C0073C013?OpenDocument>.

¹⁵ Respecto a las empresas que puedan actuar como empleadores, los requisitos son los siguientes: "a) Estar inscriptas regularmente en los organismos nacionales, provinciales y municipales de carácter tributario y de la seguridad social; b) No haber efectuado despidos de más del veinte por ciento (20%) del total de sus trabajadores en un período no inferior a los seis (6) meses a la fecha de lanzamiento de cada etapa del Programa Primer Paso; c) No sustituir trabajadores vinculados con un contrato laboral -bajo cualquier modalidad- por beneficiarios del Programa Primer Paso; d) No tener a su cargo ni servirse de trabajadores no registrados o registrados indebidamente, y e) Autorizar y permitir en sus instalaciones la realización de los procesos de capacitación y entrenamiento de los beneficiarios en ambientes de trabajo." Art. 5. Ley 10.236 (2014) de la Provincia de Córdoba. Además, se promueve que las personas beneficiarias sean contratadas de manera permanente. "[I]a Autoridad de Aplicación, por vía reglamentaria, establecerá las sanciones a aplicar a los capacitadores que no den cumplimiento a las previsiones de la presente Ley y a aquellos que durante tres (3) años consecutivos o cinco (5) alternados no hubieren incorporado a ningún beneficiario a su planta de personal." Art. 5. Ley 10.236 (2014) de la Provincia de Córdoba.

¹⁶ Anca Gheaus and Lisa Herzog, "The Goods of Work (Other Than Money!)," *Journal of Social Philosophy* 47, no. 1 (2016), 71.

la de participar en un empleo registrado beneficia y potencia las capacidades y los talentos de una persona, más allá de las mejoras en sus ingresos económicos o en su bienestar. Sin embargo, de ninguna manera indica que el ideal aspiracional de una persona deba ser desarrollarse, o lograr la autonomía y la libertad, *a través* del trabajo asalariado. De manera inversa tampoco se presupone un sesgo contrario al tipo de vida que lleva una persona que se dedica a la actividad independiente.

Ahora bien, si es el talento lo que debería tenerse en cuenta para distribuir bienes y oportunidades, entonces, en la evaluación del impacto de políticas de activación laboral deberíamos enfocarnos en elegir a las personas con mayor talento. En la siguiente sección se presenta la versión de la igualdad de oportunidades centrada en los talentos (1), y se presentan algunas razones por las cuales no puede brindar una justificación adecuada para un programa de contratación subsidiada.

3.- PRIMERA APROXIMACIÓN: ¿IGUALAR EL PUNTO DE PARTIDA DE LOS IGUALMENTE TALENTOSOS?

La primera justificación que analizamos se apoya sobre la idea de garantizar la mejor vacante para el mejor candidato. En esta primera aproximación, el criterio para seleccionar la persona más apta es el talento. Pero, aunque la idea es sumamente atractiva, ponerla en práctica es difícil, sobre todo, cuando existen desigualdades sociales que producen desventajas, incluso entre personas igualmente talentosas. Para lograr que las desigualdades sociales no afecten la posición a la que una persona podría acceder se debería neutralizar cualquier factor azaroso de tal modo que no mejore o empeore las ventajas de los *igualmente* talentosos: *igualar el punto de partida* de las personas talentosas que compiten por los mismos cargos y ocupaciones laborales.

La idea operativa que subyace a esta propuesta es la de recompensar el talento o habilidad productiva, lo que comúnmente se categoriza como “mérito personal”. Obviamente, las personas, talentosas o no, son afectadas por su entorno sociocultural y económico. En la competencia por recursos laborales encontramos desigualdades que afectan de manera diferente a las personas talentosas: algunos corren con ventajas, puesto que cuentan con referencias y formas de acreditar sus antecedentes laborales. Otros tienen un punto de partida desfavorable, porque o bien no se han incorporado todavía al mercado laboral (inexperiencia), o bien porque hace un tiempo largo que están en una situación de desempleo de larga duración (sin empleo por más de un año), o incluso porque tienen un empleo informal, no registrado, y sufren una situación laboral precaria. Estas desiguales desventajas deberían no ser consideradas o, mejor dicho, deberían ser neutralizadas para garantizar oportunidades iguales.

Igualar el punto de partida es lo que exigiría una concepción que pretende, en la distribución de cargos y ocupaciones, seleccionar a las personas *solo* por su talento. Para ello, serviría proporcionar una “experiencia” lo más parecida a un primer empleo formal, en el que la persona pueda adquirir o “certificar” competencias de manera tal que pueda encontrarse en condiciones de competir en las búsquedas laborales. Esta concepción, precisamente, intenta igualar utilizando medidas de activación laboral que, en parte, redistribuyen bienes económicos y equiparan las capacidades laborales, ante el hecho de la desventaja por circunstancias ajenas, por ejemplo, por *desiguales contextos familiares*.

Pero esta justificación no termina de ser adecuada. Un programa de activación laboral para promover que los más talentosos obtuvieran los mejores puestos de trabajo debería neutralizar la situación socioeconómica desfavorable solo de los más talentosos que han sido desafortunados. La selección de participantes del *Programa* (el proceso de focalización) solo requiere que las personas no hayan tenido un empleo formal por un período de un año, lo que provoca que se ofrezcan oportunidades tanto para los talentosos como para los que no lo son. En este sentido, tiene un efecto sobreinclusivo, y perjudica a quienes tienen talentos y están en una situación de desempleo desde hace mucho tiempo. Asimismo, este programa, al beneficiar a quienes, por no tener talentos y/o motivación, se encuentran desempleados, disminuye los recursos disponibles para las personas talentosas y motivadas, pero que han sido desafortunados en sus circunstancias. Incluso podríamos decir que las personas que han tenido buena suerte, y tienen conexiones sociales para obtener un trabajo, pueden mantenerse en una situación de informalidad por largos períodos de tiempo, y podrían conseguir un contrato subsidiado por el Estado en alguna empresa con la que su familia tiene vínculos sociales o amistosos, lo cual constituye otra consecuencia normativamente contraria al principio de igualdad de oportunidades que exige “igualar puntos de partida” en la competencia por vacantes laborales.

4.- SEGUNDA APROXIMACIÓN: ¿IGUALAR LA SUERTE Y LA RESPONSABILIDAD?

Una justificación ético-política alternativa para los programas de activación laboral podemos ubicarlo en la idea “compensar la mala suerte bruta” (versión 2). Es obvio que las personas afortunadas y las desafortunadas no podrán alcanzar niveles de ingresos económicos semejantes. El incremento de los ingresos económicos de una persona sin duda mejora su bienestar e incluso le genera nuevas oportunidades. La concepción de la igualdad de oportunidades “sensible a la responsabilidad individual” exige compensación de lo que constituya un factor azaroso: que las porciones distributivas (y los ingresos económicos) de las personas sólo dependan de sus decisiones”. En el caso de que las circunstancias sociales en las que se han desarrollado

hayan sido desfavorables, este hecho debería ser compensado para neutralizar la “mala suerte” en las circunstancias (*bad brute luck*)¹⁷.

La igualdad en las oportunidades “sensible a la responsabilidad” (o también denominada “radical”) considera que la suerte tiene un impacto directo sobre la situación laboral futura de las personas. En un mercado laboral en donde es fundamental poder acreditar formalmente las habilidades con las que se cuenta, la experiencia previa y los antecedentes profesionales, quien ha sufrido mala suerte por causas ajenas a sus decisiones personales y se encuentra desempleado desde hace mucho tiempo corre con obvias desventajas. Esta interpretación habilita para reclamar ante una desigualdad causada por factores azarosos y a mantener las desigualdades que provienen de elecciones individuales¹⁸. Compensar la desventaja en relación con los futuros ingresos económicos, o respecto del posible bienestar que pudieran alcanzar en el futuro, sería lo debido.

Teniendo en cuenta esta idea, el *Programa*, en principio, parecería que podría encontrar justificación. El programa mejora las perspectivas futuras y brinda la posibilidad de acceder a un empleo formal (en forma de pasantía o de entrenamiento); permite la acreditación de las habilidades (o permite adquirir nuevas), y todo con el objetivo de aumentar las chances de incorporarse en el futuro al mercado laboral (o reincorporarse). Todo ello claramente mejora los ingresos económicos actuales y futuros de los participantes.

No obstante, existen problemas para que esta justificación funcione. El *Programa*, del modo en el que ha sido concebido y diseñado, no discrimina entre las personas que han tenido mala suerte y las que han tenido buena suerte. Al contrario, permite que personas afortunadas puedan acceder a un contrato subsidiado que les provea una experiencia laboral relevante para su futuro económico. En este sentido, el efecto es sobreinclusivo.

La concepción de la igualdad de oportunidades “sensible a la responsabilidad” exige que las políticas públicas destinadas a garantizar el acceso a un primer empleo se focalicen sobre la población con dificultades fortuitas, no relacionadas con sus decisiones personales pasadas y por las cuales no son responsables. Una vez identificado este grupo de individuos se debería tratar de situarles en igualdad de condiciones sociales y económicas con las demás personas con las que compiten en el mercado laboral.

Esto obviamente llevaría a que las políticas públicas implementasen una focalización *estricta*, en donde cada postulante o participante tuviera que declarar cuáles han sido las acciones previas que lo han llevado a no poder encontrar empleo. Revelar esta información, en muchos casos, podría conducir a mentir para evitar ser

¹⁷ Ronald Dworkin, "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs* 10, no. 3 (1981b), 293.

¹⁸ Zofia Stemplowska, "Luck Egalitarianism", en *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy* (Routledge, 2013), 391-393.

excluido, o a realizar confesiones vergonzantes para mostrar que la negligencia es el resultado de haber sido víctima de las circunstancias. Aunque ésta es una objeción clave contra el igualitarismo de la suerte sensible a la responsabilidad, aquí sólo se muestran algunas de las *posibles* consecuencias que podría tener su aplicación. No se descarta que el igualitarismo de la suerte pueda justificar otro tipo de políticas o que, todas las cosas consideradas, sea la *mejor* concepción de justicia, lo que de todas maneras merecería otro artículo.

También podría ocurrir que las personas se equivoquen en su narrativa sobre las acciones relevantes que explicarían la relación causal que llevó a la situación de desempleo de larga duración. Algunas personas podrían, equivocadamente, dejar de lado cuestiones que juzgan irrelevantes, pero que pueden no serlo: deberían intentar mostrarse como diligentes o al menos mostrar que sus decisiones no han provocado las circunstancias apremiantes en las que se encuentran. Para algunos, el haber elegido profesionalizarse en un ámbito comercial en el que hay mucha oferta y poca demanda puede ser considerado una decisión personal relevante para explicar el desempleo actual. Todo esto nos lleva a problemas porque, en la aplicación de un criterio estricto para no beneficiar a quien no se debe, puede objetarse que falta el respeto a las personas que pretende ayudar¹⁹.

Los resultados de este tipo de políticas, desde el punto de vista de la igualdad "radical" de oportunidades, en teoría, podrían beneficiar de manera injustificada a las personas que han sido afortunadas socialmente y no tienen necesidad del auxilio estatal (para obtener una experiencia laboral y acreditar sus habilidades). En este sentido, no hay ninguna limitación sobre sus efectos y esos podrían ser sobreinclusivos. Igualmente, en teoría, podría beneficiar injustificadamente a quienes han tomado malas decisiones y por lo tanto sufren "mala suerte opcional". Ellos también podrían postularse para la obtención de un contrato subsidiado, aspirando a que se compense su mala suerte opcional o sus "preferencias costosas"²⁰. En

¹⁹ Elizabeth Anderson "What Is the Point of Equality?". *Ethics* 109, no. 2 (1999), 287-337; Susan Hurley, *Justice, Luck, and Knowledge*, (Harvard Univ Press, 2005); Samuel Scheffler, "What Is Egalitarianism?". *Philosophy and Public Affairs* 31, no. 1 (Winter, 2003 2003): 5-39; Jonathan Wolff, "Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos", *Philosophy and Public Affairs* 27, no. 2 (1998), 97-122.

²⁰ Existe una copiosa discusión sobre la compensación de las preferencias costosas: incluye a John Rawls, y su negativa a compensar a los surfistas de Malibú, John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Erin Kelly ed., vol. 1 (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001), 42., a Phillippe Van Parijs y su idea de un Ingreso Básico Universal (Phillipe Van Parijs, *Libertad Real Para Todos. Que Puede Justificar Al Capitalismo (Si Hay Algo Que Pueda Hacerlo)* (Paidós Ibérica, 1995), la posición contra la compensación de Ronald Dworkin, quien afirma que sólo se pueden considerar compensables las preferencias que en realidad la persona ve como una enfermedad (o preferencias que desearía no tener), y a Gerald Cohen, quien afirma que las únicas preferencias costosas no compensables serían las que una persona elige o fomenta, sólo por el hecho de que son costosas. Ver John Rawls, "Social Unity

este sentido, si se piensa la política pública del *Programa* desde una teoría igualitarista de la suerte, se podría beneficiar a los imprudentes y negligentes dejando de lado la recompensa de las personas que han sido diligentes en la toma de decisiones. Con lo cual se puede deducir que la política no encuentra adecuada justificación en una teoría de justicia sensible a la responsabilidad como la del "luck egalitarianism".

4.1.- Adaptar los juicios de reproche y elogio ¿es nivelar el campo de juego?

Hay una concepción particularmente sofisticada del principio de igualdad de oportunidades que demanda realizar juicios de responsabilidad adecuados al contexto y a las circunstancias de cada persona. Como explica John Roemer²¹, esta concepción implica, en primer lugar, factorizar las circunstancias sociales según algún parámetro socialmente aceptable. Una vez hecho esto se divide a la sociedad en clases según su nivel de ingresos y finalmente se puede aislar las decisiones y valorar de manera equivalente el nivel de prudencia y negligencia de cada persona, adaptado a sus circunstancias sociales, dentro de cada clase social según sus ingresos económicos²².

Precisamente esta concepción de la igualdad de oportunidades requeriría realizar un examen de prudencia adecuado a cada clase social y que aquellas personas más responsables y motivadas pudiesen tener acceso a una oportunidad para mejorar su ingreso. En el caso del *Programa Primer Paso* no se tiene en cuenta el nivel de ingresos de la persona ni de su familia. Ni siquiera se verifica si la persona tiene bienes a su nombre, y el único requisito que debe satisfacer es no ser beneficiario de otro programa (con excepción de un programa que está pensado para el beneficio de sus hijos, como la *Asignación Universal*

and Primary Goods" en *Utilitarianism and Beyond*, comp. por Sen, A. y Williams, B. (Cambridge University Press, 1982); Ronald Dworkin, "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare," *Philosophy and Public Affairs* 10, no. 3 (1981a); Philippe Van Parijs, *Libertad Real Para Todos. Que Puede Justificar Al Capitalismo (Si Hay Algo Que Pueda Hacerlo)*, (Paidós Ibérica, 1995); Gerald A. Cohen, "On the Currency of Egalitarian Justice," *Ethics* 99, no. 4 (1989); "Expensive Taste Rides Again," en Burley, Justine (ed.) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin* (Blackwell Publishing, 2004).

²¹ La teoría puede ejemplificarse con el caso del trabajador no calificado, operario en una fábrica de automotores que comienza a fumar en su adolescencia, y contrae cáncer de pulmón a los 50 años, comparado con el trabajador de cuello blanco, con estudios universitarios completos, que comienza a fumar en su adolescencia y contrae cáncer de pulmón a los 50 años. En el caso del trabajador universitario, el padecer cáncer de pulmón es mucho más reprochable, ya que, en promedio, los integrantes de esa clase social no desarrollan una tendencia a fumar tan tempranamente.

²² Se ha criticado esta interpretación en Cristián Fatauros, "Igualdad de oportunidades y tributos. Un enfoque sobre los talentos productivos desde la óptica de la responsabilidad", en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, (La Ley, 2011), 621-636.

por Hijo) y no haber tenido empleo formal en los 12 meses previos.

Pero una consideración importante que no debe ser dejada de lado es que la intervención está pensada para personas *jóvenes*, de menos de 25 años. Es muy difícil establecer juicios comparativos de reproche respecto de las acciones de personas tan jóvenes y cuyas consecuencias todavía no se han materializado. Además de que se intenta evitar que se produzcan consecuencias indeseables en el largo plazo y, por ello, independientemente de su nivel de responsabilidad o negligencia al interior de su clase, se pretende solucionar el problema rápidamente.

No se entromete el Estado en la vida privada de la persona ni se le reclama que la situación de desempleo no haya sido por su culpa, o imprudencia. En este sentido, no se recompensa a los prudentes, ni se valora especialmente a las personas responsables. Tampoco se realiza un juicio ponderado de responsabilidad según cuál sea su origen familiar socioeconómico. La instrumentación atraviesa las clases sociales y cualquier persona que esté motivada tiene derecho por lo menos a participar del sorteo de una vacante para subsidiar su contrato, pero el programa no realiza un juicio de responsabilidad sobre las personas y sus decisiones.

Esto puede parecer que no satisface la igualdad de oportunidades, porque lo que debería hacer es tener en cuenta cuál es el contexto sociofamiliar del que proviene una persona. Las personas que provienen de familias de menores recursos deberían tener prioridad. Las personas que provienen de familias con altos recursos no merecerían ser tenidas en cuenta como beneficiarias, porque tienen mejores chances de obtener un empleo formal, incluso aunque no hayan tenido experiencias previas. Este es el privilegio que tienen aquellas personas cuyos padres tienen vínculos y conexiones con otras personas con riqueza o más recursos (económicos, políticos, culturales, educativos, etc.).

Dado el objetivo de incrementar las probabilidades de obtener un empleo formal luego de transitar este programa, y que dicho objetivo es *independiente* de cuáles hayan sido las causas por las cuales alguien se encuentre en dicha situación, no tiene mayor sentido indagar en la historia personal. Ello significa que no importarán los antecedentes de la persona y eso implica que mejorar la posición de quien está en una posición desventajosa no se relaciona con sus decisiones individuales anteriores. Ya sea que su situación de desempleo se deba a su propia irresponsabilidad, ya sea que no se preocupó por buscar un empleo, o ya sea que existe una alta tasa de desocupación y su situación es ajena a sus decisiones, su caso será atendido igual que los demás.

El programa presupone que un porcentaje de la población joven no tiene empleo o no tiene empleo formal. Esto es lo que se pretende remediar ofreciendo una capacitación rentada o una oportunidad para certificar las habilidades adquiridas. El beneficio económico ofrecido no es precisamente lo que hace que las personas dediquen 20 horas de su semana a desarrollar alguna actividad en una empresa o para un

empleador. El beneficio buscado es la posibilidad de encontrar un empleo formal en el futuro y mejorar sus perspectivas económicas en el mediano y largo plazo, además de poder llevar adelante un proyecto de vida más o menos respetable. En este sentido, la capacitación o certificación formal de las habilidades constituyen un medio que tiene valor instrumental²³.

5. TERCERA APROXIMACIÓN: ¿DESARROLLAR OPORTUNIDADES EQUITATIVAMENTE?

Tras haber descartado las anteriores concepciones como justificaciones posibles del *Programa Primer Paso*, veamos si la versión (3) de la igualdad de oportunidades como “equidad” puede ofrecer bases de apoyo más sólidas. Para empezar, debemos resaltar que la igualdad equitativa de oportunidades tal como la presenta John Rawls no exige caminos institucionales estrictamente iguales, i.e., un árbol de decisiones exactamente igual para cada persona. Tampoco exige neutralizar las circunstancias sociales que puedan ser consideradas “factores azarosos”, i.e., compensar la mala suerte bruta; ni tampoco exige igual nivel de ingresos para las personas igualmente talentosas. Lo que sí nos exige es que todos tengan al menos una posibilidad para hacer algo relevante de su vida de tal manera que nadie tenga razones para sentirse que no ha sido tratado igualitariamente.

Primero analicemos el principio:

“Las desigualdades sociales y económicas [...] deben estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todas las personas bajo condiciones de igualdad equitativa de oportunidades”.²⁴

Para dar sentido a la noción de “*abiertos a todas las personas*”, lo primero que se debe considerar es si cualquier persona que esté lo suficientemente motivada y tenga los talentos necesarios para desempeñar un cierto cargo tiene la posibilidad real de obtener dicho puesto. Si resulta que sus propias circunstancias sociales se lo impiden, y son un obstáculo, entonces, deberíamos revisar cómo interpretar la exigencia de que las posiciones deben estar abiertas a todas las personas. Podría querer decir que deberíamos implementar políticas públicas destinadas a modificar las circunstancias de las personas de tal modo que cualquiera que tuviera los talentos necesarios y la motivación adecuada pudiera alcanzar cualquier cargo o rol profesional. Pero si realmente fuese esa la idea entonces deberíamos ir en contra de la institución de la familia, que modela las preferencias de las personas y forma el trasfondo principal sobre el cual las personas construyen sus expectativas.

²³ Cristián Fatauros, “Un Exámen de las Políticas de Activación Laboral desde la Igualdad de Oportunidades”, en *Protección social y pobreza: abordando la multidimensionalidad del problema*, comp. por Facundo García Valverde y Laura Golbert. (IICSAL, 2024).

²⁴ John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* (Harvard University Press, 2001).

La intuición acerca de las prerrogativas que tienen las familias en lo relacionado a la forma de crianza es muy firme, y nadie estaría dispuesto a defender que la institución de la familia debería ser abolida como condición para lograr la justicia en la distribución del acceso a cargos y profesiones. Existe, sin embargo, una manera más sencilla de concebir la idea de oportunidades iguales: una interpretación en clave "equitativa".

La interpretación "equitativa" plantea que todas las personas deberían tener la oportunidad de poder desarrollar y emplear sus talentos en una actividad que sea socialmente valorada y que sea importante para la propia persona²⁵. El fundamento de esta concepción se encuentra en dos ideas elementales importantes: (i) que las personas tienen capacidades o talentos que pueden querer desarrollar, y (ii) que deberían poder tener un lugar en la sociedad para poder aplicar dichos talentos sin que se les desprecie o se les falte el respeto. Es distinto exigir una chance de poder tener el trabajo soñado o vivir de explotar cualquier talento que la persona cree que tiene. También es diferente exigir que todos los trabajos que existan deban proveer lo que las personas necesitan para sentir que se respeta su valor propio. Es distinto, porque no es posible asegurar que cualquiera que sea la ocupación o actividad que una persona decidiera emprender, debería tener la oportunidad de vivir de ella. Lo importante es que debería existir al menos alguna oportunidad de hacer algo significativo para ella y la sociedad²⁶. Incluso sería aceptable que esta no fuese una actividad que la lleve a realizarse como persona, pero sí que le posibilitara encontrar otras instancias en donde sí podría hacerlo. Por ejemplo, porque una persona desea tener una vida familiar en donde se desarrolla.

En otras palabras, para usar el conocido contraejemplo de personas cuyas preferencias son disfrutar el máximo tiempo de ocio posible, ellas no tendrían un derecho a exigirle a la comunidad que les subvencione su estilo de vida. Esto sería igual a subsidiar cualquier preferencia sin importar que tan costosa fuese. La lógica que está en juego es ofrecer a las personas participantes de la empresa cooperativa social, *"el acceso a un cargo u ocupación social en condiciones de igualdad equitativa"*, pero no la subvención de cualquier estilo de vida que las personas quieran llevar adelante. Tampoco supone obligar a las personas a desarrollar sus talentos, ni a trabajar en cargos y ocupaciones específicas. Obligarlas a desarrollar sus talentos constituiría forzarlos y lesionar su autonomía, algo que está lejos de ser una conclusión plausible para una concepción liberal de justicia. Lo único relevante para la regulación y distribución del acceso a cargos y ocupaciones pasa por factores que consideran el potencial de cada persona, pero no para una competencia por bienes o lugares escasos,

²⁵ Jeffrey Moriarty, "Rawls, Self-Respect, and the Opportunity for Meaningful Work," *Social Theory and Practice* 35, no. 3 (2009).

²⁶ Moriarty, "Rawls, Self-Respect, and the Opportunity for Meaningful Work".

sino por una oportunidad de hacer algo socialmente relevante y significativo para el propio desarrollo²⁷, aunque no sea necesariamente *a través* del trabajo.

¿Podría el *Programa Primer Paso* encontrar justificación en esta interpretación? El *Programa* ofrece un puesto de capacitación o entrenamiento que se enfoca en el desarrollo de talentos y capacidades que favorezcan los futuros proyectos personales. Podríamos, entonces, entender que hay una conexión más o menos intencional y directa entre la igualdad de oportunidades y el programa de contratación subsidiada *Programa Primer Paso*. No debemos olvidar que las oportunidades y las elecciones pasadas conforman el contexto y las circunstancias sobre las que se llevan adelante nuevas elecciones.

A diferencia de una posición que propone un ideal de perfección humana o “florecimiento” personal, la igualdad de oportunidades, en clave *equitativa*, no exige preocuparse por el éxito o el bienestar de las personas. No es una concepción que tenga un criterio distributivo finalista o puramente consecuencialista, sino que tiene un criterio con un acento en los medios (bienes sociales) o en el “desarrollo de las capacidades” laborales. Siempre que las personas tengan las oportunidades para mejorar y desarrollar los talentos propios que sean necesarios para sus proyectos, incluso si estos talentos no son iguales, o si los proyectos no son iguales, es posible garantizar una igualdad de oportunidades. Lo que se requiere es que existan oportunidades para lograr acceder a un trabajo que permita alcanzar un objetivo significativo para la propia persona (el trabajo podría ser desafiante, complejo, adecuado a las capacidades y competencias personales o concebirse estratégicamente como un medio para un fin ulterior)²⁸.

En base a este ideal, es plausible considerar que el *Programa* puede justificarse en la oferta de una chance de participar como ciudadana, al desarrollar algunas capacidades y talentos, en la construcción cooperativa de los bienes económicos y culturales de su comunidad. No se trata de equiparar las posiciones socioeconómicas de las personas aventajadas y desaventajadas tal como lo podría sostener una teoría basada en la igualdad de resultados; tampoco se trata *simplemente* de brindar una posibilidad de que las personas que previamente no tenían antecedentes puedan, luego de ser beneficiarias del programa, certificar sus habilidades laborales (compensar las

²⁷ Se desarrolla más esta idea en Fatauros “Un Exámen de las Políticas...”.

²⁸ Ver Moriarty, “Rawls, Self-Respect, and the Opportunity for Meaningful Work”. Por su parte, Richard Arneson denomina “significativo” a un trabajo “...that is interesting, that calls for intelligence and initiative, and that is attached to a job that gives the worker considerable freedom to decide how the work is to be done and a democratic say over the character of the work process and the policies pursued by the employing enterprise” Richard Arneson, “Meaningful Work and Market Socialism,” *Ethics* 97, no. 3 (1987): 522. Para el análisis de otras consideraciones como si un trabajo significativo debe o no avanzar alguna causa que el trabajador apoya o si el derecho a un trabajo significativo es solo un derecho a tener una opción de obtener un trabajo significativo, ver Arneson, “Meaningful Work and Market Socialism”.

desventajas no elegidas). Esta certificación solo es un objetivo inmediato, que, por supuesto tiene valor instrumental y extrínseco, pero en mayor medida lo que permite es posibilitar alcanzar un proyecto que la persona haya elegido.

Estas medidas, por otra parte, contribuyen de manera directa a alcanzar un objetivo social deseable: la disminución del desempleo y la informalidad laboral. Pero, más importante aún, son formas en que las instituciones materializan el principio de *igualdad equitativa de oportunidades*. Esta es la razón ulterior de por qué deseáramos y deberíamos disminuir el desempleo y la informalidad laboral: mejorar las oportunidades laborales y económicas de las personas, hacer posible que las personas puedan desarrollar sus potencialidades, sus capacidades, sus talentos naturales, en la medida de sus ambiciones, y que puedan desarrollar un proyecto de vida propio (aunque no necesariamente *a través* del trabajo).

6. ¿POR QUÉ EVALUAR UNA POLÍTICA PÚBLICA EN TÉRMINOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA?

En general, la política pública se evalúa si es eficiente, en términos económicos, en la consecución del objetivo que se pretende alcanzar. Si la política tiene como objetivo que las personas mejoren sus probabilidades de obtener un empleo formal luego de participar del programa, este es el parámetro que se debe aplicar²⁹. Fundamentalmente, se verifica si la política pública en cuestión hace un uso más eficiente de recursos que otras en la consecución de su objetivo.

Pero ¿por qué considerar sólo las consecuencias económicas de la política pública en cuestión? O ¿por qué limitarnos a evaluar si el programa es eficiente en el uso de sus recursos financieros? Aunque estas preguntas darían lugar a una importante discusión para la relación costos-beneficios, no resuelven el problema de la justificación filosófica normativa de una política pública. Tampoco se abordan las razones que podrían ser públicamente aceptables para una política de este tipo³⁰.

²⁹ Brown destaca que los contratos subsidiados son mucho más efectivos que otras medidas de activación laboral, aunque generan efectos indirectos que deberían ser contrabalanceados, mediante una implementación y un diseño adecuado Alessio Brown, "Can Hiring Subsidies Benefit the Unemployed?," IZA World of Labor (2015), 164.

³⁰ Entre los trabajos que comienzan a considerar un abanico más amplio de estándares normativos está Sage, "Do Active Labour Market Policies Promote the Well-Being, Health and Social Capital of the Unemployed? Evidence from the UK", quien incorpora la idea de efectos sobre la salud, el bienestar y el capital social de los individuos involucrados en los programas de mejoramiento del empleo. Aunque se necesitan más investigaciones, el autor afirma que se incrementa el bienestar, pero es difícil constatar beneficios en aspectos como salud y capital social. Las dimensiones que comienzan a ser tenidas en cuenta son: la realización personal, la socialización, el reconocimiento, la oportunidad de cooperar con otros, entre otras.

No siempre el debate legislativo queda reflejado en las cláusulas de la ley, y esto podría tener sentido para una política de impacto directo, con un objetivo explícito e inmediato. En el caso del *Programa Primer Paso* no se hace referencia alguna a la solución de problemas *estrictamente* relacionados con la justicia distributiva. Pero, a pesar de no hacer referencias explícitas, la justicia distributiva es un ideal apropiado para evaluar este programa, y obviamente esta herramienta institucional no sería aceptable si *violase* un principio de igualdad de oportunidades, o cualquier otro valor moral importante para nuestra sociedad. Si bien el objetivo directo del *Programa Primer Paso* es solucionar un problema de falta de acreditación de las competencias laborales, o de falta de experiencia, las restricciones que imponen los principios de justicia exigen salvaguardar valores como la igualdad y respetar los derechos individuales de los afectados³¹.

El problema es que la implementación de cualquier política pública también provoca efectos indirectos, no intencionales, que pueden ser deseables o indeseables, y que también deberían ser valorados en la discusión³². Por ejemplo, incentivadas por la obtención de un beneficio, algunas personas podrían cambiar sus comportamientos con el fin de poder participar, lo que las llevaría a rechazar empleos formales para mantenerse en la informalidad con el objetivo de acceder al Programa Primer Paso *Primer Paso*. Asimismo, algunas empresas podrían evitar contratar a nuevos empleados para incorporar personas que tienen un contrato subsidiado³³. Otras personas podrían quedar atrapadas en la informalidad, y por sus acciones previas depender exclusivamente de la asistencia pública para poder llevar adelante una vida mínimamente decente. También se pueden generar efectos indirectos positivos. Uno de ellos es que podrían aumentar las probabilidades de que la persona que participa obtenga un empleo formal en el futuro³⁴. En síntesis, cualquier tipo de programa o política pública provocará algunas consecuencias de manera intencional y otras consecuencias se generarán sin intención³⁵.

Según Robert Goodin, las ciencias políticas que rechazan apelar

Ver Gheaus y Herzog, "The Goods of Work (Other Than Money!)", 71.

³¹ Se han estudiado los efectos de corto y largo plazo del *Programa* sobre la probabilidad de obtener un trabajo formal, y sobre la adquisición de habilidades en Berniell and de la Mata, "¿Starting on the Right Track? The Effects of First Job Experience on Short and Long Term Labor Market Outcomes", pero esto todavía puede ser complementado con una evaluación filosófica normativa.

³² Brown, "Can Hiring Subsidies Benefit the Unemployed?", 165-166, discute la generación de efectos "peso muerto", efecto sustitución, efecto desplazamiento, efecto selectivo, efecto transición o "aprende mientras hace", son algunos de los que debería tenerse en cuenta en el diseño e implementación de contratos subsidiados.

³³ Esto sin embargo no reduce la contratación, sino que la sustituye y eventualmente la persona con contrato subsidiado podría, en el futuro cercano, obtener un contrato regular. Ver Brown, "Can Hiring Subsidies Benefit the Unemployed?", 167.

³⁴ Brown, "Can Hiring Subsidies Benefit the Unemployed?", 167.

³⁵ Ver Thomas Pogge, *Realizing Rawls*, (Cornell University Press, 1989).

a valores normativos padecen un problema de ceguera ante los hechos futuros que les impide prever y valorar las consecuencias que tendrán las políticas públicas. Dichas consecuencias, afirman estos estudios “ciegos a los valores”, sólo se podrían conocer luego de que las políticas se aplicasen. Además, Goodin afirma que un análisis en términos de costos-beneficios impide valorar qué tipo de consecuencias son las que *deberían* aspirarse a conseguir.

“Necesitamos conocer no solo qué resultados se seguirán de cada política, sino también, cuáles son los resultados que deberíamos preferir y esforzarnos por alcanzar. No es posible hacer una evaluación sin algún tipo de teoría sobre los valores” (la traducción me pertenece)³⁶

Además, dado que el trabajo remunerado representa una de las formas de cooperación social más extendidas, la regulación y control del mercado laboral debería incorporar quizás otros parámetros más allá de enfocarse en los “peligros” del trabajo de mala calidad (i.e., la pérdida de autonomía, los riesgos para la salud, la falta de tiempo de ocio o la falta de flexibilidad horaria). Deberían tenerse en cuenta los “beneficios” del trabajo decente, tal como arguyen Anca Gheaus y Lisa Herzog³⁷.

Por todo esto, no sería correcto desatender las consecuencias no económicas, directas e indirectas, que puede engendrar una política pública, y tampoco sería correcto atender de manera aislada sus consecuencias “económicas”. La justificación de un programa de asistencia o activación del mercado laboral no debe prescindir de las cuestiones “de principio” o de consideraciones basadas en derechos. De hacerlo, quedarían afuera las razones deontológicas que nos guiarían en las decisiones sobre cuáles son las consecuencias que deberíamos producir y porqué.

7. CONCLUSIONES

Analizadas las tres versiones de la igualdad de oportunidades, la conclusión que se impone es que solo la versión “equitativa” ofrece fundamentos para justificar plausiblemente una política de activación laboral como la contratación subsidiada por el Estado. Tanto la versión “meritocrática” (1) como la “radical” (2) no parecen justificar esta política. De manera contrastante, la equidad en la distribución de oportunidades tiene en cuenta el desarrollo de cada persona y puede justificar una política de subsidio de primer empleo.

Una noción basada en la igualdad de puntos de partida para que los más talentosos obtengan los mejores puestos está bastante alejada

³⁶ “We need to know not only which results follow from which policies but also which results we should prefer and strive to achieve. No evaluation is possible without some sort of theory of value”. Robert E Goodin, *Political Theory and Public Policy* (University of Chicago Press, 1982), 7.

³⁷ Gheaus y Herzog, “The Goods of Work (Other Than Money!)”.

de una medida que ofrezca iguales oportunidades para obtener un primer empleo. El programa no identifica adecuadamente aquellas personas que tienen talentos y motivación y esto produce resultados sobreinclusivos: beneficia a quienes están desempleados por no tener talentos y/o motivación; disminuye los recursos disponibles para las personas talentosas, pero que han sido desafortunadas socialmente; incluso beneficia a quienes han sido socialmente afortunados. Por sus conexiones sociales, ellas podrían mantenerse en una situación de informalidad por largos períodos de tiempo, a la vez que solicitar un contrato subsidiado. De ningún modo puede pensarse que se igualan “puntos de partida”.

Respecto a la noción de igualdad radical de oportunidades que pretende compensar a quienes están desempleados sin responsabilidad de su parte, no estaría de acuerdo con dejar de considerar las causas del desempleo o no realizar un escrutinio de las circunstancias de cada postulante. El programa parece beneficiar de manera injustificada a quienes han sido afortunados socialmente y no tendrían necesidad del auxilio estatal para obtener una experiencia laboral y acreditar sus habilidades. Además, se protegería injustificadamente a quienes han sido imprudentes o negligentes y han tenido “mala suerte en las opciones”. Ellos podrían postularse para obtener un contrato subsidiado buscando que se financien sus “preferencias costosas”.

La igualdad *equitativa* de oportunidades, muy por el contrario, no justifica que el Estado se inmiscuya en cuestiones personales, ni sobre las causas ni sobre los talentos o falta de capacidad de los participantes. Su criterio de focalización apunta simplemente a personas que carecen de la posibilidad de certificar sus habilidades e idoneidades laborales. Su objetivo último es brindar a las personas un camino para desarrollar sus aptitudes o para facilitar la obtención de otros fines que la propia persona juzga útiles o valiosos.

Por último, es posible admitir, sin dificultades, que la eficiencia económica no puede considerarse el único parámetro normativo relevante para determinar si una política pública es “exitosa” y que en cualquier caso lo que se necesita son valores ético-políticos de contenido distributivo. Además, una valoración completa de una política de activación del mercado laboral podría indagar en cuáles son las condiciones laborales adecuadas para que la instrucción, o el perfeccionamiento profesional, sean consideradas éticamente justificables. Parte de la justificación debería responder a la cuestión de si las condiciones que se exigen para ser participante (e.g. ser menor de 25 años, haber estado desempleado por un año, cumplir una semana laboral mínima de 20 hs., entre otras) satisfacen el ideal de no discriminación o si el cumplimiento de ciertas condiciones no debería ser exigido coercitivamente por un estado respetuoso de las libertades individuales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Elizabeth S. "What Is the Point of Equality?". *Ethics* 109, no. 2 (1999): 287-337.
- Arneson, Richard J. "Meaningful Work and Market Socialism." *Ethics* 97, no. 3 (1987): 517-45.
- Berniell, Lucila, Dolores de la Mata. "Starting on the Right Track: Experimental Evidence from a Large-Scale Apprenticeship Program." Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), Buenos Aires. Documento inédito (2016).
- . "Prácticas Laborales Como Mecanismo Para Mejorar La Empleabilidad De Los Jóvenes: Lecciones Para El Caso Argentino." (2017).
- . "Starting on the Right Track? The Effects of First Job Experience on Short- and Long-Term Labor Market Outcomes." (2017).
- Berniell, Lucila, Dolores de la Mata, and Federico Juncosa. "Local Externalities in Labor Markets: Congestion and Information Flow among Peers." CAF Development Bank of Latinamerica, 2020.
- Boone, Jan, and Jan C Van Ours. "Effective Active Labor Market Policies." Available at SSRN 641561. 2004.
- Bou-Habib, Paul, and Serena Olsaretti. "Liberal Egalitarianism and Workfare." *Journal of Applied Philosophy* 21, no. 3 (2004): 257-70.
- Brown, Alessio. "Can Hiring Subsidies Benefit the Unemployed?". *IZA World of Labor*. 2015: 163.
- Cohen, Gerald A. "Expensive Taste Rides Again." En *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Justine Burley (ed.). Blackwell Publishing, 2004.
- . "On the Currency of Egalitarian Justice." *Ethics* 99, no. 4 (Jul., 1989 1989): 906-44.
- COMISIÓN EUROPEA (2017). Políticas Activas del Mercado de Trabajo. Fichas Temáticas del Semestre Europeo. Url: https://commission.europa.eu/document/download/a42d806a-7007-498f-a758-b95abd63a1f0_es?filename=european-semester-thematic-factsheet-active-labour-market-policies_es.pdf. Fecha de acceso: 18/12/2024.
- Dworkin, Ronald. "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare." *Philosophy and Public Affairs* 10, no. 3 (1981a): 185-246.
- . "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources." *Philosophy and Public Affairs* 10, no. 4 (1981b): 283-345.
- Fatauros, Cristián. "Igualdad de oportunidades y tributos. Un enfoque sobre los talentos productivos desde la óptica de la responsabilidad". En *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*. La Ley. 2011. p. 621-636.
- . "Un Exámen De Las Políticas De Activación Laboral Desde La Igualdad De Oportunidades". En *Protección social y pobreza: abordando la multidimensionalidad del problema*, compilado por

- Facundo García Valverde y Laura Golbert. IICSAL. 2024.
- Gheaus, Anca, y Lisa Herzog. "The Goods of Work (Other Than Money!)." *Journal of Social Philosophy* 47, no. 1 (2016): 70-89.
- Goodin, Robert E. *Political Theory and Public Policy*. University of Chicago Press, 1982.
- . "Support with Strings: Workfare as an 'Impermissible Condition'." *Journal of Applied Philosophy* 21, no. 3 (2004): 297-308.
- Hurley, Susan. *Justice, Luck, and Knowledge*. Harvard Univ Press, 2005.
- Kluve, Jochen, and Uma Rani. *A Review of the Effectiveness of Active Labour Market Programmes with a Focus on Latin America and the Caribbean*. ILO Geneva, Switzerland, 2016.
- Kymlicka, Will. *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. 2 ed. Oxford University Press, 2002.
- . *Filosofía Política Contemporánea: Una Introducción*. Ariel, 1995.
- Moriarty, Jeffrey. "Rawls, Self-Respect, and the Opportunity for Meaningful Work." *Social Theory and Practice* 35, no. 3 (2009): 441-59.
- Nekby, Lena. *Active Labor Market Programs for the Integration of Youths and Immigrants into the Labor Market: The Nordic Experience*. CEPAL, 2008.
- Pogge, Thomas. *Realizing Rawls*. Cornell University Press, 1989.
- Rawls, John. *A Theory of Justice. Revised Edition*. Harvard University Press, 1971-1999.
- . "'Social Unity and Primary Goods'". En *Utilitarianism and Beyond*, editado por Sen, A. y Williams, B., Cambridge University Press, 1982.
- . *Justice as Fairness: A Restatement*. Harvard University Press, 2001.
- Sage, Daniel. "Do Active Labour Market Policies Promote the Well-Being, Health and Social Capital of the Unemployed? Evidence from the Uk." *Social Indicators Research* 124, no. 2 (2015/11/01 2015): 319-37.
- Scheffler, Samuel. "What Is Egalitarianism?". *Philosophy and Public Affairs* 31, no. 1 (Winter, 2003 2003): 5-39.
- Stemplowska, Zofia. "Luck Egalitarianism." En *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*, 389-400: Routledge, 2013.
- Swift, Adam. *Political Philosophy. A Beginners' Guide for Students and Politicians*. Polity Press, 2014.
- . *¿Qué es y para qué Sirve la Filosofía Política?: Guía para Estudiantes y Políticos*. Jahel Queral, Iñigo González y G. Sender (Trads.). Siglo XXI Editores, 2019.
- Van Parijs, Philippe. *Libertad Real Para Todos. Que Puede Justificar Al Capitalismo (Si Hay Algo Que Pueda Hacerlo)*. J. Francisco Alvarez (Trad.). Paidós Ibérica, 1995.
- Van Parijs, Philippe, y Yannick Vanderborght. *Basic Income: A Radical*

Proposal for a Free Society and a Sane Economy. Harvard University Press, 2017.

Wolff, Jonathan. *Ethics and Public Policy: A Philosophical Inquiry.* Routledge, 2011.

———. "Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos." *Philosophy and Public Affairs* 27, no. 2 (1998): 97-122.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley de la Provincia de Córdoba, Argentina - No. 10.236. Ver <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/7FD5B61D3ECD44D403257D9C0073C013?OpenDocument>.

SOBRE LA IGNORANCIA Y EL DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES DESDE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ON THE IGNORANCE AND THE LACK OF AWARENESS OF HUMAN RIGHTS. REFLECTIONS FROM THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

Agustín Eugenio Martínez Elías*

RESUMEN: En este texto se analiza una idea expresada en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la de que el desconocimiento de dichos derechos tiene el potencial de abonar al desarrollo de actos de barbarie que afectan a toda la humanidad, reconociendo que ello ha sucedido con anterioridad. El análisis realizado se hizo a través de la consulta de los trabajos preparatorios de la Declaración hasta la consolidación del texto final, así como de la literatura especializada que aborda esta idea, ofreciendo finalmente una reflexión sobre el significado y extensiones de este concepto.

ABSTRACT: *This text analyzes an idea expressed in the preamble to the Universal Declaration of Human Rights, that the disregard for these rights has the potential to foster barbaric acts affecting all humanity, recognizing that this has occurred in the past. The analysis was conducted through consultation of the preparatory work for the Declaration up to the final text, as well as specialized literature on this topic. Finally, it offers a reflection on the meaning and extension of this concept.*

PALABRAS CLAVE: declaración universal de los derechos humanos, ignorancia, desconocimiento, violación de derechos humanos.

KEYWORDS: *universal declaration of human rights, ignorance, disregard, human rights violation.*

Fecha de recepción: 1/10/2025

Fecha de aceptación: 1/12/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10083>

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Zacatecas, Maestro el Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la Universidad Santo Tomás de Aquino, Maestro el Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1176-4175> Correo electrónico: elias.martz140@gmail.com, magustineugenio@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos como idea central en nuestros tiempos se consolidó con una vocación universalista en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se establecieron por primera vez los fundamentos y características de los mismos, entre dichas ideas base de los mismos, se reconoció que la ignorancia o el desconocimiento de tales derechos humanos puede ser una de las condiciones que traen consigo vulneraciones a los mismos de la mayor gravedad, por lo que se vuelve deseable que sean ampliamente conocidos por todas las personas para que sean respetados y exigidos.

En el presente trabajo se hace un análisis sobre los trabajos preparatorios de la Declaración, específicamente sobre las partes que se considera desarrollan la idea antes citada, para lo cual se consultó material histórico sobre el proceso de negociación de dicho instrumento internacional, para comprender las razones que llevaron a incluirle en el instrumento fundacional de los derechos, así como el entendimiento que se tuvo originalmente sobre dichas disposiciones.

Posteriormente se ofrece una reflexión a la luz del principio de la navaja de Hanlon, mismo que parece capturar la esencia de la idea consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en relación al daño que se puede generar a la dignidad humana no solamente a través de la malicia, sino también a través de la ignorancia.

Por ello, se argumentará que la vulneración a los derechos humanos, incluyendo aquellos actos de barbarie que han sido ultrajantes para la conciencia de la humanidad, no siempre provienen de la malicia o maleficencia, sino que pueden surgir del desconocimiento o menosprecio de la dignidad humana.

En complemento a lo anterior, se indica la existencia de una cláusula operativa de dicha Declaración, a través de la cual, existe un mandato claro para que la misma sea ampliamente aprendida y enseñada alrededor del mundo para poder convertirle en un documento vivo.

Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones en relación al potencial dañino que porta la ignorancia de los derechos humanos y en el desarrollo de esta cláusula en las Naciones Unidas, el cual, se centra forma positiva en la educación, promoción y difusión de estos derechos de forma preventiva para arrojar luz frente a tal desconocimiento.

2.- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948, es un instrumento internacional que se adoptó en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, para (entre otras cosas), ofrecer una definición sobre los derechos a los que se

refería la Carta de las Naciones Unidas de 1945, también conocida como la Carta de San José.

La Declaración fue fruto de un amplio proceso en el que participaron muchos Estados parte, el cual, concluiría el 10 de diciembre de 1948, con la adopción de su texto final que contenía un catálogo de derechos que se reconocían universalmente con fundamento en la dignidad de las personas.

Para su elaboración “se distribuyó, entre algunos de los pensadores más influyentes de la época en todo el mundo, un cuestionario sobre las relaciones entre los derechos de los individuos y de los grupos en sociedades de distintos tipos y en distintas circunstancias históricas, así como las relaciones entre las libertades individuales y las responsabilidades sociales o colectivas.”¹

Hubo grandes debates filosóficos sobre cuál debería ser el fundamento de los derechos humanos, algunos consideraban la existencia de normas no escritas, de carácter superior, leyes naturales que derivaban de la naturaleza del ser humano o de Dios, mientras otros consideraban que surgían de la voluntad y la razón de la humanidad², sin embargo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se adoptó un nuevo dogma para el reconocimiento de estos, basándose en la dignidad humana.

Como señala Jürgen Habermas, la dignidad humana no era un concepto nuevo, sino un concepto filosófico de larga data que había adquirido una expresión canónica con Kant, mismo que adquiriría una importancia en el ámbito internacional de los derechos humanos.³

Es por ello que, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 1 que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”⁴

Pero debemos asegurarnos de comprender correctamente este reconocimiento, puesto que como lo señala Norberto Bobbio, “En realidad los hombres no nacen ni libres ni iguales. Que los hombres nazcan libres e iguales es una exigencia de la razón, no es una constatación de hecho ni un dato histórico.”⁵

¹ Antônio Augusto Cançado Trindade, “Introductory note, *Universal Declaration of Human Rights*”, *Audiovisual Library of International Law*, Paris, 2008. <https://legal.un.org/avl/ha/udhr/udhr.html>

² Jacques Maritain, “LA LEY NATURAL O DERECHO NATURAL”, Transcripción de las secciones 3 a 6 del capítulo II, En: *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, de 1942. 6 y 7 https://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/10_FP_DerHum.pdf

³ Jürgen Habermas, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010): pp. 3–25. 5 y 6 https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. artículo 1. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁵ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Traducción de Rafael de Asís Roig, 1991, 162.

La redacción de la Declaración, refleja un documento sencillo de comprender, que fuese aceptable por personas de todas las culturas, y que también permitiera a las personas destinatarias, sentirse moralmente compelidas por su contenido.⁶

Sobre esto, Eleanor Roosevelt decía que la Declaración no estaba dirigida a filósofos o juristas, sino más bien a las personas ordinarias.⁷ Por su parte, René Cassin, declararía que el término “universal” en vez de “internacional” o “integubernamental”, obedecía a que la Declaración es un documento que busca ser moralmente vinculante para todas las personas, no solo para los gobiernos que votaron por su adopción, ya que fue elaborada para toda la humanidad y fundada en una concepción unificada del ser humano.⁸

Para Jürgen Habermas la dignidad humana viene a constituir la fuente moral de los derechos humanos⁹, mientras que McCrudden, establece que: “Todo el mundo podía estar de acuerdo en que la dignidad humana era algo central, pero no por qué ni cómo.”¹⁰

Sobre las dificultades para llegar a acuerdos sobre el fundamento de los derechos humanos, Jacques Maritain recuerda que en la Declaración Universal, fue necesario plantear “un acuerdo práctico entre hombres que se encuentran opuestos entre sí en el plano teórico.”¹¹

A forma de ejemplo Maritain relata lo siguiente:

Durante una de las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre, alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. «Claro – replicaron ellos – estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se

⁶ Pedro de Jesús Pallares Yarbur, *Un acuerdo en las raíces. Los Fundamentos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, De Jacques Maritain a Charles Malik*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020, 238. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59511>

⁷ Summary Record of the Hundred and First Meeting, [of the Third Committee] Held at the Palais de Chaillot, Paris, on Wednesday, 13 October 1948, at 3 p.m. A/C.3/SR.101, 13 October 1948

⁸ Jacob Dolinger, “The Failure of the Universal Declaration of Human Rights”, 47 U. University of Miami Inter-American Law Review, Rev. 164 (2016). 187 <https://repository.law.miami.edu/umialr/vol47/iss2/4>.

⁹ Jürgen Habermas, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010): pp. 3–25. P. 6 https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001

¹⁰ Christopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4, pp. 655– 724, 678. <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/McCrudden-Human-Dignity-and-Judicial-Interpretation-of-Human-Rights-2008-1.pdf>

¹¹ Jacques Maritain, *Los Derechos del Hombre y sus Fundamentos*, Transcripción parcial del Capítulo IV del libro ‘El Hombre y el Estado’, 2. https://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/10_FP_DerHum.pdf

nos pregunte por qué». Es con el «por qué» con lo que la discusión comienza.¹²

Para pasar la página sobre la fundamentación de los derechos humanos, creo importante citar las ideas de Norberto Bobbio en 1964, durante su participación en un encuentro sobre “el fundamento de los derechos humanos”, promovido por el “Institut International de Philosophie”, en el que indicó que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos.¹³

Por supuesto, el marco conceptual desarrollado a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no está exenta de críticas sobre su verdadero potencial liberador, su aplicabilidad, así como la posibilidad de hacer una lectura ideológica de los mismos.¹⁴

Considero que la Declaración, hace al menos tres alusiones sobre la necesidad de arrojar luz sobre la posible ignorancia de estos derechos, de forma que sean ampliamente conocidos por todas las personas, dos en su preámbulo, y la tercera dentro del derecho a la educación, las cuales se abordarán a continuación.

3.- LA IGNORANCIA Y EL DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, reconocimiento que es la piedra angular de la era de los derechos que se inauguró con este instrumento internacional en 1948.

Inmediatamente en el párrafo siguiente, se reconoció que históricamente la humanidad misma ha lesionado de forma grave esta dignidad que nos pertenece a todas las personas, ello implica que recién reconocida la dignidad inherente y los derechos de las personas, se comienza reconociendo que estos han sido severamente lesionados con anterioridad.

Así el segundo párrafo del preámbulo dice lo siguiente:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la

¹² Maritain, Jacques, Los Derechos del Hombre y sus Fundamentos, Transcripción parcial del Capítulo IV del libro ‘El Hombre y el Estado, 2.

¹³ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Traducción de Rafael de Asís Roig, 1991, 91.

¹⁴ Julio Alvear Téllez, “Los derechos humanos como ideología, una lectura desde el pensamiento “Antimoderno””, *Derecho Público Iberoamericano*, No. 3, 2013, 61.

miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;¹⁵

Además de este reconocimiento negativo, en este segundo párrafo se expresa la faceta utópica de los derechos humanos, indicando que estos son la aspiración más elevada de la humanidad, además de hacer mención de las cuatro libertades de Roosevelt.

En relación a su primera parte, en la que hace referencia al desconocimiento de los derechos humanos, es importante precisar que está inspirada en la primera parte del preámbulo de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dice lo siguiente: Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, [...].¹⁶

Armand Depper considera que, en este texto, la Asamblea Constituyente francesa que elaboró la Declaración caracterizó y denunció las que consideraban las causas de las desgracias públicas de dicha época, afirmando que: "Es cierto que la violación, voluntaria o involuntaria, de estos derechos causó en gran medida la decadencia de Francia, tanto material como moral."¹⁷

Otro antecedente de esta idea sobre el desconocimiento o ignorancia de los derechos humanos, lo encontramos en la Constitución de la UNESCO adoptada en 1945, en cuyo preámbulo si se hizo alusión a los costos de la ignorancia, los prejuicios, así como la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo, todo ello en el contexto de la segunda guerra mundial:

Que la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres, y sin la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia, por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas;¹⁸

Durante el proceso de redacción de la Declaración Universal, esta mención a la ignorancia o desconocimiento de los derechos humanos,

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. Preámbulo <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

¹⁷ Armand Depper, *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793 : à l'usage de l'enseignement primaire, des Cours d'Adultes et d'Adolescents*, Gedalge, Libraire-Éditeur, Paris, 26 y 27. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1089654.texteImage>

¹⁸ Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Aprobada en Londres el día 16 de noviembre de 1945. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/constitution>

fue incorporada, como podría esperarse, por la delegación francesa en su proyecto de Declaración, la cual, lo establecía como primer párrafo del preámbulo:

“Nosotros, los Pueblos de las Naciones Unidas: 1. CONSIDERANDO que la ignorancia y el desprecio de los derechos humanos son una de las causas profundas del sufrimiento humano y de las amenazas y los actos de barbarie que han ultrajado la conciencia de la humanidad antes y más especialmente durante la última guerra mundial;”¹⁹

Sobre esta parte del preámbulo, Johannes van Aggelen indica que este fue el único párrafo en el que una connotación negativa apareció primero en un borrador, ya que en todos los demás borradores, una declaración positiva precedió a la cláusula sobre el desprecio y el menosprecio de los derechos humanos.²⁰

En este párrafo, la Declaración alude a los impactos confirmados que guarda el desconocimiento sobre los derechos humanos, los cuales son negativos, es decir, haciendo énfasis en el potencial daño que porta dicha ignorancia sobre los mismos.

Esta propuesta del proyecto francés, sería posteriormente relocalizada como el segundo párrafo del preámbulo, mismo que fue objeto de diversos debates.

Una de las sesiones en las que se abordó en mayor medida la inclusión de esta idea sobre el impacto de la ignorancia sobre los derechos humanos, fue en la vigésimo quinta reunión de la Comisión sobre Derechos Humanos, celebrada el 16 de junio de 1948.

En ella el representante de China, consideraba que era mejor hacer mención a la ignorancia en general, que a la ignorancia en derechos humanos, frente a lo cual, el delegado de Libano, Mr. Azkoul, consideraba que la idea de la delegación China debilitaba el texto, en el sentido de que es la ignorancia sobre los derechos humanos sobre lo que tiene que referirse la Declaración, no existiendo una razón para mencionar la ignorancia en general.²¹

Además, fue duramente criticado por el delegado del Reino Unido, quien consideró que al incluir esta idea en el preámbulo, se confunde el carácter de la declaración, el cual, debería limitarse a proclamar derechos humanos fundamentales, e indicar las medidas que debe adoptarse para aplicarla, además de considerar que, al establecer la idea de que la ignorancia de los derechos humanos es la

¹⁹ COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, THIRD SESSION, E/CN.4/82/Add.8, 6 May 1948

²⁰ Johannes Van Aggelen, “The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights”, *Denver Journal of International Law & Policy*, volume 28 (2000), 131.

²¹ Summary Record of the Seventy-Fifth Meeting, [of the Commission on Human Rights], Held at Lake Success, New York, on Wednesday, E/CN.4/SR.75, 16 June 1948, at 10:45 a.m.

causa esencial del sufrimiento en el mundo, parece hacerse una justificación de las atrocidades cometidas por los nazis.²²

En esta misma sesión, el representante de la Unión Soviética de Repúblicas Socialistas, comentó que la segunda guerra mundial, no había sido el resultado de la ignorancia, sino de una política alemana, considerando que el texto propuesto sobre la ignorancia era defectuoso y que podría confundir a las personas.²³ En otra de sus participaciones, el representante de la Unión Soviética de Repúblicas Socialistas, dijo que:

“Conservar la palabra “ignorancia”, podría dar la impresión de que los actos de los alemanes y japoneses estarían siendo perdonados porque no sabían que estaban violando derechos humanos. Esto fue el más serio error en todo el párrafo. No ha habido ignorancia por parte de los agresores, sino el desarrollo natural de un sistema que ha llevado a la guerra. La opinión pública ha estado impresionada por las medidas que los fascistas han tomado deliberadamente, al inicio en sus países de origen y después, durante la guerra en los territorios ocupados.”²⁴

El delegado de China, Mr. Chang consideró que era cierto que los alemanes y japoneses eran culpables por su desprecio hacia los derechos humanos, pero que no podía establecerse que ellos eran ignorantes al respecto, manifestó además que la palabra ignorancia en el texto en inglés “ignorance”, no parecía el más adecuado, sugiriendo reemplazarlo por la palabra indiferencia “indifference”. Esta idea fue secundada por el representante del Reino Unido. Además, el representante de Bélgica, Mr. Lebeau, consideró que el término que debería usarse en el texto en inglés no debería ser “indifference”, sino más bien, “disregard”, propuesta que fue acogida y derivado de la cual, el texto en inglés de la Declaración no hace mención a la ignorancia, sino al desconocimiento de los derechos humanos.²⁵

Aunque el texto en inglés dejó de hacer mención al término ignorancia de los derechos humanos, en el textos en francés se retuvo esta idea, Mr. Lebeau, delegado de Bélgica, aclaró que en el texto en francés, el término usado “méconnaissance”, no se refería a ignorancia en general, sino que en definitiva significaba una ignorancia específica sobre los derechos humanos.²⁶ Además, Mr. Ordonneau, delegado francés, indicó que esta dificultad del texto en inglés, no se presentaba en el texto francés, ya que “méconnaissance” significaba ignorancia

²² Summary Record of the Seventy-Fifth Meeting, E/CN.4/SR.75.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

intencional.²⁷ Finalmente, estos cambios fueron aprobados con 10 votos a favor, 1 en contra y 5 abstenciones.²⁸

Es por lo anterior que, el segundo párrafo del preámbulo de la Declaración Universal en inglés, no hace mención alguna a “ignorance”, que fue substituido por “disregard”:

*“Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind [...]”*²⁹

Por su parte el texto en francés, si se conservó la palabra “méconnaissance” que sí se refiere a la ignorancia de los derechos humanos:

*“Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l’homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l’humanité [...]”*³⁰

E incluso podemos ver que el texto en español, se apega al texto en inglés sobre este punto, ya que no mantiene la mención de la ignorancia, en este caso, traducido como “desconocimiento”.

*“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad [...]”*³¹

Lo anterior, indica que el debate se centraba en seleccionar el término adecuado entre ignorancia o desconocimiento de los derechos humanos en la Declaración Universal.

Con posterioridad a este debate, el segundo párrafo del preámbulo, también sufrió otras modificaciones, ya que en algún momento hizo alusión a que la ignorancia y el desprecio de los derechos humanos “son una de las causas esenciales del sufrimiento humano”, en vez hablar de “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, además de que, como ejemplos de dichos actos, hacía alusión directa a la segunda guerra mundial, el nazismo y el racismo.³²

Es por lo anterior que, una de las versiones previas del párrafo segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos decía lo siguiente:

“Considerando que la ignorancia y el desprecio de los derechos humanos son una de las causas esenciales del sufrimiento

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Universal Declaration of Human Rights, December 10 1948, Preamble, second paragraph.

³⁰ Déclaration universelle des droits de l’homme, Préambule, deuxième paragraphe. <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>

³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. Preámbulo, segundo párrafo. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

³² Draft International Declaration of Human Rights, Recapitulation of amendments to the preamble of the draft Declaration (E/800), Third Session, Third Committee, A/C.3/314/Rev., 20 November 1948.

humano; considerando que, especialmente antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el nazismo y el racismo generaron innumerables actos de barbarie que ultrajaron la conciencia de la humanidad;³³

Algunos días antes de la adopción del texto final, se eliminaron las referencias a la segunda guerra mundial, al nazismo y racismo, volviendo a la propuesta de Australia y Francia habían hecho días antes para reformar el segundo párrafo del preámbulo.³⁴

Entre los argumentos para eliminar la mención a la segunda guerra mundial, se encuentran los del Delegado de la URSS, quien indicó que, tantos actos de barbarie se habían cometido durante la segunda guerra mundial como durante la primera, de forma que parecía no haber razón de mencionar a una y no a la otra, por lo que sería mejor eliminar dicha mención, este argumento se consideró aplicable también a la mención del nacismo, racismo, fascismo y totalitarismo.³⁵

Parece ser que, aunque en las discusiones para llegar al proyecto final, se hizo mención en muchas ocasiones sobre la segunda guerra mundial y el nazismo, finalmente se decidió no hacer mención alguna al respecto en su texto para hacerlo un documento más aceptable y evitar posibles politizaciones.

En esta parte de la Declaración, podemos encontrar uno de los sentimientos que se considera en ese contexto histórico impulsó los consensos necesarios que llegar a consolidar este texto internacional, que fue la conmoción generada por los actos de barbarie que ultrajaron la conciencia de la humanidad.

Sobre esto, Morsink afirma que un factor integral para la elaboración de la Declaración fue el Holocausto, porque este creó un piso moral común sin el cual, esta nunca hubiera podido ser escrita.³⁶ Además, días antes de la adopción del texto final de la Declaración, hubo propuestas para modificar nuevamente esta parte del preámbulo para hacer referencia a que la ignorancia, el desconocimiento y la indiferencia de los derechos humanos habían resultado en las barbaries de la segunda guerra mundial, considerando que una de las

³³ Draft International Declaration of Human Rights, Recapitulation of amendments to the preamble of the draft Declaration (E/800).

³⁴ Draft International Declaration of Human Rights, Australia and France: Joint Amendment to the Preamble, Third Session, Third Committee, A/C.3/314, 26 October 1948.

³⁵ Summary Record of the Hundred and Sixty-Fifth Meeting [of the Third Committee] Held at the Palais de Chaillot, Paris, on Tuesday, 30 November 1948, at 10 a.m. A/C.3/SR.165.

³⁶ Jacob Dolinger, "The Failure of the Universal Declaration of Human Rights", 47 U. University of Miami Inter-American Law Review, Rev. 164 (2016). 166; Johannes Morsink, "The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent". *University of Pennsylvania Press*, 1999.

problemáticas de fondo del conflicto lo fueron las libertades fundamentales.³⁷

Uno de los sentidos que se le atribuyó al término de desconocimiento de los derechos humanos distinto a la ignorancia sobre los mismos, se relaciona más bien con la falta de su reconocimiento legal. En relación a ello, podemos encontrar que posteriormente Australia propuso el siguiente texto:

“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han dado lugar a actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad y han puesto de manifiesto la suprema importancia del reconocimiento y la garantía de las libertades fundamentales.”³⁸

Finalmente, podemos encontrar que el segundo párrafo del Preámbulo de la Declaración, reconoce el impacto negativo que puede tener el desconocimiento en relación a los derechos humanos, y la importancia de la prevención en la materia, por lo cual, cobra especial relevancia la promoción y educación en los mismos, puesto que no basta con su mero reconocimiento para “hacerlos operativos.”

Uniando las ideas de los primeros dos párrafos del preámbulo de la Declaración Universal, podríamos dar la lectura de que no puede germinar la libertad, la justicia y la paz, cuando no existe una consciencia sobre la dignidad humana y los derechos humanos.

Ahora bien, sobre la relevancia que ha tenido esta parte de la Declaración, Johannes van Aggelen dice que es posible rastrear el impacto de los diversos párrafos de su preámbulo en otros tratados internacionales, por ejemplo, en el caso del segundo párrafo, considera que podemos rastrearlos hasta la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³⁹, e incluso el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁴⁰

4.- NO EXPLIQUES CON LA MALICIA LO QUE PUEDE SER EXPLICADO CON LA IGNORANCIA

Desde mi punto de vista, en esta cláusula la Declaración Universal, reúne dos grandes ideas, la de que el menosprecio de los derechos humanos es lesivo para los mismos, es decir, que, aun

³⁷ Compilation of Amendments to the Draft Declaration of Human Rights Submitted to the Third Committee before 4 p.m. 6 October in Chronological Order, Draft International Declaration of Human Rights, A/C.3/230, 6 October 1948.

³⁸ Australia, Amendments to Preamble and Article 23 of the Draft Declaration (E/800), A/C.3/257, 11 October 1948.

³⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Asamblea General en su resolución 260 A (III), 09 diciembre 1948.

⁴⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

conociéndolos, teniendo consciencia sobre los mismos, existe una voluntad de vulnerarlos, lo que vendría a ser una vulneración a causa de la malicia, mientras que la segunda idea, es que no solo la malicia puede llevar a este daño, sino también la ignorancia de los mismos, por lo cual dicha ignorancia se torna indeseable también.

En el caso de la afectación a derechos humanos a través de la ignorancia o desconocimiento, podríamos explicarla a la luz de la denominada "navaja de Hanlon o principio de Hanlon."

La Navaja de Hanlon se puede recoger en la siguiente frase "no atribuyas a la maldad, lo que puede ser explicado por la ignorancia", de esta forma, se reconoce la importancia de erradicar la ignorancia sobre los derechos humanos, para eliminar a su vez, el posible daño a los mismos por esta vía.

Sobre el daño que se puede causar a través de la ignorancia o estupidez Dietrich Bonhoeffer, incluso va más allá, al considerar que la estupidez es un enemigo aún más peligroso para el bien que la malicia.⁴¹

Es por ello, que en la Declaración se reconoce que la vulneración a los derechos humanos, e incluso, actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, no solamente pueden ser atribuidos a la malicia en el mundo, sino también a la ignorancia.

Podemos encontrar este razonamiento en diversos pasajes históricos, por ejemplo, citando secularmente la Biblia, en la que se establece el siguiente texto: "Y Jesús decía: Padre, perdónalos, porque no saben lo que hacen."⁴² En este pasaje Jesús aboga por sus prójimos atribuyendo el daño que le hacen, no a la maldad en sí misma, sino a la mera ignorancia.

Podemos encontrar otro ejemplo de ello, en el denominado "caso modelo de estupidez extrema", en que el desconocimiento o estupidez frente a la dignidad humana fue el combustible para producir graves violaciones a los derechos humanos, refiriéndome por ello, al caso de Adolf Eichmann.

Eichmann fue un agente de la Alemania Nazi, que, entre otras cosas, coordinó las deportaciones de los judíos de Alemania y de otras partes de Europa occidental, meridional y nortea, a los campos de exterminación y finalmente fue juzgado en Jerusalén, encontrado culpable y condenado a muerte.⁴³

⁴¹ Ilie Răpcianu, "The Power of the One Needs the Stupidity of the Other. Bonhoeffer's Theory of Stupidity and Analysis of its Socio-political Impact." *Review of Ecumenical Studies*, 1999.

⁴² Biblia, Lucas 23:34, Reina – Valera
<https://www.biblegateway.com/passage/?search=Lucas%2023%3A34&version=RV1960>

⁴³ "El juicio de Eichmann", *Enciclopedia del Holocausto*, 25 de noviembre de 2025 <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/eichmann-trial>; Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén, Un Estudio sobre la banalidad del mal*, Editorial Lumer, 2003, 59 y 60.

Annah Harendt hizo una crónica judicial sobre este caso en su libro "Eichmann en Jerusalén, un estudio sobre la banalidad del mal", en la cual, además destacó como esta persona que entre otras cosas, se encargó del transporte de personas de toda Europa a los campos de concentración, en realidad para ella, no se trataba de una persona con maleficencia, sino simplemente con una diligencia irreflexiva con la que hacía su trabajo, sin poner atención la realidad en la que se encontraban inmersos sus actos.

En su análisis, Arendt, subraya como Eichmann indicaba que él era una persona que cumplía con su deber; no solo obedecía órdenes, sino que también obedecía la ley.⁴⁴ El enjuiciado señalaba con virtud haber cumplido con obediencia ciega o como la llamaba él, obediencia de cadáver, las órdenes que le daban sus superiores.⁴⁵

Arendt, señaló que: "En realidad, una de las lecciones que nos dio el proceso de Jerusalén fue que tal alejamiento de la realidad y tal irreflexión pueden causar más daño que todos los malos instintos inherentes, quizá, a la naturaleza humana."⁴⁶

Es sobre este tipo de ignorancia o irreflexión sobre la que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que no se desarrolla o despliega en un caso concreto una consciencia sobre la dignidad intrínseca de todas las personas y de cómo determinados actos u omisiones pueden contribuir a su vulneración.

Es importante recordar que, la Declaración no atribuye todas las lesiones a los derechos humanos a la ignorancia, pues su texto habla tanto de la ignorancia o desconocimiento como del desprecio a estos, con lo cual, no desconoce que también estos se afectan a través de la maldad.

Debemos señalar que esta idea no es nueva, de que la ignorancia del bien es maligna, ya decía Sócrates que el mal es fruto de la ignorancia.⁴⁷ El denominado intelectualismo moral de Sócrates y Platón que se basa en que "Nadie hace el mal a sabiendas, porque la verdad más clara acerca del mal es que perjudica a quien lo realiza aún en mayor medida que a quien lo sufre."⁴⁸

La Declaración por ende hace un llamado a desarrollar un conocimiento sobre los derechos humanos, pero no meramente un conocimiento técnico, jurídico o histórico, sino valorativo, el cual, puede tener una base moral, es decir de valores, tal y como se encuentra desarrollada en las primeras líneas de su preámbulo, donde se reconocen los valores de la dignidad humana, la libertad, la justicia,

⁴⁴ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén, Un Estudio sobre la banalidad del mal*, 171.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Platon, *Teeteto*, Editorial Gredos, 176c-177a.

⁴⁸ Francisco Javier Rojo Vázquez, *Tratado del bien y del mal. La ética como filosofía primera*, Universidad Pontificia Madrid, Madrid, Junio 2017, 25.

la paz, la igualdad, el valor de la persona humana, todos ellos como algo deseable y como la aspiración más elevada del hombre.

Por ello, es que la educación en derechos humanos, no solo debe ser centrada en la Declaración como un documento legal o histórico, sino como una carta de aspiraciones de la humanidad entera, para llegar a la consecución de una mejor vida para todas y todos.

Pareciera que, para poder eliminar la ignorancia sobre los derechos humanos, también tenemos que apelar a la dimensión moral de la misma, que es justamente, con la que inicia su texto, reconociendo valores como la libertad, la justicia y la paz basadas en la dignidad intrínseca de las personas. Debemos abordar también estos derechos como la más alta aspiración de un mundo mejor, este enfoque utópico, es lo que parece haberla convertido en un documento de inspiración global.

En relación a este tema, Antônio Augusto Cançado Trindade, decía que “la Declaración ha adquirido gradualmente una autoridad que sus redactores no podían prever. Ello ocurrió no sólo debido a las personas que participaron en su elaboración, a la forma que se dio a ese histórico documento o a las circunstancias de su adopción: ocurrió principalmente debido a que sucesivas generaciones de seres humanos, de distintas culturas en todo el mundo, la reconocieron como una “norma común” (como se proclamó originalmente), que respondía a sus aspiraciones más profundas y legítimas.”⁴⁹

Samuel Moyn sostiene que los derechos humanos surgieron como la última utopía global, que aparecieron solo cuando otras utopías habían fracasado.⁵⁰

Sobre otras utopías previas, incluso se ha considerado que los derechos del hombre, reconocidos en la Declaración de los Derechos de 1789, también tuvieron un carácter nítidamente utópico.⁵¹

Sobre el género de las utopías, podemos recurrir a Tomás Moro, quien en su obra del mismo nombre “Utopía”, en el que narra una isla nombrada en honor a Utopo, la cual, tiene una organización y convivencia perfecta. Moro, a quien se le atribuye la creación de esta palabra, la construye en 1516, a partir del griego *ou* “no” y *tópos* “lugar”⁵², que puede ser traducido literalmente como “lugar que no existe.”⁵³

⁴⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade, *“Introductory note, Universal Declaration of Human Rights”*, Audiovisual Library of International Law, Paris, 2008. <https://legal.un.org/avl/ha/udhr/udhr.html>

⁵⁰ Samuel Moyn, *El Futuro De Los Derechos Humanos*, Sur - Revista Internacional De Derechos Humanos, 2014, 61.

⁵¹ Julio Alvear Téllez, *Los derechos humanos como ideología, una lectura desde el pensamiento “Antimoderno”*, Derecho Público Iberoamericano, No. 3, 2013, 50.

⁵² Diccionario de la Real Academia Española, *Utopía, Definición*, Diccionario de la lengua española, 22 de julio de 2025. <https://dle.rae.es/utop%C3%ADa>

⁵³ Diccionario etimológico castellano en línea, *Utopía*, 22 de julio de 2025. <https://etimologias.dechile.net/?utopia>

Parece ser que la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos indica un lugar que tampoco existe, pero que nos hemos comprometido a construir, tal y como lo indicaba Norberto Bobbio, en el sentido de que no es cierto que los hombres nacen libres e iguales, sino que nos hemos trazado como idea radicada en la razón que así sea. Para poder llegar a esta sociedad global, a esta Isla perfecta de Utopía, es necesario promover sensibilizar y educar en materia de los derechos humanos, eliminar esta ignorancia sobre la dignidad de los demás.

Cabe señalar que esta obra fundamental fue escrita por Moro justamente como una crítica sobre la Inglaterra de su tiempo⁵⁴, tal y como la Declaración Universal vino a ser una reacción directa a las atrocidades de la segunda guerra mundial, identificando los males que afectan a la humanidad, llevándola a la decadencia, siendo uno de ellos el desconocimiento de los derechos humanos.

Por lo anterior, podemos decir que mientras se educa en derechos humanos la Declaración recobra vida, como ese parámetro moral universalista que busca que los derechos reconocidos en la misma se lleven a la práctica en todos lados del mundo, esa es su Utopía.

Finalmente, me parece adecuado recordar lo que Eduardo Galeano escribió una vez al respecto: “La utopía está en el horizonte, camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá, ¿entonces para qué sirve la utopía? Sirve para eso, para caminar”.⁵⁵

5.- LA CLÁUSULA OPERATIVA DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CONTRA LA IGNORANCIA DE LOS DERECHOS)

Sobre el desconocimiento de los derechos humanos la Declaración Universal de los Derechos Humanos vuelve a la carga en el último párrafo de su preámbulo, señalando a la educación como una de las herramientas necesarias para llevar estos derechos a todos los rincones del globo.

“Proclama la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella,

⁵⁴ Jairo Guerrero Vicente, *Tomás Moro y su Utopía: ¿autor pionero o ilustre entre ignorantes?*, Historia Digital, XXIII, 41, (2023). ISSN 1695-621, 2023, 118.

⁵⁵ Eduardo Galeano, *Utopías y Mitos*, Javier Meza González, Alberto Trejo Amezcua, Universidad Autónoma Metropolitana, (coordinadores), 9 <https://casadelibrosabiertos.uam.mx/contenido/contenido/Libroelectronico/utopias.pdf>

promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades [...]”⁵⁶

En este párrafo, se hace mención de la importancia del ideal común que se ha consolidado, el cual, es en sí mismo un logro, sin embargo, los pueblos, las naciones, los individuos y las instituciones deben buscar llegar a lograr dicho ideal, no bastando solamente con haberlo declarado, para lo cual, es de vital importancia promover los derechos humanos mediante la enseñanza y la educación.

Sobre esta parte del preámbulo, Johannes van Aggelen dice que la Declaración, encomienda a cada individuo y a cada miembro de la sociedad desarrollar, a través de la educación, un mayor respeto por los derechos y libertades fundamentales que propugna, por ello, se le denomina la, “cláusula operativa.”⁵⁷

Es por lo anterior, que la educación en derechos humanos está relacionada directamente con hacerlos operativos, de forma que los Estados y sus instituciones a través de sus agentes estén en condiciones de respetarlos y garantizarlos, mientras que las personas y los pueblos, podrán conocerlos mejor para exigirlos.

Siguiendo a José Vicente Mestre Chust, la educación en derechos humanos tiene diversos objetivos, siendo una de sus finalidades la de concienciar a la población sobre la importancia de cumplirlos, creando ciudadanos conscientes que cumplan con sus elementos fundamentales, además de facilitar que estas personas puedan exigir su cumplimiento frente a las autoridades, volviéndose menos proclives a posibles vulneraciones de los mismos.⁵⁸

Una de las características que señala Mestre Chust que debe tener la educación en derechos humanos, es que debe tomarlos como una idea moral, para lo cual, sugiere que es indispensable desarrollar la empatía, como la capacidad de ponerse en la situación de otras personas, la capacidad de entender las circunstancias de los otros, por lo que puede adoptarse este principio de empatía como uno que nos sirva para educar en derechos humanos.

Finalmente, encontraremos que la Declaración, incluye la educación en derechos humanos dentro del contenido del derecho a la educación, así, señala lo siguiente en su artículo 16.2.

“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el

⁵⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. Preámbulo. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁵⁷ Johannes Van Aggelen, “The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights”, *Denver Journal of International Law & Policy*, volume 28 (2000), 131 y 137.

⁵⁸ José Vicente Mestre Chust, *Los derechos Humanos*, Editorial UOC, 2016, 42.

desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”⁵⁹

6.- LUEGO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la Conferencia Internacional de derechos humanos de Teherán en 1968, que podríamos intitular la Declaración Universal de los Derechos Humanos +20, se realizó un examen sobre los progresos de la humanidad desde 1948, se concluyó con la adopción de la Proclamación de Teherán en la que se exhortó a todos los pueblos y gobiernos a redoblar sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna que les permita alcanzar un estado de bienestar físico, mental, social y espiritual.⁶⁰

Esta Proclamación incluyó 29 resoluciones, de las cuales la número XX se denominó, “Educación de los jóvenes en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, en la cual, se recomendó a los Estados adoptar las medidas apropiadas para despertar el interés de los jóvenes en los problemas actuales del mundo y fomentar entre ellos los más nobles ideales de la humanidad promoviendo los derechos humanos.⁶¹

Por su parte, la resolución número XXV se denominó Difusión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se reconoció que para que la aplicación de los derechos humanos sea efectiva es preciso que cada persona comprenda la naturaleza de esos derechos y el deber que tiene de ejercerlos y defenderlos como la dignidad del ser humano exige.⁶²

Posteriormente, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos de 1993, se destacó la importancia de incluir la enseñanza de derechos humanos en los programas de educación, destacando la importancia que deben tener en este papel las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.⁶³

⁵⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. artículo 26.2. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁶⁰ Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.

⁶¹ Resolución XX, Educación de los jóvenes en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.

⁶² Resolución XXV, Difusión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.

⁶³ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, 33, 34 y 36.

Incluso se mencionó que el contenido de esta educación debe incluir los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el imperio de la ley, la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social. Además de mencionar una educación especial “en lo que respecta a las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho humanitario así como a su aplicación, destinada a grupos especiales como fuerzas militares, fuerzas del orden, policía y personal de salud.”⁶⁴

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado en el año 2011 la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, en la que se reconoce en su artículo primero el derecho de toda persona de obtener, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el acceso a la educación y formación en materia de derechos humanos.⁶⁵

Además, en su segundo artículo reconoce, como lo hemos analizado, el potencial de la educación en derechos humanos para la prevención de los abusos y violaciones de los derechos humanos, “al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos para que puedan contribuir a la creación y promoción de una cultura universal de derechos humanos.”⁶⁶

También indica que entre los objetivos de la educación en derechos humanos se encuentra la de lograr el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos, y erradicar todas las formas de discriminación y racismo, los estereotipos y la incitación al odio y los nefastos prejuicios y actitudes en que se basan.⁶⁷

Más recientemente podríamos identificar la noción de la educación en derechos humanos en el Objetivo del Desarrollo Sostenible número 4.7 denominado, Educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía global.

Este objetivo, plantea que para 2030, se debería “garantizar que todos los alumnos adquieran los conocimientos y las habilidades necesarios para promover el desarrollo sostenible, lo que incluye, entre otros, la educación para el desarrollo sostenible y estilos de vida sostenibles, los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, ciudadanía y valoración

⁶⁴ *Ibid.*, parr. 82

⁶⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/RES/16/1, 8 de abril de 2011.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, artículos 4 c) y e);

de la diversidad cultural y de la contribución de la cultura al desarrollo sostenible.”⁶⁸

A la distancia, parecería que esta idea establecida en la Declaración Universal sobre el desconocimiento de los derechos humanos que he intentado recordar en este texto, no ha sido expresada con la misma tónica en las Naciones Unidas, al menos no con la misma connotación negativa con que fue formulada inicialmente al reconocer que, en ocasiones no es necesario recurrir - exclusivamente- a la maldad para explicar contextos contrarios a derechos humanos, incluyendo entre ellos, eventos de tal magnitud que pueden llegar a sacudir la conciencia de la humanidad, toda vez que, estos en ocasiones son alimentados por el desconocimiento y la ignorancia de los derechos humanos.

Parece que luego del 10 de diciembre de 1948, este *mea culpa* atribuido en parte a la ignorancia, ha sido mayormente abordado de forma positiva, a través de la promoción, difusión y educación en los derechos humanos, aunque, como se ha visto su influencia pueden ser encontrados también en tratados contra el genocidio, los crímenes de guerra, de lesa humanidad y agresión.

7.- CONCLUSIONES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un instrumento internacional que inauguró la época de los derechos humanos como los conocemos el día de hoy, como este discurso hegemónico para enarbolar las exigencias sociales de las personas, este documento más allá de su valor jurídico tiene una riqueza moral que le ha dado un gran peso a nivel global.

Una de las ideas torales que encontramos en su preámbulo es la de que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad.

Esta idea que fue heredada con matices de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue ampliamente debatida en los trabajos preparatorios de la Declaración, logrando llegar hasta el texto final para reconocer el potencial lesivo de la ignorancia y el desconocimiento de los derechos humanos.

Se considera que a partir de esta idea no es posible atribuir - desde el punto de vista de la Declaración Universal- toda vulneración de derechos humanos a la malicia o maleficencia, sino también a la ignorancia de la dignidad humana y los derechos de los demás.

Conocido como el principio de Hanlon, que puede leerse como “no atribuyas a la maldad, lo que puede ser explicado por la ignorancia”, es una idea que ha rondado la humanidad durante mucho

⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, Objetivos del Desarrollo Sostenible, Objetivo 4, 25 de noviembre de 2025, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/>

tiempo, desde Sócrates, Platón, y Jesucristo, hasta el ejemplo analizado más reciente en el caso de Adolf Eichmann.

Esta lección aprendida por la humanidad, y reconocida en la Declaración Universal, tiene un impacto que puede ser rastreado hasta la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio o el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que buscan prevenir y hacer frente a dichos actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad.

A pesar de lo anterior, parece que, en el seguimiento de la Declaración Universal en las Naciones Unidas, lo relativo a esta cláusula de reconocimiento del potencial lesivo de la ignorancia de los derechos humanos, no será abordada con la misma connotación negativa que la primera vez, haciendo mención a los actos de barbarie ultrajantes antes citados.

Lo anterior, resulta extraño toda vez que, la redacción de esa cláusula dejó de hacer mención a casos en concreto, como la segunda guerra mundial, justamente para aludir a todo acto que haya pasado o pudiera pasar, siendo que, actualmente es indudable que estos actos siguen sucediendo en diversas partes del mundo.

Tomando en cuenta la importancia que resuena en esta idea parecería que podría ser utilizada de forma frecuente, para revisar si dicha ignorancia o desconocimiento de los derechos humanos que ha causado tanto daño a la humanidad ha logrado ser eliminada.

Parece ser que, en el contexto de las Naciones Unidas, esta cláusula ha sido más bien analizada a la luz de una connotación más positiva, aludiendo a la promoción, difusión y educación en derechos humanos.

Finalmente, considero que queda mucho espacio para la reflexión, sobre los impactos de la ignorancia de la dignidad humana y los actos de barbarie que siguen ultrajando la conciencia de la humanidad.

8.- BIBLIOGRAFÍA

Alvear Téllez, Julio, Los derechos humanos como ideología, una lectura desde el pensamiento "Antimoderno", *Derecho Público Iberoamericano*, No. 3, 2013.

Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén, Un Estudio sobre la banalidad del mal*, Editorial Lumer, 2003.

Australia: Amendments to Preamble and Article 23 of the Draft Declaration (E/800), A/C.3/257, 11 October 1948.

Biblia, Lucas 23:34, Reina – Valera
<https://www.biblegateway.com/passage/?search=Lucas%2023%3A34&version=RVR1960>

Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Traducción de Rafael de Asís Roig, 1991.

- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Introductory note, Universal Declaration of Human Rights*, Audiovisual Library of International Law, Paris, 2008. <https://legal.un.org/avl/ha/udhr/udhr.html>
- Commission on Human Rights, Third Session, E/CN.4/82/Add.8, 6 May 1948
- Compilation of Amendments to the Draft Declaration of Human Rights Submitted to the Third Committee before 4 p.m. 6 October in Chronological Order, Draft International Declaration of Human Rights, A/C.3/230, 6 October 1948.
- Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Aprobada en Londres el día 16 de noviembre de 1945. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/constitution>
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Asamblea General en su resolución 260 A (III), 09 diciembre 1948.
- David Díaz, *Eduardo Galeano ¿Para qué sirve la utopía?*, video de Youtube, consultado el 22 de julio de 2025, <https://www.youtube.com/watch?v=JrAhHJC8dy8>
- Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, *Asamblea General de las Naciones Unidas*, A/HRC/RES/16/1, 8 de abril de 2011.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948. <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>
- Depper, Armand. *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793 : à l'usage de l'enseignement primaire, des Cours d'Adultes et d'Adolescents*, Gedalge, Libraire-Éditeur, Paris. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1089654.texteImage>
- Diccionario de la Real Academia Española (RAE), *Utopía*, Definición, Diccionario de la lengua española, consultado el 22 de julio de 2025. <https://dle.rae.es/utop%C3%ADa>
- Diccionario etimológico castellano en línea, *Utopía*, consultado el 22 de julio de 2025. <https://etimologias.dechile.net/?utopia>
- Dolinger, Jacob. "The Failure of the Universal Declaration of Human Rights", 47 U. *University of Miami Inter-American Law Review*,

- Rev. 164 (2016).
<https://repository.law.miami.edu/umialr/vol47/iss2/4>
- Draft International Declaration of Human Rights, Australia and France: Joint Amendment to the Preamble, Third Session, Third Committee, A/C.3/314, 26 October 1948
- Draft International Declaration of Human Rights, Recapitulation of amendments to the preamble of the draft Declaration (E/800), Third Session, Third Committee, A/C.3/314/Rev., 20 November 1948.
- Enciclopedia del Holocausto, El juicio de Eichmann*,
<https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/eichmann-trial>
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.
- Galeano, Eduardo, Utopías y Mitos, Javier Meza González, Alberto Trejo Amezcua, Universidad Autónoma Metropolitana, (coordinadores), 9
<https://casadelibrosabiertos.uam.mx/contenido/contenido/Libro electronico/utopias.pdf>
- Guerrero Vicente, J. *Tomás Moro y su Utopía: ¿autor pionero o ilustre entre ignorantes?*, Historia Digital, XXIII, 41, (2023). ISSN 1695-621, 2023.
- Habermas, Jürgen. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010): pp. 3-25.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001
- Maritain, Jacques, *LA LEY NATURAL O DERECHO NATURAL*, Transcripción de las secciones 3 a 6 del capítulo II, del libro Los Derechos del Hombre y la Ley Natural, de 1942.
https://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/06_FP_DerNat.pdf?link=06_FP_DerNat.pdf
- Maritain, Jacques, *Los Derechos del Hombre y sus Fundamentos*, Transcripción parcial del Capítulo IV del libro 'El Hombre y el Estado',
https://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/10_FP_DerHum.pdf
- McCrudden, Christopher. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4, pp. 655-724. <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/McCruden-Human-Dignity-and-Judicial-Interpretation-of-Human-Rights-2008-1.pdf>
- Mestre Chust, José Vicente, *Los derechos Humanos*, Editorial UOC, 2016.
- Morsink, Johannes, "The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent". *University of Pennsylvania Press*, 1999.

- Moyn, Samuel, *El Futuro De Los Derechos Humanos*, Sur - Revista Internacional De Derechos Humanos, 2014.
- Organización de las Naciones Unidas, Objetivos del Desarrollo Sostenible, Objetivo 4, consultado el 25 de noviembre de 2025, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/>
- Pallares Yarbur, Pedro de Jesús, *Un acuerdo en las raíces. Los Fundamentos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, De Jacques Maritain a Charles Malik*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59511>
- Platon, *Teeteto*, Editorial Gredos, 176c-177^a.
- Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.
- Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Resolución XX, Educación de los jóvenes en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.
- Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Resolución XXV, Difusión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.
- Răpcianu, Ilie, "The Power of the One Needs the Stupidity of the Other." Bonhoeffer's Theory of Stupidity and Analysis of its Socio-political Impact. *Review of Ecumenical Studies*, 1999.
- Resolución XX, Educación de los jóvenes en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.
- Resolución XXV, Difusión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Proclamación de Teherán, *Acta final de la conferencia internacional de derechos humanos*, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968.
- Rojo Vázquez, F. J. *Tratado del bien y del mal. La ética como filosofía primera*, Universidad Pontificia Madrid, Madrid, Junio 2017.
- Summary Record of the Hundred and First Meeting, [of the Third Committee] Held at the Palais de Chaillot, Paris, on Wednesday, 13 October 1948, at 3 p.m. A/C.3/SR.101, 13 October 1948
- Summary Record of the Hundred and Sixty-Fifth Meeting [of the Third Committee] Held at the Palais de Chaillot, Paris, on Tuesday, 30 November 1948, at 10 a.m. A/C.3/SR.165
- Summary Record of the Seventy-Fifth Meeting, [of the Commission on Human Rights], Held at Lake Success, New York, on Wednesday, E/CN.4/SR.75, 16 June 1948, at 10:45 a.m.
- Universal Declaration of Human Rights, Preamble, second paragraph, 1948.

Van Aggelen, Johannes. "The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights", *Denver Journal of International Law & Policy*, volume 28 (2000).

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA
¿Aliado o enemigo del objetivo 15 de la agenda 2030 para el
desarrollo sostenible? La aplicación de derechos
ecologizadores sobre ecosistemas terrestres de propiedad
privada

THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY
Friend or foe of goal 15 of the 2030 agenda for sustainable development?
The application of ecologizing rights over privately owned terrestrial
ecosystems

Daniela Alejandra Bañuelos Hinojosa*

RESUMEN: El artículo parte de la hipótesis de la prevalencia de las nociones de autonomía y libertad en torno al derecho de propiedad privada frente al mundo más-que-humano. Asimismo, se delinea el concepto del enfoque *capitalocéntrico* del derecho de propiedad privada. Frente a este último, se propone que, para el cabal cumplimiento del Objetivo 15 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible —en el contexto de crisis ecológica global—, es necesario impulsar los derechos ecologizadores del derecho de propiedad privada, así como otros principios y figuras jurídicas afines. Estos albergan el propósito de conservar y salvaguardar los ecosistemas terrestres, así como a los demás animales y seres vivos, por el valor que tienen en sí mismos y desde una perspectiva de responsabilidad y cuidado.

ABSTRACT: *The article starts from the hypothesis of the prevalence of the notions of autonomy and freedom in relation to the right to private property vis-à-vis the more-than-human world. Likewise, it outlines the concept of the capitalocentric approach to the right to private property. In response to the latter, it is proposed that, for the full achievement of Goal 15 of the 2030 Agenda for Sustainable Development —in the context of the global ecological crisis— it is necessary to promote the ecologizing rights within the framework of private property, as well as other related legal principles and figures. These aim to preserve and safeguard terrestrial ecosystems, along with other animals and living beings, for the intrinsic value they hold and from a perspective of responsibility and care.*

PALABRAS CLAVE: derecho real de conservación, derechos bioculturales, derechos de la naturaleza, ecologización, enfoque capitalocéntrico, guardianía, sostenibilidad ambiental.

KEYWORDS: *real right of conservation, biocultural rights, rights of nature, ecologization, capitalocentric approach, stewardship, environmental sustainability.*

Fecha de recepción: 1/04/2025

Fecha de aceptación: 17/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10084>

* Doctoranda en Estudios Avanzados de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: danielahinojos.ddhh@gmail.com. Este trabajo fue presentado el 12 de febrero de 2025 en el V Congreso Internacional “10 años de los ODS ¿Estamos protegiendo los Derechos Humanos?” Organizado por la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid, España. <https://orcid.org/0000-0002-3337-9171>

1.- INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES FILOSÓFICOS

El actual derecho de propiedad privada es una herencia de las ideas que se gestan durante el tránsito a la Modernidad y, en particular, en el contexto de la propia Modernidad, aunque con algunas variantes. En un periodo premoderno y de temprana modernidad, con autores como Jean Bodin [1530-1596]¹, Hugo Grocio [1583-1645]² y John Locke [1632-1704], la justificación del derecho de propiedad privada se desplaza “hacia las determinaciones esenciales de la naturaleza humana [...] presentándose como un derecho innato, anterior al Estado”³. En contraste, Thomas Hobbes retorna al origen positivista, ya que para este autor la propiedad deriva del consentimiento⁴. Pese a sus diferencias de enfoque, tanto las contribuciones de Locke (naturalista) como de Hobbes (positivista) han influido profundamente en la concepción moderna y contemporánea de este derecho.

De Thomas Hobbes, el derecho de propiedad privada hereda la forma en la que se concibe la libertad en el ejercicio de este derecho. Se trata de la noción negativa de la libertad, pilar de la filosofía política liberal⁵. Mediante el ejercicio de la libertad negativa, se limita la interferencia del Estado y de terceros dentro de un ámbito de autonomía, permitiendo así que los individuos ejerzan sus libertades (prácticamente para el despliegue de su capacidad de elegir). De este modo, el fundamento de la libertad negativa sería “el fin «negativo»

¹ De Jean Bodin interesa rescatar lo que justifica en el Derecho Natural la soberanía como autoridad. Jean Bodin, *Los seis libros de la República* (1576), 3ª ed. (Tecnos, 1997).

² También Hugo Grocio parece fundamentar la propiedad en el Derecho Natural. Hugo Grotius, *Hugo Grotius On the Law of War and Peace*, (Cambridge University Press, 2012), 29.

³ Vicente Montés, *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978*, 1ª ed, (Civitas, 1980), 64. Sobre la Ley Natural en tiempos modernos véase James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence. Vol. II* (Oxford University Press, 1901), 597.

⁴ Thomas Hobbes se aleja del fundamento naturalista del derecho de propiedad para ubicarlo en la soberanía del Estado. Desde esta perspectiva, la propiedad deriva del consentimiento. Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil* (Green Dragon, 1651), 110. También véase Richard Pipes, *Property and Freedom*, (Vintage Books, 2000), 31.

⁵ En palabras de Hobbes: “la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere”. Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil*, op.cit., 106.

de evitar la interferencia”⁶. Esta noción de libertad, trasladada al derecho de propiedad, significaría que “la propiedad privada es una creación del Estado, que protege a los propietarios de las intromisiones de sus semejantes”⁷. Desde esta perspectiva se entiende que, “cuanto mayor sea el espacio de no interferencia mayor será mi libertad”⁸. De ahí que exista una confusión —en origen— entre la propiedad y la libertad.

Por su parte, de las contribuciones de John Locke, el derecho de propiedad adopta la idea —al menos inicialmente— de que la humanidad tiene un derecho innato y *común* a apropiarse del resto de los animales y seres vivos, los cuales quedan subsumidos dentro de una propiedad común otorgada por Dios⁹. Si bien el derecho de propiedad actual se ha desligado de las ataduras celestiales, la mentalidad de apropiación del mundo más-que-humano sigue estando muy presente en el marco de este derecho.

Posteriormente, en el siglo de las luces, Immanuel Kant habría influido en la configuración del derecho de propiedad, tanto como idea como institución, aunque de manera más indirecta. Interesa especialmente aludir a su concepción de la autonomía y al tratamiento que otorga al resto de los animales y seres vivos. Del primer asunto cabe destacar que, aunque Kant hace referencia a una autonomía de la voluntad¹⁰, esta —en el discurso de los derechos fundamentales— se torna en una autonomía aislante que rompe con cualquier conexión con el mundo natural y relacional en el que los seres humanos y demás seres vivos estamos insertos¹¹. Asimismo, se advierte una escisión

⁶ De acuerdo con Berlin, “toda defensa de las libertades civiles y de los derechos individuales [...] tiene su origen en esta muy discutida concepción individualista del hombre”. Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, (Alianza, 2010), 55.

⁷ Richard Pipes, *Property and Freedom*, 32.

⁸ Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, *op.cit.*, 49.

⁹ En John Locke, la manera de que la propiedad común pase a constituir propiedad individual es a través del trabajo. Un pasaje en el que esta idea se encuentra reflejada es el siguiente: “el animal pertenece al que puso su trabajo en cazarlo, aunque antes perteneciese a todos por derecho común”. John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno civil*, (Aguilar, 1969), 25.

¹⁰ Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, 2.^a ed. (Alianza, 2013[1788]), 113.

¹¹ En el modelo moderno tradicional de derechos, la autonomía —o la libertad de elección— se convierte en un requisito para ser considerados dignos y acceder a la titularidad de derechos. Sin embargo, este modelo parte de una concepción abstracta del ser humano en la medida en la que se encuentra completamente descontextualizado de su entorno natural y relacional. Maria del Carmen Barranco, *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, (Dykinson, 2016) 15-26.

entre la personalidad kantiana y la animalidad humana, asunto en el que ha profundizado Martha Nussbaum¹². En palabras de Kant,

“La Naturaleza ha querido que el hombre logre completamente de sí mismo todo aquello que sobrepasa el ordenamiento mecánico de su existencia animal, y que no participe de ninguna otra felicidad o perfección que la que él mismo, libre del instinto, se procure por la propia razón”¹³.

No obstante, conforme a la ética de las virtudes —cuyos fundamentos se remontan a Aristóteles—, la animalidad en los seres humanos no solo se manifiesta al encarnar un cuerpo vulnerable, sino también en la propia racionalidad¹⁴.

Con respecto al tratamiento kantiano del mundo más-que-humano, resulta oportuno abordar lo que se denomina “la fórmula de la humanidad como un fin en sí mismo”¹⁵. Esta fórmula puede desglosarse de la siguiente manera: en el reino de los fines, solo los legisladores universales de la moralidad —en este caso, los seres racionales que poseen una razón pura, en tanto que su ejercicio obedece a una autonomía de la voluntad desvinculada de condicionantes externos— constituyen fines en sí mismos, y nunca medios para ser utilizados para los fines. En este orden de ideas, en el reino de los fines o bien se tiene una dignidad, o bien un precio¹⁶. De este modo, el resto de los animales y seres vivos, al no poseer una dignidad intrínseca en términos kantianos, son susceptibles de ser tratados como medios (o mercancías) para la realización de los fines de los agentes racionales.

Varios siglos han transcurrido desde las ideas modernas de John Locke, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. Sin embargo, estas aún resuenan en la forma en que hemos entendido y articulado el derecho de propiedad privada. En la actualidad, si bien se defiende la existencia

¹² Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (Paidós Ibérica, 2017), 142 y ss.

¹³ Immanuel Kant, “Idea de una historia universal en sentido cosmopolita”, en *Filosofía de la Historia*, (Fondo de Cultura Económica, 2000[1784]), 44.

¹⁴ En la actualidad, la ética de las virtudes ha sido desarrollada por autores como Alasdair MacIntyre y Martha Nussbaum. Véase Alasdair MacIntyre, *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, (Paidós, 2018), 17 y ss.; y Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, *op.cit.*, 142 y ss.

¹⁵ Allen Wood, *Kant's Ethical Thought* (Cambridge University Press, 1999), 139 y ss.

¹⁶ Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (Espasa Calpe, 1995[1785]), 112.

de un carácter neutral en la capacidad de elegir que promueve el derecho de propiedad moderno liberal —en tanto que este derecho busca “facilitar la autonomía del propietario”¹⁷— lo cierto es que la propiedad sigue siendo “considerada como uno de los medios o instrumentos de que se sirve el titular de la actividad económica para la consecución de sus fines”¹⁸. Y es que, en el corazón del sistema capitalista y de la filosofía económica liberal, los derechos de propiedad privada se erigen como la institución imprescindible para garantizar la libertad —tanto individual como colectiva— y el crecimiento económico.

Ciertamente, hemos asistido a una evolución del derecho de propiedad, en la que se ha incorporado una dimensión social e incluso ecológica, las cuales restringen el carácter absoluto de este derecho. No obstante, estas —junto con otras normas ambientales externas— constituyen una excepción a la regla general, que es en la que impera una enorme libertad frente al mundo más-que-humano.

Estas cuestiones adquieren mayor relevancia cuando nos percatamos de que “entre 1700 y 2000, la biosfera terrestre pasó de ser mayoritariamente salvaje a ser mayoritariamente antropogénica, superando la barrera del 50% a principios del siglo XX”¹⁹. Hoy en día, tal y como lo dimensiona David Boyd, “prácticamente ya no existe *terra nullis*, o «tierra de nadie» [...]. En el mundo actual, la tierra es propiedad privada o propiedad del Estado. Privada o pública, toda es propiedad humana»²⁰.

En este escenario de un mundo fragmentado y antropogenizado, la humanidad se enfrenta a una crisis ecológica global, provocada en gran parte por una ruptura ontológica entre los seres humanos y la naturaleza²¹, y que se ha reflejado en el desarrollo de las actividades

¹⁷ John Sprankling intenta demostrar que este paradigma de la neutralidad permanece inmerso en el actual derecho de la propiedad estadounidense. Así también, sostiene que “el sistema de derecho de propiedad tiende a resolver los conflictos dando preferencia a la destrucción de la naturaleza salvaje sobre su conservación”. John Sprankling, “The Antiwilderness Bias in American Property Law”, *The University of Chicago Law Review* 2 (1996): 520.

¹⁸ El autor también se refiere a la propiedad “como un elemento del patrimonio, establecimiento, explotación, haciendo, o, si se quiere, empresa en sentido objetivo”. Para un análisis de la relación entre el derecho de la propiedad y el proceso económico véase Vicente Montés, *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, 88-91.

¹⁹ Erle C. Ellis et al., “Anthropogenic Transformation of the Biomes, 1700 to 2000”, *Global Ecology and Biogeography* 5 (2010): 589, <https://doi.org/10.1111/j.1466-8238.2010.00540.x>.

²⁰ David Boyd, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World* (ECW Press, 2017), p.xxvi.

²¹ Julián Marías, *Antropología metafísica*, (Alianza, 1983), 65 y 215.

humanas a escala global. A ello se suma un periodo marcado por el protagonismo de las empresas y corporaciones transnacionales — muchas de las cuales han adoptado una visión capitalocéntrica del derecho de propiedad privada— que, guiadas por una lógica neoliberal, superan en riqueza y poder a varias naciones²².

A saber, he denominado enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada a aquel que incorpora, al menos, las siguientes cuatro características: 1) el paradigma antropocéntrico moral²³; 2) el paradigma de crecimiento material ilimitado (propio del sistema capitalista); 3) la ausencia de elementos ecológicos y relacionales en el fundamento de este derecho; y, 4) el ámbito neutral y aislante que este derecho articula frente al mundo más-que-humano.

No es objeto de esta investigación profundizar en cada una de las características de este enfoque. No obstante, conviene señalar que las dos primeras derivan de estructuras económicas, culturales y sociales externas, mientras que las otras dos se enraízan en el fundamento mismo del derecho de propiedad privada, es decir, en sus bases filosóficas. De hecho, los dos primeros paradigmas terminan por fagocitar la aparente neutralidad de las dos últimas características, dando lugar a lo que Margaret Radin acuñó como la mercantilización universal²⁴, esto es, una dinámica que opera en detrimento del mundo más-que-humano.

Ante los argumentos anteriores, surgen las siguientes reflexiones: ¿Es posible preservar la vida y los ecosistemas terrestres frente al predominio de una concepción mercantilista del mundo más-que-humano? ¿Es posible transitar hacia un modelo más sostenible sin abandonar por completo el enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada? ¿Cómo puede el Objetivo 15 de la Agenda 2030

²² Noreena Hertz, *The Silent Takeover. Global Capitalism and the Death of Democracy* (The Free Press, 2001).

²³ Hay que distinguir entre antropocentrismo epistémico y antropocentrismo moral. El primero se refiere al hecho de que los seres humanos interpretan y reconocen el mundo a través de sí mismos, es decir, desde una mirada antropocéntrica (como no puede ser de otra forma). Sin embargo, el antropocentrismo moral se refiere a la superioridad humana y la consecuente exclusión del resto de los animales y seres vivos de la moral y la ética. Jorge Riechmann, *Simbioética. Homo sapiens en el entramado de la vida. Elementos para una ética ecologista y animalista en el seno de una Nueva Cultura de la Tierra gaiana*, (Plaza y Valdés, 2022), 279.

²⁴ Margaret Radin especifica que debido a una herencia ideológica de la dicotomía sujeto/objeto es que los seres humanos tienden a ver las cosas internas de una persona como aspectos inalienables por parte del mercado, mientras que las cosas externas como aspectos "libremente alienables". Esto es lo que daría lugar a la mercantilización universal de los objetos en tanto que no son sujetos. Margaret Radin, "Market-Inalienability", *Harvard Law Review* 8 (1987): 1904.

para el Desarrollo Sostenible servir como marco para proteger la vida más-que-humana en los ecosistemas terrestres, haciendo uso del derecho de propiedad privada? A continuación, se propone dar respuesta a la última interrogante.

2.- EL OBJETIVO 15 DE LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE FRENTE AL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

*"Objetivo 15. Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras, detener la pérdida de biodiversidad"*²⁵.

Para comenzar, se observa que el Objetivo 15 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS 15) no hace ninguna referencia a los diversos regímenes de propiedad regulados por los sistemas de derechos. Sin duda, cualquier intento destinado a "proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres", así como para "gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad"²⁶, debe establecer un vínculo entre el contenido de este ODS 15 y la forma en la que se gestionan los diferentes regímenes de la propiedad, incluyendo el régimen privado. Por lo tanto, el primer paso para que este derecho sea considerado un aliado del ODS 15 es precisamente su vinculación.

Sin embargo, no basta con reconocer el papel fundamental y la responsabilidad que desempeñan los propietarios, poseedores y/o usufructuarios de terrenos privados ubicados dentro de los ecosistemas terrestres a los que hace referencia el ODS 15. A modo de propuesta, y como segundo paso, este Objetivo podría servir como factor de impulso para que el derecho de propiedad privada se irradie de una dimensión ecológica. ¿Cómo puede materializarse esta idea en el ejercicio del derecho de propiedad privada? Una vía consiste en favorecer la puesta en marcha de aquellos derechos, figuras y principios que promueven la ecologización de este derecho.

En efecto, ciertos derechos, figuras y principios jurídicos poseen el potencial de actuar como contrapeso frente al enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada. Este enfoque, como su nombre lo indica, sitúa al capital en el centro y, en la mayoría de

²⁵ Organización de Naciones Unidas, "Objetivos de Desarrollo Sostenible", UN, s.f., <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/biodiversity/>

²⁶ Ibid.

los casos, lo hace en detrimento de los ecosistemas y de los seres y elementos que conforman el mundo más-que-humano. Esta dinámica ha propiciado una degradación ambiental sin precedentes y un sufrimiento ingente para dichos seres. En este sentido, el enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada constituye el antónimo por excelencia de la sostenibilidad ecosistémica. Como ya se ha señalado, dicho enfoque se articula en torno al paradigma antropocéntrico moral y al paradigma de crecimiento material ilimitado, todo ello en un contexto de límites biofísicos, vínculos interdependientes y ecodependientes, así como de relaciones simbióticas.

Por lo tanto, desde mi postura, para que el derecho de propiedad privada sea un aliado del ODS 15, este ha de promover aquellos derechos, figuras y principios que favorecen su ecologización. Ello facilitaría en gran medida la transición hacia prácticas sostenibles dentro de los límites que el derecho de propiedad privada establece en lo que respecta a ecosistemas terrestres (y en general, a todos aquellos ecosistemas descritos por el ODS 15). Para mayor claridad y profundización, a continuación se abordan *grosso modo* tres derechos que tienen el potencial de impulsar la ecologización del derecho de propiedad privada.

2.1.- Tres derechos ecologizadores del derecho de propiedad privada

Los derechos que se abordan a continuación, *grosso modo*, albergan la semilla del cuidado y protección del mundo-más-que-humano. Esto se entiende así puesto que, a través de ellos, se reconoce —en menor o mayor grado— un valor intrínseco a la naturaleza, así como a los demás animales y seres vivos. Y aunque la naturaleza jurídica de estos derechos difiere entre sí, cada uno ofrece herramientas para contrarrestar tanto al enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada como a la *mercantilización universal*, cuestiones sobre las que ya se ha dicho algo.

2.1.1.- El derecho real de conservación

Se comienza precisando que el derecho real de conservación pertenece al ámbito privado del derecho civil. Tal y como su nombre lo indica, se trata de un derecho real. Surge de la voluntad de dos o más partes que celebran un contrato privado con fines de conservación

ambiental, aunque incorpora ciertas innovaciones, como se detallará más adelante. Este derecho real se adhiere al derecho de propiedad privada, siendo necesaria su inscripción en el Registro Público de la Propiedad para producir efectos contra terceros.

En América Latina, uno de los países pioneros en introducir este derecho en la legislación fue el país Chile, a través de la Ley 20.930, promulgada el 10 de junio de 2016; y recientemente, el Estado de Sonora, ubicado en México²⁷. Debido a los avances significativos en el desarrollo del derecho real de conservación, se toma como punto de partida la legislación y la doctrina chilena para explicar la naturaleza, contenido y alcance de este derecho. Este ejercicio nos permitirá, posteriormente, abordar su relación con el ODS 15.

A saber, el artículo 2º de la citada Ley lo define como “la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste [...]”. En el sistema jurídico chileno, y de acuerdo con Jaime Ubilla, este derecho ha supuesto una doble innovación dentro del sistema de los derechos reales: la incorporación de la facultad de conservar o *ius conservandi*, así como la creación de los objetos de protección²⁸.

En este sentido, a diferencia de otros derechos reales tradicionales, como las servidumbres de conservación —y siguiendo con Ubilla—, el derecho real de conservación es un derecho real afirmativo que alberga la facultad de conservar²⁹. Más aún, mientras

²⁷ México recientemente ha incorporado esta figura a la vigente Ley del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente del Estado de Sonora (LEEPA) publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988, mediante una reforma al artículo 70 fracción V, publicada el 1 de julio del 2024, relativa a las áreas de conservación. Véase Gobierno de Sonora, “Hermosillo, Sonora. Tomo CCXIV. Número 1. Secc. I.”, *Boletín Oficial y Archivo del Estado*, 01 de julio de 2024. <https://boletinoficial.sonora.gob.mx/images/boletines/2024/07/2024CCXIV1I.pdf>.

²⁸ Como explica Jaime Ubilla, a través de este derecho se ha creado: por un lado, *la facultad de conservar o ius conservandi* (art. 2 de la Ley Nº 20.930); y por el otro lado, la creación de determinados objetos de protección, en particular, “el *patrimonio ambiental* del inmueble, y los *atributos y funciones del patrimonio ambiental*” (arts. 2 y 3 de la Ley Nº 20.930). Jaime Ubilla, “El derecho real de conservación a la luz de la historia de la Ley Nº 20.930: Explicación general del origen, definición, elementos diferenciadores y naturaleza jurídica de este nuevo derecho real”, *Revista de derecho (Coquimbo)* 30 (2023): 2, <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-5232>.

²⁹ Se trata de una facultad que recae sobre el *patrimonio ambiental* o ciertos atributos o funciones de éste, tal y como establece el art. 2 de la Ley Nº 20.930. De hecho, su objeto de protección puede extenderse a bienes intangibles, como el silencio y el paisaje. En cambio, las servidumbres de conservación tradicionales constituyen un gravamen de naturaleza restrictiva que impone limitaciones al uso de un predio. Además, estas obligaciones restrictivas recaen únicamente sobre el bien inmueble. *Ibid.*

que las servidumbres pueden imponerse judicialmente dentro del marco legal chileno, la constitución del derecho real de conservación “es absolutamente voluntaria para el dueño del predio”³⁰. De ahí que la facultad de conservar se articule como una potestad independiente y autónoma del propietario.

Una de las cuestiones que aquí reviste especial interés es que, en el caso del derecho real de conservación, la facultad de conservar obedece a la asignación de un valor intrínseco (en sí mismo) otorgado a los objetos de protección. Se observa, por tanto, un primer alejamiento al enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada, que se produce precisamente al atribuir valores distintos a los meramente económicos y de cambio. Sobre esta base jurídica, el derecho real de conservación constituye, sin duda, una figura ecologizadora del derecho de propiedad privada.

A partir de lo expuesto anteriormente, se considera de suma relevancia que, a través del ODS 15, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) promuevan e incentiven el ejercicio del derecho real de conservación en ecosistemas terrestres. Y aunque el ODS 15 no menciona de forma explícita el derecho de propiedad privada ni aquellos derechos orientados a ecologizar la propiedad —como el derecho real de conservación—, lo cierto es que estos Estados están obligados a alcanzar los Objetivos y las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Para ello, deben implementar políticas públicas adecuadas y articular un sistema jurídico y político que las respalde. De ahí que resulte imprescindible el involucramiento de todos los actores de la sociedad civil: particulares, empresas, asociaciones y autoridades públicas, entre otros.

2.1.2.- Los derechos bioculturales de las comunidades indígenas y la figura de guardianía

A diferencia del derecho real de conservación, los derechos bioculturales de las comunidades indígenas —junto con la figura de guardianía— poseen una naturaleza jurídica distinta. Para comenzar son derechos colectivos que no derivan del consentimiento entre particulares, sino que su reconocimiento se desprende de una relación

³⁰ Jorge Bertrand Tisné, “Aproximación a la Naturaleza Jurídica del Derecho Real de Conservación en Chile”, *Foro Jurídico* 16 (2024): 167. También véase el artículo 839 y siguientes del Código Civil Chileno, sobre las servidumbres legales.

ancestral con los territorios y ecosistemas terrestres. No obstante, al igual que el derecho real de conservación, los derechos bioculturales también actuarían como contrapeso y forma de resistencia a la expansión del enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada.

Para comenzar, y como ya se ha sugerido, estos derechos —de naturaleza colectiva— emergen de una relación ancestral y holística entre las comunidades indígenas y los ecosistemas que han habitado. En ese sentido, rompen con el paradigma dicotómico entre cultura y naturaleza, dando vida al adjetivo *biocultural*. Así, el rol que muchas de estas comunidades han demostrado desempeñar ha sido uno de cuidado, respeto y uso sostenible de los ecosistemas. Por eso, no es casualidad que “el mantenimiento de los valores de conservación de una parte significativa del planeta depende de las instituciones y acciones de los pueblos indígenas”³¹. De hecho, de esta ética ancestral de responsabilidad y cuidado surge la figura de guardianía (*stewardship*), piedra angular de los derechos bioculturales.

Ahora bien, a mi modo de ver, frente al enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada —y a propósito del ODS 15—, los derechos bioculturales de las comunidades indígenas cumplirían una doble función: una preventiva y otra correctiva.

En primer lugar, a través de la función preventiva, se buscaría evitar la expansión de la propiedad privada orientada exclusivamente al crecimiento del capital a costa de la destrucción y/o degradación de los ecosistemas terrestres, así como de la pérdida de biodiversidad (donde por supuesto se incluyen a los demás seres y elementos que integran el mundo más-que-humano, en su individualidad).

Lo anterior se entiende así puesto que la figura de guardianía, a la que me he referido líneas más arriba, se fundamenta en una “historia de custodia de los ecosistemas”, y de la cual se desprende una ética de responsabilidad y cuidado³². Esta última, desafía los valores imperantes del mercado al enfatizar la responsabilidad hacia el bienestar colectivo y al limitar la apropiación privada ilimitada³³. De este modo, estos derechos tienden a limitar el paradigma de

³¹ Stephen Thomas Garnett et.al, “A spatial overview of the global importance of Indigenous lands for conservation”, *Nature Sustainability* 1 (2018): 370, <https://doi.org/10.1038/s41893-018-0100-6>

³² Sanjay Bavikatte, *Stewarding the Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights* (Oxford University Press, 2014), 28.

³³ Ibid., 128.

crecimiento ilimitado, una de las características del enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada.

En segundo lugar, a través de la función correctiva, los derechos bioculturales estarían encaminados a reestablecer las relaciones de responsabilidad, respeto y cuidado hacia el entorno natural, incluso en territorios bajo regímenes privados de propiedad y en caso de concesiones estatales. De hecho, la función correctiva de los derechos bioculturales se manifiesta con claridad en la sentencia emblemática del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, dictada el 31 de agosto de 2001 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH).

En esta decisión, la Corte amplió el alcance del derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José), para incluir también las formas de propiedad y posesión propias de la comunidad *Awás Tigni* sobre su *territorio ancestral*³⁴. Dichas prácticas, las cuales se alejan del enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad, se han sustentado en el derecho consuetudinario, en sus valores culturales, y en sus usos y costumbres.

"[...] La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"³⁵.

De este extracto se desprende el reconocimiento de la relación entre las comunidades indígenas y los ecosistemas terrestres. Como señala Sanjay Bavikatte: "la naturaleza del vínculo que la Corte buscó preservar en el caso *Awás Tigni* fue un caso de guardianía de la tierra ("*stewardship of land*")³⁶. Con base en los argumentos anteriores, la CoIDH resolvió reconocer a favor de esta comunidad indígena un

³⁴ Para profundizar en el término *territorio ancestral* y su evolución en la jurisprudencia de la CoIDH véase Digno Montalván, e Isabel Wences, "Hacia una interpretación descolonial del derecho al territorio de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos: más allá de la propiedad y la cartografía", *Revista Ius et Praxis* 3 (2022): 62, <https://doi.org/10.4067/s0718-00122022000300061>.

³⁵ SCoIDH "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)", del 31 de agosto de 2021, párr.149.

³⁶ Sanjay Bavikatte, *Stewarding the Earth*, *op.cit.*, 149.

derecho de posesión y de propiedad —al amparo del artículo 21, que es el que consagra el derecho de propiedad privada— sobre los ecosistemas terrestres que la comunidad ha habitado por más de 300 años, aun sin contar con un *título real sobre la propiedad*. Y es que, en efecto, el propio artículo 21 establece que el uso y goce de los bienes protegidos por el derecho de propiedad privada puede ser subordinado al interés social.

Queda ahora por puntualizar el papel que pueden desempeñar los derechos bioculturales de las comunidades indígenas —y la figura de guardianía— frente al ODS 15. Aunque este Objetivo no haga referencia expresa a dichos derechos, su alusión a “proteger y reestablecer los ecosistemas terrestres”, así como “detener la pérdida de *biodiversidad*”, constituye, sin duda, una puerta de entrada para que estos derechos se articulen y fortalezcan en el marco del ODS 15; y lo mismo podría aplicar a otros Objetivos de la Agenda 2030³⁷.

En definitiva, para un cabal cumplimiento del ODS 15 y sus metas, es imprescindible que los Estados miembros de la ONU impulsen el reconocimiento —y su aplicación efectiva— de los derechos bioculturales de las comunidades indígenas. Ello constituiría un contrapeso significativo a la expansión del enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada y al proceso de mercantilización global de los ecosistemas terrestres. Como bien se sabe, este último es principalmente promovido mediante los derechos de propiedad privada. Y es que, en efecto, las comunidades indígenas han demostrado una gestión eficaz y sostenible de los ecosistemas que habitan, pues su visión —de carácter holístico— ha derivado en un profundo sentido de responsabilidad y cuidado.

2.1.3.- Los derechos de la naturaleza

Otro ejemplo de un derecho que introduce una perspectiva ecologizadora del derecho de propiedad privada lo constituyen los derechos de la naturaleza. Al igual que los dos derechos analizados previamente, los derechos de la naturaleza —con la diferencia

³⁷ De hecho, desde la perspectiva del Objetivo 3 –“Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”– se ha reconocido que los pueblos indígenas y las comunidades locales “son parte integral de la configuración y el mantenimiento de los valores de la biodiversidad” en zonas clave de biodiversidad. Maria Schultz et al., *La Agenda 2030 y los ecosistemas*, (SwedBio/Swedish Biodiversity Centre, 2016), 14, <https://swed.bio/wp-content/uploads/2018/06/SUNI-199-Rapport-2030-Agenda-and-Ecosystems ESP.pdf>.

elemental de que estos reconocen personalidad jurídica a ecosistemas concretos— protege a la naturaleza y a sus componentes en virtud de un valor intrínseco. Esto es a lo que se le denomina la perspectiva ecocéntrica. En efecto, de los derechos de la naturaleza se despliega una perspectiva ecocéntrica, pero también una de carácter biocultural que, en conjunto están orientadas a la protección y conservación no solo de ecosistemas terrestres, sino también marinos³⁸.

A diferencia de la gestión y política ambiental convencional, los derechos de la naturaleza ofrecen un enfoque distinto —como ya se ha señalado: el ecocéntrico—, el cual deriva de una redefinición de la relación entre naturaleza y sociedad³⁹. En particular, proponen una reconceptualización de la relación utilitarista de los seres humanos hacia la naturaleza, en la que los primeros se han auto concebido como fines en sí mismos, y a la segunda —junto con todos sus elementos y seres vivos— como un medio para alcanzar dichos fines. Por ello, estos derechos han sido descritos como el “epítome de un enfoque no instrumentalista o no antropocéntrico de la protección y conservación del medio ambiente”⁴⁰.

Cabe destacar, no obstante, que la atribución del valor intrínseco que sustenta los derechos de la naturaleza —al igual que los valores no monetarios asociados al derecho real de conservación y a los derechos bioculturales de las comunidades indígenas— proviene, en primera instancia, del escrutinio humano. Se trata de una interpretación antropocéntrica, es decir, de carácter epistémico y no moral, siguiendo la clasificación propuesta por Jorge Riechmann⁴¹. Respecto a la primera acepción, como explica Baird Callicott, “no puede haber valor sin un evaluador, que todo valor está, por así decirlo, en el ojo del que mira”⁴². Trasladado a los derechos de la naturaleza, esto

³⁸ Jorge Calderón, *Derechos de la Naturaleza. Desarrollo, balance y retos en México*, (Fundación para el Debido Proceso, 2024), 6, <https://dplf.org/wp-content/uploads/2024/10/Informe-DERECHOS-NAT-MX.pdf>.

³⁹ David Humphreys, "Know Your Rights: Earth Jurisprudence and Environmental Politics", *The International Journal of Sustainable Policy and Practice* 3-4 (2015): 1-14.

⁴⁰ Günter Handl, "The Human Right to a Clean Environment and Rights of Nature. Between Advocacy and Reality", en *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*, ed. por Andreas Von Arnould et al. (Cambridge University Press, 2020), 148.

⁴¹ Jorge Riechmann, *Simbioética. op.cit.*, 279.

⁴² Continúa el autor, “El valor que se atribuye al ecosistema, por tanto, depende del ser humano o [...], al menos, de alguna variedad de conciencia moral y estéticamente sensible”. Baird Callicott, "Animal Liberation", en *The Animal rights/Environmental Ethics Debate*, ed. por Eugene C. Hargrove (State University of New York Press, 1992), 48.

implica que “el propio acto de «reconocer» o «atribuir» derechos a la naturaleza es una valoración humana”⁴³. Es la acepción moral del antropocentrismo la que se ha expresado en términos de superioridad humana y dominación del mundo más-que-humano.

Frente al derecho de propiedad privada, los derechos de la naturaleza sirven para contextualizar y “poner límites a los derechos de propiedad humana” ya que brindan un marco implícito en el que los propietarios son más conscientes en el impacto medioambiental de sus acciones⁴⁴. Pero, más allá, se observa que los derechos de la naturaleza pueden desempeñar una doble función —preventiva y/o correctiva— que contribuye a la ecologización del derecho de propiedad privada.

Por un lado, los derechos de la naturaleza pueden ser utilizados para prevenir y corregir daños ambientales dentro de propiedades privadas. Para ejemplificar este último supuesto, se alude al caso que culminó con el reconocimiento de derechos a la naturaleza al río Vilcabamba en Ecuador. A saber, este asunto fue promovido por dos extranjeros ejerciendo el principio de jurisdicción universal. En particular, amparándose en dicho principio y con base en el marco constitucional ecuatoriano, los quejosos presentaron una acción de protección constitucional a favor de la naturaleza (en concreto, del río Vilcabamba), debido a daños ambientales ocasionados en sus terrenos privados por la construcción de la vía Vilcabamba-Quinara⁴⁵.

Por el otro lado, la doble función preventiva y/o correctiva de los derechos de la naturaleza puede habilitarse mediante el principio de legitimación activa amplia en procesos judiciales a favor del ecosistema al que se le haya reconocido dichos derechos, siempre que así se haya

⁴³ Como bien explica Handl Günter, el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza obedece a un crecimiento consensual consciente que se origina en juicios de valor humanos, y no en un descubrimiento meta-jurídico de estos derechos. Y es que, “a medida que los límites de nuestra comprensión de la relación entre los humanos y la naturaleza siguen ampliándose, el argumento a favor de la protección legal de la naturaleza se fortalece proporcionalmente”. Concluye, por lo tanto, que “cualquier extensión de los derechos legales a la naturaleza o a sus componentes implica invariablemente la toma de decisiones humanas, que reflejan valores humanos y consideraciones utilitarias”. Günter Handl, “The Human Right to a Clean Environment and Rights of Nature. Between Advocacy and Reality”, 149-150.

⁴⁴ Peter Burdon, “The Rights of Nature: Reconsidered”, *Australian Humanities Review* 2011-010 (2010): 85.

⁴⁵ Basándose en la Constitución ecuatoriana de 2008, la Corte Provincial de Justicia de Loja reconoce derechos a la naturaleza al río Vilcabamba en Ecuador. En esta decisión se admite la efectiva tutela judicial de los derechos de la Naturaleza ante una certeza o incluso probabilidad de daño. Corte Provincial de Justicia de Loja, Sentencia del Juicio No. 11121-2011-0010, de 30 de marzo de 2011.

establecido previamente. Un ejemplo se encuentra en la Ley 19/2022, de 30 de septiembre de 2022, mediante la cual se reconoce personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, en España. Aquí, el artículo 6 de dicha Ley establece que: “cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor [...] Dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada [...]”. De este modo, a diferencia de cualquier norma ambiental⁴⁶ —e incluso del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible u otros derechos humanos⁴⁷—, en el caso de los derechos de la naturaleza no se exige la existencia de un vínculo directo entre la persona afectada y la degradación ambiental: basta con que se produzca un daño al ecosistema protegido para que cualquier persona física o jurídica pueda promover una acción legal en favor de dicho ecosistema.

En definitiva, los derechos de la naturaleza constituyen un potencial ecologizador del derecho de propiedad privada. Por lo tanto, en el contexto de crisis ecológica global, resulta una obligación moral que estos derechos sean promovidos por los Estados miembros de la ONU en el marco del ODS 15. Y es que, los derechos de la naturaleza albergan la doble función —prevenir y/o corregir daños ambientales— tanto en las propiedades donde se localizan los ecosistemas declarados sujetos de derechos como en aquellas propiedades privadas afectadas de manera directa o indirecta. Este último supuesto se ejemplifica en el caso del río Vilcabamba, donde, además, a partir del ejercicio del derecho de propiedad privada, se invocó el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

Asimismo, dado que los derechos de la naturaleza tienen la capacidad de habilitar el principio de legitimación activa amplia, ello permite extender el ámbito de protección —en su vertiente preventiva y correctiva— hacia los ecosistemas declarados sujetos de derechos, con el objetivo de reparar y/o prevenir el daño ecológico. Así, los territorios susceptibles de ser protegidos mediante la invocación de los

⁴⁶ En el ámbito del derecho medioambiental, en efecto, “es necesario probar la existencia de un daño hacia las personas o hacia la propiedad” para que proceda cualquier demanda con motivo de daños a la Naturaleza o de contaminación grave. Patricia Rinaldi et al., “The Need for an Earth-Centered Approach to Sustainable Development. Towards a United Nations Earth Assembly”, *Revista Argumentum* 2 (2024), 506.

⁴⁷ En estos casos, se suele exigir un vínculo entre la degradación ambiental y la vulneración de un derecho humano”. Jorge Viñuales, “La protección ambiental en el Derecho Consuetudinario Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (2017), 71 y 77.

derechos de la naturaleza —en ejercicio del principio de legitimación activa amplia— abarcan tanto los terrenos protegidos por el derecho de propiedad privada como aquellos regulados por otros regímenes de la propiedad. Por último, cabe destacar que el ejercicio del principio de legitimación activa puede no exigir la existencia de un vínculo directo entre el daño medioambiental —o el posible daño— y quienes promueven la acción judicial, con lo cual la protección a los ecosistemas declarados sujetos de derechos se amplía aún más.

3.- CONCLUSIONES

Ciertos procesos de ecologización que funcionan como contrapeso al enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada (término propuesto) ya se están produciendo, aunque aún de manera fragmentada. En los últimos años, el derecho de propiedad privada ha sido objeto de una ecologización sin precedentes. Esto se debe al surgimiento de nuevos derechos que proponen una perspectiva ecocéntrica y que, al mismo tiempo, incorporan una ética de cuidado y responsabilidad hacia el resto de los animales y seres vivos y, en general, hacia el mundo más-que-humano. Esto ha implicado, a su vez, un significativo distanciamiento del paradigma antropocéntrico moral y del paradigma de crecimiento material ilimitado, ambas características del enfoque capitalocéntrico del derecho de propiedad privada.

Para probar lo anterior, se analizaron *grosso modo* los siguientes derechos: el derecho real de conservación, los derechos bioculturales de las comunidades indígenas —junto con la figura de guardianía—, así como los derechos de la naturaleza. A pesar de poseer una naturaleza jurídica distinta, cada uno de estos derechos irradia, a su manera, una dimensión ecológica en el derecho de propiedad privada. En última instancia, todos comparten el propósito —en menor o mayor medida— de salvaguardar los ecosistemas, así como a los demás animales y seres vivos, por el valor que poseen en sí mismos; en definitiva, estos derechos albergan el potencial de desplegar valores distintos de los mercantiles y de cambio que tradicionalmente se han asignado a los seres vivos y elementos que integran el mundo más-que-humano.

En este sentido, se considera que el cumplimiento de las metas del ODS 15 difícilmente sería posible sin el impulso y fortalecimiento de aquellos derechos que ecologizan el derecho de propiedad privada. Por ello, los Estados miembros de la ONU están llamados a reconocer, articular y/o fortalecer estos y otros derechos ecologizadores —así

como los principios y figuras jurídicas afines, como la figura de guardianía— con el fin de proteger y conservar los ecosistemas terrestres, así como los seres y elementos que los integran en su individualidad, en el marco del ODS 15. Más aún, el papel que desempeña el derecho de propiedad privada frente a la crisis ecológica exige que los propietarios, poseedores y/o usufructuarios entren en la escena jurídica, asumiendo la responsabilidad y cuidado de los ecosistemas, tanto terrestres como marinos, mediante estos mecanismos ecologizadores del derecho de propiedad privada.

4.- BIBLIOGRAFÍA

- Barranco, Maria del Carmen. *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*. Dykinson, 2016.
- Bavikatte, Sanjay. *Stewarding the Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*. Oxford University Press, 2014.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Alianza, 2010.
- Bertrand Tisné, Jorge. "Aproximación a la Naturaleza Jurídica del Derecho Real de Conservación en Chile". *Foro Jurídico* 16 (2024): 163-178.
- Bodin, Jean. *Los seis libros de la República (1576)*. 3ª ed. Tecnos, 1997.
- Boyd, David. *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*. ECW Press, 2017.
- Bryce, James. *Studies in History and Jurisprudence. Vol. II*. Oxford University Press, 1901.
- Burdon, Peter. "The Rights of Nature: Reconsidered". *Australian Humanities Review* 2011-010 (2010): 69-89.
- Calderón, Jorge. *Derechos de la Naturaleza. Desarrollo, balance y retos en México*. (Fundación para el Debido Proceso, 2024). <https://dplf.org/wp-content/uploads/2024/10/Informe-DERECHOS-NAT-MX.pdf>.
- Callicott, Baird. "Animal Liberation". En *The Animal rights/Environmental Ethics Debate*, editado por Eugene C. Hargrove. State University of New York Press, 1992.
- Ellis, Erle, Klein, Kees, Siebert, Stefan, Lightman, Deborah y Ramankutty, Navin. "Anthropogenic Transformation of the Biomes, 1700 to 2000". *Global Ecology and Biogeography* 5

- (2010): 589-606. <https://doi.org/10.1111/j.1466-8238.2010.00540.x>.
- Garnett, Stephen Thomas, Neil D. Burgess, Julia E. Fa et.al. "A spatial overview of the global importance of Indigenous lands for conservation". *Nature Sustainability* 1 (2018): 369-374. <https://doi.org/10.1038/s41893-018-0100-6>
- Grotius, Hugo. *Hugo Grotius On the Law of War and Peace*. Cambridge University Press, 2012.
- Handl, Günter. "The Human Right to a Clean Environment and Rights of Nature. Between Advocacy and Reality". En *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*, editado por Andreas Von Arnould et al. Cambridge University Press, 2020.
- Hertz, Noreena. *The Silent Takeover. Global Capitalism and the Death of Democracy*. The Free Press, 2001.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*. Green Dragon, 1651.
- Humphreys, David. "Know Your Rights: Earth Jurisprudence and Environmental Politics". *The International Journal of Sustainable Policy and Practice* 3-4 (2015): 1-14.
- Kant, Immanuel. "Idea de una historia universal en sentido cosmopolita". En *Filosofía de la Historia*. Fondo de Cultura Económica, 2000 [1784].
- Crítica de la razón práctica*. 2.ª ed. Alianza, 2013 [1788].
- Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Espasa Calpe, 1995 [1785].
- Locke, John. *Ensayo sobre el Gobierno civil*. Aguilar, 1969.
- MacIntyre, Alasdair. *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*. Paidós, 2018.
- Marías, Julián. *Antropología metafísica*. Alianza, 1983.
- Montalván, Digno, y Wences, Isabel. "Hacia una interpretación descolonial del derecho al territorio de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos: más allá de la propiedad y la cartografía". *Revista Ius et Praxis* 3 (2022): 61-84. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122022000300061>.
- Montés, Vicente. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978*. 1ª ed. Civitas, 1980.
- Nussbaum, Martha. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós, 2007.
- Pipes, Richard. *Property and Freedom*. Vintage Books, 2000.

- Radin, Margaret. "Market-Inalienability". *Harvard Law Review* 8 (1987): 1949-1937.
- Riechmann, Jorge. *Simbioética. Homo sapiens en el entramado de la vida. Elementos para una ética ecologista y animalista en el seno de una Nueva Cultura de la Tierra gaiana*. Plaza y Valdés, 2022.
- Rinaldi, Patricia, Calderón, Jorge, Neire, Juliana, Sanchez, Estrella, Ribeiro, Mariana y Peña, Miguel. "The Need for an Earth-Centered Approach to Sustainable Development. Towards a United Nations Earth Assembly". *Revista Argumentum* 2 (2024): 505-514.
- Schultz, Maria, Tyrrel, Tristan y Ebenhard, Torbjörn. *La Agenda 2030 y los ecosistemas*, (SwedBio/Swedish Biodiversity Centre, 2016). https://swed.bio/wp-content/uploads/2018/06/SUNI-199-Rapport-2030-Agenda-and-Ecosystems_ESP.pdf.
- Sprankling, John. "The Antiwilderness Bias in American Property Law". *The University of Chicago Law Review* 2 (1996): 519-590.
- Ubilla, Jaime. "El derecho real de conservación a la luz de la historia de la Ley N°20.930: Explicación general del origen, definición, elementos diferenciadores y naturaleza jurídica de este nuevo derecho real". *Revista de derecho (Coquimbo)* 30 (2023): 1-41. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-5232>.
- Viñuales, Jorge. "La protección ambiental en el Derecho Consuetudinario Internacional". *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (2017): 71-92.
- Wood, Allen. *Kant's Ethical Thought*. Cambridge University Press, 1999.

PERSONALIDAD JURÍDICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

LEGAL PERSONALITY AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Cristián Pérez García*

RESUMEN: En este trabajo se estudia el nombre «persona», su significado y concepto para determinar cuál es la relación entre la personalidad jurídica y la ontológica. Se observa que la persona jurídica natural es substrato de la positiva y su condición de existencia. A continuación, se examina la posibilidad y consecuencias de conceder personalidad jurídica a un programa de inteligencia artificial. En particular, sus consecuencias teóricas en la responsabilidad penal y civil y sus consecuencias prácticas.

ABSTRACT: *This paper examines the term «person», its meaning, and its conceptualization in order to ascertain the relationship between legal and ontological personality. It is observed that the natural juridical person serves as a substratum of the positive and its condition of existence. Subsequently, the possibility and consequences of conferring legal personality upon an artificial intelligence program are investigated. In particular, its theoretical consequences in criminal and civil liability and its practical consequences are considered.*

PALABRAS CLAVE: persona humana, persona jurídica, inteligencia artificial, derecho positivo, imputación.

KEYWORDS: *human person, legal person, artificial intelligence, positive right, imputation.*

Fecha de recepción: 17/06/2025

Fecha de aceptación: 10/10/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10085>

* Área de Filosofía del Derecho, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, Universidad de Oviedo. Avda. del Cristo, s/n, Facultad de Economía y Empresa, despacho 368, 33006, Oviedo, Asturias. Correo electrónico: perezgcrastian@uniovi.es. <https://orcid.org/0009-0009-9031-7899>. Trabajo realizado en el marco del proyecto PID2023-146621OB-C21, «Desafíos teóricos, éticos y normativos de la inteligencia artificial. Oportunidades y límites de su regulación» (DENORIA), financiado por la Agencia Estatal de Investigación y el Ministerio de Ciencia e Innovación y coordinado, como investigador principal, por el Prof. Dr. D. Roger Campione, y del proyecto PAPI-24-TESIS-12, financiado por la Universidad de Oviedo y Banco de Santander, S. A. Una primera versión de este texto, ahora corregido y aumentado, se presentó como comunicación, bajo el título «El fantasma tras la máscara», al *II Congreso IA y derecho «Inteligencia artificial jurídica y estado de derecho»*, celebrado en la Universidad de Cantabria, Santander, los días 17 y 18 de octubre de 2024

1.- INTRODUCCIÓN

Según parece, la persona es, por su etimología, una máscara ideada por la ciencia jurídica. Si es así, entonces debemos preguntarnos qué hay tras ella. En este trabajo examinaremos el uso de la palabra «persona» y sus principales significados, etimológico y real, para determinar cuál es la naturaleza de su objeto: el ser humano que viste la máscara jurídica.

Una vez determinada la naturaleza de la persona jurídica, examinaremos la posibilidad y las consecuencias de dar tal personalidad a un programa de inteligencia artificial. En particular, estudiaremos cuáles serán sus efectos en el proceso de atribución y distribución de responsabilidad. Para ello, propondremos un caso práctico. El objetivo de esta investigación es, en fin, determinar si es o no razonable conceder personalidad jurídica a una máquina.

2.- LA PALABRA «PERSONA»

El objeto primero del presente estudio es el concepto de persona, que se significa, a su vez, por medio del nombre «persona». Será, pues, lo primero que estudiemos cuál es el origen, forma y sentido de este término.

2.1.- Etimología de «persona»

En el viejo rito romano de la Misa, al lavar sus manos sobre la pila, pronunciaba el sacerdote del salmo 25: *Lavabo inter innocentes manus meas et circumdabo altare Tuum, Domine*. La conjugación de futuro *lavabo* 'lavaré' era la palabra capital de la secuencia y, por metonimia, llegó a significar no sólo la secuencia misma, sino también la pila, que desde entonces llamamos «lavabo». Lo mismo sucedió, *mutatis mutandis*, con la persona. El origen semántico del término:

«*persona* es singularmente digno en su uso derivado más inmediato, porque la palabra *persona* proviene del verbo latino *per-sonare* (= sonar mucho), y significa originariamente la *careta-megáfono* de uso teatral [...], pero que pasó en seguida a significar al artista y al personaje representado o «*dramatis persona*», conllevando, en consecuencia, la nota de excelencia o *dignidad*. Y como lo más digno de este mundo son el hombre y la mujer, [...] de ahí que a ellos se les haya reservado el nombre de *persona*»¹.

¹ Victorino Rodríguez Rodríguez, *Estudios de antropología teológica*, 1.^a ed. (Speiro, 1991), 7. Similar explicación en Roger Campione y Stefano Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica: personas y máquinas* (Dykinson, 2024), 78-79.

Sobre la base de este origen, los profesores Campione y Pietropaoli han comparado el derecho con «una representación teatral [...] representada por actores que se mueven sobre un escenario vistiendo ropa de escena y máscaras»². Observan que «[d]esde los orígenes del *ius, persona* designa la máscara con la que un actor —un actor humano— entra en el escenario del derecho» y sobre tal base concluyen que «la persona se revela inmediatamente como artificio, como construcción, artefacto, creación del intelecto humano y de la ciencia jurídica en particular»³.

Tienen razón, *secundum quid*. En contra de algunas teorías semióticas contemporáneas, reconocemos que el significado de las palabras no es por completo arbitrario. En parte lo es, salvo quizá para el caso de la onomatopeya, pero la arbitrariedad se pierde en el momento mismo en que se ligan significante y significado. A partir de este instante, cuando se usa una palabra no pueden ignorarse por completo los significados que ya tiene atribuidos. Vale la pena señalar, pues, que el significado etimológico es tan sólo uno más y, de hecho, uno en ocasiones residual, hasta el punto de que, en algunos casos, deja en absoluto de serlo. Por tanto, no basta conocer el origen del término; ha menester que examinemos su significado real⁴.

2.2.- El significante «persona»

Habida cuenta de que nadie, en propiedad, se refiere ya con «persona» a máscara alguna, ha de entenderse que todo uso semejante es metafórico y, por tanto, que lo significado es otra cosa. Qué cosa sea, tal es ahora nuestro objeto de estudio. Según Campione, «descartar por peregrina la eventualidad de reconocer la titularidad de derechos a un ente que carece de rasgos naturales supondría ignorar el significado de “persona” desde el punto de vista jurídico», pues «en el ámbito jurídico la noción de personalidad es una construcción artificial de la ciencia»⁵. Cita a tal respecto, con buen criterio, a Kelsen.

² Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 77.

³ *Ibid.*, 80.

⁴ El adjetivo «real» no se utiliza en su acepción de existente, como opuesto a lo que no existe, sino en su acepción de aquello que es propio de la *res*, de aquello que existe en la realidad extramental y no como mero ente de razón, es decir, real como opuesto a ideal, pero existente en ambos casos.

⁵ Roger Campione, *La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho*, 1.^a ed. (Dykinson, 2020), 117. Cf. Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 102-103. Similar opinión en Miguel Ángel Presno Linera, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, 1.^a ed. (Marcial Pons, 2022), 116; Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo, «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots», en *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, ed. por Fernando Higinio Llano Alonso (Laborum, 2022), 350.

Es sabido que para Kelsen la persona es una ideación artificiosa (*künstlichen Denkbehelf*)⁶; un término auxiliar (*Hilfsbegriff zu erkennen*)⁷; «tan sólo una fórmula para uniformizar y personalizar un conjunto de obligaciones y permisos»⁸, o la mera expresión de «la unidad de múltiples deberes y derechos, es decir, la unidad de las múltiples normas que imponen tales deberes y derechos»⁹. En definitiva, es un nodo de imputación (*"Zurechnungs" Punkt*)¹⁰ de relaciones jurídicas, de tal suerte que la persona jurídica individual tan sólo es «la personificación, esto es, la expresión personificada de las normas que regulan la conducta de un hombre»¹¹, mientras que la persona jurídica colectiva no es más que «la expresión como unidad de un conjunto de normas, es decir, de un ordenamiento jurídico, que regulan la conducta de una pluralidad de hombres»¹².

El corolario de la doctrina kelseniana es que el hecho de que «el hombre sea una persona jurídica o tenga personalidad jurídica tan sólo significa que algunas de sus acciones y omisiones constituyen de alguna manera el objeto de normas jurídicas»¹³. Por consiguiente, decir «persona jurídica colectiva» es tanto como decir «conjunto de personas jurídicas individuales que actúan coordinadas», esto es, se trata de un haz de haces, de modo que la diferencia entre ambos

⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, 1.^a ed. (Mohr Siebeck, 2008), 63.

⁷ *Ibid.*, 63.

⁸ *Ibid.*, 64: «... nur ein personifizierender Einheitsausdruck für ein Bündel von Rechtspflichten und Berechtigungen».

⁹ *Ibid.*, 65: «... nur die Einheit einer Vielheit von Pflichten und Rechten, das heißt aber die Einheit einer Vielheit von Normen aus, die diese Pflichten und Rechte statuieren».

¹⁰ *Ibid.*, 68.

¹¹ *Ibid.*, 65: «... die Personifikation, das ist der personifizierte Einheitsausdruck der das Verhalten eines Menschen regelnden Normen».

¹² *Ibid.*, 66: «... der Einheitsausdruck für einen Normenkomplex, das heißt für eine Rechtsordnung, und zwar für eine solche, die das Verhalten einer Vielheit von Menschen regelt». Cuando nosotros, al modo kelseniano, decimos «persona jurídica» significamos la personalidad jurídica en general, cuyas especies más comunes son, según empleamos los términos, la persona jurídica individual y la colectiva. De manera tradicional, la persona jurídica individual se ha llamado «persona física» y la colectiva, «persona jurídica». Es en este sentido en que usan tal término algunos de los autores citados *infra*; en realidad, es el sentido en que lo usa la mayor parte de la doctrina, amén de la dogmática. Empero, puesto que en este caso valoramos la precisión más que la tradición, utilizaremos de manera genérica el nombre «persona jurídica», al modo de Kelsen, con las especificaciones que en cada caso se requieran. Discúlpese la discrepancia entre la doctrina citada y la propia.

¹³ *Ibid.*, 65: «Daß der Mensch juristische Persönlichkeit sei oder habe, das besagt letztlich nichts anderes, als daß gewisse seiner Handlungen und Unterlassungen in der einen oder anderen Weise den Inhalt von Rechtsnormen bilden».

términos es sólo accidental: toda persona a efectos del derecho es, con la misma naturaleza en cualquier caso, una artificial persona jurídica¹⁴.

Hernández Marín ha desarrollado esta doctrina con gran precisión. Según explica, «por un lado, ciertos individuos atípicos son calificados como personas jurídicas; por otro lado, a las personas jurídicas se les atribuye capacidad jurídica relativa», de tal modo que «la función de la personificación» resulta ser, según un sencillo sorites, la de «un momento intermedio en el proceso de atribución de capacidad jurídica (relativa) a ciertos individuos atípicos»¹⁵. En consecuencia, se puede

«afirmar que la personificación no es más que un instrumento al servicio de la capacidad jurídica (relativa), una técnica cómoda para atribuir o aumentar la capacidad jurídica (relativa) de ciertos individuos; una técnica, para que ciertos individuos puedan ser sujetos de determinados enunciados jurídicos»¹⁶.

Siendo esto, *secundum quid*, verdadero, yerra Hernández Marín al derivar de ello una conclusión de marcado corte nominalista: que la personificación es una simple articulación lingüística del cuerpo jurídico y no un órgano de valor ontológico imprescindible. Tal nominalismo se refleja al afirmar que «la función realizada por el término “persona jurídica”, podría ser realizada por cualquier otro término»¹⁷. Esta afirmación es verdadera, pero, como bien en ella se indica, lo dicho vale para el término «persona», no para su significado.

Si bien es cierto que existen pseudoproblemas disolubles por medio de un análisis fino¹⁸ y que una mayor delicadeza en el hablar podría «haber ahorrado [al pensamiento jurídico] innumerables discusiones provocadas por el término “persona jurídica”»¹⁹, no menos cierto es que sustituir «persona» por otra palabra cualquiera no hace variar su fundamento ontológico, pues la nueva palabra seguiría significando lo mismo que la antigua. Como hemos dicho, la primera atribución de significado a una palabra puede ser arbitraria, pero las subsiguientes, no. Si la palabra «persona» significa algo en lo ontológico, no podemos ignorar tal cosa en el momento presente ni pensar, respecto del pasado, que al atribuir a «persona» un segundo significado jurídico tal cosa se hizo ignorando su anterior uso

¹⁴ Similares reflexiones en Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 113.

¹⁵ Rafael Luis Hernández Marín, «Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica», *Persona y derecho* 36 (1997) : 120-121.

¹⁶ *Ibid.*, 121.

¹⁷ *Ibid.*, 121.

¹⁸ *Vid.* Ludwig Josef Johann Wittgenstein, *Philosophical investigations*, 90-91 y cf. Rafael Luis Hernández Marín, «Ficciones jurídicas», *Doxa* 3 (1986) : 145.

¹⁹ Hernández Marín, «Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica» : 122.

metafísico; a estos efectos, si el orden fuese el inverso, el razonamiento sería el mismo.

Si para significar la personalidad jurídica se emplea la misma palabra, «persona», que se utiliza en el lenguaje de la ontología, entonces cabe, cuando menos, sospechar que ambos conceptos se intersecan y que es sobre este fulcro compartido donde se apoya la palabra «persona». A falta de un raciocinio más agudo sobre el particular, que escapa al objeto de estas líneas, puede intuirse que si dos conceptos diferentes se significan por medio de una misma palabra, alguna razón ha de haber para ello. Ciertamente es que la intuición es débil, pues muchas cosas no son como parecen, y que en muchos casos se puede refutar con apenas alguna prueba o demostración. Sin embargo, es el argumento primero, natural y por defecto, en toda experiencia, ergo la carga de la prueba recae sobre quien lo niega y no sobre quien lo afirma. La intuición tiene el privilegio de la verdad *iuris tantum*²⁰. En este caso, no queda probado que «persona» signifique dos conceptos por completo diversos; en consecuencia, exploraremos la posibilidad de que ambos tengan una naturaleza común.

No compartimos la opinión de Hernández Marín, que acaso subestima la enjundia de los debates sobre la existencia real de las personas jurídicas²¹. No creemos que la palabra «persona» sea la causa de la disputa ni que sustituirla vaya a ser su solución; tan sólo es, muy al contrario, el síntoma más visible del problema discutido, de suerte que, según parece, la controversia sobre la existencia de las personas jurídicas no versa sobre si son o no personas, sino sobre su existencia misma, como el propio autor comprende²². En consecuencia, el problema de fondo es ontológico y no lingüístico.

2.3.- Significado de «persona»

La persona es, por cierto, un invento jurídico, pero tan sólo *secundum quid*. Si el objeto significado por el término «persona» es un mero ente de razón, un artificio puro de la mente, entonces la reflexión sobre él se nos antoja estéril. Suponemos, en cambio, que «persona» designa alguna cosa real y no sólo ideal. Si el concepto de persona guarda relación con alguna realidad extramental, entonces nada impide que esta realidad, que es independiente del pensamiento, también guarde relación con algún otro concepto. Dicho de otro modo, que la persona en su sentido ontológico y la persona en su sentido jurídico sean dos conceptos diferentes, que no debemos en modo

²⁰ Argumento desarrollado, v. gr., en Tomás Bogardus, «Undefeated dualism», *Philosophical studies* 165, no. 2 (2013) : 464-465, doi:10.1007/s11098-012-9962-Z.

²¹ Vid. Hernández Marín, «Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica» : 122-126.

²² Cf. *ibid.*, 122.

alguno confundir, no implica que designen una realidad diferente; de hecho, si no designasen un mismo objeto real, entonces no tendría siquiera sentido que ambos conceptos se representasen con el mismo término, «persona», que resultaría equívoco e injustificado. Antes bien, cabe considerar que ambos conceptos de persona signifiquen una misma realidad, pero cada uno en un sentido diferente.

El mismo Kelsen reconoció que «no es correcto afirmar que el derecho obliga o autoriza a las personas»²³, pues, en realidad, «quienes están obligados o autorizados son los hombres»²⁴. Así, «es la conducta de los hombres la que constituye el objeto de las normas jurídicas y, por tanto, de los deberes y derechos, siendo que la conducta humana no es otra cosa que el obrar de hombres individuales»²⁵. Por tanto y en definitiva, «los deberes y derechos de una persona jurídica deben entenderse como deberes y derechos de hombres»²⁶. Considérese que por *Mensch* 'hombre' (*Menschen* 'hombres') entiende Kelsen la persona humana en su sentido ontológico, la substancia primera de la especie *homo sapiens*, mientras que por *Person* 'persona' (*Personen* 'personas') se refiere a la posición del *Mensch* ante el ordenamiento jurídico, es decir, a su actuación en el derecho. En ambos casos, Kelsen piensa en la misma realidad, en el *Mensch*, pero de manera diacrónica, en dos momentos diferentes: primero, como criatura; luego, como actor jurídico.

Siendo así, no puede la persona jurídica ser un puro artificio del derecho. Si la persona jurídica es un puro ente de razón, entonces existe, pero sólo en la mente del jurista y al margen de la realidad. Bajo todas las capas de artificio debe haber un núcleo de realidad, un anclaje del concepto, que está en la mente, en la realidad exterior a ella²⁷. Si el objeto mental se vincula con un objeto real, entonces la persona jurídica es algo tan real, en lo fundamental, como el ser humano mismo.

²³ Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, 65: «... ist es somit unrichtig zu sagen, das Recht verpflichte und berechtere Personen».

²⁴ *Ibid.*, 65: «Was verpflichtet und berechtigt wird, das sind die Menschen». Similar opinión en Roger Campione, «A vueltas con el transhumanismo: cuestiones de futuro imperfecto», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 40 (2019) : 55, doi:10.7203/CEFD.40.13881.

²⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, 65-66: «Menschliches Verhalten ist es, das den Inhalt der Rechtsnormen und sohin der Pflichten und Rechte bildet; und menschliches Verhalten kann nichts anderes als das Verhalten von Einzelmenschen sein».

²⁶ *Ibid.*, 66: «Die Pflichten und Rechte einer juristischen Person müssen in Pflichten und Rechte von Menschen».

²⁷ Así, v. gr., enseñan los lógicos que el concepto de caballo, que es un objeto mental, tiene instancias reales, mientras que el concepto de unicornio no las tiene; también tiene instancias reales el concepto de segmento, que es finito, pero no las tiene el concepto de línea recta, que es infinita, pese a que ambos, en tanto que objetos mentales, existen. Lo mismo puede plantearse para el concepto de persona jurídica, que es mental, y sus instancias reales, si las hay.

Según hemos dicho, esta realidad fundamental que es el individuo de la especie *homo sapiens* puede entenderse, en tanto que criatura, como persona ontológica y, en tanto que actor jurídico, como persona jurídica. Ahora bien, hay que explicar cómo es esto posible. Es sabido que *quidquid recipitur ad modum recipientis recipitur*. Por tanto, no puede recibirse lo jurídico si no hay en el recipiente, como principio, la capacidad de recibirlo, es decir, una como protocapacidad jurídica. Si el *homo sapiens* fuese una especie en absoluto ajena a lo jurídico, sin tal capacidad, entonces el concepto de persona jurídica perdería su anclaje en la realidad y se volvería *flatus vocis*, puro artificio.

La única manera de salvar algo de real en la personalidad jurídica es entender que en el ser humano hay, de manera natural, la capacidad de actuar según derecho. Esto no significa que el derecho sea un completo fenómeno natural, sino, por el contrario, que tampoco es por completo artificial. Como señalan los profesores Campione y Pietropaoli, «[l]os mecanismos arquetípicos de la lengua y el derecho entran en la esfera de lo necesario; sin embargo, lo producido por tales mecanismos entra en el contexto de lo accidental»²⁸. Las madrigueras de los conejos, por ejemplo, son construcciones artificiales realizadas por ellos mismos, pero la tendencia a excavar madrigueras es una moción natural; las madrigueras que los conejos excavan son artificiales, pero el hecho de que las excaven es natural. Del mismo modo, aunque «[c]ambian las frases y las palabras, no cambia el dispositivo que produce tales frases y palabras»²⁹. El derecho es, en gran medida, un fenómeno positivo y cultural, dependiente de la historia y la política, pero la base sobre la que se apoya es la capacidad natural del ser humano para ser sujeto de derecho.

La innegable e imprescindible dimensión positiva y cultural del derecho no niega, sino que presupone su dimensión natural. Si el ser humano no tuviese la capacidad de obligarse en derecho por su sola condición natural, entonces debería recibir tal capacidad en algún momento posterior, pero esto nos lanza al trilema de Münchhausen: o iniciamos un bucle de justificación circular, o iniciamos un *regressus ad infinitum* o, para romper ambos, realizamos un corte axiomático; en cualquier caso, hay que justificar cómo puede recibir la capacidad jurídica una criatura sin capacidad para recibir lo jurídico. Esto sólo se soluciona si reconocemos que esta capacidad es natural y que lo cultural es sólo su desarrollo positivo en la sociedad política.

Si el derecho positivo obliga es porque en el ser humano hay una capacidad natural para quedar obligado; el derecho positivo sólo puede dar al hombre una personalidad jurídica³⁰ porque ya hay en éste una personalidad jurídica natural previa que se reviste de un desarrollo

²⁸ Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 124.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Vid.*, v. gr., arts. 29-30 CC, en lo que a hombres toca, y 35 CC para colectivos.

positivo, cultural, con un haz más amplio de derechos y deberes. Sin una base jurídica natural, la letra del derecho positivo sería impotente *flatus vocis*. Lo jurídico natural es *conditio sine qua non* de lo jurídico positivo.

3.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El objeto segundo de nuestro estudio es la relación que pueda llegar a establecerse entre los conceptos de persona y de inteligencia artificial a efectos jurídicos. Para analizar este objeto de una manera completa, comenzaremos por estudiar la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a un sistema de inteligencia artificial; después, estudiaremos qué consecuencias pueden derivarse de ello.

3.1.- Posibilidad de la personalidad jurídica de la inteligencia artificial

A la luz de lo anterior, dar personalidad jurídica a la inteligencia artificial parece un asunto de gran complejidad. Ni tan siquiera Kelsen pretendía desvincular por completo el concepto artificial «persona», aun jurídica, de su substrato natural humano, que está presente incluso en las personas jurídicas colectivas, pues todas tienen detrás, en última instancia, a personas humanas³¹.

³¹ Es cierto que una persona jurídica colectiva puede ser socio de otra persona jurídica colectiva. Así, *v. gr.*, cuando las acciones de una sociedad anónima se venden a otra sociedad de capital. En este caso, no todos los socios de la persona jurídica colectiva PJC_1 son personas jurídicas individuales, ergo humanas, pues hay al menos una segunda colectiva PJC_2 que no lo es. Empero, no es menos cierto que esto sólo traslada el problema de la PJC_1 a la PJC_2 , entre cuyos socios puede haber también una PJC_3 y así de manera sucesiva hasta una PJC_n . Si la participación de unas personas jurídicas colectivas en otras no tuviese término, entonces entraríamos en un *regressus ad infinitum*, sin llegar jamás a la dicha PJC_n , pero no habría entonces una primera persona jurídica colectiva que participase en otra y, en consecuencia, no podría tampoco haber una primera persona jurídica colectiva participada, ergo tampoco podría haber una segunda ni siguientes, de manera que sería imposible el fenómeno mismo de la participación. Sin embargo, sabemos que esto es falso, pues sí hay personas jurídicas colectivas que participan en otras, ergo es necesario que exista una primera causal PJC_n . Por tanto, sólo puede suceder una de dos cosas: o bien hay una primera PJC_n que participa en la PJC_{n-1} sin que participe en ella una PJC_{n+1} , o bien hay una PJC_n participada a su vez por la PJC_1 , con lo que se establece una relación circular. Si es el primer caso, entonces la dicha PJC_n tiene como socios, de manera necesaria, tan sólo a personas jurídicas individuales, ergo humanas, de manera que, en última instancia, también la PJC_1 tiene tras de sí tan sólo personas humanas. Si es el segundo caso, entonces la relación circular de participación de las personas jurídicas colectivas se resuelve por compensación. Así, *v. gr.*, si la PJC_1 participa en la PJC_2 , la PJC_2 participa en la PJC_3 y la PJC_3 participa en la PJC_1 , entonces es como si la PJC_1 participase en la PJC_3 por medio de la PJC_2 y en sí misma por medio de la PJC_3 . Empero, que una persona jurídica participe en sí misma es como una reformulación del principio lógico de identidad, esto es, una verdad analítica que

No obstante, como es bien sabido, el ordenamiento positivo puede operar con ficciones y, por tanto, nada impide que se genere una persona jurídica sin un substrato, en apariencia, razonable³². No en vano, en España se ha hecho persona a una masa de agua³³. Para que el derecho positivo sea tal, esto es, derecho, es preciso que toda llamada «persona jurídica», aun colectiva, tenga un substrato natural humano³⁴; de lo contrario, no habrá tras ella un quién real al que dar lo suyo y, por tanto, no se cumplirá el presupuesto fundamental del derecho. Empero, para que el ordenamiento positivo funcione, siendo auténtico derecho o mero hecho aparente, basta con el «como si», es decir, con el simple conato de persona jurídica, a la que se trata como si fuese persona a todos los efectos, suspendiendo el juicio sobre si en verdad lo es³⁵.

La imposibilidad de que un sistema de inteligencia artificial³⁶ sea una persona desde el punto de vista ontológico es un asunto que ya se ha tratado³⁷ y en el que, por tanto, no es necesario profundizar en lo teórico. Baste un ejemplo. Imaginemos que empujamos una bola por

no proporciona información adicional a la mera existencia del ente. Así, decir que tras la PJC₁ están varias personas jurídicas individuales y la propia PJC₁ es tanto cómo hacer referencia sólo a las individuales, pues nada significa lo otro que no esté ya significado, ergo la dicha participación circular se vuelve, en lo ontológico, irrelevante. En consecuencia, sólo retienen importancia ontológica los socios que sean personas jurídicas individuales, lo que equivale a decir que, también en este caso, tras la PJC₁ sólo hay personas humanas. Por tanto, nos es lícito afirmar que tras la persona jurídica no humana de una sociedad hay, aun en última y no inmediata instancia, personas jurídicas humanas.

³² Vid. Graziella Laín Moyano, «Responsabilidad en inteligencia artificial: Señorita, mi cliente robot se declara inocente», *Ars iuris salmanticensis* 9 (2021) : 203, doi:10.14201/AIS202191197232.

³³ Vid. «Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca». Nótese que en su art. 1 «[s]e declara la personalidad jurídica» del Mar Menor y «se [lo] reconoce como sujeto de derechos»: declaración de personalidad y reconocimiento de derechos, con lo que se da a entender que tales circunstancias son anteriores a la misma ley positiva. Vid. también Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 104-105.

³⁴ Cf. Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 116.

³⁵ Vid. *ibid.*, 105.

³⁶ Se da una definición muy amplia y, en consecuencia, muy vacía del concepto en el art. 3.1 del «Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº [sic] 300/2008, (UE) nº [sic] 167/2013, (UE) nº [sic] 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)». En esencia, es un *software* capaz de algunas funciones instalado en un *hardware* capaz de soportarlo.

³⁷ Vid., v. gr., Cristián Pérez García, «Derecho natural e inteligencia artificial», en *Inteligencia artificial y derecho*, ed. por José de los Santos Martín Ostos y Blanca Martín Ríos (Astigi, 2024), 151-160, e *id.*, «El sesgo iuspositivista de la inteligencia artificial», en *Retos actuales de la filosofía del derecho. Especial atención a la inteligencia artificial*, ed. por Milagros María Otero Parga, Manuel Segura Ortega, Sonia Esperanza Rodríguez Boente y Carla Romero Álvarez (Reus, 2024), 91-100.

una rampa. Al llegar a una bifurcación con sendas puertas, la bola seguirá un itinerario u otro, según cuál de los dos esté abierto. Esto, a su vez, es función de la presión atmosférica, según un sencillo mecanismo que, conectado a un barómetro, abre el ramal izquierdo y cierra el derecho cuando la presión aumenta, así como hace lo contrario cuando la presión baja. Puesto que el día del experimento llueve, la bola se desvía hacia la derecha. Lo descrito es un algoritmo, pero no un caso de inteligencia. Es una sucesión de acciones ejecutadas en un orden determinado y preestablecido. También una persona humana puede ejecutar algoritmos, pero algo hay en ella que la distingue de una simple bola que rueda por una rampa en un día de lluvia.

Aunque la complejidad creciente de algunos algoritmos y la potencia incomprensible del *software* que los ejecuta puedan movernos a duda, debemos retener la certeza de que tras las realidades físicas hay siempre una realidad metafísica que les sirve de fundamento. Por más potente que sea el programa y espectaculares sean sus resultados, la inteligencia artificial seguirá siendo una combinación de circuito y fluido eléctrico, es decir, un objeto inerte, como la bola y la rampa. En el hipotético escenario de que se resolviera el problema *P* vs. *NP* y se verificara la hipótesis de la igualdad, la ciencia de la computación dará a luz algoritmos capaces de resolver problemas que hoy, por limitación de tiempo o de espacio, resultan irresolubles. Si para algunos la inteligencia artificial, aunque sea aún muy deficiente³⁸, se antoja ya superior a la humana, parecería en tal escenario de un nivel angélico o divino. Sin embargo, seguiría siendo el mismo objeto inerte. Pese a todo, «los robots son cosas, por muy singulares y cautivadores que resulten»³⁹.

En verdad, las pruebas hasta ahora concebidas, como el viejo test de texto de Turing, el más moderno test de voz de Ebert o el *modified John Henry test* de Volokh⁴⁰, evalúan sólo la apariencia y no la esencia. Una máquina que los supere será, en cierto sentido, como una persona, pero no será una persona. Una llamada «inteligencia artificial» no puede ser una persona porque para ser una persona hace falta un intelecto, sea racional, intuitivo o comprensivo; en cualquiera de los tres casos, hablamos de una forma inmaterial capaz de ejecutar operaciones formales, como la abstracción⁴¹. Una inteligencia artificial,

³⁸ Vid. Campione, «A vueltas con el transhumanismo...» : 51; Manuel Jesús Rodríguez Puerto, «¿Puede la inteligencia artificial interpretar normas jurídicas? Un problema de razón práctica», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 44 (2021) : 89, doi:10.7203/CEFD.44.19370.

³⁹ Laín Moyano, «Responsabilidad en inteligencia artificial...» : 205.

⁴⁰ Vid. Eugene Volokh, «Chief justice robots», *Duke law journal* 68 (2019) : 1138. Cf. su crítica en Pérez García, «Derecho natural e inteligencia artificial», 156-157.

⁴¹ Vid. Edward Feser, «Arguments for the Immateriality of the Mind», comunicación presentada en *The Human Mind and Physicalism*, Washington, D. C., 9 de junio de 2018; Pérez García, «Derecho natural e inteligencia artificial», 157.

en tanto que mera yuxtaposición de *hardware* y *software*, no tiene nada de inmaterial ni nada inmaterial puede, en consecuencia, salir de ella.

No hay en la inteligencia artificial auténtica conciencia; no hay intelecto, no hay voluntad, no hay sensibilidad⁴²; no conoce, no aprehende, no comprende, no recuerda, no piensa, no siente. Para todo esto necesita una animación de la que, como cuerpo inerte, carece. No obstante, según se ha dicho, la fuerza motora de la polémica radica en que el ordenamiento positivo funciona de manera habitual y muy solvente con ficciones, de suerte que tomar a los efectos por persona a un ente que no es ni puede ser persona ontológica no constituye problema alguno desde el punto de vista de la funcionalidad. Ahora bien, ello no significa que no suponga un problema grave en lo teórico y en lo práctico.

3.2.- Consecuencias de la personalidad jurídica de la inteligencia artificial

Una vez determinada la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a los sistemas de inteligencia artificial, debemos determinar asimismo qué consecuencias puede implicar tanto a nivel teórico, así general como específico, cuanto a nivel práctico.

3.2.1.- Consecuencias generales

Dicho lo anterior, el núcleo de la cuestión, pues, está en cuáles han de ser las consecuencias de dotar de personalidad jurídica positiva a un sistema de inteligencia artificial. Siguiendo una metodología común y aceptada, veamos qué ventajas y qué desventajas presenta esta solución.

La principal ventaja, acaso sea la única, es la que resulta obvia: aumenta la seguridad jurídica. Dotar de personalidad a efectos del ordenamiento positivo a un programa de inteligencia artificial implica que tal programa se convertirá en un nodo de relaciones jurídicas. Las relaciones que de otro modo atravesarían una o varias personas diferentes, o ninguna en absoluto, se canalizarían todas por la nueva persona jurídica.

Ahora bien, esto sólo constituye una ventaja formal, es decir, sólo supone una ventaja en tanto en cuanto la alternativa sea la nada. Tan pronto como se propone una solución alternativa, la ventaja formal se

⁴² Vid. Milagros María Otero Parga, «¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 57 (2023) : 40-41, [doi:10.30827/ACFS.v57i.24710](https://doi.org/10.30827/ACFS.v57i.24710); Sánchez Hidalgo, «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots», 344.

igual y se impone la necesidad de atender, si la hay, a la ventaja material. Dicho de otro modo, dar personalidad jurídica a la inteligencia artificial aporta claridad, certeza, seguridad y otros muchos valores jurídicos, pero esto mismo lo aportaría también darle personalidad jurídica al cocotero que deja caer cocos sobre la cabeza de los viandantes, sin que ello parezca ser muy útil. Cuán útil sea, aparte de seguro, dar personalidad a la máquina, tal es el examen crucial.

Es al ejecutar este análisis material cuando se ponen de manifiesto las desventajas. Como señala Hernández Marín, es posible, desde el mero punto de vista lógico, que un individuo sea persona jurídica sin ser asimismo sujeto jurídico, «esto es, que su conducta no fuera regulada por ninguna regla jurídica, a pesar de ser calificado como persona jurídica», pero, como él mismo hace notar, «en tal caso nos preguntaríamos para qué sirve esa calificación de persona jurídica»⁴³. Ser persona a efectos jurídicos significa poca cosa si no implica ser, por ello, responsable a los mismos efectos; en responder se halla la esencia de la imputación jurídica, pero no es la persona jurídica más que un nodo de imputaciones, ergo la persona jurídica es, por definición, responsable.

Por tanto, lo que se ha de valorar es si dotar de personalidad jurídica y la subsiguiente responsabilidad a la inteligencia artificial es, en términos netos, conveniente o inconveniente. No se trata, en palabras del profesor Campione, de si es posible o no, pues para el derecho nada hay imposible; se trata de qué queremos que sea. La responsabilidad se puede clasificar según varios criterios. Entre otros, puede ser penal o civil.

3.2.2.- Consecuencias de responsabilidad penal

La responsabilidad penal, entendida *lato sensu* como *accountability*, abarca toda infracción y sanción imputable a una persona. Esto incluye no sólo los ilícitos penales *sensu stricto*, sino también los administrativos y todo otro tipificado en el derecho⁴⁴. Nuestro sistema penal liberal es de responsabilidad subjetiva y, por consiguiente, no puede haber sanción si no hay sujeto culpable, ora por dolo, ora por imprudencia⁴⁵. Siendo la inteligencia artificial mero objeto, este primer obstáculo bastaría para poner fin al análisis, pero acaso lo enriquezca que, pese a ello, prosigamos con la indagación.

⁴³ Hernández Marín, «Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica» : 115.

⁴⁴ La norma penal, en lo substancial, es el caso en que a un supuesto se le imputa una sanción. La distinción dogmática entre derecho penal y administrativo sancionador es accidental y, a estos efectos, irrelevante.

⁴⁵ *Vid.* art. 5 CP.

La responsabilidad penal se concreta en la pena, que puede ser de una u otra especie en función de su fin. Enseña la doctrina penalista civil que los fines de la pena son tres: retribución, prevención y reinserción. Según la constitución española, de hecho, el fin supremo del derecho penal positivo es la reinserción⁴⁶. Algunos autores, empero, sólo consideran los fines retributivo y preventivo, mas no el reinsertivo⁴⁷. Más precisa parece la doctrina penalista canónica, que, *ad litteram ex codex*, divide las penas en expiatorias y medicinales⁴⁸, lo que equivale en términos civiles a retributivas y reinsertivas. Son expiatorias o retributivas las penas cuyo fin es reinstaurar el orden que el delito quebró y purgar la culpa del reo, mientras que son medicinales o reinsertivas las que pretenden realinearlo con el resto de personas según la norma o canon.

Éstos son los dos fines esenciales de la sanción penal, sea cual sea el ordenamiento que se estudie, pues su fundamento no está en la norma positiva, sino en la definición misma de lo que es una pena: castigo y remedio, ambas cosas para el reo. Esto no se puede predicar, en cambio, del fin preventivo, que no es esencial, sino un mero accidente de la pena, pues falta en él la nota de justicia. La prevención no tiene como causa final al propio reo, que merece castigo o necesita reinserción, sino al resto de la comunidad o a una versión diacrónica del mismo reo, cuya criminalidad futura se pretende prevenir por medio del ejemplo que se da con él⁴⁹. Esto obligaría, por mor de un bien ulterior, a aceptar un mal, pero no se le puede pedir a nadie tal cosa; no podemos aceptar la doctrina del mal menor. Toda pena

⁴⁶ *Vid.* art. 25.2 CE.

⁴⁷ *Vid.* Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed. (Reppertor, 2016), 84-98. Nótese que no habla de reinserción, sino de prevención especial (91-94), entendida como especie de la prevención (87-94). Aunque el contenido material de las penas sea el mismo, su fin y, por tanto, su forma cambian de manera radical: no se busca reinsertar al reo, sino evitar que delinca de nuevo; el fin se sitúa en prevenir actos futuros y no en ayudar a una persona necesitada. *Cf.* similar denominación en Francisco Javier Álvarez García, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, 1.^a ed. (Comares, 2001), 51, donde se introducen la reeducación y la reinserción como «finalidades preventivo especiales», y 109, donde, a propósito de la prevención general negativa, se reitera la idea de «la prevención especial a través de la reeducación y la reinserción»; valga lo ya dicho.

⁴⁸ *Vid.* can. 1312 § 1 CIC. Nótese que los remedios penales (*vid.* can. 1339 CIC), aun presentados como instrumento, «sobre todo, para prevenir los delitos» (*ex* can. 1312 § 3 CIC), se concretan en lo material como una suerte de penas medicinales anticipadas, orientadas a prevenir el delito más bien por lo que supone para el reo que por el hecho objetivo mismo. No se olvide que, *ex* can. 1752 CIC, todos los cánones deben observarse «teniendo en cuenta la salvación de las almas, que debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia». Esto da un criterio interpretativo y aplicativo del derecho canónico del que carecemos en el derecho civil. Acaso se deba a ello la variedad en la doctrina.

⁴⁹ *Cf.* Álvarez García, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, 111-115, para la ejemplaridad, y 115-156, para la intimidación.

cumple, *per accidens*, un fin preventivo, pero buscar de manera intencionada este fin implica utilizar al sujeto como mero objeto, cosificar al reo y emplear a una persona como instrumento para un fin; esto viola su dignidad, es injusto y no se puede tolerar.

La pregunta es obligada: ¿acaso puede aplicarse alguna de estas reflexiones a una placa base y un programa informático? ¿Qué dignidad se viola, qué merecimiento hay de castigo alguno, qué significado puede tener en tal caso la reinserción? No es caprichoso que la sanción penal requiera un elemento subjetivo, esto es, la culpa, lo que presupone en el autor del acto muchas facultades de las que la inteligencia artificial carece⁵⁰. Nace la culpa por un acto cuando se presenta éste al intelecto como posible; entendido en su naturaleza, se presenta a la voluntad como aceptable; aceptado, se realiza, y, por ser en verdad malo, genera una culpa que mancha la conciencia, de suerte que el autor, sabiéndose culpable y merecedor de castigo, puede llegar a arrepentirse. Este proceso no es predicable de una inteligencia artificial ni tan siquiera en uno solo de sus pasos⁵¹.

No hay, pues, presupuesto para la pena. Castigar a una inteligencia artificial es un acto de venganza tribal contra un objeto inerte, acaso satisfactorio en lo emocional, pero carente de base en lo intelectual. En cuanto a la reinserción, no se sabe en qué pueda consistir reinsertar en sociedad a un *software*. Podrarse decir que desconectar o reprogramar son, *mutatis mutandis*, como castigar y reinsertar al programa⁵². Ahora bien, tal imaginación de un derecho penal *sui generis* no parece ser de particular utilidad.

El derecho actúa de manera inmediata sobre personas jurídicas porque éstas son la vía para actuar de manera mediata sobre personas ontológicas. Desligar ambas formas de personalidad desvirtúa unas instituciones de derecho cuyo fin no es la persona jurídica en sí misma, sino la persona ontológica, física y natural, a la que se llega por medio de la jurídica. Recordemos que, aun siendo en gran medida un artificio del derecho, la persona jurídica es, en última instancia, un ser humano. Decir, pues, que desconectar un programa es una suerte de pena de muerte digital no pasa de ser una licencia retórica, pues la desconexión se imputa a una persona jurídica, pero no se llega a ejecutar sobre una persona ontológica, que en este caso no existe; dígase lo mismo sobre la reprogramación y la reinserción.

A fortiori, no se pase por alto que si la inteligencia artificial es, en realidad, objeto y no sujeto, entonces todo cuanto sobre ella recaiga

⁵⁰ Vid. Laín Moyano, «Responsabilidad en inteligencia artificial...» : 208; Sánchez Hidalgo, «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots», 344.

⁵¹ Vid. Sánchez Hidalgo, «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots», 344. Cf. Pérez García, «El sesgo iuspositivista de la inteligencia artificial», 94.

⁵² Cf. Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 100.

será una medida sobre un objeto y no sobre un sujeto. Sirva el siguiente ejemplo: si se precinta un parque cuyos árboles, por falta de mantenimiento, amenazan con caer, tal cosa no es un castigo para el parque, por mucha personalidad jurídica de que se lo haya dotado, sino una medida de seguridad para las personas humanas que por él pasean; si se podan o talan sus árboles, tal no es una medida de reinserción del parque en la comunidad, sino otra medida de seguridad para las mismas personas. No se justifica y no se puede presumir que el parque o la inteligencia artificial sean el fin de las medidas que sobre ellos se apliquen; ha de presumirse, por la naturaleza misma del derecho, que el fin sigue siendo, en tales y otros casos, el hombre.

3.2.3.- Consecuencias de responsabilidad civil

En cuanto a la responsabilidad civil, habremos asimismo de entenderla *lato sensu*, esto es, como mera *liability*, así sea contractual como por daños, así la de personas particulares como la de la administración⁵³. Puede tal responsabilidad ser objetiva⁵⁴; cuasiobjetiva, que tendremos por incluida en aquélla a los presentes efectos, y subjetiva, por culpa o negligencia⁵⁵. Por lo que ya hemos dicho de la responsabilidad subjetiva⁵⁶ en sede penal, ahora nos ocuparemos tan sólo de la responsabilidad civil objetiva.

El fin de la responsabilidad civil es restituir al agraviado por un acto ilícito, «reparar el daño causado»⁵⁷; si no puede ser con una restauración efectiva de las circunstancias anteriores, sí, al menos, con una indemnización económica. No se trata de una multa, cuyo fin, en tanto que pena, sea el castigo o educación del reo, sino de un medio para restaurar el patrimonio lesionado de un tercero, así como para mermar en la parte correspondiente el de quien haya de responder. Así, el pago hace justicia para con las dos partes: le da al que le corresponde recibir al tiempo que le quita al que le corresponde dar.

Ahora bien, que la inteligencia artificial pague o no pague depende de un mero automatismo. Si en instancia judicial se da la orden de pago, si el programa está diseñado para pagar y si tiene acceso a una cuenta bancaria con fondos suficientes, entonces pagará; si no, no

⁵³ De nuevo, lo substancial de la norma permanece invariable: en ambos casos, a un supuesto se le imputa una contraprestación; es accidental y, a estos efectos, irrelevante quién, cómo, cuándo o por qué haya de prestarla.

⁵⁴ Cf. art. 1903 CC.

⁵⁵ Vid. art. 1902 CC.

⁵⁶ Calificada como «francamente exorbitante», para el caso de la inteligencia artificial, en Sánchez Hidalgo, «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots», 352.

⁵⁷ Art. 1902 CC. Lo dicho para la responsabilidad civil extracontractual sirve también para la contractual, pues es ésta objetiva en virtud del contrato. En tal caso, lo que se busca no es reparar un daño, sino que se cumpla lo pactado.

pagará. En cualquier caso, no se dolerá la máquina porque se la prive de un dinero de cuya posesión no tiene conciencia ni sentirá la opresión de verse perseguida por la ley, ni la preocupación de saberse insolvente. No se verá afectada por las consecuencias de sus actos porque tal afectación, aunque pase por la persona jurídica, ha de recaer en término sobre la persona ontológica, que en este caso no existe.

Sin un responsable civil humano, ante uno que tan sólo sea persona jurídica sin ulterior substrato, el derecho se desvirtúa. Es de derecho que se dé a cada uno lo suyo y, por consiguiente, también que se le prive de lo que no le corresponde. Esto, que es la base de la responsabilidad civil, presupone que tras la persona jurídica, aun colectiva, haya una persona humana. El responsable civil colectivo es sólo el instrumento por cuyo medio alcanza el derecho, lo justo, a los responsables civiles individuales que lo conforman. Si detrás de la máscara jurídica sólo hay un fantasma electrónico, entonces el proceso judicial de reclamación de responsabilidad civil se convierte en una gran máquina expendedora en la que se introducen demandas en lugar de monedas y que, en lugar de aperitivos, da indemnizaciones. El derecho, pues, dejaría de ser tal y se convertiría en un mero servicio técnico para la asignación de recursos. Habría, cuando menos, que reconsiderar tal proceso como uno de jurisdicción voluntaria, puesto que seguir planteándolo como contradictorio resultaría una ficción no justificada.

3.2.4.- *Consecuencia práctica*

Según se ha visto, exigir responsabilidad penal o civil a un sistema de inteligencia artificial implica contradicciones graves y un subsiguiente conflicto con la definición de derecho. Esto, sin embargo, es sólo teoría sin concreción práctica. ¿Cuál ha de ser la consecuencia concreta de considerar persona jurídica a un *software*?

Recordemos que, a los efectos del derecho, una persona es un nodo de imputación de relaciones. Esto se ve de manera clara en el caso de las sociedades de capital: por ejemplo, los accionistas de una sociedad anónima se evitan participar en numerosas operaciones del tráfico jurídico porque tienen una persona, la sociedad, que lo hace por ellos y con la que ellos mismos se relacionan. Así, el haz de relaciones jurídicas que habría de pasar, una por una, por la persona de muchos accionistas termina pasando por una única persona, la sociedad. Una empresa es útil por este preciso motivo. Si la persona interpuesta no evitase a sus socios participar en las dichas relaciones jurídicas, entonces resultaría redundante e inútil; su utilidad radica en ser una pantalla atributiva y un sistema distributivo de responsabilidad.

Empero, en ningún momento se olvida que detrás de la persona jurídica de la sociedad, que no es persona ontológica humana, están

las personas jurídicas de sus socios, que sí lo son. Ellos son los autores reales de todo acto de la empresa. En consecuencia, es de ellos la responsabilidad material, la *responsibility*, de todo cuanto aquella haga, con independencia de a quién se exija, tras el debido razonamiento jurídico, la responsabilidad civil o penal, esto es, la *liability* y la *accountability*⁵⁸. El peligro *in nuce* de este sistema está en que, en algún punto, tal distribución se interrumpa y la responsabilidad quede tan sólo en la persona jurídica interpuesta, sin llegar a los responsables humanos últimos.

Así, se puede anticipar el espurio uso que acaso se haga de una inteligencia artificial dotada de personalidad. A fin de cuentas, «[u]n número cada vez mayor de los servicios ofrecidos habitualmente por los profesionales del derecho son lo suficientemente sencillos como para ser realizados por sistemas dotados incluso de formas no demasiado avanzadas de inteligencia artificial»⁵⁹. Supongamos, pues, por ejemplo, el caso de AI Lawyer: se trata de un *software* de inteligencia artificial en línea que emite opiniones jurídicas de calidad suficiente para permitir, según se dice, ahorrarse «las costosas consultas legales» con un abogado humano; de hecho, se lo califica como «servicio de abogados online» y «abogado de inteligencia artificial»⁶⁰.

Según la legislación española⁶¹, «[c]orresponde en exclusiva la denominación de abogada o abogado a quienes se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía como ejercientes»⁶². Es

⁵⁸ Cf. Siming Zhai *et al.*, «Not in control, but liable? Attributing human responsibility for fully automated vehicle accidents», *Engineering* 33 (2024) : 122, doi:10.1016/j.eng.2023.10.008. Ellos también consideran el concepto de *controllability*, aunque, en esencia, podemos entenderlo asimilado por la *responsibility*.

⁵⁹ Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 45.

⁶⁰ Durante un tiempo pudo accederse a él en la ahora inexistente <<https://ailawyer.pro/es>>. En la página principal, traducida del inglés con eficacia cuestionable, se podía leer, entre otras cosas, lo siguiente: «paraConsumidores: Dígame adiós a las costosas consultas legales, a las largas esperas para las citas y a los textos legales confusos»; «Pregúntele al abogado de AI. La investigación jurídica nunca ha sido tan fácil. Mantenga una conversación con su asistente virtual, obtenga información y respuestas simples a sus preguntas complejas en tiempo real»; «¿A quién está dirigido AI Lawyer? Nuestro objetivo es simple: hacer que la justicia esté ampliamente disponible. Ya sean consumidores, ejerzan el derecho o lo estudien, estamos aquí para ayudarlo»; «¿Por qué nuestra IA en la ley es mejor? A modo de reproche a los demás, nuestro software LegalTech es rápido, fácil y económico»; «Rápido. El servicio de abogados online más rápido, ideal para evitar gastos y citas»; «Económico. Olvídense de los altos costos del mercado legal tradicional. El abogado de inteligencia artificial es económico». Presumimos que el *software* empleado para responder a las consultas sería mejor que el empleado para traducir la página.

⁶¹ *Vid.* «Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española» (en adelante, sólo «EGAE»).

⁶² Art. 4.2 EGAE.

requisito para colegiarse, entre otros, «[p]oseer el título oficial que habilite para el ejercicio de la Abogacía»⁶³, cosa difícil de predicar de un *software*, salvo que haya estudiado Derecho en una universidad *on line*. En consecuencia, suponemos que AI Lawyer no está colegiado como abogado. Empero, es el caso que ejercer «actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico» y hacerlo, además, atribuyéndose «públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido» es delito⁶⁴. Por tanto, en el caso de AI Lawyer parece, al menos por lo que respecta al objeto, que se ha cometido un delito de intrusismo profesional; queden fuera de consideración el resto de los elementos necesarios para un juicio que, por lo demás, no nos corresponde hacer.

Pongámonos en el siguiente escenario hipotético: por un lado, se entiende probado de manera suficiente un delito de intrusismo profesional en la abogacía; por otro lado, al *software* AI Lawyer se le ha reconocido personalidad jurídica. En tal caso, ¿a qué persona se le ha de exigir la responsabilidad penal por tal acto, o la civil que pueda derivar de sus opiniones jurídicas? No se puede ignorar la condición jurídica de persona de quienquiera que la tenga atribuida, pues con ello se corre el riesgo de caer en una contradicción performativa. Si ser responsable forma parte de la esencia de la personalidad jurídica, según se ha dicho, entonces parece que descartar *ex ante* toda posible responsabilidad de una persona jurídica implica negar su personalidad y, por tanto, que se comete contradicción.

Este mismo problema se puede presentar, si no se comprende su naturaleza, con las personas jurídicas colectivas. Siempre se ha tenido una sana certeza de que estas personas jurídicas son, en cierto modo, una ideación y que el autor real de todo cuanto una sociedad hace es, en última instancia, un ser humano, lo que no significa que no existan en absoluto. Es aplicación de lo que también ha señalado Kelsen⁶⁵. Empero, esto nos puede conducir a un dilema.

Por un lado, podemos actuar de manera directa contra los autores humanos de los actos de la sociedad, como se hace en algunos casos con los administradores o trabajadores de una empresa⁶⁶. Por otro lado, podemos limitarnos a actuar contra la sociedad y dejar que desde ella se distribuya la responsabilidad. Ambos polos parecen por igual repulsivos. Actuar de manera directa contra los autores humanos parece implicar un error de sistematicidad en la teoría del derecho, al convertir a las sociedades en personas intermitentes: son personas cuando nos interesa establecer relaciones jurídicas con ellas y dejan de

⁶³ Art. 9.1.b EGAE. Tampoco parece que cumpla alguno de los otros requisitos.

⁶⁴ Arts. 403.1 y 403.2.a CP.

⁶⁵ Similar opinión en Sánchez Hidalgo, «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots», 349.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, en general, el art. 31 CP y, en especial, el art. 286 bis CP.

serlo cuando nos interesa atribuir responsabilidad por tales relaciones. Actuar contra la sociedad, sin embargo, puede llevar a la impunidad de los auténticos responsables, lo que constituye una grave injusticia y un error aún más grave en la práctica del derecho, amén del inexplicable error teórico de exigir responsabilidad penal a una persona jurídica no humana⁶⁷, para cuya comprensión remitimos *supra*.

Al dotar de personalidad jurídica a un *software* se duplica el número de atribuciones y distribuciones: el *software* actúa como pantalla frente a la empresa que lo lanza en línea y la empresa actúa como pantalla frente a sus socios. En consecuencia, a los responsables humanos últimos los cubre una doble capa de protección jurídica, esto es, cuentan con el doble de opciones de eludir su responsabilidad. Piénsese lo siguiente: si se exige la responsabilidad penal por intrusismo profesional al propio programa y, en virtud de sentencia, se lo condena, entonces quedan impunes quienes, por medio de una sociedad y un *software*, pusieron en marcha el *iter* delictivo; empero, si se les exige la responsabilidad a ellos, entonces cabría preguntarnos en qué consiste y para qué nos ha servido atribuirle personalidad jurídica al programa⁶⁸, si es que acaso sirve para algo.

Si una persona jurídica colectiva es un haz de haces, es decir, una reagrupación de personas jurídicas individuales, entonces hay tras ella, de hecho, personas humanas, aunque ella misma no lo sea. Las personas humanas individuales son los autores, los *responsable* de lo que hace la persona jurídica colectiva; si ha de ser alguna persona individual *accountable* o *liable* de manera inmediata o si han de ser alguna, varias o todas ellas *liable* de manera mediata, por medio de la persona colectiva, lo determinarán el grado de *responsibility* que cada uno tenga en los actos de la persona colectiva y el sistema de distribución que, en su caso, ésta aplique. Sea cual sea la imputación, tal es resultado *a posteriori* de un razonamiento jurídico, no solución tipificada *a priori*.

La existencia de las personas jurídicas colectivas es una herramienta al servicio del derecho; no cabe que, por confusión de los términos o ignorancia de su naturaleza, se acaben erigiendo en obstáculo para la justicia. Sólo si se comprende que una persona jurídica colectiva no es sino, en el fondo, un conjunto de personas individuales, se puede determinar de manera racional y consistente a quién se ha de exigir qué clase de responsabilidad en cada caso y, de este modo, romper el delicado dilema de la imputación de responsabilidad; sólo así se puede construir un tejido jurídico digno de

⁶⁷ Vid. «Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal» y, como resultado, arts. 31 bis y ss. CP.

⁶⁸ Cf. Hernández Marín, «Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica» : 115.

tal consideración, es decir, justo. De lo contrario, el proceso por el que se le exija responsabilidad a una sociedad podrá desvirtuar el derecho y convertirlo en un ejercicio de fantasía al servicio de intereses económicos y de orden público, mas no ya al de la justicia. Siendo de tal delicadeza lidiar con este problema en relación con las personas jurídicas colectivas, poco conveniente parece reproducir el problema también para unas nuevas personas jurídicas electrónicas.

Que una inteligencia artificial no pueda ser una persona ontológica no la exime del requisito, exigido por la naturaleza misma del derecho, de que tras toda persona jurídica haya una ontológica. Si el *software* no lo es, entonces habrá tras él, aunque sea en un punto remoto del *iter*, una persona humana. Es lo mismo que sucede con una empresa. El autor mediato de todo cuanto haga de manera inmediata una inteligencia artificial es siempre un ser humano, pues «la separación total entre humano y máquina es [...] muy artificial: cualquier automatismo realizado por un instrumento tecnológico siempre es un producto de decisiones en las que, en algún momento, han intervenido actores sociales»⁶⁹. Con independencia de lo largo y complejo que sea el curso de acontecimientos dado entre la puesta en marcha del algoritmo y su resultado ilícito, lo cierto es que en el inicio habrá siempre la mano de una persona humana. Será cuestión aparte la de si el programa es más o menos autónomo, si está *out of the loop* o bajo algún control humano, pero la clave radica en comprender que, sea cual sea el resultado de este examen, el examen mismo es imprescindible. Nada hace un *software* sin que una persona humana haya pulsado «On», pues «los sistemas de IA deciden de forma autónoma únicamente porque han sido programados para decidir por personas humanas»⁷⁰. Si hay dolo o si se trata de una imprudencia son cosas que sólo se pueden valorar si se va más allá de la pantalla de la inteligencia artificial.

¿De qué nos sirve, pues, el paso intermedio de dotar de personalidad jurídica a una inteligencia artificial? Si bien constituye una ventaja en lo formal, parece que en lo material sería mejor cualquier imputación alternativa. Hacer de un *software* una persona jurídica electrónica, si lo comparamos con hacer de un grupo humano una persona jurídica colectiva, resulta tener las mismas desventajas y casi ninguna de sus ventajas; en suma, no es una operación razonable. No está claro quién ha de ser el responsable cuandoquiera que, por ejemplo, un coche autónomo atropelle a un peatón: si el programador, el vendedor, el propietario, el pasajero o el peatón mismo⁷¹. Ahora bien, a la luz de las anteriores consideraciones, parece que cualquier

⁶⁹ Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 38-39.

⁷⁰ Laín Moyano, «Responsabilidad en inteligencia artificial...» : 209.

⁷¹ *Vid.* Campione y Pietropaoli, *Los artefactos de la inteligencia jurídica...*, 106.

opción sería mejor que dotar de personalidad al propio coche e introducir un nuevo actor inimputable en el debate.

4.- CONCLUSIÓN

Según se ha visto, más allá del significado etimológico de «persona» hay un significado real: el ser humano, a quien el derecho alcanza por medio de la persona jurídica. Aunque es ésta en buena medida artificio, no lo puede ser del todo; antes bien, ha de tener la persona humana una mínima personalidad jurídica natural que le permita recibir la personalidad positiva.

Siendo así, dar personalidad jurídica a un programa de inteligencia artificial puede resultar útil, pues clarificaría algunos casos de imputación, pero implicaría un grave dilema: ser consecuentes con la personificación del programa y no exigir responsabilidad a sus autores o exigirles responsabilidad a ellos y ser inconsistentes. En cualquiera de los dos casos, parece que atribuir personalidad y responsabilidad a la máquina no es una solución razonable.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. 1.^a ed. Comares, 2001.
- Bogardus, Tomás. «Undeafated dualism». *Philosophical studies* 165, no. 2 (2013) : 445-466. doi:[10.1007/s11098-012-9962-z](https://doi.org/10.1007/s11098-012-9962-z).
- Campione, Roger. «A vueltas con el transhumanismo: cuestiones de futuro imperfecto». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 40 (2019) : 45-67. doi:[10.7203/CEFD.40.13881](https://doi.org/10.7203/CEFD.40.13881).
- . *La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho*. 1.^a ed. Dykinson, 2020.
- Campione, Roger, y Stefano Pietropaoli. *Los artefactos de la inteligencia jurídica: personas y máquinas*. Dykinson, 2024.
- Feser, Edward. «Arguments for the Immateriality of the Mind». Comunicación presentada en *The Human Mind and Physicalism*, Washington, D. C., 9 de junio de 2018.
- Hernández Marín, Rafael Luis. «Ficciones jurídicas». *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* 3 (1986) : 141-147.

- . «Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica». *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* 36 (1997) : 95-126.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. 1.^a ed. Mohr Siebeck, 2008.
- Laín Moyano, Graziella. «Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente». *Ars iuris salmanticensis* 9 (2021) : 197-232. doi:[10.14201/AIS202191197232](https://doi.org/10.14201/AIS202191197232).
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 10.^a ed. Reppertor, 2016.
- Otero Parga, Milagros María. «¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 57 (2023) : 39-61. doi:[10.30827/ACFS.v57i.24710](https://doi.org/10.30827/ACFS.v57i.24710).
- Pérez García, Cristián. «Derecho natural e inteligencia artificial». En *Inteligencia artificial y derecho*, editado por José de los Santos Martín Ostos y Blanca Martín Ríos. Astigi, 2024.
- . «El sesgo iuspositivista de la inteligencia artificial». En *Retos actuales de la filosofía del derecho. Especial atención a la inteligencia artificial*, editado por Milagros María Otero Parga, Manuel Segura Ortega, Sonia Esperanza Rodríguez Boente y Carla Romero Álvarez. Reus, 2024.
- Presno Linera, Miguel Ángel. *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. 1.^a ed. Marcial Pons, 2022.
- Rodríguez Puerto, Manuel Jesús. «¿Puede la inteligencia artificial interpretar normas jurídicas? Un problema de razón práctica». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 44 (2021) : 74-96. doi:[10.7203/CEFD.44.19370](https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19370).
- Rodríguez Rodríguez, Victorino. *Estudios de antropología teológica*. 1.^a ed. Speiro, 1991.
- Sánchez Hidalgo, Adolfo Jorge. «Reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots». En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, editado por Fernando Higinio Llano Alonso. Laborum, 2022.
- Volokh, Eugene. «Chief justice robots». *Duke law journal* 68 (2019) : 1135-1192.
- Wittgenstein, Ludwig Josef Johann. *Philosophical investigations*. 3.^a ed. Basil Blackwell, 1986.

Zhai, Siming, Lin Wang y Peng Liu. «Not in control, but liable? Attributing human responsibility for fully automated vehicle accidents». *Engineering* 33 (2024) : 121-132. doi:[10.1016/j.eng.2023.10.008](https://doi.org/10.1016/j.eng.2023.10.008).

DISCRIMINACIÓN EN LOS SISTEMAS DE IA

La discapacidad con un enfoque interseccional

DISCRIMINATION IN AI SYSTEMS

Disability from an intersectional approach

Italo Giancarlo Alvarez Lozano*
Diana María de los Angeles Vicente Munarriz**

RESUMEN: El artículo analiza los impactos de la inteligencia artificial (IA) desde un enfoque interseccional centrado en la discapacidad. Se evidencian los sesgos algorítmicos presentes en sistemas tecnológicos que reproducen desigualdades sociales. La investigación destaca la urgencia de integrar marcos éticos inclusivos y la participación activa de los colectivos en el desarrollo de IA. Asimismo, se cuestiona la colonización del concepto de interseccionalidad, proponiendo su recuperación como herramienta crítica. Solo a través de una perspectiva feminista, decolonial y de derechos humanos se puede avanzar hacia una IA verdaderamente justa e inclusiva.

ABSTRACT: *The article analyzes the impacts of artificial intelligence (AI) from an intersectional approach focused on disability. It highlights the algorithmic biases present in technological systems that reproduce social inequalities. The research emphasizes the urgency of integrating inclusive ethical frameworks and the active participation of collectives in AI development. It also questions the colonization of the concept of intersectionality, proposing its recovery as a critical tool. Only through a feminist, decolonial, and human rights-based perspective can we move toward truly fair and inclusive AI.*

PALABRAS CLAVE: interseccionalidad, discapacidad, inteligencia artificial, discriminación, accesibilidad.

KEYWORDS: *Intersectionality, disability, artificial intelligence, discrimination, accessibility.*

Fecha de recepción: 17/04/2025

Fecha de aceptación: 23/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10086>

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster y doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: italvare@der-pu.uc3m.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3085-4552>.

** Bibliotecóloga por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. E-mail: diana.vicente1@unmsm.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1590-7460>. Comunicación presentada el 21 de noviembre del 2024 en el Seminario "Tecnologías en el nuevo modelo de cuidados. De la ciencia ficción hegemónica a la ciencia ficción feminista", organizado por el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

1.- INTRODUCCIÓN

La revolución digital ha desencadenado un desarrollo tecnológico que ha dejado una huella profunda en nuestras vidas y en la sociedad en su conjunto. Este avance ha penetrado en nuevos dominios como la neurociencia, la genética, la robótica y la inteligencia artificial (IA). Al centrarnos en la IA, nos encontramos con sistemas informáticos capaces de emular actividades propias de los seres humanos, como la percepción, el razonamiento, el aprendizaje y la resolución de problemas complejos¹. Sin embargo, el desarrollo y la expansión de la IA han generado tanto oportunidades como riesgos para todas las personas. Esta tecnología ha transformado nuestra comprensión de conceptos fundamentales como la igualdad, la no discriminación, la democracia, la identidad, la diversidad y la propia naturaleza humana.

Además, el avance de la IA ha propiciado el surgimiento de debates sobre su impacto en la vida cotidiana y la ética de su uso. Desde la automatización de tareas hasta la toma de decisiones críticas, la IA se ha convertido en una herramienta poderosa con implicaciones profundas en la economía, la política y la cultura. A medida que las tecnologías evolucionan, es crucial establecer regulaciones y normas que garanticen su uso equitativo y responsable. Sin estas medidas, corremos el riesgo de que la IA, en lugar de ser una fuerza para el bien, se convierta en un instrumento que perpetúe desigualdades existentes.

Asimismo, la IA ha cambiado la manera en que interactuamos con el mundo digital. Desde asistentes virtuales hasta sistemas generativos, esta tecnología ha optimizado numerosos aspectos de nuestra vida diaria. Sin embargo, la creciente dependencia de estos sistemas plantea desafíos significativos, como la privacidad de los datos y la seguridad cibernética. Mantener un equilibrio entre innovación y protección de derechos fundamentales es, por tanto, una tarea esencial para asegurar que los beneficios de la IA se distribuyan de manera justa y equitativa.

Por esta razón, el presente artículo tiene como objetivo analizar cómo la IA puede generar discriminación algorítmica y cómo las desigualdades que produce se agravan cuando no se incorpora un enfoque interseccional, tomando como eje la discapacidad y su cruce con otras categorías históricamente oprimidas, como el género, la raza, la clase o la edad. Desde una perspectiva crítica y decolonial, la investigación subraya la importancia de integrar la interseccionalidad no solo como herramienta analítica, sino también como un enfoque práctico para el diseño, la implementación y la evaluación de tecnologías de IA.

Ahora, la relevancia de esta aproximación radica en que los

¹ Francisco José Bariffi, "Artificial Intelligence, Human Rights and Disability", *Pensar - Revista De Ciências Jurídicas* 26, n.º 2 (2021): 14, <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2021.12704>.

sistemas algorítmicos, lejos de ser neutros, pueden reproducir e intensificar desigualdades históricas si no se construyen desde marcos éticos inclusivos. En un contexto en el que la IA determina decisiones públicas y privadas que afectan derechos esenciales, resulta urgente situar en el centro las experiencias de quienes se encuentran en la intersección de múltiples vulnerabilidades, especialmente las personas con discapacidad.

El presente artículo se estructura en cinco apartados. En primer lugar, se examinan los sesgos presentes en los sistemas de IA. En segundo lugar, se analiza su impacto en el principio de igualdad y no discriminación. El tercer apartado aborda la discapacidad desde una perspectiva interseccional, seguido de una reflexión crítica sobre la colonialidad aplicada al concepto de interseccionalidad. El cuarto apartado explora cómo este enfoque puede incorporarse en la implementación de sistemas de IA. Finalmente, el texto concluye con una síntesis de los principales hallazgos y recomendaciones orientadas a promover tecnologías más justas, inclusivas y coherentes con los derechos humanos.

2.- SESGOS EN LOS SISTEMAS DE IA

Es en ese sentido que, una de las críticas más destacadas hacia los sistemas de IA es su capacidad para producir resultados discriminatorios. No solo se señala que estos sistemas perpetúan la opresión de grupos históricamente vulnerados, sino que también se enfatiza que su poder puede agravar aún más esta situación.² Asimismo, el diseño y configuración de estos sistemas de IA continúa estando predominantemente en manos masculinas, lo cual suscita legítimas dudas sobre el grado de comprensión, sensibilidad e incorporación de cuestiones relevantes como el feminismo antirracista y las problemáticas relacionadas a la discapacidad. Esta situación subraya una problemática central: la necesidad de una representación más inclusiva en el desarrollo de tecnologías de IA, garantizando que se reflejen múltiples perspectivas y se eviten sesgos dañinos.

Tomamos entonces desde esta posición una forma de entender y analizar la complejidad del mundo, de las personas y de las experiencias humanas. Los sucesos y las circunstancias de la vida social y política y la persona raramente se pueden entender como determinadas por un solo factor. En general están configuradas por muchos factores y de formas diversas que se influyen mutuamente.³

² Elisa Simó Soler, "Hacia una Inteligencia Artificial Interseccional", *Investigaciones Feministas* 15, n.º 1 (2024): 137, <https://doi.org/10.5209/infe.81954>.

³ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, "¿Qué es la interseccionalidad?", en *Interseccionalidad*, editado por Ediciones Morata S.L. (2019), 15.

Así, es necesario conocer que a menudo se asume que estos sistemas son neutros, pero esto no es así, pues pueden replicar sesgos y estereotipos presentes en los datos. Los algoritmos pueden discriminar si no tienen en cuenta adecuadamente, desde una mirada transversal, la variable de la discapacidad, género, raza, etc. Esta forma de discriminación, conocida como discriminación algorítmica, afecta de manera significativa a las personas con discapacidad. Consecuentemente, estas corren un riesgo mayor de incrementar su vulnerabilidad y enfrentar la discriminación algorítmica. Este riesgo puede surgir tanto de sesgos en los datos relacionados con la discapacidad como de la falta de representatividad de estos datos.

No obstante, estudios demuestran que no sirve solo aumentar los datos de representación si se siguen utilizando información con suposiciones discriminatorias. Por esta razón se debe buscar un replanteamiento total del diseño de los sistemas de IA, involucrando a los colectivos en situación de vulnerabilidad como agentes activos⁴. Por ejemplo, es necesario que los datos, el algoritmo y el sistema de IA en sí deje de abordar a la discapacidad con una lógica asistencialista, sino enfocar estas herramientas a reducir las barreras sociales que generan la situación de discapacidad.

Por lo tanto, los sesgos en los sistemas de IA no son meras anomalías; son el resultado de decisiones conscientes e inconscientes tomadas durante el proceso de desarrollo. Estos pueden manifestarse de diversas maneras, desde la selección de datos hasta la creación de algoritmos. Si los datos de entrenamiento no son representativos de la diversidad de la población y no respeta los derechos humanos de estas, los modelos resultantes perpetuarán y amplificarán las desigualdades existentes.

Un claro ejemplo de discriminación algorítmica puede observarse en las aplicaciones de reconocimiento facial y en el uso de la IA en procesos judiciales en algunos estados de Estados Unidos. Se ha demostrado que los algoritmos presentan un rendimiento significativamente inferior con personas de piel oscura en comparación con aquellas de piel clara. En el ámbito judicial, por ejemplo, los sistemas de IA utilizados para predecir la probabilidad de reincidencia delictiva tienden a clasificar a las personas negras como más propensas a delinquir en el futuro, mientras que otorgan una puntuación de riesgo más baja a personas blancas en situaciones similares. Sin embargo, numerosos casos han evidenciado que estas predicciones no se corresponden con los antecedentes reales, demostrando una clara distorsión en los resultados. Esta discrepancia no sólo revela un sesgo algorítmico, sino también una preocupante falta de sensibilidad hacia

⁴ Meredith Whittaker et al., *Disability, Bias, and AI* (AI Now Institute, 2019), <https://ainowinstitute.org/publication/disabilitybiasai-2019>.

la diversidad humana en el diseño y aplicación de estas tecnologías.⁵

Un ejemplo con relación al género, estudios demostraron que sistemas de IA como las de Amazon descartaba a las candidatas mujeres debido a que su entrenamiento fue realizado con datos previos de decisiones históricas de contratación en Amazon donde se favorecían más a los hombres que a las mujeres⁶. Es decir, que el sistema de IA aprendió estos patrones y brindaba resultados discriminatorios en cuanto al género.

En casos relacionados a la discapacidad, existen ejemplos conocidos como el "Reverse Turing-Test". Un sistema de identificación donde las personas deben mostrarle a la máquina que son humanas. En ese sentido, en sistemas de IA más complejos como Alexa, Siri u otro sistema de reconocimiento por voz, se evidencian problemas importantes en personas con discapacidad auditiva o con parálisis cerebral. Esto se debe a que el sistema no reconoce esos tonos de voz diferentes al de su base de datos por lo que interpreta que no son sonidos "naturalmente humanos" o "normales" y hace caso omiso o no entiende la indicación⁷.

Existen muchos ejemplos de cómo los sesgos provocan discriminación algorítmica y sus implicancias o efectos son importantes para la sociedad. Estos resultados pueden provocar vulneraciones a derechos relacionados a la seguridad pública hasta el acceso a servicios básicos que están relacionados con derechos fundamentales.

Para mitigar estos sesgos, es fundamental implementar estrategias que promuevan la equidad en los sistemas de IA. Entre ellas, destacan la recopilación de datos más representativos y el desarrollo de metodologías para auditar y corregir posibles sesgos en los modelos. La transparencia en la creación de algoritmos también juega un papel clave en garantizar la equidad, permitiendo que las personas usuarias comprendan cómo se toman las decisiones y qué factores influyen en ellas. La educación y formación de los profesionales que diseñan estos sistemas es igualmente crucial, pues sensibilizar a los desarrolladores sobre las implicaciones éticas y sociales de la IA puede ayudar a reducir la reproducción de prejuicios y promover la

⁵ Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu, y Lauren Kirchner, "Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks", *ProPublica*, 23 de mayo de 2016. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

⁶ Karen Hao, "This Is How AI Bias Really Happens—and Why It's So Hard to Fix", *MIT Technology Review*, 4 de febrero de 2019., <https://www.technologyreview.com/2019/02/04/137602/this-is-how-ai-bias-really-happensand-why-its-so-hard-to-fix/>.

⁷ Karen Nakamura, "My Algorithms Have Determined You're Not Human: AI-ML, Reverse Turing-Tests, and the Disability Experience", in *Proceedings of the 21st International ACM SIGACCESS Conference on Computers and Accessibility (ASSETS '19)* (New York, NY: Association for Computing Machinery, 2019), 1, <https://doi.org/10.1145/3308561.3353812>.

construcción de tecnologías más inclusivas.⁸

3.- IMPACTO EN LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Sin embargo esto va mucho mas allá, esta discriminación en particular hacia los colectivos en situación de vulnerabilidad impacta en el principio de igualdad y no discriminación. En relación con lo anterior, se debe entender que estos sistemas no son neutros como aparentan⁹, pues estos productos provocan desigualdades en sus resultados y se debe a la carga de datos con sesgos y estereotipos. Y, como bien se ha explicado anteriormente, en el ámbito de la IA, esto se le conoce como discriminación algorítmica.

En términos jurídicos, la discriminación se entiende por tres elementos: 1) Un trato diferente o una distinción; 2) Basarse por un motivo prohibido y; 3) Un resultado negativo que perjudique un derecho humano o libertad fundamental¹⁰.

Sin embargo, autores como Mercader Uguina, nos menciona que la discriminación algorítmica puede tutelarse por las técnicas jurídicas actuales, pero se va a necesitar nuevas herramientas en el derecho porque estos sistemas afrontan nuevos retos¹¹.

Esto es importante porque uno de los problemas más resaltantes de la discriminación algorítmica es la intencionalidad. Se sabe que el propio sistema de IA no tiene intencionalidad por lo que la carga de la prueba resulta muy difícil de probar tanto porque no se puede determinar la intencionalidad de una máquina como la dificultad de entender los razonamientos lógicos y algoritmos complejos de los modelos de aprendizaje profundo.

Las teorías de la responsabilidad han estado desarrolladas por el derecho civil y penal. En un primer momento enfocado en la culpa desde un ámbito subjetivo y, luego, evolucionando -sobre todo en la rama de derecho civil- a la responsabilidad por riesgo basándose en un ámbito objetivo. Lo mismo sucede en los debates de la responsabilidad en los sistemas de IA. Sin embargo, existe más literatura sobre autores que optan por una responsabilidad objetiva y/o con enfoque mixto (subjetivo y objetivo).

Con respecto al enfoque mixto, autores como Bathaee intentaron resolver estos dilemas mediante un modelo de responsabilidad para la IA basado en la supervisión y la transparencia. Se establecen cuatro

⁸ Christian Guzmán Napurí y Milagros Salinas Atencio, "La inteligencia artificial, los sesgos del algoritmo y la discriminación en las relaciones laborales", *Laborem* 24, n.º 31 (2025): 69-90, <https://doi.org/10.56932/laborem.24.31.3>.

⁹ Rafael Fernando de Asís Roig, *Derechos y tecnologías*, (Dykinson, 2022), 11.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, *Observación General 18: No discriminación*, CCPR/C/GC/18, párr. 7 (1989).

¹¹ Jesús R. Mercader Uguina, "Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 2, n.º 2 (2021): 4-10, <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>.

cuadrantes combinados en diferentes grados de autonomía y control humano. Para esta investigación se propone que la responsabilidad se debe evaluar de acuerdo con la intención, la previsibilidad del daño y la razonabilidad del despliegue del producto¹². En este caso, si el sistema de IA es transparente y supervisado se puede analizar la intención del creador. Si es autónoma y opaca, se evaluará si fue razonable el despliegue independientemente si hubo intención directa o no.

En el caso de la responsabilidad objetiva, autoras como Henson establecen que este tipo de responsabilidad es el más adecuado para los sistemas de IA. Esto se basa en que el afectado no tiene que probar la culpa o la negligencia porque para el creador determinar la zona de peligro previsible en sistemas de IA complejas puede ser confusa y difícil y, por otro lado, la imprevisibilidad de estos sistemas hace casi imposible prever la previsibilidad del daño. Por ello, la autora propone, adicionalmente, un modelo de seguro de dos niveles. Esta propuesta inspirada en el *Price-Anderson Act* sobre responsabilidad civil en el uso de energía nuclear, consiste en establecer un seguro obligatorio para las empresas que despliegan sistemas de IA con riesgos altos. Este seguro será uno primario para daños básicos y otro de segundo nivel de fondo común entre las empresas del sector para cubrir los daños catastróficos que no cubra el de primer nivel. De esta manera, las víctimas no demostrarían la culpa, sino solo el daño y la causa. Además, este seguro establecería una compensación rápida y directa para evitar largos procesos judiciales y no frenar la innovación tecnológica¹³.

Retomando al ámbito jurídico y de los derechos humanos, la doctrina demuestra que se ha encaminado la discriminación algorítmica con la discriminación indirecta. Un ejemplo claro de este tipo de discriminación son las leyes o las políticas aparentemente neutras, pero que logran perjudicar desproporcionadamente a los colectivos en situación de vulnerabilidad como las personas con discapacidad¹⁴. Como se puede observar, en las normativas de derechos humanos se está optando por un enfoque objetivo más que centrarse en la responsabilidad subjetiva. Esto se debe a que los sistemas de IA son expuestos como aparentemente neutras, pero sus resultados y predicciones son discriminatorias. En ese sentido, bajo esta tutela de la discriminación indirecta se puede determinar que se ha optado por

¹² Yavar Bathaee, "The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation", *Harvard Journal of Law & Technology* 31, n.º. 2 (2018): 936, <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathaee.pdf>.

¹³ Renee Henson, "'I Am Become Death, the Destroyer of Worlds': Applying Strict Liability to Artificial Intelligence as an Abnormally Dangerous Activity", *Temple Law Review* 96, n.º 3 (2024), https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2191&context=fac_pubs.

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General 6: sobre la igualdad y la no discriminación*, CRPD/C/GC/6, párr. 18.b) (2018).

analizar el resultado discriminatorio en vez de la intencionalidad del creador, evitando la carga probatoria en sistemas complejos para entender o porque están protegidos por la propiedad intelectual.

Por otro lado, los sistemas de IA no solo discriminan cuando brindan un resultado lleno de sesgos, sino también cuando la propia arquitectura del sistema no tiene un diseño basado en los estándares de la accesibilidad universal. Esto es que ciertos colectivos como las personas con discapacidad no podrán acceder al sistema porque no están adaptadas a sus necesidades.

En el contexto de la discapacidad, es evidente que el marco de referencia es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). La igualdad y no discriminación se enfoca en la CDPD en cuatro vertientes como: propósito (art. 1), principio (art. 3), obligación (art. 4) y derecho (art. 5). En ese sentido, es importante señalar que el artículo 5.3 de la CDPD establece que el ajuste razonable es la forma para promover la igualdad y no discriminación¹⁵.

Asimismo, esto debe leerse con el artículo 2 de la CDPD que define los ajustes razonables:

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales¹⁶.

Adicionalmente, debe entenderse al ajuste razonable como una obligación *ex nunc*. Es decir, se realiza después que la persona con discapacidad lo solicita¹⁷. No obstante, esta herramienta debe ser excepcional o de última ratio y no debe interpretarse como un reemplazo para las exigencias de accesibilidad ni para corregir el incumplimiento de dicha obligación¹⁸.

Si leemos otro párrafo del artículo 2 de la CDPD, encontramos otra definición relevante que es la discriminación por motivos de discapacidad. El artículo menciona lo siguiente:

¹⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 5.3, adoptada el 13 de diciembre de 2006, A.G. Res. 61/106, anexo I, ONU Doc. A/RES/61/106 (24 de enero de 2007), entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

¹⁶ *Ibidem*, art. 2.

¹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General núm. 6*, párr. 24.b).

¹⁸ Rafael Fernando de Asís Roig, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ed. Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 104.

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables¹⁹.

En relación con los sistemas de IA y su responsabilidad, esta definición resulta importante por tres razones. La primera es que la discriminación por motivos de discapacidad no le importa la intencionalidad, sino el resultado discriminatorio. Como se ha evidenciado anteriormente, se puede inferir que la CPDP tiene un enfoque de responsabilidad objetiva al no interesarse en la culpa, sino en el efecto adverso de ese resultado²⁰. Este enfoque resulta plenamente aplicable a los sistemas de IA.

La segunda razón es por el término “motivos por discapacidad” que amplía la discriminación en la esfera de la discapacidad. Es decir, que la CPDP protege de este tipo de discriminación a las personas que han presentado, tienen predisposición a presentar o presentan una discapacidad. Asimismo, protege del mismo modo a los que se perciben o son socialmente percibidos como personas con discapacidad, así como los familiares y cuidadores de las personas con discapacidad²¹. Los sistemas de IA pueden predecir que una persona presenta una discapacidad por comportamientos o patrones que considera que encaja en esta categoría y puede generar una respuesta discriminatoria. Estas prácticas pueden ser protegidas por el “motivos por discapacidad” porque te discrimina un sistema por considerar que una persona presenta discapacidad, aunque no sea así.

La última razón es el reconocimiento que el negar el ajuste razonable es una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Esto es importante para los sistemas de IA porque no solo se trata de hacer una IA inclusiva en términos de accesibilidad universal, sino que debe existir medios pertinentes para que la IA pueda adaptarse a las personas y su diversidad²².

De acuerdo con la doctrina del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité DPD), mediante un enfoque diferenciador, la accesibilidad se relaciona con grupos de personas -y el diseño universal en sentido más general- y el ajuste razonable se refiere a casos individuales. Ergo, la obligación de accesibilidad se

¹⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2.

²⁰ Bariffi, “Artificial Intelligence, Human Rights and Disability”, 8.

²¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General núm. 6*, párr. 20.

²² Bariffi, “Artificial Intelligence, Human Rights and Disability”, 8.

entiende como *ex ante* y el de ajuste razonable es *ex nunc*²³. Esto significa que los sistemas de IA, en virtud de la obligación *ex ante* de accesibilidad, deberán diseñarse desde el inicio con las adaptaciones exigibles del colectivo con discapacidad.

Por otro lado, Gerard Quinn en su informe en la Relatoría Especial también ha plasmado el problema del entendimiento de los sistemas de IA de aprendizaje automático. No siempre se puede saber sus procesos lógicos y los algoritmos porque se esconde en la tutela de la propiedad intelectual o porque solo es comprensible para los informáticos. Sin embargo, en sistemas complejos como las redes neuronales ni siquiera entendiendo el código, se puede conocer las razones de que un sistema dé un resultado específico. Esto es lo que se le conoce como caja negra o problemas de transparencia²⁴. Por eso no es extraño observar que el Relator Especial considera que se debe elaborar una observación general en el Comité DPD y se incentive las investigaciones de los usos de la IA y sus efectos en los derechos de las personas con discapacidad²⁵ para comprender todas las implicancias que generan estos nuevos retos.

En la Unión Europea, un instrumento importante es el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). Este reglamento de IA tiene ciertas disposiciones interesantes relacionadas a la discapacidad.

El artículo 5.1.b) establece que están prohibidas las IA que explote las vulnerabilidades de una persona física o un determinado colectivo relacionado a su edad o discapacidad, o cualquier situación social o económica, con la finalidad de alterar de forma importante el comportamiento de esa persona de un modo que provoque perjuicios considerables de esa persona o a otra²⁶.

En el artículo 10 establece las prácticas del uso de los datos para entrenar, validar y probar los sistemas de IA de alto riesgo. Estas

²³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General 2: sobre el artículo 9: Accesibilidad*, CRPD/C/GC/2, párr. 25 (2014).

²⁴ Gerard Quinn, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Consejo de Derechos Humanos, 49º período de sesiones, 28 de febrero–1 de abril de 2022, ONU Doc. A/HRC/49/52 (28 de diciembre de 2021), párr. 27.

²⁵ *Ibidem*, párr. 79-83.

²⁶ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (DOUE L 2024/1689, de 13 de junio de 2024), art. 5.1.b).

contienen medidas para detectar, prevenir y mitigar posibles sesgos detectados que afecten los derechos fundamentales. Asimismo, establece que estos datos deben ser representativos y carentes de errores²⁷. Esto es importante porque aborda uno de los problemas más principales en el impacto de la IA en las personas con discapacidad.

El artículo 16.l) y 50.5 establecen que los sistemas de IA, sobre todo de alto riesgo, deben ser accesibles en el diseño y la información brindada²⁸. Estos requisitos de accesibilidad son importantes para las personas con discapacidad porque les brinda mayores oportunidades y acceso a estos servicios.

El artículo 27.1.c) y d) dispone que los sistemas de IA de alto riesgo deberán ser evaluados en los riesgos de perjuicios específicos que afectan a las categorías personas físicas y colectivos en situación de vulnerabilidad que pueden afectar sus derechos fundamentales²⁹. Esto es fundamental porque estas evaluaciones pueden prever los riesgos de discriminación, por ejemplo, hacia las personas con discapacidad antes y después del despliegue del producto.

El artículo 60.4.g) menciona sobre las pruebas de los sistemas de IA de alto riesgo en condiciones reales y fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA. En el caso de los colectivos en situación de vulnerabilidad por su edad o por presentar una discapacidad deberán contar con una protección adecuada si son sujetos de pruebas en condiciones reales³⁰.

Por último, el artículo 95.2.e) establece que los códigos de conductas de aplicación voluntaria deben tener elementos como la evaluación y prevención de los perjuicios en los sistemas de IA hacia colectivos vulnerables y el cumplimiento de la accesibilidad para las personas con discapacidad³¹.

Desde el Consejo de Europa, se realizó el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, el primer tratado internacional vinculante dentro de este sistema. Se abrió a la firma el 5 de septiembre de 2024 y busca garantizar que el desarrollo de la IA sea coherente con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho sin frenar el desarrollo tecnológico. En términos de discapacidad, este instrumento no dice mucho. En su artículo 18 indica que los Estados Parte, de conformidad con sus legislaciones nacionales y obligaciones internacionales deben tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y los niños³². Sin embargo, no dice

²⁷ *Ibidem*, art. 10.

²⁸ *Ibidem*, art. 16.l) y 50.5.

²⁹ *Ibidem*, art. 27.1.c) y d).

³⁰ *Ibidem*, art. 60.4.g).

³¹ *Ibidem*, art. 95.2.e).

³² Council of Europe, *Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CETS No. 225, Vilnius, 5 September 2024, art. 18.

otro acápite relevante para la discapacidad.

Como bien se ha demostrado, existen avances normativos en los derechos de las personas con discapacidad y los sistemas de IA. A pesar de esta premisa, estos avances no son suficientes para responder todas las vertientes y problemas que provocan los sistemas de IA. No solo en el ámbito de la discapacidad, sino que la normativa en cuanto a la interseccionalidad es ínfima. Por esta razón, plasmaremos la importancia de estudiar la discapacidad interseccionada con otras identidades y cómo estas variables son vitales en el diseño de los sistemas de IA.

4.- LA DISCAPACIDAD Y LA INTERSECCIONALIDAD

La interseccionalidad como herramienta analítica permite una mejor comprensión de la desigualdad global, permite evidenciar que la desigualdad económica no afecta a todas las personas del mismo modo. Es un marco que sirve para explicar de qué manera el racismo, el heterosexismo, el edadismo, la xenofobia, entre otros sistemas de opresión, sitúan de forma distinta a todas las personas del mundo y cómo se distribuyen vulnerabilidades y privilegios.³³

Observamos que, dentro de este contexto, la discapacidad emerge como un eje fundamental, históricamente interpretado desde un prisma de normalidad, exclusión y asistencialismo. Esta visión ha reducido la discapacidad a una condición que debe ser gestionada o corregida, ignorando su complejidad social y cultural. La discapacidad, al igual que otros marcadores sociales, debe ser analizada desde una perspectiva interseccional que reconozca las múltiples formas en que puede articularse con otras identidades y condiciones. Ejemplos como las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad que viven en contextos rurales, o aquellas que además enfrentan discriminación racial, como personas negras o afrodescendientes, evidencian realidades que apenas han sido exploradas en los estudios críticos. Estos cruces complejos abren un campo de análisis urgente sobre cómo se experimenta la discapacidad de forma múltiple y diferenciada.

En el escenario internacional, la defensa de la discapacidad como una categoría de análisis ya se viene realizando hace mucho tiempo, principalmente por las autoras feministas que han producido conocimientos en este campo. Una autora que se destaca es Garland-Thomson (2002-2015). La autora considera a la discapacidad como una categoría constituyente de los cuerpos e identidades argumentando, con base en Michel Foucault, que la intersección de la

³³ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad* (Ediciones Morata, S.L., 2016).

discapacidad con otras categorías como género, raza, etnia, sexualidad y clase ejerce una tremenda presión social para dar forma, regular y normalizar cuerpos considerados “desviados”. Otros autores internacionales de los estudios sobre discapacidad como Campbell (2009), Taylor (2017) y Tom Shakespeare (2018), basan su comprensión en la perspectiva interseccional evidenciando las múltiples relaciones de la discapacidad con el género, la clase social, la raza, la etnia y la generación.³⁴

No obstante, es importante señalar que los distintos modelos desde los cuales se ha abordado la discapacidad, incluso aquellos que intentan incorporar una mirada interseccional, pueden resultar estigmatizantes en sí mismos. En particular, el enfoque asistencialista tiende a representar a las personas con discapacidad como sujetos pasivos, carentes de autonomía y dependientes de apoyos externos. Este tipo de interpretación no solo perpetúa estereotipos sociales profundamente arraigados, sino que también limita el pleno ejercicio de sus derechos. Frente a esta visión, la perspectiva interseccional no sólo visibiliza la diversidad interna del colectivo con discapacidad, sino que también exige su inclusión activa y significativa en los procesos de toma de decisiones que afectan directamente sus vidas.

Asimismo, es necesario entender la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos que la conciba no como una condición médica o individual, sino como el resultado de barreras sociales, físicas y actitudinales que impiden la plena participación de las personas en igualdad de condiciones dentro de la sociedad. Esta mirada implica reconocer cómo las estructuras sociales limitan las oportunidades y reproducen desigualdades que afectan con especial intensidad a quienes se sitúan en la intersección de múltiples formas de discriminación.

Adoptar una perspectiva interseccional implica cuestionar las jerarquías establecidas y poner en el centro las voces y experiencias de quienes han sido históricamente silenciados -desde *Abya Yala*³⁵-. Las personas con discapacidad deben tener un rol protagónico en la formulación de políticas públicas, en la producción de conocimiento y en la definición de las agendas sociales. Esta inclusión no puede ser simbólica ni superficial; debe materializarse en mecanismos reales de

³⁴ Marivete Gesser et al., “Estudios sobre discapacidad: interseccionalidad, anticapacitismo y emancipación social”, *Andamios* 19, n.º 49 (2022): 217–240, <https://doi.org/10.29092/uacm.v19i49.924>.

³⁵ Abya Yala es el nombre con el que diversos pueblos indígenas designaban -y continúan designando- al territorio que hoy conocemos como el continente americano, antes de la llegada de los colonizadores europeos. El uso de esta denominación constituye un acto político y epistémico que busca cuestionar la imposición de nombres coloniales y reconocer la continuidad histórica de los sistemas culturales, políticos, económicos y sociales preexistentes.

participación que garanticen la autonomía, la dignidad y el reconocimiento de su diversidad.

Esta mirada crítica no solo desafía las narrativas dominantes que tienden a invisibilizar la pluralidad dentro del colectivo con discapacidad, sino que también impulsa una transformación sistémica hacia la justicia social. Al integrar un enfoque interseccional en las políticas y prácticas institucionales, se reconoce la complejidad de las experiencias humanas, promoviendo entornos más inclusivos, equitativos y representativos. Esta transformación, lejos de ser una demanda sectorial, representa un avance hacia una sociedad más justa para todas las personas, donde se escuchen y valoren todas las voces sin excepción.

Sin embargo, abordar la interseccionalidad también implica enfrentar una problemática inicial vinculada a los discursos coloniales que atraviesan su formulación y aplicación. Surge entonces una pregunta fundamental: ¿desde dónde se está mirando la interseccionalidad? En este primer plano, es importante reconocer que, aunque el enfoque interseccional ha sido crucial para visibilizar las experiencias de grupos históricamente oprimidos, también enfrenta críticas desde algunas miradas, especialmente de investigadoras y colectivas negras. Estas voces advierten que, en ocasiones, el enfoque interseccional puede ser cooptado y colonizado por estructuras de poder que buscan simplificar o desviar la atención de las luchas específicas que enfrentan las comunidades más vulnerables. Así, se corre el riesgo de que la interseccionalidad se convierta en una herramienta que, en lugar de empoderar, perpetúe la colonialidad en la forma en que se abordan las injusticias sociales. Esto ocurre cuando las narrativas de las experiencias de las minorías son utilizadas para validar conceptos que no reflejan adecuadamente sus realidades ni sus luchas.

Concebimos la colonialidad como un sistema ideológico que, apoyándose en algunas ciencias sociales como la historia, la antropología y la sociología, justificó la lógica de la dominación de unos pueblos sobre otros. Dominación que, en la mayoría de los casos, también se validó con la ayuda de razonamientos filosóficos y preceptos morales que exponían argumentos altruistas, caritativos o benéficos para ayudar al otro, primitivo o atrasado, a superar los distintos estados de inferioridad en los que se encontraba respecto a la *Civilización*.³⁶

En este sentido, nos adentramos en los estudios críticos sobre la discapacidad y la IA, los cuales, en su mayoría, están atravesados por

³⁶ Juan David Gómez-Quintero, "La colonialidad del ser y del saber: la mitologización del desarrollo en América Latina", *El ágora USB* 10, n.º 1 (2010): 89.

una mirada eurocentrista que tiende a invisibilizar enfoques y vivencias surgidas desde América —Abya Yala—. Esta perspectiva hegemónica no solo limita el alcance del análisis, sino que también deslegitima realidades complejas atravesadas por múltiples formas de exclusión. Las características discriminatorias, lejos de ser independientes, se acumulan de forma interseccional y refuerzan la marginalización de ciertos colectivos. Por ejemplo, la experiencia de una mujer negra con discapacidad, en situación de pobreza y residente en América Latina, no puede equipararse a la de un hombre blanco con discapacidad en similares condiciones económicas, pero viviendo en Europa.

Esta omisión no es exclusiva de los estudios sobre discapacidad e IA, sino que forma parte de una construcción histórica que ha marcado profundamente las ciencias sociales y tecnológicas en el continente americano. Dicha construcción se basa en tres elementos estructurales que siguen afectando la vida cotidiana de millones de personas en todo el mundo: la colonialidad del poder, el capitalismo y el eurocentrismo. Estos factores no solo condicionan los marcos analíticos, sino también las posibilidades de agencia y representación de los sujetos históricamente oprimidos.³⁷

La presencia de enfoques eurocéntricos en los estudios sobre discapacidad es ampliamente reconocida. La alta producción académica proveniente de Europa y Norteamérica suele orientar el marco conceptual desde el cual se analizan las barreras, la discriminación —incluida la algorítmica— y las experiencias de vida de las personas con discapacidad. Sin embargo, adoptar estos marcos sin una reflexión crítica puede conducir a una lectura sesgada o insuficiente de las realidades latinoamericanas.

Por ello, es metodológicamente necesario reconocer que las personas con discapacidad en América Latina enfrentan configuraciones específicas de exclusión atravesadas por pobreza extrema, ruralidad, racialización y desigualdades estructurales históricas. Estas condiciones no siempre son captadas adecuadamente por enfoques diseñados en el Norte Global. De ahí la importancia de incorporar una perspectiva no eurocéntrica, situada y sensible al contexto, que permita interpretar la discapacidad desde las experiencias locales y responda de manera pertinente a las necesidades de quienes viven estas múltiples formas de opresión. Esta aclaración metodológica busca evitar la reproducción de lecturas homogéneas y universalizantes, y reivindica la necesidad de epistemologías que reconozcan la diversidad de contextos y vivencias.

³⁷ Aníbal Quijano, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en *Cuestiones y horizontes: De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, (CLACSO, 2014), <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>.

Es con este enfoque que la interseccionalidad, por tanto, se convierte en una herramienta esencial para analizar cómo, desde las diversidades, se interactúa con otras formas de discriminación en el ámbito de la IA. Al considerar estas intersecciones, podemos trabajar hacia una IA más equitativa y accesible para todas las personas. Sin embargo, también existe una creciente preocupación sobre la forma en que el concepto de interseccionalidad se aplica en la práctica. Algunas críticas apuntan a que, en muchos casos, la interseccionalidad se ha diluido en un enfoque superficial que no aborda las complejidades estructurales de la opresión. Esto puede llevar a un uso de la interseccionalidad que ignora el contexto histórico y cultural de las luchas, lo que limita su efectividad como herramienta de cambio social.

Es esencial que la discusión sobre la interseccionalidad no se convierta en un ejercicio académico desconectado de las realidades vividas de las comunidades que busca representar. Para que la interseccionalidad mantenga su relevancia y efectividad, debe estar acompañada de un compromiso genuino con la justicia social, que incluya la voz de grupos históricamente marginados. Esto implica reconocer los poderes coloniales que aún persisten en la sociedad y trabajar de manera activa para desmantelarlos. Solo así se podrá utilizar la interseccionalidad como un medio efectivo para abordar las desigualdades y construir un mundo más justo e inclusivo para todas las personas.

5.- LA INTERSECCIONALIDAD COMO ENFOQUE DE IMPLEMENTACIÓN EN LA IA

En ese campo, Stuart Russel menciona que la tecnología debe cumplir los objetivos humanos y que estas sean controlables y beneficiosos para la humanidad³⁸. No obstante, en la realidad, la IA provoca resultados discriminatorios y los problemas se intensifican cuando la IA no interpreta la interseccionalidad.

El problema radica en la codificación o clasificación de los datos del sistema de IA. Por ejemplo, en categorías sobre género se realiza de forma binaria. Los datos sobre raza son clasificados por cinco categorías: caucásico, africano, asiático, indígena y otros. En el caso de la discapacidad se clasifican de acuerdo a las deficiencias como persona ciega, sorda, autista, entre otros³⁹.

Este nivel de clasificación o de etiquetado no cubre la complejidad y la realidad de la diversidad. Por eso sería necesario que una categoría como “mujeres” estén desagregados por sub-categorías como “mujeres con discapacidad”, “mujeres trans”, “mujeres migrantes”, entre otros.

³⁸ Stuart Russell, *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control* (Penguin Books, 2020).

³⁹ Kate Crawford, *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence* (Yale University Press, 2021).

No obstante, estudios demuestran que los sistemas de IA se entrenan con data-set desbalanceados. Es decir, que existen más información de categorías de hombres caucásicos que de mujeres negras con discapacidad. Esto conlleva que la IA aprenda más sobre grupos dominantes que de las que están en situación de vulnerabilidad. Una propuesta para contrarrestar esto es la sobrerrepresentación de los datos interseccionales para equilibrar este desbalance. Sin embargo, puede conllevar a que el algoritmo lo interprete como dato ruidoso y no lo entienda bien. Por eso es tan importante que este aumento de datos se haga en concordancia con los derechos humanos y con la participación activa de los grupos en situación de vulnerabilidad para obtener una información acorde a la realidad⁴⁰.

Un interesante estudio de Inga Ulnicane analiza los 4 informes más importantes sobre interseccionalidad en la IA:

- "Discriminating Systems: Gender, Race, and Power in AI" de West, S. M., Whittaker, M. y Crawford, K. (2019).
- "AI and Gender: Four Proposals for Future Research" de Collett, C. y Dillon, D. (2019).
- "Artificial Intelligence and Gender Equality: Key Findings of UNESCO's Global Dialogue" de la UNESCO (2020).
- "Where Are the Women? Mapping the Gender Job Gap in AI" de Young, E., Wajcman, J. y Sprejer, L. (2021).

La autora concluye que los cuatro informes coinciden que el diagnóstico del problema es la falta de diversidad de quienes están en la creación de los sistemas de IA. Esto plasma un problema sistémico y cíclico en las desigualdades del sector tecnológico y esto provoca que los productos de IA perpetúen estos resultados discriminatorios. Por otro lado, todos los informes presentan casos de prejuicios existentes en la IA y la evidencia de IA inclusivas o que busquen eliminar estos sesgos son ínfimos en comparación con los ejemplos negativos. También menciona que las iniciativas de diversidad no han funcionado en la práctica porque no se trata de aumentar el número de mujeres o personas con discapacidad en el desarrollo de las tecnologías sin abordar los temas de fondo como el poder, la cultura laboral y las oportunidades de influir realmente en la creación de la IA. Asimismo, se observa que los informes tienen limitaciones importantes porque todos sus autores provienen de instituciones de élite del Norte Global. Esto es fundamental porque sus datos y métodos se enfocan principalmente en profesionales de alto nivel, dejando de lado voces con trabajos menos valorados que usualmente hace el Sur Global como la moderación de contenidos o el etiquetado de datos. Por último, concluye que estos problemas y estudios deben formar parte de la agenda central de la IA y no de un grupo solamente. Por eso la interseccionalidad no es un extra, sino una herramienta para

⁴⁰ Simó Soler, "Hacia Una Inteligencia Artificial Interseccional", 141.

transformar y potenciar a la IA hacia la justicia social⁴¹.

Adentrándonos a los modelos de IA de aprendizaje profundo se vuelve más importante la interseccionalidad. Esto se debe a que estos modelos pueden tratar datos multidimensionales y estimar correlaciones entre datos aparentes y no aparentes⁴². Por ejemplo, un estudio, hechos por profesionales de la salud y sin necesidad de programar, exploró la capacidad de un modelo de aprendizaje profundo a través de AutoML para que prediga el sexo de la persona mediante retinografías. El modelo logró tener un rendimiento comparable al de modelos codificados por especialistas como la AUROC = 0.97. Es así que el modelo logró predecir el sexo mediante el área macular y las redes neuronales captaron patrones sutiles no identificables por los oftalmólogos⁴³. Esto demuestra que estos modelos de IA captan estructuras no aparentes que quienes investigamos no somos capaces de detectar.

Por esta razón se puede evidenciar diferentes proyectos que lograron que los sistemas de IA brinden mayor protección a los grupos en situación de vulnerabilidad; o utilizaron el word embeddings o representación vectorial de las frases con números reales para desarrollar análisis interseccionales en categorías sociales; o las auditorías de base de datos para observar si toman en cuenta la interseccionalidad y hacer rankings o; modelos que valoran la equidad mediante técnicas de agrupamientos de subgrupos⁴⁴.

Es evidente que los datos interseccionales son vitales e importantes para lograr una justicia social en los sistemas de IA y que sea coherente con la diversidad de la realidad. Como es evidente, la participación activa a través de la consulta es un derecho de las personas con discapacidad reconocido en el artículo 4.3 de la CDPD. No obstante, conforme con el Relator Especial Gerard Quinn, la participación debe verse y aplicarse de forma interseccional⁴⁵. Sin embargo, estas consultas no deben ser simbólicas ni superficiales, sino que se debe empoderar a los colectivos a través de la formación para que las personas participantes brinden aportes más técnicos y ricos en contenidos⁴⁶.

⁴¹ Inga Ulnicane, "Intersectionality in Artificial Intelligence: Framing Concerns and Recommendations for Action", *Social Inclusion* 12, article 7543 (2024), <https://doi.org/10.17645/si.7543>.

⁴² Simó Soler, "Hacia Una Inteligencia Artificial Interseccional", 141.

⁴³ Edward Korot et al., "Predicting Sex from Retinal Fundus Photographs Using Automated Deep Learning", *Scientific Reports* 11, 10286 (2021), <https://doi.org/10.1038/s41598-021-89743-x>.

⁴⁴ Simó Soler, "Hacia Una Inteligencia Artificial Interseccional", 141.

⁴⁵ Quinn, *Informe del Relator Especial*, párr. 60

⁴⁶ Luis Fernando Astorga, "La consulta a las personas con discapacidad", en *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, eds. Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 187–188.

Como se puede observar en todo el análisis del apartado, es necesario que haya más representación y diversidad no sólo en los datos, sino también en las y los trabajadores que diseñan el sistema de la IA y en las personas participantes que son consultadas en todo el proceso del ciclo de vida del sistema. De esta manera y con la formación en estas tecnologías, se podrá brindar diseños, algoritmos y datos conformes a la realidad donde el contexto es fundamental para entender las complejidades de las identidades de una persona. Solo con una participación activa y diversa se logrará crear sistemas completamente accesibles y coherentes con el contexto social.

6.- CONCLUSIONES

A partir del análisis desarrollado en esta investigación, pueden formularse las siguientes conclusiones:

1. Abordar la interseccionalidad en el desarrollo de sistemas de IA, especialmente en lo que respecta a la discapacidad. Se ha evidenciado que, a pesar de los avances tecnológicos, los sistemas de IA pueden perpetuar sesgos y discriminación, afectando desproporcionadamente a grupos vulnerables. Por lo tanto, es crucial adoptar un enfoque inclusivo que reconozca la diversidad de individualidades, experiencias y necesidades.
2. El compromiso con la inclusividad se manifiesta en la necesidad de integrar voces de personas con discapacidad y otros grupos en situación de vulnerabilidad en el proceso de diseño y desarrollo de tecnologías. La transparencia y la rendición de cuentas son esenciales para garantizar que estos sistemas operen de manera justa y equitativa. Además, es fundamental revisar y fortalecer el marco legal existente para proteger contra la discriminación algorítmica.
3. En el plano jurídico, la complejidad de atribuir responsabilidad por discriminación algorítmica es impulsada hacia modelos de responsabilidad objetiva o de enfoque mixtos. Sin embargo, instrumentos como la CDPD exigen una responsabilidad objetiva, en coherencia con el artículo 2 de la CDPD, donde la evaluación de los efectos discriminatorios se centra en el daño causado y no en la intencionalidad del sistema algorítmico o de quienes lo diseñan, desarrollan o implementan.
4. La accesibilidad universal y los ajustes razonables son fundamentales en el desarrollo de los sistemas de IA. La accesibilidad exige un diseño anticipatorio que considere la diversidad de las personas usuarias antes del despliegue del sistema de IA. En cambio, el ajuste razonable se refiere a adaptaciones individuales después que el sistema de IA fue desplegado y la persona con discapacidad lo solicite.

5. La perspectiva interseccional puede aportar significativamente al desarrollo de sistemas de IA inclusivos. Sin embargo, su implementación presupone afrontar retos significativos como la excesiva sub-categorización de datos sin una representación relevante o las iniciativas de diversidad que terminan siendo superficiales y poco transformadoras. Por eso, el impulso del enfoque interseccional implica aumentar la representación de los datos de grupos en situación de vulnerabilidad y, sobre todo, promover la participación activa y significativa de estos colectivos en todas las etapas del desarrollo del sistema de IA. De esta manera, se logrará obtener datos acordes a la realidad y diseños más inclusivos.
6. La importancia de abordar críticamente la "colonización" del concepto de interseccionalidad, que ha sido en muchas ocasiones adoptado por discursos institucionales y académicos desde una perspectiva eurocéntrica. Esta apropiación ha tendido a vaciar de contenido político y transformador a la interseccionalidad, reduciéndose a una categoría técnica sin raíz ni conexión con las luchas sociales que le dieron origen, particularmente aquellas de mujeres negras, indígenas y decoloniales. Ignorar este origen implica perder de vista las estructuras de poder que configuran las desigualdades globales y los sistemas tecnológicos contemporáneos.
7. La interseccionalidad debe ser rescatada como una herramienta crítica y política, no como un simple instrumento de análisis técnico. Su verdadera potencia reside en su capacidad para cuestionar las jerarquías sociales y visibilizar la multiplicidad de opresiones que atraviesan a las personas en función de sus contextos históricos, culturales, de género, raza, clase y capacidad funcional. En el contexto de la IA, esta mirada no puede ser obviada si se pretende avanzar hacia una justicia tecnológica real.
8. Resulta esencial que las agendas sobre ética de la IA incluyan marcos conceptuales provenientes del Sur Global, reconociendo las epistemologías que han sido históricamente excluidas de los espacios de poder y decisión. Incorporar estas perspectivas permitirá no solo comprender mejor la complejidad de los impactos de la IA en diferentes territorios y cuerpos, sino también construir soluciones más efectivas, sostenibles y alineadas con los derechos humanos.
9. Articular la intersección de la tecnología desde una perspectiva feminista, interseccional y decolonial, se establece un camino hacia un futuro más equitativo y justo. Este enfoque no solo beneficia a las personas con discapacidad, sino que también enriquece a la sociedad en su conjunto, promoviendo un entorno más inclusivo y diverso. La reflexión crítica sobre estos temas es imperativa para avanzar hacia un modelo que reconozca y valore

la complejidad de las experiencias humanas, combatiendo tanto los sesgos técnicos como las estructuras históricas de dominación.

Finalmente, este análisis demuestra que solo mediante una mirada interseccional, crítica y decolonial será posible construir sistemas de IA que no reproduzcan, sino que transformen las desigualdades sociales existentes para avanzar hacia una sociedad verdaderamente inclusiva, justa y ética en la era tecnológica.

8.- BIBLIOGRAFÍA

- Astorga, Luis Fernando. "La consulta a las personas con discapacidad". En *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, editado por Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Bariffi, Francisco José. "Artificial Intelligence, Human Rights and Disability". *Pensar - Revista De Ciências Jurídicas* 26. n.º 2 (2021): 14-1. <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2021.12704>.
- Bathae, Yavar. "The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation". *Harvard Journal of Law & Technology* 31, n.º 2 (2018): 890-938. <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>.
- Collins Hill, Patricia, y Sirma Bilge. "¿Qué es la Interseccionalidad?". En *Interseccionalidad*, editado por Ediciones Morata S.L., 2019.
- . *Interseccionalidad*. Ediciones Morata, S.L., 2016.
- Comité de Derechos Humanos. *Observación General 18: No Discriminación*. CCPR/C/GC/18. 1989.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación General 2: sobre el artículo 9: Accesibilidad*. CRPD/C/GC/2. 2014.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación General 6: sobre la igualdad y la no discriminación*. CRPD/C/GC/6. 2018.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adoptada el 13 de diciembre de 2006, A.G. Res. 61/106, anexo I, ONU Doc. A/RES/61/106 (24 de enero de 2007). Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.
- Council of Europe. *Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. CETS No. 225. Vilnius, 5 de septiembre de 2024.
- Crawford, Kate. *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*. Yale University Press, 2021.
- De Asís Roig, Rafael Fernando. "Lo Razonable en el Concepto de Ajuste

- Razonable". En *Nueve Conceptos Claves para Entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, editado por Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- . *Derechos y Tecnologías*. Dykinson, 2022.
- Gesser, Marivete, Pamela Block, y Anahí Guedes De Mello. "Estudios sobre discapacidad: interseccionalidad, anticapacitismo y emancipación social". *Andamios* 19, n.º 49 (2022): 217-240. <https://doi.org/10.29092/uacm.v19i49.924>
- Gómez-Quintero, Juan David. "La Colonialidad del Ser y del Saber: La Mitologización del Desarrollo en América Latina". *El Ágora USB* 10, n.º 1 (2010): 87-105.
- Guzmán Napuri, Christian, y Milagros Salinas Atencio. "La Inteligencia Artificial, los Sesgos del Algoritmo y la Discriminación en las Relaciones Laborales". *Laborem* 24, n.º 31 (2025): 69-90. <https://doi.org/10.56932/laborem.24.31.3>
- Hao, Karen. "This Is How AI Bias Really Happens—and Why It's So Hard to Fix." *MIT Technology Review*, 4 de febrero de 2019. <https://www.technologyreview.com/2019/02/04/137602/this-is-how-ai-bias-really-happens-and-why-its-so-hard-to-fix/>
- Henson, Renee. "'I Am Become Death, the Destroyer of Worlds': Applying Strict Liability to Artificial Intelligence as an Abnormally Dangerous Activity". *Temple Law Review* 96, n.º 3 (2024): 349-390. <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2191&context=facpubs>.
- Korot, Edward, Nicholas Pontikos, Xiaoqing Liu, Stefan K. Wagner, Lex Faes, Julian Huemer, et al. "Predicting Sex from Retinal Fundus Photographs Using Automated Deep Learning". *Scientific Reports* 11, 10286. (2021). <https://doi.org/10.1038/s41598-021-89743-x>.
- Angwin, Julia, Jeff Larson, Surya Mattu y Lauren Kirchner. "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks." *ProPublica*, 23 de mayo de 2016. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
- Mercader Uguina, Jesús R. "Discriminación Algorítmica y Derecho Granular: Nuevos Retos para la Igualdad en la Era del Big Data". *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 2, n.º 2 (2021): 4-10. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>.
- Nakamura, Karen. "My Algorithms Have Determined You're Not Human: AI-ML, Reverse Turing-Tests, and the Disability Experience". In *Proceedings of the 21st International ACM SIGACCESS Conference on Computers and Accessibility (ASSETS '19)*. Nueva York, NY: Association for Computing Machinery, 2019. <https://doi.org/10.1145/3308561.3353812>.

- Quijano, Aníbal. "Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina". En *Cuestiones y Horizontes: De la Dependencia Histórico-Estructural a la Colonialidad/Descolonialidad del Poder*. CLACSO, 2014. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>.
- Quinn, Gerard. *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Consejo de Derechos Humanos, 49º período de sesiones, 28 de febrero–1 de abril de 2022. ONU Doc. A/HRC/49/52 (28 de diciembre de 2021).
- Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE L 2024/1689, de 13 de junio de 2024.
- Russell, Stuart *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*. Penguin, 2020.
- Salinas, Milagros, y Christian Guzmán. "La Inteligencia Artificial, los Sesgos del Algoritmo y la Discriminación en las Relaciones Laborales". *Laborem* 24, n.º 31 (2025): 69-90. <https://doi.org/10.56932/laborem.24.31.3>.
- Simó Soler, Elisa. "Hacia Una Inteligencia Artificial Interseccional". *Investigaciones Feministas* 15, n.º 1 (2024): 140–141. <https://doi.org/10.5209/infe.81954>.
- Ulnicane, Inga. "Intersectionality in Artificial Intelligence: Framing Concerns and Recommendations for Action". *Social Inclusion* 12, article 7543 (2024). <https://doi.org/10.17645/si.7543>.
- Whittaker, Meredith, Meryl Alper, Cynthia L. Bennett, Sara Hendren, Elizabeth Kaziunas, Mara Mills, Meredith Ringel Morris, Joy Lisi Rankin, Emily Rogers, Marcel Salas, y Sarah Myers West. *Disability, Bias, and AI*. AI Now Institute, 2019. <https://ainowinstitute.org/publication/disabilitybiasai-2019>.

EL CEREBRO HUMANO EN UNA ENCRUCIJADA. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO EN EL CONTEXTO DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS

THE BRAIN AT A CROSSROADS. THE LEGAL PROTECTION OF THE RIGHT TO FREEDOM OF THOUGHT IN THE CONTEXT OF NEUROTECHNOLOGIES

María Alejandra Albarracin Torres*

RESUMEN: En el texto se analiza la protección del cerebro humano frente a las neurotecnologías, evaluando si es necesario crear nuevos derechos o reinterpretar los existentes. Se enfatiza en la libertad de pensamiento como derecho fundamental y se plantea la necesidad de delimitar sus contornos mediante un enfoque regulatorio integral que establezca deberes claros para los Estados y obligaciones precisas para los actores privados. Se concluye que la protección del cerebro es posible mediante ajustes normativos progresivos, reforzando la transparencia sobre los riesgos y garantizando en todo momento el consentimiento de los usuarios de las neurotecnologías.

ABSTRACT: *The text examines the legal protection of the human brain in the context of emerging neurotechnologies, evaluating whether new rights must be created or existing ones reinterpreted. It underscores freedom of thought as a fundamental right and argues for the need to clearly delineate its scope through a comprehensive regulatory framework that sets out explicit duties for States and precise obligations for private actors. The analysis concludes that effective brain protection is attainable through gradual regulatory adjustments that enhance transparency regarding risks and ensure that users' consent to neurotechnological interventions is fully respected at all times.*

PALABRAS CLAVE: libertad de pensamiento, neuroderechos, empresas, derechos humanos, debida diligencia empresarial.

KEYWORDS: *freedom of thought, neuro-rights, businesses, human rights, corporate due diligence.*

Fecha de recepción: 31/03/ 2025

Fecha de aceptación: 20/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10087>

* Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho por la Universidad Central del Ecuador. Ex becaria de la Fundación Carolina. Abogada en el libre ejercicio, e-mail: maalbarracin@uce.edu.ec. <https://orcid.org/0000-0001-6932-2540>

1.- INTRODUCCIÓN

En este trabajo se examina la viabilidad de la protección jurídica del cerebro humano y se propone reforzar la salvaguardia legal del cerebro, contando con un marco normativo que pueda adaptarse a los progresos futuros en neurotecnología.

En ese sentido, en un primer momento, se analiza el impacto del enfoque neuroesencialista en el ámbito jurídico y, en un segundo punto, se examinan algunas posturas respecto a la necesidad de reconocer nuevos derechos o reinterpretar los existentes, con un enfoque orientado a la protección del cerebro humano.

Más adelante, se indaga en la viabilidad de desprenderse de la propuesta de reconocer nuevos derechos y se explora en la posibilidad de reinterpretarlos. Para ello se analizan los contornos del derecho a la libertad de pensamiento.

Tras indagar en la ampliación interpretativa del derecho a la libertad de pensamiento, en una cuarta sección, se explora en la responsabilidad empresarial, en relación a la industria de las neurotecnologías y los derechos humanos. Este análisis se aborda en consideración al papel de los distintos instrumentos normativos que se han desarrollado recientemente.

En ese sentido se hace referencia a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, la Directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad (UE), así como el Reglamento Europeo sobre Inteligencia Artificial, el Reglamento General de Protección de Datos y finalmente las Recomendaciones sobre la Ética de la Neurotecnología de la UNESCO.

Se concluye que, a través de una reinterpretación de los derechos, la protección jurídica del cerebro humano es posible. Pero se enfatiza en la necesidad de la creación de nuevas normas especializadas, en los riesgos de las neurotecnologías, en donde se pueda ver reflejada la aplicación o reinterpretación de los derechos.

También se señala que, en el marco de la fabricación y comercialización de las neurotecnologías, es necesario graduar el nivel de exigibilidad que existe para las empresas. Particularmente para que se cumplan con determinados criterios morales y técnicos. Sobre todo, para que en el diseño de los dispositivos que se aplican en el cerebro de las personas, se garantice que estas herramientas solo puedan funcionar con el consentimiento de los usuarios.

Se concluye que existen fundamentos sólidos que permiten abordar los desafíos contemporáneos mediante un enfoque regulatorio integral, que establezca deberes claros para los Estados y obligaciones precisas para las empresas. Garantizando así una protección de los derechos humanos.

2.- EL ENFOQUE EN LO NEURO DESDE EL ÁMBITO JURÍDICO

En las últimas décadas, la fascinación por lo "neuro" ha llevado a que prácticamente cualquier aspecto de la vida humana, se interprete a través de la neurociencia¹. Según el jurista alemán Christoph Bublitz, este enfoque en lo neuro se puede entender como una perspectiva metodológica, que consiste en situar al cerebro humano como el objeto principal de estudio y protección².

Este enfoque en el plano jurídico, se caracterizaría por otorgarle al cerebro una categoría fundamental. Se realza su consideración³. No solo a la de un órgano elemental perteneciente al cuerpo humano. Sino también como una parte fundamental de la persona, de la cual se deriva el libre albedrío, la mente, la identidad y los pensamientos.

Este enfoque se ha ido ganado un espacio en las distintas disciplinas. Aunque se aconseja no caer en un reduccionismo neurobiológico⁴, en la doctrina, por ejemplo, se ha ido introduciendo con una marcada intensidad. Lo cual se ha denominado como un "síndrome de sobreexigencia cerebral". Este síndrome se refiere a la creciente presión que se ejerce sobre diversas áreas de estudio. Incluidas las ciencias sociales, filosóficas y jurídicas, para incorporar los avances de la neurociencia en sus teorías y prácticas⁵.

El referido fenómeno se caracterizaría por llevar a las distintas disciplinas a una revisión profunda y, en ocasiones, dramática de sus bases teóricas. Lo que genera un choque entre los paradigmas tradicionales y las nuevas perspectivas propuestas por los descubrimientos neurocientíficos. Aunque este proceso se encuentra en constante debate, la influencia que la neurociencia está teniendo en áreas como el Derecho se hace cada vez más evidente.

Sin embargo, es necesario aclarar que el enfoque en lo neuro no es una cuestión propia ni exclusiva de la era posmoderna ni de la presencia de las neurotecnologías que han surgido con los avances de la neurociencia. De hecho, esta mirada hacia el cerebro y los procesos mentales tiene una larga tradición en la cultura occidental, que se

¹ Steven, E. en "Los límites del neuroderecho". *Revista de Derecho y Políticas de Salud de Houston*, 11 (2012): 2-18, 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1857971

² Bublitz, C. "Nuevos neuroderechos: del sinsentido a la sustancia". *Springer Nature*, 15, 7, (2022): 2-15, 7, [10.1007/s12152-022-09481-3](https://doi.org/10.1007/s12152-022-09481-3)

³ De acuerdo con Cárdenas, K. "esto ha llevado, a su vez, al surgimiento de nuevos campos de conocimiento relacionados con las neurociencias, que suelen utilizar el prefijo "neuro", como el neuroderecho, la neuroeconomía, la neuropedagogía, etc., disponible en "Neurociencia y derecho: problemas y posibilidades para el quehacer jurídico", *Bioética*, 3, 2 (2017): 82-106, 83, [10.1016/j.bioet.2016.12.001](https://doi.org/10.1016/j.bioet.2016.12.001).

⁴ "El amor, la fe, la solidaridad, no son una simple cuestión química o una actividad neuronal", en Cárdenas, R. en "Neurociencia y derecho: problemas y posibilidades para el quehacer jurídico", *Bioética*, 3, 2 (2017): 82-106, 83, [10.1016/j.bioet.2016.12.001](https://doi.org/10.1016/j.bioet.2016.12.001).

⁵ Bublitz, C. "Nuevos neuroderechos: del sinsentido a la sustancia", p. 7.

remonta a tiempos milenarios, reflejándose en los primeros intentos por comprender la relación entre el cerebro y las funciones cognitivas.

Como ejemplo de esta longevidad del enfoque neuroescencialista, se puede citar un tratado hipocrático del siglo V a.C., en el cual ya se describe el carácter esencial del cerebro humano.

“El hombre debería saber que del cerebro, y no de otro lugar vienen las alegrías, los placeres, la risa y la broma, y también las tristezas, la aflicción, el abatimiento, y los lamentos. Y con el mismo órgano, de, una manera especial, adquirimos el juicio y el saber, la vista y el oído y sabemos lo que está bien y lo que está mal, lo que es trampa y lo que es justo, lo que es dulce y lo que es insípido... Y a través del mismo órgano nos volvemos locos y deliramos, y el miedo y los terrores nos asaltan, algunos de noche y otros de día, así como los sueños y los delirios indeseables, las preocupaciones que no tienen razón de ser, la ignorancia de las circunstancias presentes, el desasosiego y la torpeza. Todas estas cosas las sufrimos desde el cerebro”⁶.

Lo que se puede considerar como novedoso, está en la consideración de que las facultades del cerebro humano, encajen en la categoría de los derechos fundamentales. Desde los inicios del siglo XXI, Sententia⁷ fue la primera en tejer esta categorización. Aludiendo a la libertad cognitiva como una actualización del derecho a la libertad de pensamiento.

Desde esta perspectiva, se entendería que la protección de la esfera neuronal no está únicamente vinculada a un enfoque biológico del cerebro, sino, que se extiende a aspectos más amplios de la persona, como su capacidad para pensar, decidir y actuar según su propia voluntad.

En ese sentido, se puede decir que como una consecuencia del enfoque centrado en lo neuro, se ha considerado que para la protección de las capacidades cognitivas - pensar, decidir y actuar según su propia voluntad - se requiere un nuevo marco normativo o una graduación en la aplicación de los derechos existentes.

3.- HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA: EL SURGIMIENTO DE LOS NEURODERECHOS

Por la preocupación de que se vulneren las libertades asociadas al cerebro humano, varios juristas y expertos han comenzado a tejer un nuevo horizonte jurídico. En ese horizonte se ha invocado la necesidad de reconocer un pacto de protección para el cerebro

⁶ López, J. "Un ser agraciado. Alegato contra el neuroesencialismo". *Tecnología y Religión - Universidad Pontificia Comillas*, 285, 1457 (2022): 329-342, 331, [10.14422/ryf.vol285.i1457.y2022.006](https://doi.org/10.14422/ryf.vol285.i1457.y2022.006)

⁷ Esto se ha traducido como un momento clave para la expansión de la neurociencia al mundo del Derecho, en Ienca, M. "On neurorights", *Frontiers in Human Neuroscience*, vol. 15 (2021): 1-11, 2.

humano, que se han denominado como los neuroderechos⁸; que ha evolucionado hasta el punto de constituirse en una amplia lista de derechos, pensados como las herramientas necesarias para resguardar los pensamientos y las decisiones que, de acuerdo con la neurociencia, se forjan principalmente en el cerebro humano, generando varias posturas al respecto⁹.

Genser, Yuste y Herrmann, en conjunto, han identificado cinco neuroderechos distintos. Estos son: el derecho a la identidad, entendido como la libertad de las personas para autodeterminarse física y mentalmente; el derecho a la libertad de pensamiento; el derecho a la privacidad mental; el derecho al acceso equitativo a las mejoras tecnológicas para todos los sectores de la población; y el derecho a la protección frente al sesgo algorítmico, es decir, la garantía de que no se generen prejuicios derivados del uso de neurotecnologías¹⁰.

Por otro lado, Marcello Ienca y Roberto Adorno, aunque con menor acogida a nivel internacional, plantean otro conjunto de derechos derivados de categorías ya reconocidas. Entre ellos se encuentran los derechos vinculados a la libertad de pensamiento, que se constituyen por la libertad cognitiva, la libertad mental y el libre albedrío; los derechos relacionados con la privacidad, que se conforman de la neuroprivacidad y la privacidad mental. También se encuentra la integridad mental; los derechos derivados de la identidad personal; el derecho a un acceso justo a las neurotecnologías; y el derecho a la protección frente al sesgo algorítmico¹¹.

Se ha señalado que los derechos expuestos se constituyen, en esencia, como una adaptación de los derechos humanos ya reconocidos, reinterpretados a la luz de las nuevas realidades. Desde esta perspectiva, no se estaría ante una ruptura conceptual, sino ante una evolución necesaria del marco existente para responder a los desafíos actuales¹².

⁸ Los neuroderechos surgen de la noción planteada inicialmente como una propuesta de derechos humanos neuroespecíficos, en respuesta a los avances emergentes en neurotecnología bajo la lógica de la propuesta de desarrollar derechos humanos genéticos específicos en respuesta a los avances en genética y genómica establecidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUDH) y la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos (DIDHG)., ver en Andorno, R., y Ienca, M. "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy*, 13, 5, (2017): 2-27, 24, [10.1186/s40504-017-0050-1](https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1)

⁹ De Asís, R. "Sobre neuroderechos", *Materiales de filosofía del Derecho*, 1, (2022): 1-11

¹⁰ Rafael Yuste, Jared Genser y Sebastián Herrmann, "It's Time for Neuro-Rights", *Horizons*, 18 (2021): 154-164; 160

¹¹ Ienca M, "On neurorights", *Frontiers in Human Neuroscience*, vol. 15 (2021): 5

¹² Batuecas, A., "El Derecho a la identidad y la identidad digital", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 75, núm. 3, 2022, pp. 923-986, p. 938.

Sin embargo, también se ha sostenido que, más que simples derivaciones, estos derechos se configuran en una categoría verdaderamente novedosa, dotada de identidad propia y separada del marco tradicional. Esta postura se fundamenta en la profundidad y especificidad de las intervenciones que pretenden regular, las cuales afectarían directamente dimensiones mentales y cognitivas que antes no podían ser objeto de injerencia tecnológica.

Las posturas expuestas suelen encontrarse alrededor de las demandas con las que se aspira al reconocimiento de nuevos derechos. Dichas demandas, a su vez, suelen contrastar con el argumento de la "inflación de los derechos", según el cual "cuanto más se amplía la lista de los derechos, existen menos posibilidades de protección especial"¹³.

Otro de los argumentos que no favorecen a la idea de reconocer nuevos derechos, son las consecuencias no deseadas que se podrían dar al integrar un marco normativo para las neurotecnologías. Especialmente, si se regulan sin que se comprendan plenamente sus implicaciones. Por lo que en lugar de reconocer nuevos derechos de momento se recomienda sostener una "ética de la prudencia".

La particularidad de la referida ética de la prudencia se centra en una posibilidad. Que los temores a una vulneración de los procesos mentales y cognitivos no tengan fundamento científico. O, que sean temores demasiado prematuros, por los que se pueda inhibir la investigación destinada a aliviar condiciones mentales. Sobre todo, las que son un gran desafío para quienes las padecen¹⁴.

una interpretación judicial caso por caso, lo cual permitiría que los jueces valoren las particularidades fácticas y la dimensión profundamente subjetiva y singular que caracteriza a cada uno de los conflictos que puedan surgir, en los que la mente, los pensamientos o la vida interior de cada individuo se pueden ver inmersos de subjetividades que pueden ser difíciles de abstraer o generalizar.

De modo que, se evita recurrir a definiciones generales y rígidas, que inevitablemente dejarían fuera matices esenciales, por lo que, en lugar de plantear "nuevos derechos relativos y problemáticos" es mejor "fortalecer los principios no negociables de dignidad humana y libertad de pensamiento como bases para una prohibición absoluta contra las intervenciones estatales no consentidas"¹⁵. De manera que se refuerza un modelo hermenéutico

¹³ Bublitz, C. "Novel neurorights: from nonsense to substance", *Neuroethics*, 15, 7 (2022): 1-15, 3

¹⁴ Fins, J. "Las consecuencias no deseadas de la reforma constitucional sobre neuroderechos en Chile: avanzando más allá de los derechos negativos hacia las capacidades", *Neuroethics*, 15, 26, (2022): 1-11, 2, [10.1007/s12152-022-09504-z](https://doi.org/10.1007/s12152-022-09504-z)

¹⁵ Borbón Diego, "Neuroética y neuroderechos ante las propuestas de neurointervenciones coercitivas con fines de mejora moral en ámbitos penales, *Neuroethics and neurorights in the face of proposals for coercive neurointerventions aimed at moral enhancement in penal settings*, 53 (2025): 33-69, 58, <https://turia.uv.es/index.php/CEFD/article/view/30241/32316>

más flexible, capaz de adaptar los derechos fundamentales ya reconocidos a los desafíos específicos que plantean las neurotecnologías.

En esa línea también se puede hacer referencia al argumento con el que se destaca la factibilidad de introducir una dosis de contexto y enfoque cultural en el discurso global de los neuroderechos¹⁶. Pues parece ser que se ha pasado por alto la cosmovisión de otros pueblos en los que la dimensión individual e interna de la persona suele estar abstraída o diluida por un agente unificador, como la religión.

Por ejemplo, en las culturas de tradición islámica en el norte de África, o las culturas andinas en las que las experiencias y vivencias internas de la persona son parte de la comunidad. En estos contextos defender una idea de autonomía mental puede ser complejo.

Por otro lado, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa (Convenio de Oviedo, 1997) ya establece un estándar vinculante que prioriza la protección de la persona frente a intereses sociales o científicos. En su artículo segundo se afirma que el bienestar humano debe prevalecer sobre cualquier otro interés, imponiendo un límite infranqueable a intervenciones biomédicas o neurotecnológicas sin consentimiento¹⁷. Según esta perspectiva, no sería necesario crear nuevas categorías como los “neuroderechos”, sino aplicar estrictamente los instrumentos internacionales existentes. Este enfoque se alinea con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, donde la dignidad y la libertad de pensamiento se reconocen como derechos inderogables que protegen tanto el ámbito interno de la mente como la expresión externa.

En resumidas cuentas, desde los argumentos expuestos, el reconocer nuevos derechos neuroespecíficos no parece, por ahora, la opción más sensata. Hacerlo sería una intervención bien intencionada, pero prematura, que podría generar más confusión que protección. La experiencia muestra que los derechos ya existentes poseen la elasticidad suficiente para adaptarse a los desafíos de las neurotecnologías. Antes que multiplicar categorías y correr el riesgo de crear un marco rígido y redundante, resulta más prudente permitir que el ordenamiento jurídico evolucione gradualmente, sin forzar figuras nuevas cuyo alcance e implicaciones todavía habitan.

¹⁶ Herrera-Ferrá, Karen; Muñoz, José M.; Nicolini, Humberto; Saruwatari Zavala, Gabriel; Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel, “Contextual and cultural perspectives on neurorights: reflections toward an international consensus”, *AJOB Neuroscience*, 14, 4 (2022): 360–368, 361, [10.1080/21507740.2022.2048722](https://doi.org/10.1080/21507740.2022.2048722).

¹⁷ Consejo de Europa; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, ETS No. 164, Oviedo, 4 de abril de 1997

4.- ¿ES POSIBLE LA PROTECCIÓN DEL CEREBRO HUMANO SIN EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS?

El que no estén reconocidos derechos neuroespecíficos de manera explícita en la normativa, no implica necesariamente que los bienes jurídicos involucrados en el contexto de las neurotecnologías, no se encuadren con los derechos ya recogidos en el sistema universal de los Derechos Humanos¹⁸. Pero, dependerá en gran medida de la reinterpretación que se haga de los derechos ya consagrados o del alcance y los límites que se le atribuya.

Pero ¿qué derechos serían adecuados para proteger los bienes jurídicos asociados al cerebro humano en el contexto de las neurotecnologías? Sin duda la respuesta no es tan evidente y ha requerido de una reflexión cuidadosa sobre cómo se interrelacionan los derechos humanos y/o fundamentales con las nuevas tecnologías.

En este contexto, de acuerdo al pensamiento de los juristas y expertos en las ciencias de la mente, entre los derechos que podrían resultar de interés se encuentra el derecho a la libertad de pensamiento¹⁹. El cual se ha destacado, por estar entre los pocos derechos de carácter absoluto e ilimitado.

4.1.- El derecho a la libertad de pensamiento y su reinterpretación

A partir del contenido de los principales instrumentos internacionales —particularmente el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— se ha entendido que la libertad de pensamiento posee dos dimensiones diferenciadas. La primera, se refiere a aquello que la persona piensa, cree o concibe en su esfera interna, y la segunda se refiere a la manifestación externa de esos pensamientos o creencias.

Tanto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, también se reconoce la libertad de pensamiento; sin embargo, ninguno de estos instrumentos ofrece una definición precisa del derecho ni establece límites claros. En particular, respecto de la libertad de conciencia o de religión. Hasta la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁸ Morente, V. "Manipulando genes y cerebros: la bioética y el derecho ante la mejora humana". *Derecho PUCP*, 91 (2023): 43-83. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.002>.

¹⁹ Marcelo, I, "On neurorights", *Frontiers in Human Neuroscience*, 15, no. 701258 (2021): 1-15, 3, en esta fuente se destaca que la libertad de pensamiento y conciencia es incondicional, sin limitaciones, y debe ser considerada un derecho absoluto, a diferencia de los derechos relativos.

tampoco ha desarrollado un contenido autónomo para esta libertad²⁰. En la jurisprudencia suele aparecer estrechamente asociada a la libertad de expresión, como si ambas compartieran el mismo ámbito de protección²¹. Algo similar ocurre en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la libertad de pensamiento no ha alcanzado un significado propio e independiente²². Sin embargo, un sector dominante de la doctrina coincide en señalar que la protección del *forum internum* de la persona es absoluta.

Para algunos, con la libertad de pensamiento se protege sólo el proceso interno del pensar y del sentir, mientras que el *forum externum* (exteriorización de los pensamientos) se protege por medio de derechos como la libertad de expresión, la libertad religiosa o la libertad de conciencia.

Entre ambos enfoques, si se adopta una visión amplia, toda intervención neurotecnológica sin consentimiento sería considerada una intromisión ilegítima, incluso cuando la persona albergue pensamientos ofensivos o violentos; en cambio, si se opta por un enfoque restrictivo, esos mismos pensamientos “inmorales” podrían quedar expuestos a la injerencia del Estado.

La interpretación sobre el alcance de este derecho y sobre qué debe considerarse una injerencia ilegítima genera una evidente incertidumbre. No obstante, la definición más amplia se podría ver como la opción más garantista para resguardar la libertad de que las personas puedan pensar libremente en todos los casos sin que esto se pueda persuadir a través de las neurotecnologías²³.

²⁰ Corte interamericana de derechos humanos, Jurisprudencia sobre Libertad de pensamiento y de expresión. (2019). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16.pdf> (fecha de consulta: noviembre de 2021).

²¹ León, “¿Redimensionamiento de la libertad de pensamiento o nuevos (neuro)derechos humanos? Desafíos y perspectivas desde la neurotecnología”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 46, (2022):121-145, 129, <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.46.1705>

²² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Asunto Folgero y otros c. Noruega, 29 de junio de 2007, párrafo 78.

²³ Shaheed, A, Informe provisional del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias (2021), p. 29. “El Relator Especial reconoce que el derecho a la libertad de pensamiento está relativamente poco desarrollado en la teoría y en la práctica en comparación con las libertades de conciencia y de religión o de creencias que figuran en el artículo 18 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para los Estados, como titulares de obligaciones, y para las personas, como titulares de derechos, cabe desear una mayor claridad sobre el contenido legal y el alcance de la libertad de pensamiento a fin de apoyar las medidas encaminadas a respetar, promover y hacer efectivo este derecho fundamental”.

4.2.- Entre la protección y la optimización del derecho a la libertad de pensamiento

En ese sentido en el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la libertad de religión se establece que el Estado solo podría intervenir en la libertad de pensamiento para promover y proteger dicha libertad, y no para restringirla o sancionarla en lo que respecta al *forum interno*. Pero, aún no resulta lo suficientemente claro si todos los pensamientos están igualmente protegidos. Al respecto en la doctrina existe un debate más amplio sobre cómo los derechos humanos deberían proteger aspectos de la salud mental y de la vida de las personas.

En relación a lo anterior se dice que tradicionalmente, los derechos humanos han dedicado “mayor protección a los cuerpos humanos y a los objetos visibles del mundo exterior que a los estados mentales, como emociones e intenciones”²⁴. En ese marco, por una parte se sostiene que en la libertad de pensamiento se incluye la protección de una amplia gama de ideas y concepciones. Incluidas creencias religiosas, opiniones morales y políticas. Es decir que cualquier tipo de pensamiento o idea que forme parte del ámbito interno del individuo estaría protegido por este derecho. En cambio, en otro enfoque más restrictivo, la libertad de pensamiento se limitaría a proteger solo a aquellas ideas vinculadas a la autodeterminación política o a la capacidad de participar en la vida pública. Según esta interpretación, la protección del pensamiento estaría más circunscrita a las creencias políticas. Otras formas de pensamiento, como los valores morales o espirituales, estarían excluidos.

Si se parte de la premisa de que la memoria y la atención son elementos esenciales para garantizar un mayor grado de conciencia y autonomía mental, entonces surge una nueva cuestión: ¿Debería el Estado, con el objetivo de optimizar el derecho a la libertad de pensamiento, promover activamente mejoras cognitivas?

De ser así, el Estado podría verse obligado a intervenir para fomentar tecnologías que mejoren la memoria y la atención, ya que de acuerdo a los estándares de la neurociencia estos son aspectos fundamentales para asegurar el ejercicio libre y consciente de la capacidad de pensar y decidir.

Pero ¿Hasta qué punto la promoción de mejoras cognitivas por parte del Estado sería compatible con la autonomía de las personas? ¿Sería legítimo que el Estado interviniera en el ámbito de la mente humana en aras de una mejor capacidad cognitiva, o esto representaría una invasión en el derecho fundamental a la libertad de pensamiento?

²⁴ Ligthart. Sjors, Bublitz. Christoph. Douglas, Thomas, Forsberg. Lisa y Meynen. Gerben. “*epensando el derecho a la libertad de pensamiento: un análisis multidisciplinario*”. Human Rights Law Review, 4, 22 (2022): 1-14, 3, doi: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngac023>

Este panorama genera una compleja cuestión jurídica y ética que requiere un debate normativo profundo. Es necesario establecer límites claros que definan qué formas de persuasión son aceptables y cuáles no lo son, así como cuál debería ser el papel del Estado en la intervención sobre la mente humana. La regulación de las neurotecnologías y las prácticas que afectan la cognición humana debe hacerse con cautela para evitar infringir derechos fundamentales, como la libertad de pensamiento, y garantizar que cualquier intervención se realice dentro de un marco de respeto a la autonomía personal. Sin esta aclaración en la normativa, es posible que la protección jurídica del cerebro siga en medio de una encrucijada.

5.- ¿QUÉ OCURRE EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL?

Según diversos especialistas en derecho internacional y responsabilidad corporativa, en las dinámicas económicas contemporáneas, la responsabilidad de garantizar el respeto a los derechos humanos ya no recae exclusivamente en el Estado²⁵, sino que también se incluyen a los actores privados como participantes fundamentales en esta materia. En este sentido, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos destacan que corresponde al Estado proteger, respetar y garantizar los derechos humanos, mientras que las empresas tienen el deber de respetarlos y de abstenerse de participar o ser cómplices en cualquier violación de los mismos.²⁶

Para materializar estas responsabilidades, ciertos países como Francia, Alemania y Estados Unidos han desarrollado sus propios modelos de debida diligencia, con los que mediante leyes se obliga jurídicamente a las empresas a asumir un rol activo en la prevención de violaciones a los derechos humanos, incluso más allá de sus fronteras.

En el caso alemán se han impuesto leyes a las grandes empresas con la obligación de cumplir con la debida diligencia en sus cadenas de suministro bajo la amenaza de multas sustanciales y la exclusión de empresas infractoras de la contratación pública.

Francia también contempla una ley similar²⁷ y desde su promulgación se ha descubierto que la mayoría de las empresas francesas han formalizado planes de vigilancia. Además, se señala que

²⁵ Estamos en un momento de transición en el que se reclama un nuevo papel a las empresas en la protección de los derechos humanos”, Ver en Fernández, Carlos, “La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14, 2, (2022): 427-455, 419

²⁶ Ibáñez P, Ordóñez V, “El Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, sn, 24, (2014): 219-246, 235

²⁷ Ley de Vigilancia n.º 2017-399 del 27 de marzo de 2017 relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y de las empresas contratistas, Francia.

por la aplicación de la ley de debida diligencia se han incrementado los esfuerzos para identificar riesgos sobre los derechos humanos y destinar recursos específicos a su prevención²⁸.

A partir de las diversas normas nacionales durante un par de años se estuvo negociando la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, la cual fue adoptada en junio de 2024, para obligar a las empresas a identificar, prevenir y mitigar impactos negativos en derechos humanos y medio ambiente a lo largo de sus operaciones y cadenas de valor. Además, establece responsabilidades legales para integrar prácticas sostenibles, abordar daños reales o potenciales y adoptar planes de transición. Por consiguiente, conviene a las empresas orientadas hacia la exportación prepararse para cumplir con los estándares de la debida diligencia.

Si bien, no existe una directiva específica de la UE sobre diligencia debida y neurotecnologías. Esta iniciativa podría aplicarse a las empresas que operan con neurotecnologías ya que obliga a las empresas a identificar y mitigar impactos adversos en derechos humanos lo que incluiría los posibles riesgos asociados a las neurotecnologías.

Incluso en el preámbulo de las Recomendaciones sobre la Ética de la Neurotecnología de la UNESCO, en vigor desde el 12 de noviembre del 2025, al concluir la Conferencia General de la UNESCO en Samarcanda se expone que, “la obligación y responsabilidad principal de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales recae en el Estado, y que las empresas, incluidas las tecnológicas, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, incluyendo la debida diligencia en derechos humanos, evaluando impactos reales y potenciales, integrando y actuando sobre los hallazgos, haciendo seguimiento y comunicando cómo se abordan los impactos, conforme a los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos”²⁹.

En virtud de lo expuesto, las recomendaciones sobre la ética de la Neurotecnología de la UNESCO, se podrían tomar como referencia para deducir los criterios a los que deberán atender específicamente las empresas dedicadas a la industria neurotecnológica, desprendiendo estos criterios específicamente de los 4 principios éticos a los que se hace referencia.

Entre los principios en el ámbito de las neurotecnologías se destacan la importancia de la beneficencia, la proporcionalidad y la obligación de no causar daño, promoviendo la salud y el bienestar de las personas, respetando su autonomía y evitando daños evitables. La

²⁸ Daato, Ley de diligencia debida en Francia y lo que significa para las empresas, 18 de marzo de 2024, disponible en: <https://es.daato.net/articles/france-due-diligence-law-and-what-it-means-for-companies>

²⁹ UNESCO, Recomendaciones sobre la Ética de la Neurotecnología, 12 de noviembre de 2025. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000394866>

aplicación de estos principios exige que todos los usos y los datos derivados de las neurotecnologías se manejen conforme a criterios de proporcionalidad, balance y legitimidad.

En paralelo, el principio de autonomía y libertad de pensamiento garantiza la protección de los derechos individuales y la integridad física y mental, incluyendo la necesidad de obtener el consentimiento informado, previo, libre, dinámico y documentado en todas las aplicaciones, con especial atención a niños, adolescentes y personas en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, la protección de los datos neuronales —directos, indirectos y no neuronales que permitan inferencias sobre estados mentales— se constituye como un principio central, asegurando el consentimiento informado obligatorio, la minimización de datos y la adopción de medidas de seguridad robustas para su tratamiento.

El principio de no discriminación e inclusividad complementa este marco, exigiendo que la neurotecnología y su interacción con la inteligencia artificial no perpetúen desigualdades o discriminación alguna, promoviendo el respeto a la neurodiversidad, la participación inclusiva en el desarrollo de estándares y la garantía de que nadie sea discriminado por utilizar o rechazar estas tecnologías.

En este contexto, se podría recomendar que las empresas responsables de la fabricación y comercialización de neurotecnologías se aseguran de que sus dispositivos cuentan con mecanismos que permitan a los usuarios mantener un control adecuado y graduado sobre su funcionamiento. Además, sería fundamental garantizar un alto nivel de transparencia sobre los riesgos y efectos de estas herramientas.

Lo expuesto coincide con el criterio de ciertos juristas que consideran que las neurotecnologías deben guiarse por principios “técnicos morales”, que se deben incorporar en el diseño de los instrumentos neurotecnológicos, incluyendo mecanismos que detecten, bloqueen y prevengan cualquier acceso no autorizado al cerebro y la mente³⁰.

Finalmente, la adopción de estas medidas no solo reforzaría la confianza de los usuarios y la responsabilidad corporativa, sino que también permite evaluar y graduar cualquier posible daño o vulneración al derecho fundamental a la libertad de pensamiento, protegiendo la esfera más íntima de la mente frente a intervenciones indebidas.

³⁰ Lavazza, A. “Libertad de pensamiento e integridad mental: los requisitos morales para cualquier prótesis neural”, *Frontiers in Neuroscience*, 12, 19, (2018): 1-10, [doi:10.3389/fnins.2018.00082](https://doi.org/10.3389/fnins.2018.00082).

6.- CONCLUSIONES

Con el enfoque en lo neuro en el plano jurídico, se puede evidenciar la importancia del cerebro humano, no solo para las funciones biológicas del organismo, sino que se extiende a los bienes fundamentales vinculados a la libertad de pensamiento, la dignidad, la privacidad y la autonomía mental, cuya protección puede ser plausible mediante una graduación y adaptación de los derechos existentes, asegurando que los marcos legales actuales se ajusten a los desafíos tecnológicos, sin la necesidad de reconocer nuevos derechos.

Si bien la propuesta de los neuroderechos se caracteriza por responder a la preocupación legítima por proteger la esfera más íntima del pensamiento frente a las neurotecnologías, persiste un desacuerdo profundo sobre si estas garantías requieren realmente una categoría inédita o si pueden ser satisfechas mediante una reinterpretación evolutiva de los derechos ya existentes. Los riesgos de sumar más derechos a la lista, la ambigüedad conceptual y la falta de madurez científica, así como las diferencias culturales respecto a la autonomía mental, refuerzan la conveniencia de adoptar una ética de la prudencia y avanzar mediante ajustes progresivos en el marco vigente. En este escenario, el enfoque más sensato parece ser permitir que los derechos fundamentales continúen adaptándose a los desafíos emergentes, evitando soluciones normativas prematuras que podrían comprometer la claridad, eficacia y coherencia de los sistemas de protección de los derechos.

En ese sentido, aunque la protección del cerebro humano frente a las neurotecnologías no exige necesariamente la creación de nuevos derechos, si se considera necesario acudir a una reinterpretación cuidadosa y sobre todo expansiva de los derechos ya reconocidos. Especialmente de la libertad de pensamiento en su dimensión interna. En este sentido, se considera importante considerar que, aunque este derecho se concibe como absoluto o no, su contenido sigue siendo impreciso en la normativa y en la jurisprudencia internacional, dejando zonas grises sobre qué constituye una injerencia ilegítima y sobre el alcance real de la protección del mundo de los pensamientos, las ideas y las convicciones, de manera separada al derecho a la libertad religiosa. Además las tensiones entre enfoques amplios y restrictivos, así como el debate sobre si el Estado debe limitarse a proteger la libertad de pensamiento o también promoverla mediante mejoras cognitiva, evidencian que las neurotecnologías plantean dilemas inéditos para los marcos jurídicos actuales. Mientras no exista una clarificación normativa que delimite la intervención estatal, los límites de la persuasión tecnológica y el grado de autonomía mental exigible, en resumidas cuentas, protección del cerebro humano seguirá situada en una encrucijada. Por ello, se concluye que más allá de reconocer nuevos derechos, la vía más prudente consiste en fortalecer la

interpretación con una clara definición del alcance y el contenido de los derechos.

Con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, en conjunto con la Directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad (UE), así como el Reglamento europeo sobre Inteligencia Artificial, el Reglamento General de Protección de Datos y finalmente las Recomendaciones sobre la Ética de la Neurotecnología de la UNESCO, se puede trazar una barrera para frenar los riesgos generados por el rápido avance de las neurotecnologías. Es decir que, en virtud de la citada normativa, es posible empezar a discutir sobre la posibilidad de exigir a las empresas que conforman la industria de las neurotecnologías, que se adopten salvaguardias técnicas que garanticen el control efectivo de los usuarios, con altos niveles de transparencia sobre los riesgos asociados de uso de los dispositivos en el cerebro humano. Que, además incluyan un consentimiento informado, para proteger la autonomía individual, especialmente en los casos en los que intervengan niños, niñas y personas en situación de vulnerabilidad.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- Andorno, R., & Ienca, M. "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology". *Life Sciences, Society and Policy*, 13, 5 (2017): 2-27. [doi:10.1186/s40504-017-0050-1](https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1)
- Batuecas, A. "El Derecho a la identidad y la identidad digital". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 75, núm. 3, 2022, pp. 923-986.
- Borbón, D. "Neuroética y neuroderechos ante las propuestas de neurointervenciones coercitivas con fines de mejora moral en ámbitos penales". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 53 (2025): 33-69. <https://turia.uv.es/index.php/CEFD/article/view/30241/32316>
- Bublitz, C. "Novel neurorights: from nonsense to substance". *Neuroethics*, 15, 7 (2022): 1-15.
- Cárdenas, K. "Neurociencia y derecho: problemas y posibilidades para el quehacer jurídico". *Bioética*, 3, 2 (2017): 82-106. [doi:10.1016/j.bioet.2016.12.001](https://doi.org/10.1016/j.bioet.2016.12.001)
- Consejo de Europa. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, ETS No. 164, Oviedo, 4 de abril de 1997.
- Daato. "Ley de diligencia debida en Francia y lo que significa para las empresas", 18 de marzo de 2024. Disponible en: <https://es.daato.net/articles/france-due-diligence-law-and-what-it-means-for-companies>
- De Asís, R. "Sobre neuroderechos". *Materiales de filosofía del Derecho*, 1 (2022): 1-11.

- Fernández, C. "La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española". Cuadernos de Derecho Transnacional, 14, 2 (2022): 427-455.
- Fins, J. "Las consecuencias no deseadas de la reforma constitucional sobre neuroderechos en Chile: avanzando más allá de los derechos negativos hacia las capacidades". Neuroethics, 15, 26 (2022): 1-11. [doi:10.1007/s12152-022-09504-z](https://doi.org/10.1007/s12152-022-09504-z)
- Herrera-Ferrá, K., Muñoz, J. M., Nicolini, H., Saruwatari Zavala, G., & Martínez Bullé Goyri, V. M. "Contextual and cultural perspectives on neurorights: reflections toward an international consensus". AJOB Neuroscience, 14, 4 (2022): 360-368. [doi:10.1080/21507740.2022.2048722](https://doi.org/10.1080/21507740.2022.2048722)
- Ibáñez, P., & Ordóñez, V. "El Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos". Revista Colombiana de Derecho Internacional, sn, 24 (2014): 219-246.
- Ienca, M. "On neurorights". Frontiers in Human Neuroscience, vol. 15 (2021): 1-11.
- Lavazza, A. "Libertad de pensamiento e integridad mental: los requisitos morales para cualquier prótesis neural". Frontiers in Neuroscience, 12, 19 (2018): 1-10. [doi:10.3389/fnins.2018.00082](https://doi.org/10.3389/fnins.2018.00082)
- León. "¿Redimensionamiento de la libertad de pensamiento o nuevos (neuro)derechos humanos? Desafíos y perspectivas desde la neurotecnología". Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 46 (2022): 121-145. [doi:10.22201/iiij.24484881e.2022.46.1705](https://doi.org/10.22201/iiij.24484881e.2022.46.1705)
- Ley de Vigilancia n.º 2017-399, 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y de las empresas contratistas, Francia.
- López, J. "Un ser agraciado. Alegato contra el neuroesencialismo". Tecnología y Religión - Universidad Pontificia Comillas, 285, 1457 (2022): 329-342. [doi:10.14422/ryf.vol285.i1457.y2022.006](https://doi.org/10.14422/ryf.vol285.i1457.y2022.006)
- Ligthart, S., Bublitz, C., Douglas, T., Forsberg, L., & Meynen, G. "Repensando el derecho a la libertad de pensamiento: un análisis multidisciplinario". Human Rights Law Review, 4, 22 (2022): 1-14. [doi:10.1093/hrlr/ngac023](https://doi.org/10.1093/hrlr/ngac023)
- Marcelo, I. "On neurorights". Frontiers in Human Neuroscience, 15, no. 701258 (2021): 1-15.
- Morente, V. "Manipulando genes y cerebros: la bioética y el derecho ante la mejora humana". Derecho PUCP, 91 (2023): 43-83. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.002>
- Rafael Yuste, J., Genser, J., & Herrmann, S. "It's Time for Neuro-Rights". Horizons, 18 (2021): 154-164.
- Shaheed, A. Informe provisional del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias (2021).
- Steven, E. "Los límites del neuroderecho". Revista de Derecho y Políticas de Salud de Houston, 11 (2012): 2-18. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1857971

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Asunto Folgero y otros c. Noruega, 29 de junio de 2007, párrafo 78.

UNESCO. Recomendaciones sobre la Ética de la Neurotecnología, 12 de noviembre de 2025. Disponible en:
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000394866>

EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTRENAMIENTO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO ITALIANO Y ARGENTINO

COPYRIGHT AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEM TRAINING. COMPARATIVE ANALYSIS OF ITALIAN AND ARGENTINE LAW

Lucía Martínez Lima*
Flaminia D'Antonio**

RESUMEN: El artículo analiza los desafíos jurídicos que plantea el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial con obras protegidas por derechos de autor, tomando como referencia los casos *The New York Times v. Microsoft/OpenAI* y *Getty Images v. Stability AI*. A partir de un análisis comparado entre el derecho italiano y el argentino, se examina cómo los conceptos de creatividad, autoría y competencia desleal se ven tensionados por la generación automatizada de contenidos. Se propone reforzar la transparencia, trazabilidad y responsabilidad en el uso de IA, armonizando innovación tecnológica y protección del ingenio humano.

ABSTRACT: *The article analyses the legal challenges posed by training artificial intelligence systems with copyrighted works, taking as reference the cases *The New York Times v. Microsoft/OpenAI* and *Getty Images v. Stability AI*. Based on a comparative analysis between Italian and Argentine law, it examines how the concepts of creativity, authorship and unfair competition are strained by automated content generation. It proposes strengthening transparency, traceability, and accountability in the use of AI, harmonizing technological innovation and the protection of human creativity.*

PALABRAS CLAVE derechos de autor, inteligencia artificial, competencia desleal, creatividad, transparencia algorítmica

KEY WORDS *copyright, artificial intelligence, unfair competition, creativity, algorithmic transparency*

Fecha de recepción: 30/10/2025

Fecha de aceptación: 24/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10088>

* Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, E-mail: lucialima@derecho.uba.ar
<https://orcid.org/0009-0007-8205-9047>.

** Universidad de Nápoles Federico II, UNNINA, E-mail: flaminia.dantonio@icloud.com
<https://orcid.org/0009-0009-9135-7286>.

1.- INTRODUCCIÓN

El desarrollo y entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial generativa ha suscitado importantes desafíos legales y éticos, particularmente en relación con la protección de los derechos de autor y la competencia leal. El caso "The New York Times Co. v. Microsoft Corp" ejemplifica esta problemática, donde el multimedia New York Times (NYT) demanda a OpenAI y Microsoft por utilizar, sin autorización, miles de artículos periodísticos protegidos por derechos de autor para entrenar modelos de lenguaje como ChatGPT y Copilot¹.

Las principales cuestiones en disputa incluyen:

1. La utilización masiva de contenido protegido por derechos de autor sin autorización ni compensación.
2. La eliminación de metadatos y avisos legales (información de gestión de derechos de autor) durante el proceso de entrenamiento.
3. La generación de outputs que replican textos periodísticos originales, literal o parafraseadamente, sin atribución de autoría.
4. La potencial sustitución de visitas directas a los sitios de noticias, afectando el modelo de negocio de los medios periodísticos.
5. La posible configuración de competencia desleal por "aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno".

Este caso plantea interrogantes fundamentales sobre los límites del uso de obras protegidas en el entrenamiento de IA, la aplicabilidad de las excepciones de uso legítimo (fair use), y la necesidad de equilibrar la innovación tecnológica con la protección de derechos preexistentes. Asimismo, pone de manifiesto la urgencia de una regulación equilibrada que aborde estas tensiones en el contexto del rápido avance de la inteligencia artificial.

Entendiendo que los sistemas de IA son entrenados con contenidos de todo el mundo y utilizados de forma universal, en el presente artículo proponemos ensayar el abordaje de esta problemática en el derecho italiano y en el derecho argentino. Esto a fin de proponer algunas soluciones desde los puntos de coincidencia entre estos sistemas jurídicos.

2.- SOBRE LA RELEVANCIA DEL TEMA

Tal como ha descrito Libertini, en el pensamiento jurídico contemporáneo, la función atribuida a los derechos de propiedad intelectual -y, por tanto, también a los derechos de autor- ya no se considera una excepción al principio de libre competencia, sino un instrumento esencial y estructural de apoyo a la competitividad y el progreso. Estos derechos ya no se interpretan únicamente como "monopolios legales" que hay que tolerar porque son útiles, sino como elementos que fomentan el desarrollo tecnológico y creativo y la diferenciación de la oferta en el mercado.

¹ D'Antonio F. – Martínez Lima, L. "Inteligencia Artificial, derechos de autor y competencia desleal a raíz del fallo 'The New York Times Company et al. v. OpenAI LP et al.'", *Suplemento periódico Innovación & Derecho*, N° 5 (2025).

La justificación actual de estos derechos reside, pues, en su valor incentivador: representan un mecanismo de recompensa a favor de la innovación y la producción cultural. Desde esta perspectiva, el sistema de protección de la propiedad intelectual es plenamente coherente con una concepción dinámica de la competencia, según la cual las empresas o creadores individuales se ven estimulados a producir nuevas ideas y contenidos precisamente por la posibilidad de disfrutar, durante un periodo limitado de tiempo, de la exclusividad sobre lo que han creado.

Este enfoque se basa en un modelo de mercado que no es estático sino evolutivo, en el que la ventaja competitiva se construye sobre el acceso a recursos escasos e intangibles, como el conocimiento, la creatividad o la reputación. Es la llamada "visión basada en los recursos", según la cual la asimetría en el acceso a dichos recursos genera diferencias de rendimiento entre los agentes económicos. En este contexto, los derechos de autor desempeñan un papel fundamental, ya que protegen la expresión original y creativa del autor, permitiéndole explotarla económicamente, evitando la apropiación indebida por parte de terceros.

Así, el modelo de mercado que subyace a la protección de la propiedad intelectual -incluidos los derechos de autor- se condice con la disciplina de la competencia. Pues no se trata de una regulación derogatoria del principio de libre competencia, sino de un modelo normativo ideal sobre el que reconstruir de forma coherente todo el derecho de la competencia.

2.1.- El modelo centrado en el sujeto creador y el modelo basado en la utilidad

El derecho de autor representa, de hecho, una de las formas más antiguas y estructuradas de protección de la creatividad en el ordenamiento jurídico. Así, en el panorama jurídico internacional, encontramos algunos modelos caracterizados por la centralidad atribuida a la persona del autor como <<sujeto creador>>, como es el caso de Italia y Argentina.

Por otro lado, se encuentran modelos como el estadounidense que pone el énfasis principalmente en la dimensión económica y patrimonial de la protección, privilegiando el aspecto comercial y utilitario de la protección de la obra.

El enfoque europeo y más en general el enfoque continental, se basa en la idea de que la obra intelectual es una extensión de la personalidad del autor, y por lo tanto, merece una protección adecuada no sólo en términos patrimoniales sino también en términos morales.

En el contexto jurídico contemporáneo, el derecho de autor no puede relegarse a una mera disciplina sectorial, ni considerarse un mero instrumento de regulación económica de los contenidos culturales. Por el contrario, es un principio cardinal del ordenamiento jurídico, ya que reconoce y protege una de las manifestaciones más elevadas de la dignidad y la identidad humanas: la creatividad humana.

2.2.- La creatividad humana vs. la generación artificial

El trabajo intelectual, representa la exteriorización del pensamiento, la huella de la originalidad del autor, un fragmento de la interioridad humana que toma forma tangible en el mundo. En este sentido, el derecho de autor no se limita a proteger el valor económico de la obra, sino que eleva la creación intelectual a la categoría de bien jurídico digno de protección, precisamente porque refleja la autonomía del sujeto.

Esta reflexión resulta especialmente contundente en el escenario actual, marcado por la creciente difusión de los sistemas de inteligencia artificial generativa, los cuales, a pesar de alcanzar considerables niveles de sofisticación tecnológica, siguen siendo estructuralmente incapaces de activar un auténtico proceso creativo, basado en la conciencia, la intencionalidad y la originalidad. Tales sistemas generan contenidos basándose en correlaciones estadísticas y patrones lingüísticos, replicando estructuras sin comprenderlas, recombining elementos pre-existentes y produciendo textos coherentes pero carentes de sentido propio.

En este marco conceptual se sitúa la cuestión crucial de la llamada "crisis de los derechos de autor" alimentada por el creciente uso de sistemas de inteligencia artificial generativa en la producción de contenidos especialmente culturales. Esta crisis se manifiesta en la progresiva difuminación de la frontera entre lo que es una obra de ingenio en sentido jurídico -basada en la originalidad, la novedad y la creatividad intencionada- y lo que es, en cambio, el resultado de una mera reelaboración automática de datos preexistentes, desprovista de toda conciencia. El problema se agrava en el plano axiológico, ya que la difusión generalizada de contenidos generados artificialmente corre el riesgo de socavar la propia capacidad del hombre para imaginar, crear y ejercer un pensamiento crítico y realista. Es el temor, a menudo evocado en la doctrina, de una atrofia cognitiva progresiva, alimentada por la dependencia de herramientas que parecen "pensar" por nosotros, pero que en realidad automatizan la repetición de lo ya conocido.

Sin embargo, si por un lado es innegable que la IA está modificando profundamente la forma en que el hombre se relaciona con el conocimiento y la producción creativa, por otro no puede ignorarse que estas transformaciones deben armonizarse dentro de un marco jurídico equilibrado, capaz de reconocer la aportación del ser humano incluso cuando se expresa a través de herramientas tecnológicas avanzadas.

Se acude a las elaboraciones del Derecho Argentino e italiano, especialmente porque si bien ambos parten de una raíz jurídica común, la tradición civilista continental que comparten con el derecho español, la visión personalista del derecho de autor centrada en la protección de la creatividad humana como manifestación esencial de la dignidad individual² tiene en ambos sistemas un rol primordial.

² Bitto, R. "La crisis del derecho de autor en la era de la IA: el derecho de autor ante la prueba de la creatividad algorítmica y de la inteligencia artificial". *Revista Diritto Consenso* (2025).

Asimismo, en ambos sistemas, el derecho de autor no se concibe como una excepción al principio de libre competencia, sino como un instrumento estructural para promover la innovación, el desarrollo cultural y la equidad en el mercado. Esta coincidencia de base permite un abordaje comparado particularmente fértil frente a los desafíos que plantea la inteligencia artificial generativa, la cual tensiona simultáneamente los principios de originalidad, autoría y competencia³.

A diferencia de los modelos anglosajones, de naturaleza predominantemente utilitarista y orientados a la explotación económica de la obra, tanto Italia como Argentina mantienen una concepción dual que integra los derechos morales y patrimoniales del autor⁴, reconociendo la dimensión espiritual y económica del acto creativo⁵. Bajo esta perspectiva, examinar el tratamiento normativo y jurisprudencial de la creatividad humana frente a la generación algorítmica en ambos países permite identificar no solo las respuestas regulatorias convergentes, sino también los puntos en los que cada ordenamiento ofrece soluciones originales a la crisis contemporánea del derecho de autor. En definitiva, el análisis comparado entre Italia y Argentina constituye una vía idónea para reflexionar sobre la necesidad de preservar la trazabilidad, la transparencia y la responsabilidad en el uso de la inteligencia artificial, armonizando la innovación tecnológica con la tutela del ingenio humano y la equidad competitiva⁶.

Esto junto con el hecho de que el Código Civil y Comercial argentino es de los más nuevos, y al unificar los aspectos civiles y comerciales brinda, a merced de elementos aportados por la reforma italiana de 2025⁷ herramientas para una solución innovadora, adecuada y completa a la problemática en análisis.

3.- ELABORACIONES DEL DERECHO ITALIANO

En las secciones que siguen se problematiza el rol central de la creatividad como requisito esencial para la protección del derecho de autor. Para ello, se tomará como punto de partida el análisis jurisprudencial de los tribunales italianos, en particular, el Auto de la Corte de Casación italiana N° 1107/2023, para determinar si el uso de herramientas algorítmicas excluye automáticamente la protegibilidad de la obra y los criterios de intensidad de la elaboración personal.

³ Hidalgo Cerezo, A. *Inteligencia artificial generativa y propiedad intelectual: ¿Cabe protección de derecho de autor para sus resultados o los prompts/instrucciones?*, (2024).

⁴ SIAE *Il tuo diritto d'autore, Diritti morali e patrimoniali*. (2025).

⁵ Coraggio, G. "AI e copyright – US Fair Use vs EU TDM dopo la decisione del Delaware". *Revista Diritto al Digitale* (2025).

⁶ Dornis, T. W., & Stober, S. *Generative AI Training and Copyright Law. Transactions of the International Society for Music Information Retrieval, V(N)* (2025).

⁷ *Ley italiana n.º 132 — Disposiciones y delegas al Gobierno en materia de inteligencia artificial*. (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n.º 223, 25 de septiembre de 2025).

Asimismo, se realizará un análisis normativo sobre los elementos de la Ley italiana 132/2025, que afirma un modelo "antropocéntrico" y las principales coordenadas normativas aplicables en la Unión Europea y los instrumentos internacionales.

3.1.- Hechos relevantes jurisprudenciales y normativos

Por todo lo que venimos expresando, podemos decir entonces que el núcleo de la cuestión jurídica sigue siendo la "creatividad" como criterio discriminatorio para acceder a la protección de los derechos de autor, tal como se prevé en el artículo 1 de la Ley italiana nº 633, de 22 de abril de 1941. Para que un contenido pueda calificarse de "obra intelectual" y gozar de la protección del derecho de autor, debe ser el resultado de una aportación creativa original, expresión de la individualidad e interioridad de su autor. Y fue precisamente sobre este aspecto sobre el que se pronunció el Tribunal de Casación en el Auto nº 1107 de 16 de enero de 2023⁸.

El Tribunal dictaminó que el uso de una herramienta algorítmica no excluye per se la protegibilidad de la obra, sino que exige un examen riguroso del requisito de creatividad, para determinar si la contribución humana fue "suficiente para reflejar la personalidad del autor". El auto reiteraba así el principio, ya bien asentado en la jurisprudencia, según el cual la protección de los derechos de autor no protege la idea, sino su expresión original, si ésta es el resultado de una elaboración intelectual autónoma.

"La protección de los derechos de autor postula la exigencia de originalidad y creatividad, consistente no en la idea subyacente a su realización, sino en la forma de su expresión, es decir, en su subjetividad"⁹.

Concretamente, en el caso examinado por el Tribunal de Casación en 2023, Chiara Biancheri había denunciado la vulneración de sus derechos de autor por el uso por parte de la RAI de una obra gráfica creada con la ayuda de un software de inteligencia artificial, titulada "The scent of the night", utilizada como escenografía del Festival de Sanremo de 2016¹⁰. El recurso, que incluía una petición de retirada del programa de la web y una indemnización por daños y perjuicios, fue una oportunidad para que el Tribunal reafirmara un principio fundamental: el uso de un software generativo no excluye, per se, la existencia de una obra original, siempre que la intervención humana sea lo suficientemente relevante como para integrar una contribución creativa efectiva¹¹.

En particular, el Tribunal Supremo aclaró que la protección de los derechos de autor depende de la intensidad de la elaboración personal, y que corresponde al juez de mérito verificar, caso por caso, si el resultado final es realmente una expresión de la subjetividad artística del autor. Cuando la tecnología se utiliza como una mera herramienta -como un pincel

⁸ Tribunal de Casación en el Auto nº 1107 de 16 de enero de 2023.

⁹ Casación civil, sección I, nº 10300/2020

¹⁰ Casación civil, nº. 1107/2023.

¹¹ Geiger, C. *European Intellectual Property Law*, (2024).

o un montaje de vídeo- sin absorber por completo la iniciativa creativa, la obra puede estar plenamente protegida por la legislación sobre derechos de autor. En cambio, si la intervención humana es marginal o puramente ejecutiva, no se puede conceder la protección, ya que no se da el mínimo de "creatividad" exigido por la ley.

En otras palabras, la jurisprudencia ha puesto de relieve un criterio que podríamos definir como "reforzado" en lo que respecta a la comprobación de la originalidad de una obra mediante el uso de herramientas informáticas generativas¹². Esto nos lleva a adelantar algunas cuestiones:

1. Cuando se reconoce una ideación original humana que es creada con la mera asistencia de la IA, la ley tiende a proteger esa obra creativa bajo los derechos de autor.

2. En los casos en los que hay un uso de la IA carente de un proceso creativo auténtico y consciente, estos resultados no estarían alcanzados por el derecho de autor por la falta de cumplimiento del estándar reforzado.

3. Habrá casos en los que el resultado generado por la IA, pueda no ser confiable, por haber recurrido a reformular obras protegidas previamente por los derechos de autor en infracción de las protecciones. Esto debido al entrenamiento de modelos de IA con artículos y obras protegidas por derechos de autor; lo que puede llevar a copias casi idénticas.

En este contexto, resulta particularmente relevante la reciente Ley italiana N.º 132 del 23 de septiembre de 2025¹³, que introdujo modificaciones sustanciales en la Ley N.º 633 de 1941 sobre derecho de autor. Su artículo 25, titulado "*Tutela del derecho de autor de las obras generadas con la ayuda de la inteligencia artificial*", dispone así sobre modificaciones sobre las "obras del ingenio" a las que se añade la palabra "*humano*", y luego de la expresión "*forma de expresión*" se agregan las palabras "*incluso cuando hayan sido creadas con la ayuda de herramientas de inteligencia artificial, siempre que constituyan el resultado del trabajo intelectual del autor*". Esta norma asimismo, establece disposiciones sobre las reproducciones y extracciones de obras o materiales accesibles legítimamente en línea o en bases de datos con fines de *text and data mining* mediante sistemas de inteligencia artificial, incluso generativa.

Esta disposición confirma la orientación antropocéntrica del derecho de autor italiano: sólo las creaciones que representen un acto intelectual humano identificable pueden ser objeto de protección. La intervención de la inteligencia artificial se admite únicamente como asistencia técnica, no

¹² Iaia, V. "El "mayor rigor" en el examen de la originalidad de las obras del ingenio realizadas con ayuda de software". *Rivista di Diritto Industriale*, fascículo 4-5, págs. 252-273, (2023).

¹³ Ley italiana n.º 132 — Disposiciones y delegas al Gobierno en materia de inteligencia artificial. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n.º 223, 25 de septiembre de 2025.

como sustitución del proceso creativo¹⁴.

De este modo, la Ley 132/2025 refuerza legislativamente lo que la jurisprudencia ya había adelantado: la necesidad de un criterio reforzado de creatividad frente al uso de herramientas generativas. El marco normativo italiano propone un equilibrio al reconocer la utilidad instrumental de la IA, a la vez que reafirma la necesidad de un acto creativo humano consciente como condición esencial de tutela. Este principio de creatividad responsable restablece la centralidad del autor como garante de originalidad, trazabilidad y responsabilidad jurídica, preservando el núcleo antropocéntrico del derecho de autor en una era dominada por la automatización generativa.

Sobre este último punto, puede dar luz sobre esta cuestión lo expresado por el Consejo de Estado, sec. VI, en su sentencia del 6 de junio de 2025, n° 4929¹⁵, cuando se ocupó de una cuestión aparentemente distante de los derechos de autor, pero que ofrece elementos de reflexión decisivos. El asunto se refería a la negativa del organismo público ARGEA Sardegna para permitir el acceso a los datos relativos a las subvenciones agrícolas percibidas por un tercero, alegando que esta información era tratada por algoritmos automatizados gestionados por terceros. Sin embargo, el Consejo de Estado afirmó que "ARGEA tiene competencia primaria y no puede eludir las obligaciones de transparencia y acceso invocando la gestión algorítmica", refiriéndose expresamente a los principios consagrados en el artículo 30 del Decreto Legislativo 36/2023 (Código de Contratos Públicos)¹⁶ y a las directrices del Reglamento (UE) 2024/1689¹⁷ sobre inteligencia artificial: conocibilidad y comprensibilidad de los procesos automatizados; no exclusividad de la decisión algorítmica; y no discriminación.

Por tanto, el derecho de acceso a los documentos no puede verse obstaculizado por la opacidad técnica del sistema de IA empleado. Este pronunciamiento, aunque situado en el ámbito administrativo, muestra cómo la inteligencia artificial no puede operar fuera de un marco garantista y controlable. El mismo principio debería aplicarse, a fortiori, en el contexto de la creación y el tratamiento de contenidos, es decir informando la fuente de sus resultados permitiendo advertir sobre el uso de obras protegidas.

Bien mirado, si en el caso ARGEA el algoritmo hacía opaca la titularidad de un beneficio público, en casos de IA generativa como *The New York Times v. OpenAI y Microsoft*¹⁸, el algoritmo ofusca la propiedad intelectual del contenido, borrando el nexo entre autor y obra, y volviendo a presentar

¹⁴ Desbois, H. "Le droit d'auteur", *Revue internationale de droit comparé* Vol. 3 N°1, Janvier-mars p. 195, (1951).

¹⁵ Consejo de Estado (Italia), Sección VI. *Sentencia n.º 4929 del 6 de junio de 2025*.

¹⁶ *Decreto Legislativo n.º 36 de 31 de marzo de 2023 — Código de Contratos Públicos*. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie General n.º 77, 31 de marzo de 2023.

¹⁷ *Reglamento (UE) 2024/1689 relativo a un marco armonizado sobre inteligencia artificial (AI Act)*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 202, 12 de julio de 2024.

¹⁸ D'Antonio Flaminia – Martínez Lima, Lucía "Inteligencia Artificial, derechos de autor y competencia desleal a raíz del fallo 'The New York Times Company et al. v. OpenAI LP et al.'".

el contenido protegido como resultados "neutros" de un procesamiento estadístico. En ambos casos, la ley está llamada a restablecer la transparencia, la trazabilidad y la responsabilidad.

Es precisamente en este terreno donde el Derecho europeo deberá asumir la necesidad de un equilibrio normativo inspirado en el principio de proporcionalidad: garantizar la protección del ingenio humano, sin comprimir innecesariamente la innovación tecnológica¹⁹. En este marco, los derechos de autor siguen siendo un instrumento central, pero tendrán que adaptarse a un ecosistema en el que la creatividad está cada vez más asistida, hibridada o mediada por tecnologías no humanas. Y esto requerirá no sólo una reflexión teórica sobre la noción misma de trabajo, sino también un replanteamiento práctico de la regulación, capaz de distinguir entre explotación tecnológica y explotación algorítmica.

En esta perspectiva, emerge con fuerza otro aspecto de la cuestión, a menudo pasado por alto pero crucial en la actualidad: la infracción de los derechos de autor no sólo produce efectos relevantes en la esfera subjetiva del autor, sino que, como hemos mencionado anteriormente, afecta directamente a los equilibrios competitivos del mercado. Cuando la inteligencia artificial, mediante el uso no autorizado de obras protegidas, permite a un operador económico producir contenidos o servicios que sustituyen al original, no sólo se produce un perjuicio patrimonial, sino también una ventaja competitiva indebida, basada en la apropiación sistemática de la creatividad ajena.

De hecho, la evolución jurídica actual demuestra que el derecho de autor, incluso en su vocación original de protección de la creatividad, no agota su función en el ámbito exclusivo de la autoría, sino que se proyecta cada vez más en el plano de la competencia (por tanto, también comercial), asumiendo un valor sistémico de regulación del mercado.

Esto sucede, en particular, cuando la violación de los derechos exclusivos sobre la obra no sólo se traduce en un perjuicio para el autor, sino que se convierte en un instrumento para la adquisición ilícita de una ventaja competitiva por parte de un sujeto económico. En estas hipótesis, la reproducción no autorizada de un contenido protegido se convierte en un acto capaz de alterar la equidad de las relaciones de competencia, integrando así un supuesto de competencia desleal, en virtud del artículo 2598 del Código Civil²⁰, que establece: "Los actos de competencia desleal son cometidos por cualquier persona: utilice nombres o signos distintivos legítimamente utilizados por otros, o imite servilmente los productos de un competidor, o realice por cualquier otro medio actos susceptibles de crear confusión con los productos y la actividad de un competidor; difunda noticias y apreciaciones sobre los productos y la actividad de un competidor que puedan desacreditarlos, o se apropie de los méritos de los productos o de la empresa de un competidor; haga uso, directa o indirectamente, de

¹⁹ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Diario Oficial de la Unión Europea, C 364, 18 de diciembre de 2000, artículo 52(1).

²⁰ *Codice Civile della Repubblica Italiana*, Real Decreto n.º 262 de 16 de marzo de 1942, artículo 2598. *Gazzetta Ufficiale del Regno di Italia*, n.º 79, 4 de abril de 1942.

cualquier otro medio no conforme con los principios de corrección profesional que pueda perjudicar la actividad de otra persona".

En particular, el tercer apartado contiene la cláusula general, amplia y flexible, que cubre los casos de competencia parasitaria. Este caso se produce cuando una empresa, sin violar formalmente las normas de propiedad industrial o intelectual, se apropia sistemáticamente del trabajo creativo y organizativo de otros para obtener una ventaja competitiva, ahorrando en los costes de concepción, producción o promoción, y limitándose a seguir y reproducir fielmente las opciones innovadoras de un competidor.

En el caso de contenidos protegidos por derechos de autor, el uso no autorizado y masivo puede ser, por tanto, doblemente importante: como violación del derecho exclusivo de autor, en el sentido de la Ley nº 633 de 22 de abril de 1941 como conducta de competencia desleal, como estrategia de imitación sistemática y explotación de la reputación y la inversión creativa ajenas.

El ejemplo paradigmático, de hecho, lo ofrece el reciente caso *The New York Times Company contra OpenAI y Microsoft*, llevado ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Manhattan en diciembre de 2023. Ello según las alegaciones del NYT: millones de artículos periodísticos, amparados por derechos de autor y sujetos a un muro de pago (paywall), fueron supuestamente utilizados sin autorización para el entrenamiento de modelos generativos de inteligencia artificial, como ChatGPT y Copilot, desarrollados respectivamente por OpenAI y Microsoft.

El argumento del Times no sólo se basa en la infracción de los derechos de autor, sino que se extiende a alegar una forma de competencia desleal, debido a que los modelos así entrenados reproducían porciones de contenidos protegidos, respondiendo de forma casi literal a preguntas que recordaban artículos originales, sustituyendo de hecho a la propia obra, restando lectores, tráfico y valor al producto editorial. Según la lógica que subyace a la demanda, el uso indiscriminado de contenidos de pago de alta calidad, sin licencia ni compensación, no sólo constituiría una infracción formal, sino una forma de competencia parasitaria: las empresas tecnológicas habrían monetizado la reputación, la autoridad y la inversión intelectual del NYT, sin asumir ninguno de los costes editoriales, pero beneficiándose de los resultados a nivel competitivo y sobre todo comercial.

Podemos entender así cómo los derechos de autor, manteniendo su matriz personalista y cultural, asumen una relevancia funcional en la protección de la equidad competitiva, especialmente en los mercados digitales, donde la apropiación automática y la redistribución no autorizada de contenidos pueden poner en peligro la sostenibilidad de sectores productivos enteros basados en el ingenio y la información.

Otro caso emblemático que refuerza las cuestiones críticas planteadas en *The New York Times Company contra OpenAI y Microsoft* es el presentado por Getty Images contra Stability AI Ltd en el Tribunal Superior

de Justicia inglés²¹. La empresa demandante, líder mundial en el mercado de contenidos visuales, denunció que millones de imágenes protegidas por derechos de autor fueron tomadas ilegalmente por Stability AI para entrenar el modelo Stable Diffusion, sin autorización ni licencia. Las reclamaciones se dividen en tres: infracción directa de los derechos de autor de la fase de formación; la importación al Reino Unido de software preentrenado que contiene datos protegidos; la generación de imágenes sintéticas que reproducen sustancialmente las obras originales.

Al igual que en NYT contra OpenAI, se trata claramente de una conducta económicamente parasitaria dirigida a obtener una indebida ventaja competitiva mediante la explotación de la creatividad y las inversiones ajenas. El uso masivo e indiscriminado de contenidos protegidos -a menudo cubiertos por paywalls- viola no sólo los derechos de autor, sino también los principios fundamentales de la competencia leal, perfilando hipótesis de competencia desleal de conformidad con el artículo 2598 del Código Civil italiano, en forma de "apropiación de méritos ajenos" o "imitación servil" a nivel funcional y económico. El paralelismo con el caso estadounidense NYT contra OpenAI es aún más riguroso si se tiene en cuenta que el New York Times se quejó del uso sistemático y no autorizado de sus artículos para entrenar modelos lingüísticos avanzados como GPT-3 y GPT-4. Los demandantes alegaron que "los resultados pueden 'regurgitar' o reproducir grandes porciones de las obras de los demandantes, textualmente o casi textualmente, que han memorizado durante el entrenamiento". Además, la conducta ha sido calificada de "parasitaria", ya que resta tráfico, publicidad y suscripciones a los medios de comunicación, alterando el equilibrio del mercado de la información²².

Desde esta perspectiva, parece relevante la reciente investigación abierta por la AGCM contra DeepSeek. En el procedimiento PS12942, la Autoridad impugnó una práctica comercial desleal en virtud de los artículos 20, 21 y 22 del Código de Consumo, basada en la falta de divulgación de la posibilidad de que la IA genere "alucinaciones": es decir, respuestas erróneas, engañosas o completamente inventadas. A falta de una información adecuada, el usuario se enfrenta a una decisión empresarial sobre la base de una confianza infundada, creyendo erróneamente en la veracidad y fiabilidad del resultado.

Aunque el caso DeepSeek no implica directamente una infracción de los derechos de autor, encaja en el mismo marco de riesgo sistémico en el que la IA generativa, operando de forma opaca o no regulada, pone en peligro tanto la equidad competitiva como los derechos de propiedad intelectual. Es en esta perspectiva donde surge la necesidad de una regulación proporcionada y clara, capaz de conciliar el progreso tecnológico con la salvaguarda de los derechos fundamentales y la creatividad humana.

²¹ Getty Images (US) Inc. & Ors v. Stability AI Ltd, IL 2023-000007, [2025] EWHC 38 (Ch), High Court of Justice of England and Wales, sentencia del 14 de enero de 2025.

²² Tribunal del Distrito Sur de Nueva York (*The New York Times Company v. Microsoft Corporation et al.*, No. 1:23-cv-11195, S.D.N.Y.), 2025.

Otro motivo de reflexión se desprende de la sentencia dictada en el asunto *Getty Images contra Stability AI*²³, ante el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra, en la que la juez examinó una multiplicidad de agravios relacionados con el uso por parte de Stable Diffusion de contenidos protegidos por derechos de autor. La sentencia puso de relieve no sólo el alcance técnico de las operaciones masivas de scraping de imágenes por parte del sistema de inteligencia artificial, sino también el riesgo sistémico derivado de la dificultad estructural de identificar las obras realmente implicadas en el entrenamiento y la generación del resultado.

En particular, señaló que "La queja de los demandantes es que la demandada ha tomado millones de imágenes de los sitios web de Getty Images, sin el consentimiento de los demandantes, y ha utilizado esas imágenes ilegalmente como entrada para entrenar y desarrollar Stable Diffusion. Además, los demandantes afirman que el resultado de Stable Diffusion es en sí mismo infractor [...]". El alcance de la infracción parece agravado por la dificultad de los demandantes para determinar con precisión qué imágenes se utilizaron en el proceso de entrenamiento.

Este hecho revela un elemento crucial en el debate actual: la asimetría de información entre quienes desarrollan modelos generativos de IA y quienes sufren el uso no autorizado de sus obras. Por tanto, el meollo de la disputa no es sólo técnico o contractual, sino jurídico y sistémico: se refiere a la opacidad de los procesos algorítmicos y a la imposibilidad de que los autores y titulares de derechos ejerzan un control efectivo sobre la forma en que se explota su obra.

Bien mirado, la sentencia *Getty Images* refuerza lo ya denunciado en los casos *New York Times contra OpenAI* y *Microsoft*: en ambas sentencias, el verdadero vulnus es el vaciamiento progresivo de los derechos de autor mediante prácticas tecnológicas que eluden el principio de autorización y remuneración. El problema se desplaza así del plano estático de la "reproducción" al dinámico de la "sustracción sistemática de valor".

En este sentido, no está de más recordar también el caso "DeepSeek" investigado por la Autoridad Antimonopolio italiana (medida nº 31369/2024). Aquí la AGCM impugnó la difusión a través de IA de información engañosa, capaz de "alterar las opciones económicas de elecciones económicas de los consumidores", infringiendo el artículo 21, apartado 1, letra b), del Código de Consumo. Aunque se trata de un ámbito diferente, el de la publicidad, la ratio es la misma: la IA generativa, si no está debidamente regulada, puede producir contenidos que distorsionen la percepción del destinatario final, haciendo imposible distinguir lo que es original de lo que es una copia, lo que es lícito de lo que no lo es.

La Autoridad puso de manifiesto una práctica comercial desleal, basada en la omisión -o en todo caso en la insuficiencia- de información sobre la posibilidad de que el output generado por la IA presente errores, distorsiones o contenidos completamente inventados: las llamadas alucinaciones.

²³ *Getty Images (US) Inc y otros v. Stability AI Ltd*, asunto n.º IL-2023-000007, [2025] EWHC 38 (Ch), High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division). (2025).

Según la AGCM, esta omisión infringe los artículos 20, 21 y 22 del Código de Consumo, en la medida en que compromete la capacidad del usuario para tomar decisiones informadas sobre el uso del servicio, induciéndole a depositar una confianza injustificada en la fiabilidad del output producido por el sistema.

La trascendencia jurídica de este caso no se limita al ámbito del consumo, sino que también ofrece importantes elementos de reflexión en el ámbito de la propiedad intelectual y los derechos de autor. De hecho, las alucinaciones -como efecto típico de la generatividad algorítmica no supervisada- contribuyen a hacer aún más opaca la frontera entre contenidos originales y contenidos derivados o "regenerados" sin control. En consecuencia, a falta de información transparente y accesible, los consumidores pueden encontrarse realizando actos de reproducción, difusión o publicación de material percibido engañosamente como propio, exponiéndose involuntariamente al riesgo de infracción de los derechos de autor de terceros.

En conclusión, los tres casos -Getty Images, New York Times y DeepSeek- esbozan una trayectoria coherente de preocupaciones jurídicas y sistémicas: el desarrollo de sistemas generativos de IA debe medirse con un marco normativo que garantice la transparencia, la trazabilidad y la proporcionalidad. Es en esta perspectiva que los derechos de autor deben ser defendidos como guardianes de la libertad creativa, así como un instrumento esencial de equilibrio entre la innovación tecnológica y la justicia de la información.

Y es aquí donde volvemos al punto de partida: la lección a aprender es que la inteligencia artificial generativa, si no está correctamente regulada en sus mecanismos de información, genera no sólo un riesgo de sesgo algorítmico y cognitivo, sino también una compresión indebida de los derechos de autor y de la libertad informativa, agravada por la falta de advertencias claras, comprensibles y multinivel. Esto pone de relieve la necesidad de un equilibrio eficaz entre el desarrollo tecnológico, la protección de los consumidores y la protección de la creatividad humana.

Es como si todas estas dimensiones heterogéneas pero profundamente interconectadas -desde la creatividad original, pasando por su apropiación parasitaria, hasta la desinformación sistémica- trazaran un círculo que se expande pero que finalmente vuelve a cerrarse, devolviendo al jurista la carga de reconectar lo que el algoritmo tiende a romper. La automatización del ingenio, la opacidad computacional y la generación desvinculada de lo real dan lugar a desviaciones progresivas y convergentes: algorítmicas, porque se inscriben en modelos predictivos que recombinan datos desprovistos de significado semántico; informacionales, porque se estructuran sobre infraestructuras que eluden las limitaciones legales y contractuales de la autoría; y cognitivos, porque alteran la percepción y la capacidad crítica del receptor, llevándolo a aceptar como real lo que sólo es estadísticamente verosímil.

En esta espiral, la crisis de los derechos de autor no es sólo una cuestión técnica o normativa: es el efecto jurídico de una mutación cultural

más amplia, en la que el hombre corre el riesgo de perder el vínculo con el origen de la obra y, con él, su propia autonomía intelectual. Esta dinámica -aparentemente ajena al tema de los derechos de autor- comparte en realidad su estructura lógica básica: la cuestión central no es tanto la capacidad de la IA para "producir" contenidos, como la verificabilidad del origen, la fiabilidad del resultado y la identificabilidad de la parte responsable. Del mismo modo que no es posible basar una investigación penal en información generada por un sistema opaco y no rastreable. Así pues, no es posible atribuir protección autoral a una obra cuyo origen creativo puede remontarse a una reelaboración automática carente de conciencia e intencionalidad.

Y es precisamente en esta zona vacante donde el Derecho está llamado a intervenir con nuevos instrumentos coherentes con los principios fundacionales del ordenamiento jurídico: responsabilidad subjetiva, transparencia, trazabilidad, verdad. El problema no es el uso de la tecnología, sino su silencioso abuso; no la inteligencia artificial per se, sino la indebida delegación de la función epistémica y creativa en un sistema incapaz de discernir.

Esto es aún más cierto en el ámbito de los derechos de autor, en el que el valor de la obra no está sólo en la forma, sino en la intencionalidad del proceso creativo, en la reconocibilidad del autor, en su capacidad para dar sentido al material. Si la creatividad humana se reduce a una mera interpolación algorítmica, el vínculo entre autor y obra se rompe, y con él la estructura fundacional de la protección jurídica, que se basa en la dignidad del ingenio y no en la mera reproductibilidad técnica.

Es en este contexto en el que se requiere un enfoque holístico e interdisciplinario, capaz de mantener unidas la fiabilidad de la información, la propiedad creativa y la equidad competitiva. Un planteamiento a nivel europeo por el Reglamento (UE) 2024/1689 (Ley de IA), que trata de proporcionar una arquitectura de garantías basada en la transparencia, trazabilidad y conocibilidad de los sistemas algorítmicos, con el fin de evitar derivas opacas y automatizadas en la gestión de la información y la creatividad. Sin embargo, la propia estructura de la Ley de IA, aunque animada por objetivos loables, presenta rasgos de sobrerregulación formal, con definiciones amplias, obligaciones heterogéneas y requisitos mal coordinados que corren el riesgo de comprometer la aplicabilidad efectiva del sistema.

Esta imbricación de los derechos de autor y la competencia desleal exige una reflexión jurídica profunda, sobre todo a la luz de los nuevos retos reglamentarios vinculados a la difusión de la inteligencia artificial. En efecto, se plantea la cuestión de saber qué instrumentos reglamentarios pueden garantizar hoy en día un equilibrio entre innovación tecnológica y protección efectiva de la producción cultural, entre libertad de empresa y respeto de la originalidad.

3.2.- Normativa aplicable

Partiendo de estas cuestiones, iniciaremos a continuación el análisis normativo comparado, con especial referencia al marco jurídico italiano y europeo, a la ley sobre derechos de autor (L. 633/1941), a las directivas y reglamentos de la Unión Europea y a las propuestas de reforma más recientes.

En Italia, la protección de las obras del intelecto hunde sus raíces en la época anterior a la unificación, pero no tomó forma completa hasta la ley de 18 de mayo de 1925, n. 475. Sin embargo, fue con la Ley nº 633 (LDA) de 22 de abril de 1941 aún hoy vigente, aunque ampliamente modificada cuando se perfiló un sistema orgánico de protección del derecho de autor.

El artículo 1 establece que "Quedan protegidas por la presente ley las obras del intelecto de carácter creativo pertenecientes a la literatura, la música, las artes figurativas, la arquitectura, el teatro y la cinematografía, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. Los programas de ordenador también están protegidos como obras literarias en el sentido del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas ratificado y puesto en vigor por la Ley Nº 399 (así como las bases de datos que por su elección o disposición del material constituyan una creación intelectual del autor).

En el Capítulo II, "Sujetos de derecho", se redactan otros artículos, como el Artículo 6: "El título originario de la adquisición del derecho de autor es la creación de la obra, como expresión particular del trabajo intelectual."

En el artículo 12, "El autor tiene el derecho exclusivo de publicar la obra. También tiene el derecho exclusivo de utilizar económicamente la obra en cualquier forma y manera, original o derivada, dentro de los límites establecidos por esta ley y, en particular, mediante el ejercicio de los derechos exclusivos indicados en los artículos siguientes. Se considerará primera publicación la primera forma de ejercicio del derecho de utilización...

Se reconocen dos tipos de derechos:

1. Derechos morales (Art. 20-24 de la LDA): inalienables e imprescriptibles, protegen el vínculo personal entre autor y obra (derecho de paternidad, integridad, no modificación).

2. Derechos patrimoniales (Art. 12 y ss. de la LDA): otorgan al autor la facultad exclusiva de explotar económicamente la obra (reproducción, difusión, comunicación pública, etc.).

La duración de los derechos patrimoniales se fija en 70 años tras la muerte del autor, mientras que los derechos morales son eternos.

La evolución de la legislación italiana sobre derechos de autor, originalmente estructurada en torno a la Ley nº 633 de 22 de abril de 1941, se ha desarrollado en progresiva integración con las fuentes supranacionales. La adaptación se ha producido tanto en el plano convencional como en el del Derecho de la Unión Europea, a través de un

cuerpo normativo que ha ido definiendo progresivamente los límites de la protección de la propiedad intelectual en la era digital.

El Convenio de Berna²⁴, firmado en 1886 y revisado por última vez en París en 1971, es el principal tratado internacional sobre derechos de autor. Italia se adhirió a él mediante la ley nº 399 de 20 de junio de 1978, vinculándose así a los principios fundamentales de la protección internacional de las obras intelectuales.

El Convenio se basa en tres pilares:

- El principio de trato nacional (Art. 5.1), según el cual cada Estado Parte se compromete a garantizar a los autores extranjeros los mismos derechos concedidos a sus propios nacionales;

- La ausencia de formalidades (Art. 5.2), según el cual la protección nace ex lege y no está sujeta a registro ni a otras formalidades;

- El reconocimiento del derecho moral de autor (artículo 6bis), incluyendo el derecho a la paternidad e integridad de la obra, que en el sistema italiano se configuran como derechos inalienables, imprescriptibles e inalienables.

- El Convenio ha orientado decisivamente el sistema italiano, que ya en la Ley 633/1941 atribuía importancia tanto al componente patrimonial como a la moral del derecho de autor.

El Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) - Marrakech, 1994 El acuerdo ADPIC, parte integrante de los acuerdos constitutivos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994 y se incorporó a la legislación italiana mediante la ley nº 747 de 29 de diciembre de 1994²⁵.

Este acuerdo representó un punto de inflexión en el sentido economicista y globalizado de la protección de los derechos de autor, incluyéndola dentro de la disciplina del comercio internacional. El objetivo era (y sigue siendo) armonizar las normas mínimas de protección en todos los países miembros, promoviendo la eficacia de la protección.

En particular, los ADPIC incorpora y refuerza las disposiciones del Convenio de Berna (Art. 9 ADPIC), amplía la protección también a las obras digitales e informáticas, impone obligaciones de aplicación a los Estados, con la introducción de recursos judiciales efectivos en caso de infracción. En el contexto italiano, el ADPIC ha contribuido a reforzar la eficacia de las sanciones, tanto civiles como penales, previstas por la Ley 633/1941.

²⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1886, última revisión en 1979). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* (Convenio de Berna). Ginebra: OMPI.

²⁵ Organización Mundial del Comercio (OMC). (1994). *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS)*, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, como parte integrante del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. En vigor desde el 1 de enero de 1995. Incorporado al ordenamiento italiano mediante la Ley n.º 747 de 29 de diciembre de 1994.

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, también denominada "Directiva InfoSoc"²⁶, constituyó la primera gran armonización europea de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. La Directiva perseguía un doble objetivo garantizar un alto nivel de protección de los derechos de autor en el entorno digital y garantizar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los usuarios, mediante un sistema de excepciones y exclusiones obligatorias (art. 5).

Entre las innovaciones más importantes figuran:

- la armonización del derecho de reproducción y de comunicación al público (artículos 2 y 3),
- la introducción del principio de neutralidad tecnológica,
- la protección de las medidas tecnológicas de protección (DRM), introducida por el art. 6.

Esta directiva tuvo un profundo impacto en el derecho interno, implicando cambios sustanciales en la L. 633/1941 y anticipando las cuestiones derivadas de la distribución digital de las obras.

La Directiva (UE) 2019/790, aprobada el 17 de abril de 2019, supone la actualización más relevante del marco europeo de derechos de autor, en respuesta a las nuevas dinámicas del mercado digital²⁷.

Dos son los ejes principales de la Directiva:

- La redefinición de la responsabilidad de las plataformas en línea (art. 17): las plataformas de intercambio de contenidos (como YouTube, Facebook, etc.) son responsables de la comunicación al público de los contenidos subidos por los usuarios, a menos que hayan obtenido las autorizaciones necesarias o demuestren que han cumplido las obligaciones específicas de diligencia debida;
- La introducción de excepciones obligatorias para la minería de textos y datos (TDM) con fines científicos (art. 3) y generales (art. 4), respetando la legislación sobre derechos de autor.

La directiva también reforzó los derechos de los autores frente a los usuarios comerciales, imponiendo obligaciones de transparencia y mecanismos contractuales de reequilibrio.

Italia transpuso la Directiva mediante el Decreto Legislativo nº 177 de 8 de noviembre de 2021.

El Reglamento (UE) 2024/1689 sobre Inteligencia Artificial, que entró en vigor en junio de 2024, se erige como el primer reglamento orgánico a

²⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2001). *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información* (Directiva "InfoSoc"). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 167, 22 de junio de 2001, pp. 10–19.

²⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2019). *Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 130, 17 de mayo de 2019, pp. 92–125.

escala europea sobre sistemas de inteligencia artificial, adoptando un enfoque basado en el riesgo.

Aunque el reglamento no interviene directamente en cuestiones de derechos de autor, el artículo 53 obliga a los desarrolladores y usuarios de sistemas de IA a cumplir la normativa europea de protección de contenidos, incluida la Directiva 2019/790.

Además, el reglamento establece la obligación para los proveedores de modelos generativos de IA (como GPT o Stable Diffusion) de:

- documenten de forma transparente los conjuntos de datos de entrenamiento,
- garantizar que el entrenamiento no infringe los derechos de autor,
- tomar medidas para impedir la reproducción no autorizada de obras protegidas.

Estas disposiciones han sido recogidas y reforzadas por el proyecto de ley italiano n.º 1146-B, actualmente en la Cámara de Diputados.

Estas disposiciones han sido recogidas y reforzadas por el proyecto de ley italiano n.º 1146-B, posteriormente aprobado como la Ley n.º 132 del 23 de septiembre de 2025, que introduce disposiciones y delegaciones al Gobierno en materia de inteligencia artificial.

4.- ELABORACIONES DEL DERECHO ARGENTINO

En esta sección, sin dejar atrás las enseñanzas del derecho italiano, se abordan las soluciones generalistas del derecho argentino para los principales problemas que plantea el uso de obras protegidas en el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial.

Para ello, se examinan el reconocimiento de derechos del autor frente a procesos algorítmicos que reutilizan contenidos; la reproducción pública de contenidos en entornos digitales; cómo las categorías tradicionales se proyectan sobre el entrenamiento masivo de datos y las respuestas regulatorias y jurisprudenciales emergentes. Todo ello, dará lugar a identificar convergencias, vacíos y criterios útiles para orientar una regulación razonable en clave de derechos de autor.

4.1.- El derecho de autor

El derecho de autor en la República Argentina se encuentra regulado principalmente por la Ley N.º 11.723 de Propiedad Intelectual. Esta norma protege los derechos de los autores (en consonancia con el carácter personal que se viene mencionando)²⁸ sobre las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; entre otros (Ley 11.723, art. 1).

Los registros periodísticos en particular, se consideran obras protegidas en tanto sean expresiones originales y concretas de ideas. La

²⁸ Antequera, Ricardo E, "Zonas de contacto entre derecho de autor y derechos industriales" en *Derechos Intelectuales*, (Astrea, 2005).

ley no distingue entre géneros ni soportes, por lo que tanto los textos escritos como los contenidos digitales gozan de igual protección legal²⁹.

En este sentido, la jurisprudencia argentina ha reafirmado que la reproducción no autorizada de obras protegidas, incluidas las periodísticas, configura una infracción a los derechos patrimoniales. En el fallo de referencia se estableció que la distribución de obras científicas sin autorización vulnera el artículo 72, inciso a, de la Ley 11.723.

En cuanto a contenidos digitales, el Decreto 165/1994 incorporó expresamente los programas de computación y bases de datos a la protección por la Ley 11.723. Esto es especialmente relevante para las bases digitales de contenido periodístico, ya que tanto su estructura como la selección y disposición de contenidos pueden ser consideradas obras protegidas, cuando hay originalidad en su diseño. Asimismo, el Decreto también incluye a "III. La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de software." entre los objetos de protección.

Los desafíos derivados de la circulación de obras en entornos digitales también han sido abordados jurisprudencialmente. En *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.*³⁰, la Corte Suprema estableció que los motores de búsqueda no son responsables automáticamente por contenidos indexados, pero sí pueden serlo si toman conocimiento de su ilicitud y no actúan diligentemente. De manera similar, en el caso *Denegri, Natalia c/ Google Inc.*³¹, se ordenó la desindexación de contenidos que, pese a haber sido originalmente lícitos, carecían de interés público actual y lesionaban derechos personalísimos como el honor y la intimidad.

Las soluciones planteadas por la violación de estos derechos personalísimos por intermediarios como son las plataformas y motores de búsqueda, resulta idónea para el caso de análisis dado que se trata de un intermediario que media entre el usuario y el acceso al contenido digital, adicionando su carga interpretativa.

Asimismo, resulta dable recordar otros antecedentes de conflicto entre la protección de los derechos de autor sobre obras periodísticas y la libertad de expresión. Conflicto que ha sido abordado por la jurisprudencia mediante el estándar de la real malicia. En *Campillay c/ La Razón*³², se estableció que la responsabilidad por la difusión de información errónea que afecte el honor requiere probar dolo o culpa grave. En *Patitó c/ Diario La Nación*³³, se confirmó esta doctrina, consolidando un equilibrio entre el derecho a la información y los derechos personalísimos.

Acompaña la normativa reseñada, la autoridad competente en la materia, la Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) creada por el

²⁹ Cámara Nacional Civil, Sala L. J.C.P. c/ L.V.S.A. y otros, LL 2011-F, 326 (2011).

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.*, Fallos 337:1174 (2014).

³¹ Cámara Nacional Civil, Sala H. *Denegri, Natalia c/ Google Inc.*, LL 2022-D, 430 (2022).

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Campillay, Julio c/ La Razón y otros*, Fallos 308:789 (1986).

³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, Fallos 329:3140 (2006).

Decreto 41.233/1934. La misma cumple funciones de registro, certificación, depósito de obras y fiscalización administrativa. A su vez, existen sociedades de gestión colectiva, entre las que se destacan SADAIC, ARGENTORES, DAC, entre otras, que gestionan los derechos en nombre de los autores.

En el plano internacional, la Argentina es parte del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, la Convención Universal sobre Derecho de Autor y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que tienen jerarquía suprallegal conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y fueron previamente reseñadas en el acápite de normativa italiana.

En conclusión, el marco normativo argentino ofrece una protección integral a los registros periodísticos como obras intelectuales originales, en cualquier soporte. Esta protección incluye tanto la autoría moral como los derechos patrimoniales sobre su reproducción, adaptación y difusión, incluso en entornos digitales, sin perjuicio de los límites derivados del interés público, la libertad de prensa y los derechos personalísimos.

4.2.- Responsabilidad de los intermediarios digitales

En el panorama argentino, si bien no se han presentado antecedentes relevantes en materia de sistemas de IA aún, si han surgido debates que merecen ser abordados³⁴. Especialmente como la expansión de los entornos digitales ha dado lugar a una discusión global sobre la responsabilidad de los intermediarios (motores de búsqueda, redes sociales, sitios web) frente a contenidos generados por terceros. En Argentina, no existe una regulación unificada, pero la jurisprudencia ha delineado un estándar de responsabilidad que permitiría brindar respuestas frente al uso indebido de sistemas de IA de desarrollos protegidos por derechos de autor.

En el caso Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.³⁵, la Corte sostuvo que los motores de búsqueda no son responsables automáticamente por los contenidos que indexan, pero sí pueden serlo si, habiendo sido debidamente notificados sobre la ilicitud del contenido, no actúan diligentemente para evitar nuevos daños. En esa oportunidad, el Tribunal fijó la doctrina según la cual la responsabilidad surge cuando hay conocimiento efectivo del contenido ilícito y omisión de removerlo o desindexarlo. En el supuesto de análisis, habría responsabilidad del sistema de IA en cuanto incluya en sus repositorios desarrollos sin indicar claramente la autoría y programar las respuestas (outputs) de modo tal que puedan citar las fuentes originales.

³⁴ DETERMANN, Lothar, *Derecho de la inteligencia artificial: Guía práctica para el cumplimiento corporativo internacional*, (Buenos Aires, Astrea, 2025).

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc., Fallos 337:1174 (2014).

De forma similar, en el fallo Denegri³⁶, se ordenó la desindexación de contenidos de carácter periodístico antiguo, disponibles en YouTube y otros medios, que afectaban la imagen e intimidad de la actora sin justificar un interés público actual. El tribunal reconoció allí la existencia de un derecho al olvido digital, en articulación con los derechos personalísimos y la protección de datos.

Este enfoque sitúa a los intermediarios en una posición de corresponsabilidad: no se los considera editores, pero tampoco simples conductos técnicos. Tienen la obligación de implementar mecanismos de remoción, desindexación o bloqueo ante reclamos fundados.

Para el caso de análisis, los sistemas de IA generativa, no podrían reproducir contenidos de otras plataformas sin autorización, y advertidos sobre esta actividad deberían actualizar sus programaciones para evitarlo. La reproducción literal o recombinada por sistemas de IA, sin la debida indicación de la fuente afecta los derechos consagrados en materia de derechos de autor. Ello al menos cuando no se trate de fines educativos o científicos o sin autorización cuando se destine a fines económicos.

4.3.- Regulación en materia de inteligencia artificial

En el contexto argentino, la regulación estricta sobre los sistemas de inteligencia artificial (IA) se encuentra desatomizada y dispersa, lo que responde en parte al debate doctrinario sobre la conveniencia —o no— de diseñar marcos regulatorios específicos para este fenómeno. Una corriente sostiene que los conflictos que genera la IA pueden ser abordados eficazmente con las normas vigentes; otra propone regulaciones específicas que acompañen su acelerada evolución técnica.

Para el caso puntual que aquí se examina —el uso no autorizado de artículos periodísticos protegidos por derechos de autor para entrenar modelos de IA—, las respuestas normativas existentes ofrecen herramientas relevantes, incluso sin una ley de IA de carácter integral.

En materia de soft law, Argentina ha adherido a la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial (UNESCO)³⁷ y a los Principios de la OCDE sobre IA³⁸, además de sumarse al Pacto Global de Inteligencia Artificial (GPAI) en 2022. Estos instrumentos internacionales establecen principios de transparencia, trazabilidad, respeto por los derechos humanos y responsabilidad, que constituyen parámetros interpretativos para el ordenamiento interno.

En el plano doméstico, el “Plan Nacional de Inteligencia Artificial”³⁹ y la Decisión 2/2023 de la Secretaría de Innovación Pública delinearon lineamientos éticos y prácticos para el uso de IA en proyectos públicos,

³⁶ Cámara Nacional Civil, Sala H. Denegri, Natalia c/ Google Inc., LL 2022-D, 430 (2022).

³⁷ UNESCO, *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, 2022.

³⁸ OCDE, *Principios de IA de la OCDE son el primer estándar intergubernamental sobre IA. Promueven una IA innovadora y confiable que respeta los derechos humanos y los valores democráticos*, adoptados en 2019 y actualizados en 2024.

³⁹ ArgenIA, (2019), <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2021/02/Argentina-National-AI-Strategy.pdf> (Consultado 21 de noviembre de 2025).

incorporando los estándares de UNESCO. Paralelamente, se han presentado diversos proyectos de ley relativos a protección de datos, alfabetización digital, prevención de fraudes por manipulación de imagen y creación de una autoridad específica para supervisar el desarrollo y uso de IA.

En el ámbito doctrinal, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil han reconocido que “puede incluirse en el elenco de actividades riesgosas, entre otras: la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y sistemas operados por inteligencia artificial”⁴⁰. También afirmaron que “la adecuada protección del daño injusto [...] impone prioritariamente la adopción de medidas de corte evitatorio en el desarrollo de actividades peligrosas o riesgosas” (Unanimidad), estableciendo así un nexo claro entre IA y el deber preventivo de la responsabilidad civil.

Asimismo, indicaron que “no es fácil pronosticar cuáles actividades riesgosas existirán en el futuro” y que la interpretación debe ser “dúctil, abierta, genérica y flexible”, lo que permite aplicar el marco vigente a nuevos supuestos tecnológicos. Esta posición se complementa con el criterio de que “lo señalado no obsta a que determinadas actividades riesgosas o peligrosas tengan un régimen particular complementario del marco normativo general”, abriendo la puerta a una regulación específica si resultara necesaria⁴¹.

En la edición de 2022, se destacó que “la transparencia algorítmica es uno de los principios fundamentales del Derecho del Consumidor en entornos digitales” y se propuso el desarrollo de estándares y protocolos que cubran todo el ciclo de vida de los sistemas de IA. Actuar en pos del impulso de esta transparencia, especialmente en lo referido al entrenamiento y las fuentes utilizadas, contribuye directamente a la prevención de daños injustos, uno de los fines esenciales de la responsabilidad civil en su función preventiva (art. 1710 CCyC)⁴².

En línea con los principios de la UNESCO, la ética en la programación y uso de la IA exige que los sistemas sean diseñados y operados de forma que respeten la dignidad humana, el pluralismo y la no discriminación, evitando la reproducción de sesgos y asegurando la rendición de cuentas de sus desarrolladores y operadores. Incorporar estos principios en el entrenamiento —mediante la verificación de la licitud de las fuentes y la atribución correcta de contenidos— no solo refuerza la transparencia, sino que también garantiza que la innovación tecnológica se desarrolle dentro de un marco de integridad y justicia, evitando que el progreso técnico se construya sobre prácticas contrarias al derecho o la ética.

Estas conclusiones ofrecen un marco argumental para considerar que la reproducción sistemática y no autorizada de artículos en el

⁴⁰ *Congresos y Jornadas Nacionales de DERECHO CIVIL: Sistematización de sus conclusiones (1927-2022)*, (Buenos Aires, TR La Ley y Universidad Austral, 2024), 538.

⁴¹ *Congresos y Jornadas Nacionales de DERECHO CIVIL: Sistematización de sus conclusiones (1927-2022)*, (Buenos Aires, TR La Ley y Universidad Austral, 2024), 538 - 539.

⁴² *Congresos y Jornadas Nacionales de DERECHO CIVIL: Sistematización de sus conclusiones (1927-2022)*, (Buenos Aires, TR La Ley y Universidad Austral, 2024), 582.

entrenamiento de modelos de IA no solo plantea un problema de propiedad intelectual, sino que puede y debe ser tratada como actividad riesgosa que exige medidas preventivas y correctivas, incluyendo la implementación de mecanismos que garanticen transparencia en las fuentes y eviten outputs que reproduzcan obras protegidas sin atribución o autorización.

4.4.- La competencia desleal como eje de tutela sustancial

Más allá del derecho de autor stricto sensu, este conflicto también puede y debe ser analizado desde la óptica de la competencia desleal, entendida como todo comportamiento contrario a las buenas prácticas mercantiles que afecte el normal funcionamiento del mercado o perjudique injustamente a otros operadores. El art. 10 inc. h del Decreto reglamentario prohíbe expresamente los actos de imitación desleal, definidos como aquellos que resulten idóneos para generar confusión sobre la procedencia de bienes o servicios o comporten un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La reproducción no autorizada, sistemática y automatizada de contenidos periodísticos por parte de sistemas de IA puede configurar una nueva forma de parasitismo digital, en la que la innovación se construye a costa de la expropiación del valor creado por otros. Si el producto final sustituye económicamente al medio original, sin retribuirlo, el sistema en su conjunto se degrada. Esta conducta implica, además, una inducción a error en el usuario final y un aprovechamiento injustificado del trabajo intelectual de terceros, generando beneficios para el desarrollador de IA y perjuicios para los titulares legítimos.

De acuerdo con el art. 9 del Decreto reglamentario, constituye acto de competencia desleal "toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo", sin que sea necesario acreditar un daño efectivo, bastando la potencialidad lesiva de la conducta⁴³. Esta previsión se enlaza directamente con el principio precautorio recogido en el art. 1710 del CCCN, que impone el deber de adoptar las medidas razonables para evitar un daño injusto, y con la acción preventiva del art. 1711, que habilita a reclamar la cesación o prohibición de una conducta riesgosa sin esperar a que el perjuicio se concrete.

Esta articulación normativa posiciona al marco argentino en un plano más avanzado que el europeo y que los criterios que hoy guían los litigios en curso sobre entrenamiento de IA, al desplazar el foco desde la reparación posterior hacia la evitación anticipada del daño. En este esquema, se genera una inversión práctica de la carga probatoria (art. 1730 CCCN) en favor de quien invoca la afectación: correspondería al desarrollador del sistema de IA demostrar que su repositorio de entrenamiento no contiene contenidos no autorizados y que su proceso de generación de outputs incorpora mecanismos de trazabilidad que permitan identificar las fuentes y acreditar la licitud de su uso.

⁴³ Decreto 274/2019, (Ciudad de Buenos Aires, 17/04/2019).

Esta exigencia probatoria no solo es coherente con el estándar de transparencia impulsado por la UNESCO y la OCDE, sino que también materializa la función preventiva de la responsabilidad civil y el mandato constitucional de proteger la competencia leal (art. 42 CN). En el marco europeo, el artículo 10 bis del Convenio de París y diversas directivas comunitarias reconocen expresamente la prohibición de aprovecharse indebidamente del esfuerzo ajeno. En Argentina, esta figura se recoge en la Ley de Lealtad Comercial (Ley 22.802) y en la jurisprudencia que interpreta el artículo 42 de la Constitución Nacional. Así, la utilización indebida de artículos periodísticos para el entrenamiento de IA —cuando pueda derivar en outputs que sustituyan económicamente al original— debe considerarse un acto de competencia desleal en los términos del art. 10 inc. h del Decreto reglamentario, caracterizado por la inducción a error y el aprovechamiento injustificado del esfuerzo ajeno, y susceptible de ser sancionado aun en ausencia de un daño actual, si su potencialidad lesiva está debidamente fundada.

En suma, el análisis conjunto del marco regulatorio aplicable a la inteligencia artificial en Argentina y de las figuras de competencia desleal vigentes demuestra que el ordenamiento jurídico nacional ya ofrece herramientas sustantivas y procesales para enfrentar la problemática del uso no autorizado de contenidos protegidos en el entrenamiento de sistemas de IA.

La combinación del deber preventivo de la responsabilidad civil, los principios éticos de la UNESCO y la prohibición de actos de imitación desleal configura un estándar normativo que no solo permite sancionar las conductas lesivas, sino también actuar tempranamente para evitarlas. En este sentido, el principio precautorio y la inversión práctica de la carga probatoria colocan a la jurisdicción argentina en una posición privilegiada para proteger tanto los derechos de autor como la integridad del mercado, reforzando la transparencia y la trazabilidad como ejes centrales de un uso legítimo y ético de la IA.

La reproducción no autorizada, sistemática y automatizada de contenidos periodísticos por parte de sistemas de IA podría configurar una forma nueva de parasitismo digital, donde la innovación se construye a costa de la expropiación del valor creado por otros. Si el producto final (el output de la IA) sustituye económicamente al medio original, sin retribuirlo, el sistema en su conjunto se degrada.

Bajo este prisma, la cuestión trasciende el ámbito estricto de la propiedad intelectual para instalarse en el corazón mismo de la competencia económica, donde la innovación tecnológica debe convivir con el respeto por el esfuerzo creativo ajeno. Este enfoque integral habilita un tratamiento eficaz de los conflictos actuales y futuros, incluso sin la existencia de una ley específica sobre IA, sin cerrar la puerta a su eventual dictado.

5.- CONCLUSIONES

Desde esta perspectiva que venimos presentando, entendemos cómo la crisis de los derechos de autor en la era de la IA generativa no consiste tanto en el uso de herramientas tecnológicas, sino en la ruptura de la relación entre creatividad, subjetividad y reconocimiento jurídico, alimentada por la opacidad del funcionamiento algorítmico y la automatización de la reproducción. De ahí la urgente necesidad de reconsiderar las categorías jurídicas tradicionales a la luz de la nueva realidad técnica, pero sin renunciar a los principios fundamentales de transparencia, originalidad y autoría.

Desde esta perspectiva, no buscamos postular a los derechos de autor como un obstáculo para la innovación, sino como el fundamento de un progreso humanamente sostenible, capaz de combinar tecnología y creatividad, con automatización y responsabilidad. Así proponiendo herramientas para una mediación racional entre el poder de las máquinas y el papel insustituible de las personas, impidiendo que la inteligencia artificial deje de ser un instrumento de lo humano para convertirse en su sustituto impersonal e irresponsable.

Hoy, en efecto, defender los derechos de autor significa defender la calidad de la producción cultural, la lentitud y la complejidad del pensamiento, el esfuerzo silencioso de la elaboración intelectual. Significa reafirmar que no todo es replicable, y que algunas obras, precisamente por estar enraizadas en la conciencia, la experiencia y la intencionalidad del autor, llevan algo radicalmente irreplicable: la firma de lo humano.

Sin embargo, sigue siendo evidente que la inteligencia artificial y, en general, las nuevas tecnologías no deben concebirse como entidades autónomas o antagónicas al ser humano, sino como instrumentos destinados a su progreso. El ser humano, por naturaleza, está orientado hacia la transformación y la creación, y es precisamente en esta tensión evolutiva donde la tecnología encuentra su máxima justificación funcional.

En esta perspectiva, la creatividad humana y la producción digital no deben considerarse realidades irreconciliables, siempre que quede claro que la inteligencia artificial no debe sustituir al ingenio, sino más bien complementarlo, amplificarlo y apoyarlo. La verdadera distinción radica en mantener un control humano efectivo y significativo sobre el proceso creativo, un principio que ahora también se afirma explícitamente en el ámbito normativo, en particular en el Reglamento (UE) 2024/1689 sobre inteligencia artificial (la llamada "Ley de IA"), donde se insiste en que los sistemas automatizados deben estar siempre sujetos a supervisión, responsabilidad y toma de decisiones humana consciente.

En el contexto específico de la legislación sobre derechos de autor, este planteamiento adquiere una importancia decisiva. Si es el ser humano quien dirige el uso de la IA de forma creativa, intencionada y autónoma, entonces la protección de la obra puede seguir siendo coherente con la lógica de la ley. Pero cuando, por el contrario, la máquina sustituye al hombre en la reutilización de contenidos ajenos ya protegidos, generando

un output que acaba vaciando económicamente la obra original, entramos en una zona jurídica gris, como demuestra el caso *The New York Times Company* contra OpenAI y Microsoft.

Es, pues, en esta línea de equilibrio -entre innovación y responsabilidad, entre asistencia tecnológica y centralidad de lo humano- donde el derecho de autor está llamado hoy a renovar su función, reafirmandose no como obstáculo, sino como garante de un progreso respetuoso con la dignidad creativa del individuo. La inteligencia artificial, como cualquier otra tecnología, no es un fin en sí misma, sino una herramienta en manos del ser humano. Representa lo que el filósofo Bernard Stiegler llamó un *pharmakon*: a la vez remedio y veneno, potencialmente capaz de potenciar el ingenio humano, pero igualmente capaz de sustituirlo, neutralizarlo o incluso expropiarlo. Es precisamente en esta ambivalencia estructural de la tecnología donde encontramos la actual crisis de los derechos de autor en la era de la inteligencia artificial generativa.

En efecto, mientras que por un lado la generación automática de contenidos ofrece nuevas posibilidades de producción cultural y de simplificación operativa, por otro se produce una utilización masiva y no autorizada de obras preexistentes protegidas por derechos de autor, a menudo sin ningún respeto por los derechos morales y patrimoniales del autor original.

En este contexto, la tecnología no puede quedar sin regulación, pero tampoco puede ser asfixiada por normativas excesivamente complejas, incoherentes y redundantes, que corren el riesgo de producir el efecto contrario: en lugar de proteger al autor, hacen opaca e incierta la aplicabilidad de las propias protecciones. Este es el caso del marco normativo europeo, que, aunque animado por objetivos loables, se configura hoy como un sistema sobrerregulado (la llamada sobrerregulación), carente de suficiente coherencia sistemática y a menudo incapaz de distinguir entre usos lícitos, usos creativos y conductas propiamente lesivas.

6.- BIBLIOGRAFÍA

Antequera, Ricardo E. "Zonas de contacto entre derecho de autor y derechos industriales." En *Derechos Intelectuales*, SENA, Noetinger, Witthaus, Musante, Rozanski et al. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ArgenIA. *Estrategia Nacional de IA*. 2019. <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2021/02/Argentina-National-AI-Strategy.pdf>.

Bitto, R. "La crisis del derecho de autor en la era de la IA: el derecho de autor ante la prueba de la creatividad algorítmica y de la inteligencia artificial." 2025. *Diritto Consenso*.

Cámara Nacional Civil, Sala H. *Denegri, Natalia c/ Google Inc.*, LL 2022-D, 430 (2022).

- Cámara Nacional Civil, Sala L. J.C.P. c/ L.V.S.A. y otros, LL 2011-F, 326 (2011).
- Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Sistematización de sus conclusiones (1927-2022). 2024. Buenos Aires: TR La Ley; Universidad Austral. <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/04/Congresos-y-Jornadas-Nacionales-de-Derecho-Civil.pdf?x44159&x44159>
- Consejo de Estado (Italia), Sección VI. 2025. *Sentencia n.º 4929 del 6 de junio de 2025*. Roma: Giuffrè Francis Lefebvre, 2025
- Coraggio, G. "AI e copyright – US Fair Use vs EU TDM dopo la decisione del Delaware." *Diritto al Digitale*. 2025.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Campillay, Julio c/ La Razón y otros*. Fallos 308:789 (1986).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*. Fallos 329:3140 (2006).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.* Fallos 337:1174 (2014).
- D'Antonio, Flaminia, y Lucía Martínez Lima. 2025. "Inteligencia Artificial, derechos de autor y competencia desleal a raíz del fallo 'The New York Times Company et al. v. OpenAI LP et al.'" *Innovación & Derecho*. Thomson Reuters La Ley, Ed. 5 (octubre 2025).
- Decreto 274/2019 (Argentina). 17 de abril de 2019.
- Determann, Lothar. *Derecho de la inteligencia artificial. Guía práctica para el cumplimiento corporativo internacional*. Buenos Aires: Astrea, 2025.
- Dornis, T. W., y S. Stober. "Generative AI Training and Copyright Law." *Transactions of the International Society for Music Information Retrieval* V(N) (2025): 1–11. <https://arxiv.org/abs/2502.15858>
- Geiger, C. *European Intellectual Property Law*. 2.^a ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2024.
- Hidalgo Cerezo, A. *Inteligencia artificial generativa y propiedad intelectual: ¿Cabe protección de derecho de autor para sus resultados o los prompts/instrucciones?*, 2024 <https://hdl.handle.net/10637/18706>
- High Court of Justice of England and Wales. *Getty Images (US) Inc. & Ors v. Stability AI Ltd*, IL-2023-000007, [2025] EWHC 38 (Ch), sentencia del 14 de enero de 2025.
- High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division). *Getty Images (US) Inc y otros v. Stability AI Ltd*, IL-2023-000007, [2025] EWHC 38 (Ch), sentencia del 14 de enero de 2025.

- Iaia, V. "El 'mayor rigor' en el examen de la originalidad de las obras del ingenio realizadas con ayuda de software." *Rivista di Diritto Industriale* 4-5 (2023): 252-273.
- Italia. 1942. *Codice Civile della Repubblica Italiana*, Real Decreto n.º 262 de 16 de marzo de 1942, art. 2598. *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n.º 79, 4 de abril.
- Italia. 2023. *Decreto Legislativo n.º 36 de 31 de marzo de 2023 — Código de Contratos Públicos*. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Serie Generale n.º 77, 31 de marzo.
- Italia. 2025. *Ley 23 de septiembre de 2025, n.º 132 — Disposiciones y delegas al Gobierno en materia de inteligencia artificial*. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Serie Generale n.º 223, 25 de septiembre.
- OMC (Organización Mundial del Comercio). *Acuerdo sobre los ADPIC/TRIPS*. Marrakech, 15 de abril 1994.
- OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. 1886, rev. 1979.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. 2001. *Directiva 2001/29/CE (Directiva InfoSoc)*. DOCE L 167, 22 de junio: 10-19.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. 2019. *Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*. DOUE L 130, 17 de mayo: 92-125.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. 2024. *Reglamento (UE) 2024/1689 relativo a un marco armonizado sobre inteligencia artificial (AI Act)*. DOUE L 202, 12 de julio.
- SIAE. 2025. *Il tuo diritto d'autore — Diritti morali e patrimoniali*. Roma: Società Italiana degli Autori ed Editori.
- The New York Times Company v. Microsoft Corporation et al., No. 1:23-cv-11195 (S.D.N.Y. 2023).
- Tribunal de Casación (Italia). *Auto n.º 1107 de 16 de enero de 2023*.
- UNESCO. 2022. *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*.
- Unión Europea. 2000. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. DOUE C 364, 18 de diciembre, art. 52(1).

CRITERIOS EMPLEADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

CRITERIA USED BY INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON EVIDENTIARY ASSESSMENT IN CASES OF GENDER-BASED VIOLENCE

Claudia N. Flores Mejía*

RESUMEN: Este texto describe algunos de los estándares actuales más relevantes en valoración de prueba empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. Comienza con un concepto de violencia de género, el que se basa en doctrina e instrumentos internacionales especiales de protección de derechos humanos relativos al tema, y una didáctica distinción del concepto de violencia contra mujeres. Se establece en qué consiste el estándar de prueba general, seguido de los criterios específicos que comprueben hechos de violencia, destacando algunas sentencias de dicha Corte sobre graves violaciones a derechos humanos de mujeres y niñas.

ABSTRACT: *This article describes some relevant standard of evidentiary assessment used by the Inter-American Court of Human Rights in cases of gender-based violence. It starts with a gender violence concept based on doctrine and women's human rights and violence international instruments, and a didactic distinction with the concept of violence against women. It establishes the general standard of proof, followed by the specific criteria that allow the facts of violence to be considered proven, highlighting some Court's rulings about serious violations of women's and girl's human rights.*

PALABRAS CLAVE: violencia de género, derechos humanos, mujeres y niñas, estándar probatorio, corte interamericana de derechos humanos.

KEYWORDS: *gender-based violence, human rights, women and girls, evidence standard, inter-american court of human rights.*

Fecha de recepción: 20/03/2025

Fecha de aceptación: 13/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10089>

* Abogada y Notaria salvadoreña. Máster en Derecho Penal Constitucional por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas". Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y doctoranda del mismo programa de estudios. Capacitadora. Colaboradora jurídica de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Profesora universitaria. Email: claudiafloresmejia@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0004-6794-6068>.

1.- INTRODUCCIÓN

La violencia de género se ha convertido paulatinamente en un fenómeno social persistente, producto de las históricamente arraigadas diferencias en las relaciones de poder entre hombres y mujeres en las que prevalece lo masculino. Este tipo de violencia ha causado graves violaciones y daños irreparables en los derechos humanos de mujeres y niñas y en la sociedad en general.

Lo anterior ha sido objeto de juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH o la Corte) en distintos casos contenciosos que han llegado hasta su jurisdicción. En ellos, se destacan de manera especial los estándares de valoración probatoria que ha implementado en consideración de las particularidades de los contextos en que se desarrollaron los hechos.

Dada la singularidad del examen probatorio realizado por la Corte, el objetivo principal de este texto es presentar de forma actualizada, sistematizada y didáctica dichos estándares.

La selección del tribunal interamericano se debe a que éste ha desarrollado de manera sostenida jurisprudencia sobre hechos de violencia contra mujeres y niñas en casos emblemáticos, especialmente de violación sexual en contextos de conflicto armado, como el Caso Espinoza González vs. Perú o el caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, entre otros que se citan en este texto; y en contextos de crimen organizado, como el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.

Así, el objetivo señalado tiene una especial importancia porque permite identificar y comprender los criterios utilizados por la Corte, hasta la actualidad, para comprobar y determinar la responsabilidad internacional de los Estados en graves violaciones a derechos humanos de mujeres. A su vez, propone una clasificación novedosa sobre dichos criterios que facilita su comprensión, teniendo en consideración las pocas investigaciones realizadas en el campo.

La metodología utilizada para lograr el objetivo planteado consiste en un estudio y análisis meticuloso de algunas sentencias emitidas por la Corte sobre la temática.

Como preámbulo al contenido principal objeto de este artículo, se propone un concepto de violencia contra mujeres, a partir de algunos aspectos relevantes, a fin de que el lector pueda comprender qué hechos configuran este tipo de violencia. También, se hace una distinción de carácter didáctico del concepto en relación con violencia de género, tomando como referencia el tratamiento de ambos términos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se continúa detallando y examinando el tema de las reglas sobre admisión de prueba y el estándar generalizado de valoración probatoria que emplea dicho tribunal, el que ha creado con su jurisprudencia, dada la falta de regulación.

La Corte históricamente ha carecido de una regulación detallada sobre el ofrecimiento, admisión y valoración de la prueba en casos contenciosos. Esta ausencia fue reconocida por el mismo tribunal, el que determinó la necesidad de establecer sus propios criterios, como lo hizo inicialmente en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Con el tiempo, el Reglamento de la CtIDH fue incorporando disposiciones generales relativas a la prueba en su Capítulo V, abordando el ofrecimiento por parte de la Comisión, los Estados y los representantes de las víctimas, así como la admisión y diligencias probatorias.

Un aspecto clave es la flexibilidad y autonomía de la Corte en la incorporación de pruebas al expediente, destacándose de otros tribunales regionales de derechos humanos al aplicar un control de admisibilidad más flexible.

En cuanto al sistema de valoración, la CtIDH adoptó y reafirmó el principio de libertad probatoria o libre valoración de la prueba, cuyo fundamento principal es la sana crítica.

Esta flexibilidad, motivada por la necesidad de reconocer graves violaciones a derechos humanos y favorecer los derechos de las víctimas, lleva a sostener que la Corte opera con un bajo estándar probatorio. Este estándar no es rígidamente exigente, permitiéndole considerar en ocasiones hechos probados si existe una "alta probabilidad" de que hayan ocurrido, pero es una fórmula no estandarizada.

En este texto se propone una clasificación sobre los estándares específicos de valoración de prueba, basada en los contextos en que ocurrieron los hechos. Así se detallan criterios empleados dependiendo del contexto de conflicto armado, del contexto de crimen organizado y de contextos violentos y no violentos.

Esta clasificación permite identificar la evaluación que realiza la Corte al contexto en sí mismo, a indicios y a pruebas en su conjunto en esos distintos escenarios de violencia contra mujeres y niñas.

Desde el caso Loayza Tamayo vs. Perú, en el que pese a existir un contexto de conflicto armado cuando ocurrieron los hechos no fue valorado por el tribunal y no se le otorgó valor a la declaración de la víctima de violación sexual; hasta casos en los que el contexto ha sido determinante para esclarecer violencias sexuales y violaciones sexuales, como el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México o el caso Espinoza Gonzáles vs. Perú.

Con esta clasificación es posible apreciar cómo la Corte ha ido evolucionando en su valoración de pruebas para reconocer violaciones graves a derechos humanos de niñas y mujeres en distintos contextos.

2.- ¿QUÉ ES LA VIOLENCIA CONTRA NIÑAS Y MUJERES?

Es oportuno iniciar este texto brindando una noción sobre violencia contra niñas y mujeres, que permita introducir al lector a una comprensión sobre los elementos que deben concurrir para saber

cuándo se está ante un caso de este tipo de violencia. Ello tiene por finalidad determinar por qué la prueba producida en estos casos ha requerido un tratamiento particular por la CtIDH y ha generado criterios específicos sobre su valoración .

Como primer punto, es de aclarar con fines didácticos si existe alguna diferencia entre violencia de género y violencia contra las mujeres en el marco del sistema universal de protección a los derechos humanos y el sistema interamericano.

El concepto género en ocasiones es entendido como sinónimo de mujer; sin embargo, la primera categoría posee una connotación más amplia que la segunda. Así, se comprende como género a una construcción cultural¹ de las diferencias biológicas y las relaciones que se suscitan de ellas, por lo que supera los binarismos con base en el sexo que derivan de las características físicas y biológicas de mujeres y hombres, las cuales los oponen generalmente no en un plano de igualdad sino en uno de subordinación o de orden jerárquico².

Por tanto, lo que define al género³ es la manera en cómo elige el ser humano vivir su identidad personal y a reproducir, a partir de ella, las relaciones sociales de poder⁴. Estas relaciones de género, de modo inevitable, por ser culturales, se han creado con un desajustado equilibrio notablemente a favor de lo masculino, lo que ha derivado en condiciones de desigualdad o discriminación⁵.

La violencia con base en el género es un producto de las referidas relaciones culturales desequilibradas y se configura por distintos factores: la condición económica, la raza, el origen étnico, la clase, la edad, la orientación sexual, la discapacidad, la nacionalidad, la religión y la cultura⁶.

Los instrumentos generales del sistema universal de protección de derechos humanos estatuyen la prohibición de no discriminación como la base de la prohibición de la violencia de género. Por su parte, el marco normativo en este ámbito universal diseñado para tratar específicamente este tipo de violencia se refiere generalmente a ella como violencia contra las mujeres.

¹ Judith Butler, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. (Paidós:2001): 142-143.

² J. Conway, et al, "El concepto de género", en *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, compilado por Marta Lamas, Miguel Ángel Porrúa, (2000): 21-33.

³ Género también se considera que: "es una teoría amplia que abarca categorías, hipótesis, interpretaciones y conocimientos relativos al conjunto de fenómenos históricos construidos en torno al sexo", en Marcela Lagarde, *Género y feminismos. Desarrollo humano y democracia*. Madrid, (1996): 26.

⁴ Rosa Cobo Bedía, *El género en las ciencias sociales*. Cuadernos de trabajo social. Vol. 18 (2005): 253.

⁵ Conway, "El concepto de género", 21-33.

⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer", 2006. Párr. 66. ACNUR. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10742.pdf>

De este modo, en algunos de los principales instrumentos que conforman el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos se encuentran cláusulas de no discriminación, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (artículos 1 y 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (artículos 1, 2, 3, 4 y 26), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (artículos 2, 3 y 4).

Por otro lado, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se encuentra a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como instrumento de carácter general que trata el tema, cuyas cláusulas de no discriminación están contenidas en los artículos 1, 17, 24 y 27.

Así, el artículo 1 establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades sin discriminación alguna; el artículo 17 indica que los Estados Partes deben garantizar la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges en el matrimonio; el artículo 24 prescribe la igualdad ante la ley; y el artículo 27 relativo a suspensión de garantías, dispone la posibilidad de que los Estados suspendan las obligaciones contraídas en la Convención, siempre que no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. De estas disposiciones cabe destacar el reconocido rechazo a la discriminación, en especial la basada en el sexo, al ser expresamente estipulada⁷.

Ahora bien, existen instrumentos específicamente dedicados a la tutela de los derechos de las mujeres frente a la violencia, algunos no se refieren a ella explícitamente y otros sí lo hacen. Es pertinente hacer referencia a estos cuerpos normativos internacionales a fin de sentar la base del concepto de violencia contra las mujeres por constituir uno de los pilares del tema central, sin profundizar en ellos por no ser el objetivo de este artículo.

Se hace este salto nuevamente al sistema universal en virtud de que a continuación se hace referencia a los instrumentos especiales del mismo, y luego se describen los instrumentos especiales del sistema interamericano. La división se centra, precisamente, en su carácter especial.

Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979), es la primera en referirse exclusivamente a los derechos de las mujeres. Creada con fundamento en la Carta de las Naciones Unidas, y con base en la dignidad, el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres. A su vez, tiene en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

⁷ Ejemplo de ello es la sentencia de la CtIDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de septiembre de 2012.

La CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1) ⁸.

Ahora bien, la CEDAW no establece expresamente en qué consiste la violencia contra las mujeres, para ello los intérpretes pueden auxiliarse de la Recomendación General Número 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁹.

En esta recomendación, el Comité dentro de las “Observaciones generales” establece cómo la CEDAW contiene en su texto aspectos propios de la violencia contra las mujeres, al referirse al concepto de discriminación contra la mujer, el cual, indica, “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad”.

A partir de allí, el Comité es determinante en señalar que la violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la CEDAW, con independencia de si en ella se mencione expresamente violencia o no.

Dando un paso adelante, se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993). Por tratarse de una

⁸ De acuerdo con Astrid Orjuela Ruiz, la importancia de este instrumento radica en que: “Establece que los Estados deben adoptar medidas para eliminar la discriminación, ocurra por acción estatal, de personas, organizaciones o empresas [...] Invita a la adopción de medidas de acción afirmativas que contribuyan a lograr una igualdad real [...] Obliga a los Estados a eliminar los estereotipos basados en relaciones de superioridad y reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en la discriminación [...] Define los conceptos de igualdad y no discriminación contra las mujeres [...] Se refiere a derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, fortaleciendo el concepto de indivisibilidad de los derechos, e [...] Insta a los Estados no solo a reconocer los derechos de las mujeres y proveer las condiciones para su ejercicio efectivo, sino también a crear los mecanismos necesarios para su denuncia”. Astrid Orjuela Ruiz, “El concepto de la violencia de género en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Volumen 23, (2012): 97. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5290/5116>

⁹ Las recomendaciones pueden considerarse como directrices o pautas que emite el Comité CEDAW para interpretar la Convención mencionada, así como de cualquier situación que afecte a las mujeres. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations#:~:text=El%20Comit%C3%A9%20para%20la%20Eliminaci%C3%B3n%20de%20la,ni%C3%B1as%20y%20las%20mujeres%20a%20la%20educaci%C3%B3n>

declaración (*softlaw*), carece de carácter vinculante para los Estados signatarios; no obstante, se refiere a la violencia contra las mujeres expresamente como una categoría autónoma¹⁰, y la define así: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Esta Declaración se destaca porque presenta el alcance de la violencia contra la mujer, y las obligaciones de los Estados para prevenir este flagelo, el que constituye un fenómeno que causa violaciones a derechos humanos.

Finalmente, en el ámbito interamericano, como instrumento específico sobre el tema, se cuenta con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belem do Pará) (1994). En ella se define la violencia contra la mujer, partiendo, por un lado, de la afirmación que esta se trata de una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales, que llega a limitar total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de estos. Por otro lado, tiene en consideración que este tipo de violencia es una ofensa a la dignidad humana y representa a las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

En el artículo 1 la Convención de Belem do Pará define qué es la violencia contra la mujer, así: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Este instrumento, desde su preámbulo y en todo su cuerpo es posible notar que el concepto que se emplea es el de violencia contra la mujer.

Esta Convención es importante, entre otros aspectos, porque, por una parte, define de manera clara y amplia qué debe entenderse por violencia contra la mujer y, por otra parte, reconoce la relación existente entre violencia de género y no discriminación, en tanto determina que la primera surge de las relaciones de desigualdad existentes históricamente entre hombres y mujeres. Por lo que, de ella deriva el derecho a una vida libre de violencia, el cual significa que las mujeres deben vivir desprovistas de cualquier tipo de discriminación, deben ser valoradas y recibir una educación libre de estereotipos.

Con base en lo dispuesto en el relacionado marco normativo, es posible afirmar que la violencia contra mujeres y niñas se encuentra comprendida dentro del concepto de violencia de género, pero se

¹⁰ Orjuela, “El concepto de la violencia de género en el derecho internacional de los derechos humanos”: 98.

presenta como una forma más específica de denominar el tipo de violencia ejercido en perjuicio de este grupo¹¹.

Al margen de estos valiosos instrumentos internacionales que buscan proteger a la mujer contra la violencia, la violencia persiste y las estadísticas sobre este fenómeno siguen siendo alarmantes en todo el mundo. De acuerdo con investigaciones realizadas y los datos obtenidos por la Entidad de la Organización de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer (ONU Mujeres), en 2023 unas 51,100 mujeres y niñas murieron a manos de sus parejas u otros familiares en todo el mundo. Esto implica que en promedio más de 140 mujeres o niñas fueron asesinadas cada día por un miembro de su familia. El 60% de los homicidios contra mujeres son cometidos por sus parejas u otros familiares, mientras que solo el 12% de los homicidios de hombres se producen en la esfera privada¹².

A su vez, se ha calculado que en todo el mundo 736 millones de mujeres, en promedio casi una de cada tres, han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de su pareja, de violencia sexual fuera de la pareja, o de ambas, al menos una vez en su vida (el 30% de las mujeres de 15 años o más)¹³.

Estos datos son una clara representación sobre la situación de violencia contra mujeres y niñas. Esta es una de las razones por las que cada caso particular sobre este fenómeno debe ser analizado y comprendido considerando los parámetros contenidos en los instrumentos internacionales y las altas estadísticas de violencia, a fin no solo de evitar impunidad sino de lograr una efectiva prevención con los efectos disuasivos que el reconocimiento de responsabilidades en estos hechos puede provocar.

Por lo tanto, veremos cómo en los criterios de valoración de prueba en casos de violencia contra mujeres y niñas estos aspectos son de suma importancia, porque permiten probar la existencia de actos violentos y determinar la violación y el reconocimiento a sus derechos humanos.

¹¹ Por no ser el desarrollo de estos conceptos en sí mismo el objetivo de este trabajo, no se profundiza sobre ello. Sin embargo, cabe tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia utiliza ambos términos como sinónimos, pero en mayor medida el concepto de violencia contra la mujer, como se puede apreciar en los casos citados en este texto.

¹² ONUMujeres, "Datos y cifras: violencia contra las mujeres", ONUMujeres, 25 de febrero de 2025. <https://www.unwomen.org/es/articulos/datos-y-cifras/datos-y-cifras-violencia-contra-las-mujeres>

¹³ ONUMujeres, "Datos y cifras: violencia contra las mujeres".

3.- REGLAS GENERALES SOBRE ADMISIÓN DE PRUEBA APLICADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Es poca la regulación de los aspectos concernientes a ofrecimiento, producción, admisión y valoración probatoria que respalde la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocimiento y decisión de casos contenciosos.

Históricamente, el tribunal interamericano ha carecido de este tipo de normativa. Sin embargo, fue la misma Corte que, al reconocer la carencia de los criterios relativos a la valoración de prueba, determinó que debía establecerlos. Así, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte lo reconoció advirtiendo que debía determinar cuáles serían los criterios aplicables al caso para valorar la prueba, dado que ni la Convención, ni su Estatuto o su Reglamento trataban esa materia¹⁴.

Posteriormente, se fueron incorporando aspectos generales relativos a la prueba¹⁵ en el siguiente orden: a) cuestiones generales sobre ofrecimiento de prueba; b) ofrecimiento de prueba por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); c) presentación de prueba por los Estados cuando son estos los que promueven el caso y cuando son acusados de violaciones a derechos humanos; y, d) ofrecimiento por parte de los representantes de las víctimas e individualización de eventuales declarantes, testigos, entre otros.

El Reglamento¹⁶ de la CtIDH, en su Capítulo V, referido exclusivamente a la prueba, contiene lo relativo a la admisión, a las diligencias probatorias de oficio, prueba incompleta o ilegible y gastos de la prueba.

En lo que respecta a la admisión probatoria, del propio texto del artículo 57 del Reglamento se destaca la flexibilidad y autonomía de la CtIDH en la incorporación de las pruebas al expediente, esto es, en analizar su aptitud para ser admitidas en cada caso concreto.

Para la Corte este control es más flexible en comparación con otros tribunales regionales en derechos humanos¹⁷, como por ejemplo la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la que

¹⁴ CtIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 127.

¹⁵ El contenido se encuentra disperso en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el que fue aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

¹⁶ Ver Capítulo V del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷ Daniel Lopes Cerqueira, *Valoración y Estándar de Prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de Violencia de Género*, (Ediciones de Epikéia, 2020), pág. 18.

dispone reglas poco flexibles sobre el procedimiento de admisión y presentación de prueba¹⁸.

El citado reglamento también establece cuestiones referidas a la prueba que se produce en la preparación de audiencias públicas, y a los cuestionamientos que las partes pueden realizar sobre los declarantes. Además, trata el ofrecimiento definitivo de las personas que declararán en audiencia, así como la producción de la prueba en la audiencia.

Volviendo al punto de admisibilidad, este se encuentra relacionado con la oportunidad de proponer prueba, y la posibilidad de ser presentada extemporáneamente de manera excepcional por motivos de fuerza mayor o impedimento grave (artículo 57 del Reglamento).

En cuanto al sistema de valoración de la prueba, la CtIDH ha seleccionado y reafirmado el empleo del sistema de libertad probatoria o libre valoración de la prueba, que tiene su fundamento en el principio de sana crítica¹⁹. Ello lo ha sostenido desde su inicial jurisprudencia y, particularmente²⁰, en casos de violencia de género²¹.

Así, con el empleo de este sistema de valoración de prueba se descarta la necesidad de una determinación rígida de cantidad de prueba para motivar un fallo.

El sistema de libre valoración, distinto al sistema legal o de prueba tasada²², supone, precisamente, "la ausencia de aquellas reglas (las que predeterminan el valor de la prueba) e implica que la eficacia

¹⁸ A partir de la Regla 40 hasta la 56 de las Reglas de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se disponen requisitos de admisibilidad de las solicitudes que se presenten ante dicho tribunal, así como lo relativo a la admisión de la prueba y nuevos requerimientos.

¹⁹ Aunque no es indispensable que este artículo se refiera extensamente al contenido sobre la sana crítica, pues existe abundante doctrina e investigaciones sobre el tema, bastará con aludir a que se definió inicialmente por Couture como aquella que: "configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba". Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Edición, Buenos Aires, Editor Roque de Palma, (1958): 270. También fue este procesalista quien asoció los principios de la lógica y la máxima de experiencia al término de sana crítica. Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Op. Cit., págs. 271-272.

²⁰ CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 127. CtIDH, Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C No. 23, párr. 76, y CtIDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 155.

²¹ Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, número 289.

²² El sistema de valoración legal o de prueba tasada consiste en "en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba". Michele Taruffo. *La Prueba de los Hechos*. Trad. J. Ferrer Beltrán, ed. Trotta, Bolonia, (2002): 195.

de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”²³.

De modo que, los jueces tienen la libertad de otorgar un valor determinado a la prueba o evidencia que sea aportada por las partes, basándose en fundamentos de razonamiento común o conforme a las reglas de la sana crítica. Algunas de las reglas esenciales de la sana crítica son: la razón, la lógica y la máxima de la experiencia²⁴.

Al respecto, dicho tribunal se ha pronunciado señalando que: “la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo”²⁵.

3.1.- Estándar general de valoración de prueba

El estándar de prueba se concibe como “criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”²⁶.

Para llegar al momento de concepción del hecho probado, es de recordar que la actividad probatoria se desenvuelve con fundamento en reglas predeterminadas. Sobre la competencia contenciosa de la CtIDH, éstas se encuentran contenidas en su Reglamento, las que son acordes con la CADH.

Por otro lado, la actividad de valoración de prueba, si bien es cierto encuentra su flexibilidad en el artículo 57 del Reglamento, como se mencionó antes; también, se desarrolla con base en los criterios generados en la jurisprudencia de la Corte. A partir de esto, es posible clasificar el estándar general en comento en: a) flexible o bajo, b) rígido o alto, y c) mixto²⁷.

a) *Estándar general flexible o bajo.*

²³ Michele Taruffo. La Prueba de los Hechos. Op. Cit., pág. 195.

²⁴ Ver Eduardo Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Op. Cit., págs. 271-272. También, ver: José María Asencio Mellado, Derecho Procesal Civil. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, (2009): 252-253.

²⁵ CtIDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Serie C, No. 134. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 73. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Serie C, No. 129. Fondo, reparaciones y costas, 24 de junio de 2005, párr. 42. Caso Yatama vs. Nicaragua. Serie C, No. 127. Excepciones, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, párr. 108.

²⁶ Marina Gascón Abellan, “Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 28 (2005): 127-139. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf.

²⁷ A continuación se explican cada uno de manera breve, teniendo en cuenta que se trata de una clasificación general y que la clasificación específica sobre casos de violencia de género es en la que se profundiza por ser el objeto de este texto.

Es posible afirmar, con base en las consideraciones anteriores, que entre los estándares probatorios generales en que se basa la Corte se identifican aquellos de carácter flexible o bajo estándar²⁸, que se refiere centralmente a la admisión y valor que otorga a las pruebas e indicios presentados, sin exigir amplios y complejos requisitos, ni presentar obstáculos excesivos para su valoración que imposibiliten comprobar la violación de que se trate.

Ello se debe a la complejidad de los casos sobre graves violaciones a derechos humanos que conoce dicho tribunal, en los que se busca determinar la responsabilidad o no del Estado sobre el reconocimiento tanto de la ocurrencia de los hechos como de los derechos humanos de las víctimas involucradas.

En otras palabras, lo anterior significa que los criterios utilizados por la CtIDH para concluir que un hecho de violación a derechos humanos se encuentra probado, en algunos casos, no son altamente exigentes.

b) Estándar general rígido o alto.

Sin embargo, es de traer a colación que la flexibilidad de tales criterios ha ido variando de acuerdo con la conformación subjetiva del tribunal, pues anteriormente constituyeron un estándar alto, el cual consiste en un análisis más estricto sobre prueba e indicios que limita el valor que la Corte les ha podido conceder.

Por ejemplo, en el caso Loayza Tamayo vs. Perú (1997), la Corte tuvo por insuficientemente probado, mediante el testimonio de la víctima, el hecho de asalto sexual cometido por agentes Estatales contra ella. Este criterio luego varió con el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), en el que la Corte se apartó del anterior al valorar positivamente las declaraciones de las propias víctimas sobre los hechos de violencia sexual ocurridos²⁹.

Hasta la fecha, el tribunal interamericano ha sostenido el último criterio, menos rígido en casos de violencia sexual.

c) Estándar general mixto.

De ahí que pueda afirmarse que el estándar general es mixto, pues si bien es cierto la Corte muestra ser flexible en la valoración probatoria e indiciaria sobre casos de violencia de género, también ha

²⁸ Término de estándar bajo se ha encontrado acuñado en la obra de: Álvaro Paul Díaz, "Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 1, pp. 297 - 327. (2015): 320. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34189.pdf>. Posteriormente, ha sido identificado en la obra de: Daniel Lopes Cerqueira, "Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género", Actualidad Constitucional Análisis Jurídico 296, (2018): 161. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/40614>.

²⁹ CtIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33. CtIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

demostrado restringirse en el pasado, alternando los criterios de evaluación a la casuística contenciosa.

Asimismo, se han empleado algunas fórmulas que permiten orientar el estándar aceptado, en casos en los que, pese a no tener certeza de la existencia de unos hechos, le ha sido posible considerar que ha concurrido una “alta probabilidad” de que hayan sucedido y, por tanto, tenerlos por probados³⁰. Sin embargo, esa fórmula por no ser generalizada en la jurisprudencia no permite tenerla como un estándar probatorio utilizado de manera continua hasta la actualidad³¹. Por ende, se puede reiterar el uso del criterio mixto.

En el desarrollo de la actividad probatoria con base en dicho sistema, la Corte utiliza criterios de valoración de prueba menos formales que en los sistemas internos. Actúa de manera flexible en el tema de admisibilidad de prueba. A su vez, reconoce la importancia de la prueba circunstancial, de los indicios y las presunciones, ante la falta o como complemento de prueba directa.

Por ejemplo, este tribunal emplea como estándar alegaciones de la defensa del Estado basadas exclusivamente en la imposibilidad del demandante de aportar pruebas que, en muchos casos, son de imposible obtención sin su colaboración.

En supuestos como el señalado y atendiendo a la naturaleza del proceso internacional de los derechos humanos, la Corte ha considerado procedente valorar el silencio de los Estados demandados o su contestación de forma elusiva o ambigua, en calidad de aceptación de los hechos de la demanda (presunción), siempre que lo contrario no aparezca o no resulte de la convicción del tribunal³².

Lo anterior es reconocido como presunciones en las que se basa la Corte a fin de tener por probados hechos de difícil verificación cuando la prueba únicamente puede ser aportada por los Estados, por encontrarse en su poder; como ocurrió, por ejemplo, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

Como consecuencia de lo acotado, se puede comprender como estándar general de prueba utilizado por la CtIDH la flexibilidad en la ponderación de la prueba, a través de la sana crítica, en razón de ser

³⁰ CtIDH, Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 128.

³¹ Daniel Lopes Cerqueira, “Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género”, Actualidad Constitucional Análisis Jurídico 296, (2018): 161. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/40614>.

³² Javier Marriescurrena y Pablo Rovatti, “Valoración de la prueba de la violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, coordinado por Eduardo Ferrer Mc-Gregor y Rogelio Flores Pantoja. (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 547. Ver también: CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Op. Cit., párr. 127-145.

este criterio el más empleado como se verá a continuación. Ello, muy a pesar de que el estándar mixto se vislumbre dada la mezcla de estándar bajo y alto, dependiendo el caso, en el transcurso de los años.

Sin perjuicio de lo dicho, es de mencionar que en la jurisprudencia del tribunal interamericano no se ha determinado, hasta el momento, de manera concluyente y definitiva, que el estándar es el de valoración flexible, ni ningún otro, los criterios han surgido de acuerdo con su jurisprudencia desarrollada en el tiempo. Con la excepción de que el sistema de prueba legal o tasada, en virtud de todo lo explicado, definitivamente no tiene cabida en la Corte.

4.- ESTÁNDARES DE VALORACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La CtIDH ha empleado criterios muy específicos para valorar la prueba aportada por las partes en el proceso sobre casos de violencia de género, con mayor singularidad en casos de violación sexual, los que esencialmente se basan en el estándar general flexible o bajo explicado antes, con matices especiales.

El tribunal interamericano ha tenido en cuenta las condiciones en que son cometidos algunos de los hechos constitutivos de violaciones a derechos humanos, por ejemplo, que en algunos de los casos no existen testigos directos del hecho y que la única que tiene conocimiento es la propia víctima, generalmente, cuando son de violación sexual; también, la falta de diligencia del Estado en investigar los hechos constitutivos de violencia; el contexto de violencia sistemática que puede existir³³; entre otras condiciones.

A partir de ello, se propone una clasificación basada en los contextos en que se ejecutaron los hechos de violencia y los criterios específicos sostenidos por el tribunal interamericano en cada caso en particular. Así, se identifican hechos de violencia contra mujeres y niñas en contextos de conflicto armado, en contextos de crimen organizado y en contextos violentos y no violentos³⁴.

La utilidad de esta clasificación es identificar la singularidad con que la Corte ha examinado y valorado la prueba o indicios, dependiendo de los contextos en que han ocurrido los hechos de violencia de género en cada caso.

³³ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párr. 148.

³⁴ Esta última clase de contexto se ha denominado violento y no violento, en atención a que los hechos han sucedido en situaciones en que, si bien los Estados no se encontraban bajo el asedio de un conflicto armado ni de crimen organizado, presentaban índices altos de violencia contra mujeres y niñas, y otros no los presentaban, pues se trató de casos ocurridos en contextos desprovistos de características de violencia.

4.1.- Estándar de valoración de prueba sobre hechos ocurridos en contextos de conflicto armado

Se presentan los criterios empleados por la Corte en casos de violencia contra mujeres y niñas ocurridos durante conflictos armados ordenados por la fecha de emisión de la sentencia.

Cabe aclarar que en algunos de estos casos se destaca el contexto violento como criterio que acredita las violaciones a derechos humanos, particularmente las violaciones sexuales, aunque no de manera aislada de otros indicios o pruebas, como se verá a continuación.

Sin embargo, en el primero de los casos, el contexto es parte de la situación en que ocurrieron los hechos y no un criterio o estándar que valora el tribunal para comprobar las vulneraciones acontecidas, ni tampoco es considerado como aspecto relevante para la decisión, pero por ser un precedente que luego fue modificado por otros es importante detallarlo.

4.1.1.- Caso Loayza Tamayo vs. Perú (1997)³⁵

El 6 de febrero de 1993, María Elena Loayza Tamayo, profesora universitaria, fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo en un inmueble ubicado en el Distrito Los Olivos, en la ciudad de Lima. El motivo de su detención fue su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso. Luego de su captrua, fue llevada al centro de dicha división, donde estuvo incomunicada e imposibilitada de presentar recurso judicial alguno. Fue exhibida como terrorista públicamente por los medios de comunicación con un traje a rayas. Seguidamente, fue absuelta del delito de traición a la patria en el fuero militar; y fue procesada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo, en el que fue condenada a 20 años de pena de prisión.

En este caso, la Corte no analizó los hechos a la luz del contexto de conflicto armado³⁶ que sufría Perú entre 1980 y finales del 2000, época en que ocurrieron los mismos, en la que se desarrolló una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes con motivo de las investigaciones criminales por delitos de traición a la patria y terrorismo. Tampoco fue mencionado tal contexto en la sentencia. De ahí que es posible afirmar que en este precedente el contexto no constituyó un estándar de prueba y tampoco fue tenido en cuenta.

³⁵ CtIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

³⁶ Ver en el mismo sentido: CtIDH, Caso Caballero Santana y Delgado vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995.

Es de destacar que *el testimonio de la víctima en este caso fue valorado por la Corte como un indicio*³⁷, lo que explicó de esta manera: “En relación con el testimonio de la señora María Elena Loayza Tamayo, la Corte considera que por ser presunta víctima en este caso y al tener un posible interés directo en el mismo, dicho testimonio debe ser valorado como indicio dentro del conjunto de pruebas de este proceso”³⁸.

María Elena Loayza declaró haber sido violada sexualmente durante su detención; hecho que, además, fue alegado por la CIDH en su demanda. Sin embargo, la Corte expresamente señaló que a pesar de tal alegato, “después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho” no podía darlo por probado³⁹.

De este modo, es posible afirmar que en este precedente el testimonio de la víctima no fue suficiente para la Corte a fin de tener por probados los hechos de violación sexual durante su detención. Por ende, la valoración otorgada a éste puede ser considerado que fue con base en un *estándar probatorio alto*.

Este precedente resultaría superado posteriormente por otros casos conocidos por la Corte cuyos hechos acontecieron durante el mismo contexto e implicaron actos de violencia sexual y de violación sexual⁴⁰, como se verá a continuación.

4.1.2.- Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004)⁴¹

³⁷ Se entiende por indicio cualquier hecho o circunstancia de hecho conocido, del que se infiere por sí sólo o conjuntamente con otros la existencia o inexistencia de otro hecho pero desconocido, a través de una operación basada en la lógica con fundamento en normas generales de la experiencia o principios científicos o técnicos especiales. Hernando Devis Echandía, *Compendio de Pruebas Judiciales*. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, (2000): 301.

³⁸ CtIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Op. Cit., párr. 43.

³⁹ CtIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Op. Cit., párr. 58.

⁴⁰ La Corte en su jurisprudencia se refiere tanto a acciones de violencia sexual como a acciones de violación sexual, refiriéndose a las primeras como: “acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”. CtIDH, Caso del Penal de Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306. Además, ha distinguido las acciones de violencia sexual de la violación sexual, indicando, por una parte, que la segunda conforma una acción perteneciente a la categoría de violencia sexual y que constituye una manifestación “paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”. CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otras vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Párr. 109.

⁴¹ CtIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Serie C, No. 105. Fondo de 19 de noviembre de 2004. Este caso se refiere a hechos ocurridos en la aldea Plan de Sánchez, del Municipio de Rabinal, en la región central de Guatemala. La zona está habitada en su mayoría por miembros del pueblo indígena maya, pertenecientes a la comunidad lingüística Achi. Desde 1982, el ejército de Guatemala había

En líneas anteriores, se ha indicado que la CtIDH ha determinado el valor que concede a cierta clase de prueba conforme con la sana crítica como principio esencial del sistema de libertad probatoria. En ese mismo sentido, dicho tribunal ha establecido como criterio de prueba sobre hechos *el contexto de violencia investigado e informado por distintos documentos oficiales*.

Tales contextos sistemáticos de violencia contra la mujer han permitido se conciba como hecho probado la violación sexual cometida en cada caso, entre otros hechos de transgresión a derechos humanos contra mujeres y niñas, como tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala se trató de hechos ocurridos durante la época del conflicto armado guatemalteco (1982), en una aldea de miembros en su mayoría del pueblo indígena maya, en los que se cometieron violaciones sexuales contra mujeres jóvenes y niñas.

En este caso la Corte estableció como criterio para probar la violación sexual contra mujeres y niñas *la existencia de una práctica generalizada en el contexto del conflicto armado (estándar de contexto)*.

Así, consideró: “La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio”⁴².

El Estado se allanó a los alegatos de las otras partes, lo que significó para la Corte tener por probada la práctica generalizada en el contexto descrito sobre las violaciones sexuales, sin tener que valorar argumentos contradictorios al respecto.

En tal sentido, lo que apoyaba y comprobaba los alegatos de violaciones sexuales en perjuicio de las víctimas de la masacre fue el valor probatorio que la Corte otorgó al contexto violento (dentro de un conflicto armado) que vivía Guatemala en ese momento histórico, constituyéndose así en un estándar de prueba en casos similares.

Además, para tener por probado tal contexto, la CtIDH se auxilió del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico,

mantenido una fuerte presencia en la zona. El domingo 18 de julio de 1982, se desarrollaba el día de mercado en Rabinal, donde fueron lanzadas dos granadas de mortero en Plan de Sánchez. Posteriormente, llegó a la comunidad un comando del ejército de aproximadamente sesenta personas. Este comando separó a las niñas y mujeres jóvenes de las mujeres mayores, los hombres y los niños. *El grupo de niñas y mujeres jóvenes fue objeto de maltratos, violaciones y asesinatos.*

⁴² CtIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 49.19.

Guatemala “Memoria del Silencio”⁴³ (ICEH), como parte del acervo probatorio documental valorado. Con ello, el tribunal emplea en este caso un segundo criterio: *la valoración de los informes sobre los contextos en que ocurrieron los hechos de violencia sexual*.

Sin embargo, la Corte también valoró lo anterior en conjunto con los testimonios de víctimas de la masacre y de peritajes sobre las violaciones ocurridas, de modo que puede afirmarse que tanto el contexto como el informe citado no fueron valorados de forma aislada.

De este modo, el caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala se convirtió en el primero en que la Corte reconoció hechos de violación sexual contra mujeres y niñas por agentes del Estado, acreditados por la práctica generalizada dentro de un contexto violento derivado de un conflicto armado; apoyado de testimonios y peritajes.

A pesar de ello, debido a la falta de competencia temporal, la Corte no se pronunció sobre la responsabilidad directa sobre cada hecho de violación sexual, si no que únicamente los reconoció de manera general como parte del contexto comprobado.

4.1.3.- Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006)⁴⁴

Los hechos de este caso ocurrieron en el contexto del conflicto armado del Estado de Perú (1992), en el centro penal “Miguel Castro Castro”, durante un operativo que tenía como propósito el traslado de noventa mujeres desde este reclusorio a otros centros penitenciarios femeninos. Durante dicho operativo, policías y militares utilizaron armamento, provocando muertes y heridos. Los actos de violencia fueron dirigidos específicamente contra dos pabellones en los que se encontraban personas recluidas por ser acusadas de delitos de terrorismo vinculados al partido comunista.

La Corte tuvo como hechos probados el contexto de conflicto armado que aconteció en Perú desde principios de 1980 hasta finales de los 2000, el cual se agudizó en medio de una práctica sistemática de violación a derechos humanos⁴⁵. Entre la documentación valorada para acreditar el contexto, se encontraba el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (ICVR), el que dedica un apartado a los hechos ocurridos en dicho penal (*estándar de valoración de informe sobre contexto*).

Con base en el mencionado informe, la Corte constató que el pabellón objeto del operativo estaba ocupado por 135 mujeres y 50 hombres acusados de terrorismo. El tribunal comprobó que el operativo

⁴³ CtIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 45.

⁴⁴ CtIDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2006.

⁴⁵ CtIDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Op. Cit., párr. 197.1.

estuvo diseñado para atentar contra la vida e integridad de las internas e internos de ese pabellón⁴⁶.

Además, con fundamento en el informe en comento que incluyó un capítulo sobre violencia sexual y la situación de madres recluidas en el penal, la Corte determinó que en el contexto del conflicto interno las mujeres se vieron afectadas por la violencia de manera diferente a los hombres, siendo responsables agentes estatales del 83% de los casos de violación sexual en mujeres⁴⁷. Ello también fue apoyado por los testimonios de víctimas e internas del penal, así como por prueba pericial y documental.

De forma coherente con el citado informe, la CtIDH constató, a través de uno de los informes de la Defensoría del Pueblo de Perú, cuál era la situación de las mujeres durante el conflicto armado, así indicó:

“Asimismo, en uno de sus informes, la Defensoría del Pueblo del Perú concluyó que el involucramiento de las mujeres en el conflicto armado cambió la percepción de la mujer y provocó “un trato más cruel y violento sobre aquellas mujeres consideradas ‘sospechosas’”⁴⁸.

El tribunal continuó reiterando que en el caso ya había quedado probado que “el ataque inició específicamente en el pabellón del penal ocupado por las internas acusadas o sentenciadas por delitos de terrorismo y traición a la patria”⁴⁹.

El tribunal estableció que mediante la prueba aportada y los testimonios de internos, se desprendió que internas embarazadas también fueron víctimas del ataque al penal. Al respecto, determinó que ellas experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, debido a sentimientos de angustia y desesperación por el peligro que corrían sus hijos⁵⁰. A su vez, invocó el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, el que estatuye la obligación de los Estados de velar porque las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer⁵¹.

Este pronunciamiento de la Corte es de suma importancia por dos razones esenciales: la primera es porque se trata del primer caso en que la Corte invoca la Convención de Belém do Pará a causa de los hechos de violencia de género acontecidos, con la que apoya el reconocimiento a la violación del artículo 5 CADH (derecho de integridad personal).

Y la segunda, es debido a que, con este precedente, el tribunal interamericano comenzó a aplicar la perspectiva de género en la resolución de una controversia, en el sentido que analizó las violaciones

⁴⁶ CtIDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Op. Cit., párrs. 197.13 y 197.16.

⁴⁷ CtIDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Op. Cit., párr. 206.

⁴⁸ CtIDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Op. Cit., párr. 270.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ CtIDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Op. Cit., párr. 292.

⁵¹ Ídem.

que sufrieron las víctimas situado en las acciones dirigidas en mayor medida contra ellas y las repercusiones de esto en su integridad.

4.1.4.- Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala (2009)⁵²

Los hechos de este caso ocurrieron entre los años 1962 y 1996 durante el conflicto armado interno de Guatemala. El 7 de diciembre de 1982, soldados guatemaltecos llegaron a Las Dos Erres y sacaron a las personas de sus casas. Encerraron a los hombres en la escuela del Parcelamiento y a las mujeres y niños en la iglesia evangélica. Mientras los mantuvieron allí, los golpearon e incluso algunos murieron como consecuencia de los golpes. En la tarde, los Kaibiles sacaron a las mujeres y los niños para llevarlos a un poso de agua donde eran fusilados. En el camino muchas niñas fueron violadas por los Kaibiles. En esta masacre perdieron la vida por lo menos 216 personas⁵³.

El Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional y se allanó en este caso⁵⁴, lo que facilitó al tribunal la determinación de los hechos.

Como primer punto de valoración de prueba relativo al contexto, la Corte aludió al ICEH, en el que fueron consignados los hechos de violencia acontecidos durante el conflicto armado y en la masacre en cuestión⁵⁵. (*estándar de valoración de informe que documenta contexto*).

Entre tales hechos, se reconoce específicamente el siguiente acto de violación sexual:

“Cerca de las 6:00 p.m. llegaron al Parcelamiento dos niñas, las cuales fueron violadas por dos instructores militares. Al día siguiente, cuando los Kaibiles se marcharon se llevaron a las dos niñas y las violaron nuevamente para luego degollarlas. Antes de marcharse llegaron al Parcelamiento otras seis familias, las cuales fueron fusiladas”⁵⁶.

Además, los actos de violación sexual cometidos contra niñas fueron declarados por ex Kaibiles en calidad de testigos directos del hecho⁵⁷. Ante tales hechos, la Corte constató, con base también en el ICEH, que el Estado tuvo conocimiento oficial, particularmente, de dichas violaciones sexuales, y no inició una investigación sobre ellas.

La Corte constató el contexto de violencia sexual durante el conflicto armado y lo corroboró con lo establecido en el Caso Masacre

⁵² CtIDH, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2009.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ CtIDH, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Op. Cit., párrs. 69 y 101.

⁵⁵ CtIDH, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 58.

⁵⁶ CtIDH, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 80.

⁵⁷ CtIDH, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 138.

Plan de Sánchez vs. Guatemala, reiterando que se trató de una práctica de Estado generalizada como lo reconoció en dicho caso.

En este precedente, la Corte invoca nuevamente la Convención de Belém do Pará ante el incumplimiento del Estado de las obligaciones de investigar las graves violaciones que constituyen normas inderogables (*ius cogens*)⁵⁸.

Cabe agregar que, como en el Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, la Corte no se pronunció sobre la responsabilidad directa de los agentes estatales, sino únicamente de manera general como hechos situados en el contexto.

4.1.5.- Caso Contreras y otros vs. El Salvador (2011)⁵⁹

En este caso los hechos sucedieron durante el contexto de conflicto armado salvadoreño, cuya etapa más cruenta se desarrolló en la década de 1980 y 1990. Entre 1981 y 1983, miembros de las Fuerzas Armadas perpetraron la desaparición forzada de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, las que se insertaron dentro del patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y niñas, en el contexto de operativos de contrainsurgencia. Únicamente se pudo establecer el paradero de Gregoria Herminia Contreras, quien, al momento de los hechos, tenía cuatro años y tres meses⁶⁰, además, fue víctima de violación sexual.

La Corte reitera el mismo criterio de valoración del contexto de conflicto armado para determinar la existencia de los hechos, es decir, el contexto le permitió comprobar la existencia de las desapariciones forzadas y la violencia institucionalizada. También, continúa utilizando el criterio de valoración de informe oficial sobre las graves violaciones a derechos humanos en el contexto de la guerra, para este caso valoró el Informe de la Comisión de la Verdad de El Salvador “De la locura a la esperanza” (ICVES)⁶¹.

La particularidad en este caso y su relevancia, radican en que la Corte por primera vez reconoce la responsabilidad directa del Estado sobre la violación sexual de una niña (Gregoria Herminia Contreras) hecho derivado de su desaparición forzada, a raíz de la que un militar se apropió de ella, la mantuvo cautiva sometida a abusos sexuales y violación durante aproximadamente diez años.

Ello se debió a que el Estado reconoció su responsabilidad internacional sobre los hechos, entre ellos, los que fueron declarados por la víctima ante la Corte, sin cuestionarlos, en los que ella afirmó

⁵⁸ CtIDH, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 140.

⁵⁹ CtIDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ CtIDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 40.

haber sufrido violación sexual por el militar que la sustrajo. Además de la declaración de la víctima, la Corte respaldó los hechos con el resultado de la pericia que le fue realizada.

Así, la Corte constató que: “Gregoria Herminia Contreras fue sometida a varias formas de violencia física, psicológica y sexual, incluyendo maltratos físicos, explotación laboral, humillaciones y amenazas por parte de su agresor, quien también la violó con un cuchillo”⁶².

En este sentido, es de resaltar que un estándar empleado por la Corte fue la valoración del *testimonio de la víctima sobre el hecho de violación, como prueba directa*; con el que reconoce el valor relevante e importante del testimonio de la víctima sobre hechos de violencia sexual.

4.1.6.- Caso de las Masacres del Río Negro vs. Guatemala (2012)⁶³

Los hechos sucedieron en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala. En ese contexto, se realizaron una serie de masacres, las incluidas en este caso son las del 4 de marzo de 1980 en la capilla de Río Negro, la masacre de 13 de febrero de 1982 en la Aldea de Xococ, la de 13 de marzo de 1982 en el Cerro de Pacoxom, la de 14 de mayo de 1982 en “Los Encuentros” y la masacre del 14 de septiembre de 1982 en “Agua Fría”⁶⁴.

En este precedente persiste *la valoración del contexto para la determinación de la existencia de los hechos de violencia*, la cual se logró con base en el ICEH; en éste se señaló que alrededor de 626 masacres fueron ejecutadas mediante actos de extrema crueldad destinados a eliminar a las personas o grupos⁶⁵.

La Corte tuvo por establecidos actos de violencia sexual contra mujeres *con base en el ICEH y los testimonios rendidos*, como lo determinó en la masacre Plan de Sánchez y en la masacre de Las Dos Erres. De esta forma indicó que: “[E]l Tribunal ha establecido que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u “operaciones de tierra arrasada”, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”⁶⁶.

⁶² CtIDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 100.

⁶³ CtIDH, Caso Masacre Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ CtIDH, Caso Masacre Río Negro vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 57.

⁶⁶ CtIDH, Caso Masacre Río Negro vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 59.

La CtIDH señaló, de manera singular, que según del ICEH cuando la violencia sexual era cometida contra comunidades mayas, “las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [...] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad”⁶⁷. Con ello, reconoció la comprobada gravedad del impacto de tales hechos específicamente contra mujeres mayas.

Respecto a los actos de violencia y violación sexual, el tribunal interamericano determinó, a su vez, que el Estado incumplió con el deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, contenido en el artículo 7.b. de la Convención de Belém do Pará⁶⁸.

Cabe aclarar que, debido a la incompetencia temporal de la Corte sobre los hechos ocurridos, no se pronunció directamente sobre las violaciones sexuales acontecidas en perjuicio de las víctimas, aunque fueron probadas; únicamente reconoció la falta de diligencia en investigar por parte del Estado⁶⁹.

4.1.7.- Caso Masacre de El Mozote vs. El Salvador (2012)⁷⁰

Los acontecimientos de graves violaciones a derechos humanos que dieron lugar a la Masacre del Mozote, se ejecutaron por la Fuerza Armada salvadoreña entre los días 11 y 13 de diciembre de 1981, en el caserío El Mozote, del cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles y Jocote Amarillo, así como en el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz, del Departamento de Morazán⁷¹.

Como punto relevante, el Estado reconoció su responsabilidad internacional sobre el caso, lo que significó la admisión total de los hechos contenidos en el informe de la CIDH.

Nuevamente se tuvo por acreditados los hechos de violencia, específicamente de violación sexual, con base en el contexto de conflicto armado en que ocurrieron⁷², por medio del ICVES, otros informes, documentos y testimonios.

Lo que resulta de suma importancia en este caso es que la Corte tuvo por probadas las violaciones sexuales contra mujeres jóvenes en el caserío El Mozote, con fundamento en, primero, la aceptación de los hechos por parte del Estado, como se mencionó, y, segundo, en la *serie de indicios* que surgieron del expediente⁷³.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ CtIDH, Caso Masacre Río Negro vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 228.

⁶⁹ CtIDH, Caso Masacre Río Negro vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 39.

⁷⁰ CtIDH, Caso Masacre de El Mozote vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

⁷¹ Ídem.

⁷² CtIDH, Caso Masacre del Mozote vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 61.

⁷³ Dichos indicios fueron apuntados por el tribunal y consistieron en: *informes documentales* sobre el momento en que violaron a muchas mujeres jóvenes antes

Así, la Corte determinó que las violaciones sexuales de las mujeres en el caserío El Mozote por efectivos militares, constituyeron una violación del artículo 5.2 CADH, así como del artículo 11.2 CADH, en relación con el artículo 1.1 CADH, pese a no haber contado con prueba suficiente sobre la individualización de las personas en cuyo perjuicio fueron cometidas, lo que, indicó, correspondería determinar a los tribunales internos⁷⁴.

Teniendo en cuenta las singularidades del caso antes indicadas, es de destacar que en este precedente la Corte empleó los siguientes estándares de prueba: 1) estándar de contexto, 2) estándar sobre la admisión por el Estado de la totalidad de los hechos, 3) estándar de indicios: testimonios, peritajes, exhumaciones e informes que en su valoración conjunta de manera coherente esclarecieron las violaciones sexuales contra muchas mujeres⁷⁵.

4.1.8.- Caso Espinoza González vs. Perú (2014)⁷⁶

Los hechos ocurrieron en el marco del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares, entre 1980 y 2000. Particularmente, se cometieron numerosos actos de violación sexual como parte de una práctica generalizada y aberrante y otras formas de violencia sexual. En este contexto, Gladys Carol Espinoza González fue interceptada el 17 de abril de 1993, junto con su pareja, en la ciudad de Lima, por agentes de la División de Investigación de Secuestros de la Policía Nacional. Luego Gladys Espinoza fue trasladada a las instalaciones de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo.

de matarlas; *la declaración de una testigo* que se refirió al asentamiento de los efectivos militares en los cerros antes de la masacre, donde las inspecciones judiciales comprobaron la existencia de trincheras, y, además, declaró que el 12 de diciembre de 1981 escuchó gritos de algunas mujeres en esos cerros, y, durante su participación en la inspección, agregó haber logrado esconderse en los matorrales y haber observado en una casa que los soldados estaban violando y dando muerte a un grupo de mujeres. Adicionalmente, el tribunal valoró como *indicios las exhumaciones* en dicho sitio que indicaron que los restos en su gran mayoría pertenecían a mujeres; así como la denuncia de los hechos en la que se señalaron las violaciones a mujeres jóvenes por soldados y su posterior asesinato. CtIDH, Caso Masacre del Mozote vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 163.

⁷⁴ CtIDH, Caso Masacre del Mozote vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 167.

⁷⁵ "La Corte estima que las violaciones sexuales perpetradas contra las mujeres jóvenes en el caserío El Mozote vulneraron valores y aspectos esenciales de la vida privada de las mismas, supusieron una intromisión en su vida sexual y anularon su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas". CtIDH, Caso Masacre del Mozote vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 160.

⁷⁶ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014.

Finalmente fue condenada por el delito contra la Tranquilidad Pública (Terrorismo) a una pena de veinticinco años de prisión⁷⁷.

Entre la prueba documental que tuvo en consideración la Corte para concebir los hechos probados se encontraba el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, en el cual se hacía referencia al caso particular de la detención de la víctima y su pareja, y con el que tuvo por probado que, en la época en que ocurrieron los hechos, había una práctica generalizada de violencia sexual contra las mujeres que supuestamente estaban involucradas en el conflicto armado⁷⁸ (*estándar de contexto*).

La Corte estableció que, en el marco de los procesos penales seguidos contra Gladys Espinoza, en varias oportunidades ella declaró haber sido víctima de actos de violencia, tales como tortura, violación sexual y otras formas de violencia sexual, mientras estuvo detenida bajo el mando de agentes policiales⁷⁹.

El tribunal indicó que cuando se trata de prueba testimonial en casos de violación sexual, las víctimas suelen abstenerse de denunciar hechos de tortura y malos tratos, por lo que resulta irrazonable exigirles que manifiesten todos los tratos violentos en cada oportunidad que declaran⁸⁰. Además, advirtió que se trata de un tipo de delito que las víctimas no suelen denunciar por ser estigmatizantes⁸¹.

En este caso, la Corte determinó el carácter fundamental de la declaración de la víctima, como una particularidad de la prueba testimonial en hechos de violación sexual, en virtud de la ausencia de testigos con que suelen suceder⁸².

Asimismo, la Corte señaló, como *estándar de prueba testimonial*, que cuando la víctima ha rendido varias declaraciones respecto a lo sucedido, incluso ante dicho tribunal, aún y cuando exista diferencia en la forma en que haya relatado los hechos, considera determinante la reiteración de situaciones como haber sufrido tortura, diversos actos de violencia y violación sexual, tomando como criterio la coincidencia de las principales circunstancias relatadas⁸³.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú, Op. Cit., párrs. 161 y 195. También, puede consultarse: CtIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párrs. 131 y 134, en el que la Corte tuvo en consideración el Informe Final de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala.

⁷⁹ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párr. 77.

⁸⁰ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párr. 149.

⁸¹ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párr. 150.

⁸² Ídem. Al respecto, véase también: CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, número 216, párrs. 149-150.

⁸³ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párrs. 159- y 161.

Además, la Corte señaló que “la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la víctima”⁸⁴, por lo que se refirió a los artículos 96 de los Reglamentos de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en los que se establece que en los supuestos de violencia sexual no será requerido corroborar el testimonio de la víctima⁸⁵.

Lo anterior, es un aporte de gran importancia por parte de la Corte para el esclarecimiento de actos de violación sexual, el que debe ser estimado como *un estándar flexible sobre la valoración de la declaración de la víctima como testigo único de actos de violación sexual acontecidos en contextos de conflicto armado*.

Asimismo, uno de los criterios empleados por la CtIDH en la valoración de prueba pericial en casos de violencia contra la mujer, es que esta es examinada en conjunto con las declaraciones de la víctima del hecho de violencia, de manera singular, en los casos de violencia sexual.

Un ejemplo de ello ha sido este caso, en el que contó con pericias psicológicas y psiquiátricas realizadas a la víctima y, adicionalmente, un informe sobre dichas pericias realizado por una psicóloga, en el cual se concluyó que las pericias eran contundentes en señalar que la víctima sufrió tortura y violación sexual mientras se encontró en custodia del Estado, y que no se trató de simulación como lo sugerían pericias del Ministerio Público⁸⁶.

Un aspecto importante en la valoración probatoria de los peritajes es el contraste entre aquellos realizados por el Estado posteriormente de cometidos los hechos y los solicitados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por los representantes de la víctima a la CtIDH, dado que esta forma de proceder permite descartar el valor que pueden tener los resultados arrojados por los primeros, cuando estos son tendientes a desacreditar lo declarado por la víctima, frente a la evaluación favorable de los segundos vistos a la luz del acervo probatorio⁸⁷.

La CtIDH concluyó en este caso, entre otros aspectos, que el Estado invizibilizó el patrón de violencia sexual del que fueron víctimas mujeres detenidas por haber sido acusadas de terrorismo y traición a la patria, constituyendo un obstáculo grave para judicializar los hechos, los que continúan en la impunidad⁸⁸.

⁸⁴ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párr. 153.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú, Op. Cit., párr. 169.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Op. Cit., párr. 282.

4.2.- Estándar de valoración de prueba sobre hechos ocurridos en contextos de crimen organizado

Los siguientes precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte se trataron de graves violaciones a derechos humanos contra mujeres, cometidas en escenarios de altos índices comprobados de criminalidad organizada, en las que los Estados demandados tuvieron un papel esencial para ejecutarlas, encubrir las y mantenerlas en la impunidad.

En razón de esos contextos, la Corte estableció y mantuvo criterios para otorgar valor a prueba e indicios recabados durante y después de los sucesos, los que le permitieron determinar la responsabilidad de los Estados en las violaciones a derechos humanos, particularmente sobre hechos de violencia y violación sexual. En seguida se presentan los casos que se han considerado más emblemáticos e importantes a los fines de este trabajo.

4.2.1.- Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009)⁸⁹

Este caso presentó hechos que ocurrieron en Ciudad Juárez, donde se desarrollaban formas diversas de delincuencia organizada. Desde 1993, se registró un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer. En ese contexto, Laura Berenice Ramos, estudiante, de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette González, trabajadora en una empresa maquiladora, de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica, de 15 años de edad, desapareció el 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. A pesar de ello, no se iniciaron mayores investigaciones. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de las tres jóvenes mujeres en un campo algodón, quienes presentaron signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte⁹⁰.

Este caso es uno de los más emblemáticos y progresistas que ha decidido la Corte, pues se trata del primero en el que analizó los hechos desde una perspectiva de género a la luz de la CADH y la Convención de Belém do Pará, de manera singular desde el examen que realizó del

⁸⁹ CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de Noviembre de 2009.

⁹⁰ CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de Noviembre de 2009.

contexto de violencia y discriminación que se suscitaba en Ciudad Juárez⁹¹.

De ahí se colige que la Corte empleó un *estándar de prueba sobre el contexto* para tener por probada la existencia de los hechos; pero esta vez en un escenario de violencia contra mujeres y niñas derivado del crimen organizado.

Con tal propósito, la Corte otorgó valor a varios informes sobre la situación de violencia contra las mujeres en esa ciudad⁹².

Además, el reconocimiento parcial del Estado de su responsabilidad internacional sobre los hechos referidos a las investigaciones llevadas a cabo, sumado a las declaraciones que remitió como prueba y los diversos informes, facilitó tener por probada la existencia de una cultura de discriminación que influyó en los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez⁹³.

Respecto a la prueba testimonial consistente en las declaraciones de las víctimas, la Corte señaló que por tener un interés en el caso no podían ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas en el proceso⁹⁴.

A su vez, sostuvo que la declaración testimonial de personas ajenas al caso podía ser utilizada "... como prueba relevante al momento de evaluar el alegado contexto de violencia contra la mujer, las supuestas falencias en las investigaciones llevadas en el fuero interno y otros aspectos denunciados en perjuicio de las tres presuntas víctimas identificadas en la demanda"⁹⁵.

La Corte concluyó que las tres mujeres fueron víctimas de violencia contra la mujer según la CADH y la Convención de Belém do Pará, y que sus homicidios fueron cometidos por razones de género enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Para ello, utilizó tres estándares: el

⁹¹ CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Op. Cit., párr. 113 y siguientes.

⁹² Algunos de esos informes fueron: la Recomendación 44/1998, emitida el 15 de mayo de 1998 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México; el Informe de la misión de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de 25 de noviembre de 1999; el Informe de la Misión del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, de 24 de enero de 2002; el Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, sobre la Misión en Ciudad Juárez, Chihuahua, México, noviembre de 2003; la Resolución del Parlamento Europeo sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la Unión Europea en la lucha contra este fenómeno, emitida el 11 de octubre de 2007; entre otros CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Op. Cit., párr. 116.

⁹³ CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Op. Cit., párr. 399.

⁹⁴ CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Op. Cit., párr. 86. Similar a lo que sostuvo en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú, ya citado.

⁹⁵ CtIDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Op. Cit., párr. 87.

reconocimiento del Estado sobre la situación de violencia contra la mujer; los informes que señalaron que muchos de los homicidios cometidos en dicha ciudad fueron manifestaciones de violencia basada en género; y los indicios periciales, testimoniales y documentales coherentes con que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de morir⁹⁶.

4.2.2.- Caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010)⁹⁷

La Corte determinó⁹⁸ que los hechos en este caso sucedieron en un contexto importante de presencia militar en el estado de Guerrero dirigida a reprimir la delincuencia organizada. La señora Fernández Ortega, tenía 25 años, era una mujer indígena que pertenecía a la comunidad indígena Me'phaa, residía en Barranca Tecoani, de dicho estado mexicano. En marzo de 2002, cuando se encontraba en su casa acompañada de sus cuatro hijos, un grupo de aproximadamente once militares ingresó a su casa. Uno de ellos la tomó de las manos, la apuntó con un arma y le dijo que se tirara al suelo. Estando en el suelo otro militar con una mano tomó sus manos y la violó sexualmente, mientras otros dos militares miraban el acto.

El Estado hizo un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional sobre algunas omisiones durante todo el proceso de atención a la víctima y las investigaciones; más no sobre las acciones de violación sexual.

Las acciones de violación sexual fueron analizados a la luz del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará relativo a los compromisos y obligaciones de los Estados respecto a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

La comprobación del contexto en que ocurrieron los hechos se basó en el Diagnóstico 2003 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, así como el Diagnóstico sobre violencia contra las mujeres en los municipios de la región La Montaña de Guerrero de la Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero, y por declaración rendida por perito⁹⁹.

Cabe destacar que, en el segundo informe mencionado, la Secretaría de la Mujer advirtió que las mujeres indígenas seguían padeciendo las consecuencias de "una estructura patriarcal ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque a criminales, pero no se les sensibiliza en los derechos humanos

⁹⁶ CtIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Op. Cit., párrs. 228-230.

⁹⁷ CtIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, número 215.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ CtIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Op. Cit., párr. 78.

de la comunidad y de las mujeres”¹⁰⁰. Además, reconoció la existencia de un estado generalizado de violencia contra la mujer “violencia institucional castrense”¹⁰¹.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, dicho tribunal destacó los desafíos que ésta representa en casos de violencia contra mujeres, particularmente, en casos de violación sexual, puesto que, por la propia naturaleza de los hechos, al momento de su ocurrencia solamente están presentes la víctima y el agresor o agresores; así reconoció que, en esos escenarios, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por esa razón, el testimonio de la víctima se vuelve central y resulta ser una “prueba fundamental”¹⁰².

Como se resaltó antes, ello se trató de un cambio en la jurisprudencia de la Corte, un avance bastante significativo en relación con el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, en el que tuvo en cuenta la naturaleza del hecho como un obstáculo para ser probado mediante la declaración de la víctima de violación sexual¹⁰³.

Asimismo, en situaciones de violación sexual, cuando el resultado de la evaluación médica no refleje agresión, la Corte ha valorado la prueba en coherencia con el testimonio de la víctima, y ha tenido en cuenta que ella haya declarado no haberse resistido físicamente a la agresión; además, ha señalado que el uso de la fuerza no debe considerarse un aspecto imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, y tampoco deben exigirse pruebas de la existencia de resistencia física en el hecho¹⁰⁴.

En este caso, la Corte verificó que no se contó con prueba que desvirtuara los dichos de la señora Fernández Ortega, la víctima solo recibió asistencia médica en una ocasión; sin embargo, se habían practicado pericias oficiales que determinaron la presencia de líquido seminal y células espermáticas, pero los peritos agotaron y desecharon las muestras, lo cual impidió practicar una prueba de ADN. La Corte consideró este hecho como extremadamente grave y que obstaculizó el esclarecimiento y su debido juzgamiento¹⁰⁵.

¹⁰⁰ CtIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Op. Cit., párr. 79.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² CtIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Op. Cit., párr. 100; y caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Op. Cit., párr. 89.

¹⁰³ CtIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Op. Cit., párr. 58.

¹⁰⁴ CtIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Op. Cit., párr. 115. En este caso, la Corte tuvo por probado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción (violación sexual de la señora Fernández Ortega en su casa, frente a sus hijos y por elementos militares), agravado por haberse producido en el marco de relaciones de autoridad, por tres militares que se encontraban armados.

¹⁰⁵ Ídem.

4.2.3.- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010)¹⁰⁶

La Corte determinó en este precedente que los hechos se produjeron en el mismo contexto del anterior: de importante presencia militar en el estado de Guerrero, dirigida a reprimir la delincuencia organizada, entre otras actividades ilegales. Valentina Rosendo Cantú, mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, en el estado de Guerrero, tenía 17 años, cuando, en febrero de 2002, se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio, se disponía a bañarse, y ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Ella les manifestó desconocer a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo. Uno de los militares la tomó de su cabello mientras insistió sobre la información. Finalmente le rasguñaron la cara, le quitaron la falda, la ropa interior y la tiraron al suelo. Uno de ellos la penetró sexualmente. Cuando terminó éste, el otro que también la interrogaba hizo lo mismo.

Uno de los aspectos relevantes que estimó la Corte para comprobar los hechos de violación sexual fue que el Estado no aportó evidencia para desvirtuarlos ni contradecirlos, con lo que consideró razonable otorgar valor a las pruebas y a la serie de indicios que surgieron del expediente¹⁰⁷. Agregó que de concluir lo contrario significaba permitir al Estado ampararse en la negligencia e ineffectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad por violar el artículo 5 CADH¹⁰⁸.

En este caso, en adición a lo que la Corte señaló en el anterior, se estableció que la discrepancia que puede suscitarse sobre el estándar de valoración concedido al testigo único, resulta ser más relevante en el ámbito interno para la validación de una condena penal, pero no quita que presente importancia en el ámbito internacional¹⁰⁹.

Respecto a casos contenciosos en materia de derechos humanos, sostuvo la CtIDH, que no se busca la determinación de responsabilidad penal individual, sino del Estado en la violación de derechos humanos, por lo que presenta un distinto estándar de prueba. De ahí que la Corte haya establecido en su jurisprudencia que para un tribunal

¹⁰⁶ CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Op. Cit.: pág. 1.

¹⁰⁷ CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Op. Cit., párr. 104.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Op. Cit., párr. 105.

internacional los criterios de valoración de prueba son menos formales que los sistemas legales internos, incluso su procedimiento presenta caracteres propios, por lo que, además, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal¹¹⁰.

Con base en esas consideraciones, la Corte encontró probado que la señora Rosendo Cantú fue víctima de actos constitutivos de violación sexual, cometidos por dos militares en presencia de otros seis¹¹¹.

4.3.- Estándar de valoración de prueba en contextos violentos y no violentos

Cómo se acotó previamente, la Corte también ha conocido de casos contenciosos cuyos hechos se desarrollaron en escenarios con índices altos de criminalidad común (no constitutivos de crimen organizado), entre ellos de violencia contra la mujer, y otros en los que tales índices no son una características al momento en que han sido cometidos o no han incidido en las circunstancias en que se realizaron las acciones por los responsables.

Sobre el último punto mencionado, cabe aclarar que no se trata de casos como el de Loayza Tamayo vs. Perú, en el que aunque existió un contexto de conflicto armado y de violencia contra la mujer, al momento de los hechos, la Corte no los valoró como criterio para tener por probada la violación sexual de la víctima mientras estaba recluida.

Así, en este apartado se describen brevemente los criterios para valorar prueba que utilizó la Corte a fin de determinar la responsabilidad internacional de los Estados sobre graves violaciones a los derechos humanos de mujeres y niñas acontecidas bajo las condiciones indicadas.

4.3.1.- Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala (2014)¹¹²

María Isabel Veliz Franco, nacida en Guatemala en 1986, tenía 15 años y era estudiante que trabajaba temporalmente en "Almacén Taxi". El 17 de diciembre de 2001, su madre, Rosa Elvira Franco Sandoval, denunció su desaparición ante la Policía Nacional Civil, indicando que María Isabel había salido a trabajar el día anterior (16 de diciembre) y no había regresado a casa. La madre reportó que en la noche del 16 de diciembre, un muchacho recogió a María Isabel en el almacén. En declaraciones posteriores, la madre mencionó que este joven podría ser su novio o un acosador. Finalmente, ante la Corte, la madre declaró que un empleado del almacén había afirmado haber

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Op. Cit., párr. 106.

¹¹² CtIDH, Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, No. 277.

presenciado cómo subieron a la fuerza a María Isabel a un vehículo y se la llevaron.

Como primer punto relevante, la Corte reiteró que desde su primer caso contencioso¹¹³ ha indicado que para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos rígidos que en los sistemas judiciales internos; además, sostuvo que puede evaluar libremente las pruebas, que debe aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta la gravedad de la atribución de responsabilidad internacional al Estado, y que sea capaz de generar la convicción de la verdad de los hechos¹¹⁴.

En este caso la Corte evaluó la existencia del contexto a través de prueba pericial y documental proveniente de entidades estatales, de entidades internacionales (sistema de Naciones Unidas y sistema Interamericano), de organizaciones no gubernamentales; y especificó que valoraría un documento elaborado bajo la coordinación de una de las peritas intervinientes en el caso, distinto de su pericia¹¹⁵.

Así, dicho tribunal destacó que para diciembre de 2001 Guatemala atravesaba una escalada de violencia homicida, que presentaba índices altos en comparación con otros países; con ello aumentaron los homicidios de mujeres, cierta parte de estos por razones de género¹¹⁶. De ahí que la Corte concluyó que dicho fenómeno presentó cierto grado de continuidad temporal, con lo que era posible afirmar que cuando ocurrieron los hechos existía un contexto de aumento de violencia homicida contra las mujeres¹¹⁷. Agregó haber constatado que el grado de impunidad, a ese momento, era muy alto¹¹⁸, lo que obra como factor adicional coadyuvante del conocimiento estatal sobre la situación de riesgo¹¹⁹.

La Corte otorgó valor a la denuncia presentada por la madre de la víctima ante la policía, en coherencia con el documentado contexto violento, con lo que determinó que el Estado estuvo en conocimiento de la situación de riesgo en que se encontraba su hija, además de conocer que era posible que lo denunciado se insertara en un contexto violento que potenciaba la lesión de los derechos de la niña¹²⁰.

Con base en la evaluada coherencia entre la prueba sobre el contexto y la impunidad, en relación con el resto de indicios concatenados (entre ellos la denuncia citada), el tribunal concluyó, entre otros puntos, que el Estado violó su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad personal

¹¹³ CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Op. Cit., párrs. 127-129.

¹¹⁴ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 179.

¹¹⁵ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 72.

¹¹⁶ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 73.

¹¹⁷ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 81.

¹¹⁸ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 84.

¹¹⁹ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 153.

¹²⁰ CtIDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 154.

contenidos en la CADH y relacionados con las obligaciones contempladas en la Convención de Belém do Pará.

4.3.2.- Caso Velásquez Paíz y otros vs. Guatemala (2015)¹²¹

El relato de los hechos indica que Claudina Isabel Velásquez Paiz, una estudiante de 19 años, fue vista por última vez el 12 de agosto de 2005. Alrededor de las 2:00 a.m. del 13 de agosto, sus padres fueron alertados de que su hija podría estar en peligro, lo que motivó su inmediata búsqueda. A pesar de contactar a la Policía Nacional Civil (PNC), los agentes les informaron que no podían hacer nada y que debían esperar 24 horas para reportarla como desaparecida. Los padres continuaron su búsqueda por su cuenta. La denuncia escrita de su desaparición fue recibida por la PNC ese mismo día. Luego su cuerpo fue encontrado con herida de proyectil, con indicios probables de violencia sexual y diversas lesiones en el cuerpo.

En este precedente la Corte enmarcó los hechos ocurridos en el mismo contexto del caso anterior, un contexto de aumento de violencia homicida contra las mujeres en Guatemala que era conocido por el Estado. Sobre este particular punto, aludió al conocimiento que ha tenido de diversos contextos históricos, sociales y políticos que le permiten situar los hechos violatorios de la CADH, en el marco de circunstancias específicas en que ocurrieron, aseguó que los contextos caracterizan a los hechos ya sea como “parte de un patrón sistemático de violaciones a derechos humanos, como una práctica aplicada o tolerada por el Estado o como parte de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población”¹²².

Más significativo aún fue que reiteró el reconocimiento sobre la importancia del contexto para la determinación de la responsabilidad del Estado, *la comprensión y valoración de la prueba*, la procedencia de ciertas medidas de reparación y estándares sobre obligaciones de investigación de los Estados¹²³, lo que ya había sostenido en el caso Espinoza Gonzáles vs. México en la sentencia de 20 de noviembre de 2014¹²⁴.

La Corte retomó en este caso las consideraciones sobre el valor probatorio que otorgó a los informes y documentos relativos al contexto que caracterizaron la muerte de la víctima también en este caso.

¹²¹ CtIDH, Caso Velásquez Paíz vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

¹²² CtIDH, Caso Velásquez Paíz vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 43.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Cabe recordar que en el caso Espinoza Gonzáles vs. México los hechos ocurrieron en un contexto de alta concurrencia militar que tenía como fin erradicar hechos de criminalidad organizada, lo que difiere con el presente caso, en el que los índices altos de violencia se concentran en homicidios, particularmente contra mujeres y niñas.

Adicionalmente, la Corte reiteró que al tener por comprobado el conocimiento de Guatemala sobre el contexto de aumento de violencia homicida contra las mujeres y agravamientos de los grados de violencia y ensañamiento ejercidos contra los cuerpos de las víctimas, le surge al Estado un deber de diligencia estricta frente a denuncia de desapariciones de mujeres¹²⁵.

Ello, si bien había sido destacado también en el caso anterior, su incumplimiento seguía persistiendo, puesto que encontró responsable internacionalmente al Estado por la violación del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, en perjuicio de Claudia Velásquez Paíz.

4.3.3.- Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador (2020)¹²⁶

Los hechos ocurridos en este caso se remontan al año 2001. Paola Guzmán Albarracín fue víctima de violencia sexual, entre sus 14 y 16 años de edad, por el Vicerrector del colegio donde estudiaba. Todo inició cuando cursaba segundo año de educación básica. La serie de acciones constitutivas de violencia sexual la llevaron a ingerir veneno y terminar con su vida el 13 de diciembre de 2002. Dejó tres cartas manuscritas, una de ellas dirigida al Vicerrector.

Es de hacer notar inicialmente que este caso fue analizado por la Corte en el marco de un contexto de violencia sexual contra niñas en el sector educativo en Ecuador, el que, si bien no fue señalado por la CIDH en su informe de fondo, si fue alegado por parte de los representantes, quienes presentaron diversos informes de entidades estatales y organismos internacionales en los que el Estado reconocía la falta de políticas estatales sobre la problemática¹²⁷.

La Corte verificó, entre otra documentación, las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador, de 26 de octubre de 1998, en el que se expresó preocupación por la práctica del maltrato infantil en Ecuador inclusive en las escuelas, sobre el abuso sexual, también respecto a la incidencia de suicidios de “muchachas” y por la insuficiencia de acceso de adolescentes a educación sobre salud reproductiva¹²⁸.

Fue documentado mediante informes que dicha práctica se siguió presentado posteriormente en los años 2008, 2010, 2015 y 2017¹²⁹.

Además del *estándar de evaluación sobre el contexto a través de diversos informes*, la Corte valoró *testimonios* que dieron cuenta de las acciones de violencia sexual de las que fue víctima Paola por el

¹²⁵ CtIDH, Caso Velásquez Paíz vs. Guatemala. Op. Cit., párr. 122.

¹²⁶ CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2020.

¹²⁷ CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 43.

¹²⁸ CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 44.

¹²⁹ CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 45.

Vicerrector del centro escolar. Testimonios que, adicionalmente, indicaron que ella no había sido la única estudiante que había tenido ese tipo de acercamientos con el sujeto, que eran de conocimiento del ámbito del colegio y que no se tenía conocimiento de que los actos hubiesen sido denunciados por personal del centro educativo¹³⁰.

En este caso, también, la Corte analizó y valoró un *informe documentológico* que señalaba que había “identidad caligráfica” en las tres cartas dejadas por Paola y otros manuscritos elaborados por ella con los que se cotejaron los escritos. El texto de una de las cartas, que estaba dirigido al Vicerrector, señalaba que ella se sentía engañada por él, debido a que tenía a otras mujeres y que ella decidió tomar veneno por no soportar esa situación¹³¹.

Es posible afirmar que el tribunal tuvo por hechos probados a través de testimonios, peritajes y una de las cartas, que la adolescente mantuvo durante más de un año relaciones sexuales con el Vicerrector, quien ejerció acoso u hostigamiento sexual sobre ella, incluso acceso carnal; y que las conductas ejercidas, que fueron prolongadas en el tiempo, consistieron en graves actos de violencia sexual.

La Corte comprobó y reconoció que a Paola le fueron violados sus derechos a la integridad personal y a la vida privada, en consideración de su derecho a una vida libre de violencia en el ámbito educativo, lo que evaluó con fundamento en la CADH, la Convención de los Derechos del Niño y de manera complementaria con las obligaciones que dispone la Convención de Belém do Pará.

Asimismo, dicho tribunal determinó que Paola sufrió actos de violencia y discriminación interseccional por los distintos factores de vulnerabilidad que concurrieron (edad y condición de ser mujer), y que esos actos se enmarcaron en una situación estructural; ello, con fundamento en la *valoración positiva de los informes sobre el contexto y en que no constaba en el expediente que antes de 2002 el Estado hubiese adoptado políticas “que tuvieran un impacto efectivo en el ámbito educativo de Paola”*, tendentes a revertir situaciones de violencia de género contra niñas en dicho ámbito¹³².

Por ende, la Corte declaró al Estado responsable por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, a la vida privada y a la educación en perjuicio de la niña Paola Guzmán Albarracín.

4.3.4.- Caso Manuela y otros vs. El Salvador (2021)¹³³

El 26 de febrero de 2008, Manuela, quien estaba embarazada, sufrió una fuerte caída que le provocó dolor lumbopélvico y sangrado

¹³⁰ CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 50 y 51.

¹³¹ CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 56.

¹³² CtIDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 142.

¹³³ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021.

transvaginal, lo que llevó a su ingreso de emergencia a un hospital público, donde el personal médico determinó que había sufrido un parto extrahospitalario complicado por preeclampsia grave post-parto y anemia. Debido a que el cuadro médico indicaba un parto sin la presencia del recién nacido, la médico que la atendió presentó una denuncia en su contra, lo que desencadenó un allanamiento policial el 28 de febrero en la vivienda de Manuela, donde se encontró el cuerpo de un recién nacido muerto en una fosa séptica, resultando en una denuncia adicional del padre de Manuela, quien posteriormente alegó haber sido presionado y amenazado por la policía para poner la huella en la denuncia¹³⁴.

La Corte *analiza este caso atendiendo al contexto* en el momento en que se desarrollaron los hechos producto de la vigencia de la penalización absoluta del aborto en El Salvador, la que ha derivado en la criminalización de mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas, siendo condenadas por homicidio agravado y no por aborto¹³⁵.

El contexto fue comprobado por la Corte por el mismo medio que se ha visto ha empleado en los casos de contextos violentos antes descritos: diversos informes oficiales internacionales e internos sobre la situación de la problemática en que han acaecido los hechos sometidos a su competencia contenciosa.

Así, en este caso la Corte *documentó el contexto con base en informes emitidos* en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos relacionados con la situación del aborto en El Salvador, entre los que destacan informes del Comité de Derechos Humanos (2018), del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2014) y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2017)¹³⁶. Dichos informes fueron admitidos en consideración de no haber sido controvertidos por las partes¹³⁷, tal como lo ha hecho el tribunal en otros casos que se han examinado en este texto¹³⁸.

Además, a través de estos informes, la Corte determinó que la mayoría de las mujeres procesadas por estos hechos tienen las mismas características: “son de escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad”¹³⁹, como es el caso de Manuela.

Agregó que quedaba comprobado que en ella concurrían dichas desventajas estructurales que potenciaron su victimización. De modo que la discriminación sufrida respondía a esos factores de

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 42 y 43.

¹³⁶ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 42.

¹³⁷ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 31.

¹³⁸ Por ejemplo, ver el Caso Espinoza González vs. México.

¹³⁹ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 46.

vulnerabilidad o fuentes de discriminación que habrían confluído de forma interseccional¹⁴⁰.

Se destacan de este caso las valoraciones que la Corte hizo sobre la legislación interna en relación al secreto profesional y el deber de denuncia. Al respecto, dicho tribunal evaluó las condiciones legales que norman ambos temas, concluyendo que la ambigüedad que existe en la legislación más el accionar médico, colocó en la posición a Manuela de considerar que si acudía a recibir servicios médicos para atender su emergencia obstétrica, podía ser denunciada, tal como sucedió, afectando rotundamente su vida¹⁴¹.

La Corte se apoyó, además, de *un peritaje que arrojó registros de que estas denuncias solo se realizan por hospitales públicos y no por clínicas privadas*, por lo que dicha ambigüedad legislativa no afecta a mujeres con suficientes recursos económicos para que las atiendan en un hospital privado¹⁴². Esta situación fue calificada por la Corte como discriminatoria y constitutiva de violencia contra la mujer¹⁴³.

En este sentido, la Corte estableció que el Estado incumplió su obligación de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación, contraviniendo el artículo 7.a. de la Convención de Belém do Pará¹⁴⁴. De este modo, se determinó que El Salvador era responsable, entre otros aspectos, de no cumplir con sus obligaciones contenidas en dicha Convención¹⁴⁵.

Se pueden apreciar tres distintos criterios de valoración de prueba que atienden a la flexibilidad con que el tribunal evalúa los casos de violencia contra la mujer con fundamento en la sana crítica, a saber: estándar de valoración del contexto a través de informes oficiales y estándar de prueba documental, testimonial y pericial; todo lo que en su conjunto determinó la responsabilidad internacional del Estado en el sentido indicado.

5.- CONCLUSIONES

El reconocimiento de la violencia de género como un fenómeno que genera graves violaciones a los derechos humanos de mujeres y niñas, ha permitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos diseñar los estándares de valoración probatoria en esos casos.

¹⁴⁰ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 253.

¹⁴¹ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 259.

¹⁴² CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 254.

¹⁴³ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 259.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Op. Cit., párr. 260.

Lo anterior le ha sido posible gracias al sistema de libre valoración probatoria, con base en el principio de sana crítica, lo que, a su vez, le ha permitido evaluar de manera flexible la prueba para determinar la existencia de un hecho de violencia contra mujeres y niñas como probado.

Los estándares diseñados por dicho tribunal versan sobre los distintos tipos de prueba que puede proponerse en los juicios, los cuales permiten realizar una valoración que facilita la determinación de los hechos de violencia, garantiza seguridad jurídica y un equilibrio procesal de las partes. Estos pasan por el cumplimiento de reglas de prueba que progresivamente se han incorporado en los instrumentos que respaldan el trabajo contencioso de dicho tribunal y de otras creadas en su jurisprudencia.

La consistente jurisprudencia de la Corte ha permitido presentar los estándares específicos según la clasificación del contexto de conflicto armado, de crimen organizado y contextos de violencia, en que se han desarrollado los hechos de violencia.

Entre los estándares más relevantes en materia de violencia contra la mujer contruidos a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran los relativos al carácter fundamental que concede a la declaración de la víctima de violación sexual, y la valoración de dicho testimonio en conjunto con el acervo probatorio, sin que la ausencia de evaluaciones médicas desacredite su declaración; así como la validez del testimonio de personas ajenas al caso para probar la existencia de un contexto de violencia contra la mujer.

A su vez, otros estándares relevantes son aquellos referidos a la valoración de la prueba documental y pericial y a los contextos de violencia de género en que se han realizado los hechos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos. Entre tales estándares se encuentra el referido a que estas pruebas deben ser examinadas en conjunto con las declaraciones de la víctima del hecho de violencia, de manera singular, en los casos de violencia sexual. Cuando las evaluaciones médicas no sean conducentes a evidenciar el uso de la fuerza en un caso de violencia sexual, el criterio sostenido por la Corte es que no todo hecho de violencia sexual reflejará uso de la fuerza sobre la víctima, en cuyo caso prevalecerán el resto de elementos del acervo probatorio y el carácter fundamental de la declaración de la víctima.

La evaluación de los contextos de violencia como criterio de prueba en sí mismos, deben encontrarse respaldados por el resto de indicios y prueba que se encuentre en el expediente, lo que coadyuva a comprobar particularmente los hechos de violencia sexual.

La Corte no sostiene de manera definitiva criterios fijos en torno a este tema, generalmente, algunos varían de acuerdo con las singularidades de los casos, de modo que no puede concluirse que existan estándares predeterminados para las temáticas que enjuicia.

Sin embargo, los estándares existente hasta el momento resultan no solo útiles sino importantes en la determinación de la existencia de los hechos de violencia contra la mujer, para el reconocimiento de los derechos humanos que se ven vulnerados y de la responsabilidad internacional de los Estados en la falta de investigación de tales hechos y en su participación a través de sus agentes. Ello viabiliza superar la impunidad, prevenir las esferas de discriminación contra mujeres, buscar mecanismos de erradicación de este fenómeno y conseguir progresivamente la igualdad de género.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- Asencio Mellado, José María, Derecho Procesal Civil. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia. 2009.
- Butler, Judith, El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. D.F. Paidós, 2001.
- Cobo Bedía, Rosa, El género en las ciencias sociales. Cuadernos de trabajo social. Vol. 18, 2005.
- Conway, J.; Bourque, S. y Scott, J. "El concepto de género". En *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas. Miguel Ángel Porrúa, 2000.
- Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª Edición, Buenos Aires, Editor Roque de Palma, 1958.
- Devis Echandía, Hernando, Compendio de Pruebas Judiciales. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Díaz, Álvaro Paul, "Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 1, pp. 297 – 327. 2015.
- Gascón Abellan, Marina, "Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos". *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 127-139.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_1_0.pdf.
- Marriezcurrena, Javier y Rovatti, Pablo. "Valoración de la prueba de la violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mc-Gregor y Rogelio Flores Pantoja. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, 2017.
- Lagarde, Marcela, Género y feminismos. Desarrollo humano y democracia. Madrid, 1996.

- Lopes Cerqueira, Daniel, *Valoración y Estándar de Prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de Violencia de Género*, Cuadernos de Derechos Humanos 7, Observatorio Universitario de Derechos Humanos y Observatorio de Derechos Humanos de Los Andes, Epikéia, 2020.
- Lopes Cerqueira, Daniel, "Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género", *Actualidad Constitucional Análisis Jurídico* 296, (2018): 152-170. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/40614>.
- ONU Mujeres. <https://www.unwomen.org/es/articulos/datos-y-cifras/datos-y-cifras-violencia-contra-las-mujeres>
- Orjuela Ruiz, Astrid, "El concepto de la violencia de género en el derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 23, (2012): 89-114. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5290/5116>
- Taruffo, Michele, *La Prueba de los Hechos*. Trad. J. Ferrer Beltrán, ed. Trotta, Bolonia, 2002.

Jurisprudencia:

- CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.
- CtIDH, Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C No. 23.
- CtIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, número 33.
- CtIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.
- CtIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Serie C, No. 105. Fondo de 19 de noviembre de 2004.
- CtIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- CtIDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009.
- CtIDH, Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- CtIDH, Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- CtIDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 De noviembre de 2009.

- CtIDH, Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2009.
- CtIDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, número 216.
- CtIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C, número 215.
- CtIDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.
- CtIDH, Caso J. vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2013.
- CtIDH, Caso Masacre de El Mozote vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- CtIDH, Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, No. 277.
- CtIDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, número 289.
- CtIDH, Caso Velásquez País vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.
- CtIDH, Caso I.V. vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C, número 329.
- CtIDH, Caso López Soto y otros vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362.
- CtIDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2020.
- CtIDH, Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021.

UNA RESPUESTA DE JUSTICIA PARA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE DICTADURAS O CONFLICTO INTERNO EN SUDAMÉRICA

A JUSTICE RESPONSE FOR WOMEN VICTIMS OF DICTATORSHIP OR INTERNAL CONFLICT IN SOUTH AMERICA

Boris Hau*

RESUMEN: El 22 de abril de 1985 se inició en Buenos Aires, Argentina, la audiencia pública del denominado Juicio a las Juntas, que tuvo por objetivo juzgar a la cúpula militar de la última dictadura (1976-1983). A 40 años de iniciado este proceso judicial, otros países de Sudamérica también han implementado políticas de Justicia Transicional post dictatoriales para dar respuesta a las demandas tanto de familiares de las víctimas como de las personas directamente afectadas por violaciones a los Derechos Humanos. El presente artículo busca dar a conocer un aspecto particular de este proceso, a saber, la exigencia de justicia para las mujeres que fueron víctimas de crímenes de lesa humanidad.

ABSTRACT: On April 22, 1985, the public hearing of the Trial of the Juntas began in Buenos Aires, Argentina, which aimed to judge the military leadership of the last dictatorship (1976-1983). 40 years after the beginning of this judicial process, other countries in South America have also implemented post-dictatorship Transitional Justice policies to respond to the demands of both victims' families and those directly affected by violations of Human Rights. This article seeks to give knowledge of a particular aspect of this process, namely, the demand for justice for women who were victims of crimes against humanity.

PALABRAS CLAVE: mujeres, perspectiva género, justicia transicional, juicios, impunidad.

KEYWORDS: women, gender perspective, transitional justice, trials, impunity.

Fecha de recepción: 31/03/2025

Fecha de aceptación: 4/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10090>

* Abogado, candidato a Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. <https://orcid.org/0000-0003-4840-1092>, E-mail: borishau@yahoo.com.

1.- INTRODUCCIÓN

Para la académica Rita Segato, cuando un Estado concentra el poder en una Junta de Gobierno o en un dictador —creando una estructura institucional basada en la concentración del poder— las consecuencias son evidentes: los agentes estatales adquieren la capacidad de actuar con total impunidad, tal como ocurrió en las dictaduras que se extendieron por Sudamérica en las décadas de los '70 y '80 del pasado siglo. Estos regímenes militares instauraron instituciones con el supuesto objetivo de resguardar la seguridad interior, pero en la práctica sus agentes detuvieron, torturaron e hicieron desaparecer a militantes de izquierda, tanto hombres como mujeres, y a dirigentes sociales.

Ello porque los regímenes totalitarios permiten que sus agentes actúen sin control alguno, pues se trata, en definitiva, de un asunto de poder. A este respecto Segato sostiene que esta institucionalidad del terror crea un "Segundo Estado", es decir, aunque formalmente existe un Estado bajo un régimen dictatorial, este genera agencias paralelas de seguridad que actúan junto a las Fuerzas Armadas y la policía, controlan la política, las instituciones y, en resumen, definen quién ejerce realmente el poder. Las violaciones a los derechos humanos cometidas por estos agentes —como los crímenes contra mujeres militantes de izquierda— "no son crímenes comunes de género, sino crímenes corporativos y, más específicamente, crímenes del Segundo Estado, del Estado paralelo"¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el propósito de este artículo es dar a conocer cómo han sido los procesos judiciales relacionados con mujeres víctimas de las pasadas dictaduras en Sudamérica, en el marco de las políticas de Justicia Transicional. En concreto, se pretende responder de qué manera se ha llevado a cabo la búsqueda de justicia para las mujeres víctimas, ya sean detenidas desaparecidas, ejecutadas políticas y/o expresas políticas sobrevivientes. Para esto, se revisaron los procesos ocurridos en Argentina, Chile y Uruguay, para, posteriormente compararlos con los avances (y retrocesos) en Brasil, Perú, Paraguay y Bolivia.

Cabe señalar que en 2004 Naciones Unidas definió la Justicia Transicional como una "variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación"². Los mecanismos de la justicia transicional: la justicia penal, la búsqueda de la verdad, el resarcimiento, y la reforma

¹ Rita Segato. *La guerra contra las mujeres*. (Traficantes de Sueños 2016), 47.

² Naciones Unidas. *Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (2004) párrafo 8. <https://undocs.org/es/S/2004/616>

institucional, buscan dar una respuesta desde el Estado a las violaciones a los derechos humanos. Estos mecanismos, que incluyen la justicia penal, la búsqueda de la verdad, las reparaciones y la reforma institucional, buscan dar una respuesta estatal a las violaciones de derechos humanos cometidas en dictadura, tanto para las víctimas sobrevivientes como para las ejecutadas y desaparecidas, así como también para sus familiares.

La académica Priscilla Hayner sostiene que la Justicia en Transición estudia las respuestas que deben realizar los Estados en transiciones democráticas para enfrentar las herencias dolorosas de un pasado, crímenes cometidos por agentes del Estado o grupos opositores. Estas respuestas se concretizan cuando se realizan procesos judiciales para castigar a los autores de esos crímenes, se abordan los daños y perjuicios que afectaron las víctimas o familiares como la realización de una instancia para establecer la verdad de los hechos del pasado.³

Al optar por investigar las políticas de justicia desde la perspectiva de las mujeres víctimas se siguen las orientaciones internacionales acerca de la importancia de incorporar un enfoque de género en la Justicia Transicional. En su informe presentado el 17 de julio de 2020, titulado “La perspectiva de género en los procesos de justicia de transición” el entonces Relator Especial Fabián Salvioli describe cómo los mecanismos transicionales pueden incorporar políticas que respondan adecuadamente a las particularidades que configuran las violaciones a los Derechos Humanos que han afectado específicamente a las mujeres, en cuanto a la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Asimismo, recuerda que los tribunales internacionales, como la Corte Penal Internacional, “reconocieron a la violación como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, y a otros delitos de género, como la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la prostitución forzada y la esterilización forzada”.⁴ Este marco, consagrado en el Estatuto de Roma, obliga a los Estados a tratar la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, que, por tanto, no admite amnistía ni prescripción.

Este marco normativo muestra que la exigencia de justicia y la promoción de políticas de Justicia Transicional han sido prioridades impulsadas por Naciones Unidas para los Estados que vivieron dictaduras o conflictos internos. Resolver los crímenes del pasado y rechazar la impunidad son pilares fundamentales para la vigencia de los derechos humanos en las sociedades democráticas.

Ejemplo de ello, fue la entrega del Informe “Nunca Más” por parte de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) en Argentina, el 20 de septiembre de 1984. Se trató del primer

³ Hayner, Priscilla. *Verdades innombrables*. (Fondo de Cultura Económica, 2008), 37.

⁴ Naciones Unidas. *Informe la perspectiva de género en procesos de Justicia Transicional*, (2020) párrafo 49. <https://undocs.org/es/A/75/174>

documento emanado de una comisión de verdad en Sudamérica y constituye, por tanto, un hito fundacional de las políticas de Justicia Transicional en la región. Esta iniciativa fue posteriormente emulada por otros países de la zona, aunque con resultados diversos⁵.

En relación a la metodología empleada los resultados de este artículo emanan de una investigación cualitativa, descriptiva. Por lo que se pretende describir qué políticas han sido utilizadas en los procesos de Justicia Transicional en Chile, así como explicar los resultados en el marco de dichos procesos de Justicia Transicional. Ahora bien, en cuanto a su estructura, el presente artículo se ha organizado en torno a dos apartados centrales. El primero, sobre los procesos de búsqueda de justicia para las mujeres víctimas de violaciones a derechos humanos en Argentina, Uruguay y Chile. El segundo, referido a la lucha contra la impunidad hacia las mujeres en los procesos de Justicia Transicional de Perú, Paraguay, Brasil y Bolivia. Un conjunto de conclusiones cierra lo expuesto.

2.- EL PROCESO DE JUSTICIA PARA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE DICTADURAS EN EL CONO SUR

En los países del cono sur de América se están realizando juicios por crímenes de las dictaduras, en el marco de las políticas de Justicia Transicional, tanto en Argentina como en Chile. Este apartado pretende analizar estos procesos desde una perspectiva de género tomando en cuenta procesos judiciales que han tenido por objetivo investigar, juzgar crímenes que han afectado a mujeres. Se analizará también el proceso de justicia en Uruguay, para dar cuenta los avances como retrocesos en estos procesos judiciales. A pesar de los años, a pesar de las barreras de impunidad se sigue exigiendo justicia.

2.1.- Los juicios por la ESMA en Argentina

A 40 años del Juicio a las Juntas en Argentina, el proceso de justicia en el marco de las políticas de Justicia Transicional continúa desarrollándose. Se trata de un esfuerzo sostenido en el que han intervenido el Ministerio Público, los tribunales, Organizaciones No Gubernamentales -como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)- y agrupaciones de derechos humanos, todos ellos protagonistas de un camino orientado a dar respuesta a los crímenes cometidos por la dictadura.

Aquel juicio histórico se inició en 1985 en el Palacio de Tribunales de Buenos Aires, el Juicio a las Juntas tuvo por objeto juzgar a los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la última dictadura, consignados en el Informe “Nunca Más” antes referido. Durante el proceso se presentaron pruebas, testimonios

⁵ Hayner, Priscilla. *Verdades innombrables*, 65.

de familiares, ex-presos y ex-presas políticas, quienes declararon ante los jueces denunciando los delitos cometidos por agentes estatales.

La sentencia estuvo alineada con la gravedad de los hechos acreditados, condenando a los uniformados a penas de prisión perpetua en cárceles comunes. Sin embargo, el Poder Ejecutivo cedió a las presiones militares y promulgó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida bajo la presidencia de Raúl Alfonsín, en 1986 y 1987, respectivamente. Su objetivo fue frenar los avances judiciales posteriores al Juicio a las Juntas. De este modo, la impunidad se instaló como realidad política y jurídica.

Cabe precisar además que un rasgo distintivo de la represión en Argentina fue la apropiación de bebés nacidos de mujeres embarazadas en condición de prisión política. Este crimen fue denunciado de manera incansable por la organización Abuelas de Plaza de Mayo, cuya lucha por verdad, justicia y restitución de la identidad de los nietos apropiados condujo, entre otros hitos, a la condena del exdictador Jorge Rafael Videla por apropiación sistemática de menores. Este proceso de restitución sigue vigente, a julio de 2025 han sido 140 los nietos restituidos.⁶

A pesar de las leyes de impunidad, las organizaciones de derechos humanos continuaron demandando justicia. Un punto de inflexión fue la querrela por la desaparición de Julio Poblete y Marta Hiaczik, padres de Claudia, una niña apropiada durante la dictadura. Ambos figuran hasta hoy como detenidos desaparecidos. Este caso llevó al juez a declarar la invalidez de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. La Corte Suprema confirmó esta sentencia el 14 de junio de 2005, lo que permitió reabrir cientos de causas y retomar el camino de la justicia en todo el país, con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁷

En Buenos Aires, los juicios emblemáticos fueron los relativos a víctimas que pasaron por el centro clandestino de detención ESMA, la fatídica Escuela de Mecánica de la Armada Argentina. El primer juicio oral empezó el 18 de octubre de 2007 contra el ex-marino Héctor Febres, y estuvo radicado en el Tribunal Oral Federal N° 5, donde fue acusado por cinco casos de privación ilegítima de la libertad y tormentos, aunque el juicio quedó inconcluso por la muerte de Febres. El segundo juicio se inició el 11 de diciembre de 2009 por 86 víctimas, respecto de las cuales fueron procesados 19 represores; once de ellos recibieron prisión perpetua y el resto distintas condenas. El tercer juicio (ESMA III), en tanto, comenzó el 28 de noviembre de 2012. Investigó 789 casos que implicaron a 69 represores acusados y más de 830

⁶ Abuelas de Plaza de Mayo. *Bienvenido, nieto* 140. <https://www.abuelas.org.ar/prensa-y-difusion/noticias/2098>

⁷ CELS. *Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son Inconstitucionales*, p. 2. https://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf

testigos. La sentencia, dictada el 29 de noviembre de 2017, condenó a 54 acusados, 29 de ellos a prisión perpetua, e hizo referencia al testimonio de los ex-presos y ex-presas políticas que declararon en el juicio ante el “Tribunal Oral Federal Nº5 a efectos de producir sentencia. De éstos, unos 280 corresponden a sobrevivientes”.⁸ En este juicio estuvo el caso de Dagmar Hagelin una joven detenida desaparecida de 17 años, junto con el de las religiosas francesas Leonie Duquet y Alice Domon, más las víctimas del caso de la Iglesia de la Santa Cruz.

Finalmente, el cuarto juicio partió en el mismo tribunal del proceso previo, el 13 de agosto de 2018. Contempló a 816 víctimas, en su mayoría personas desaparecidas, contra nueve represores que no habían sido juzgados anteriormente. La sentencia fue dictada el 17 de febrero de 2021, condenando a los represores por los delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios y por el delito de sustracción, retención u ocultación de menor. Las penas fueron de prisión perpetua a 15 años de privación de libertad.

La Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad informó que, entre 2006 y diciembre de 2024, 1.195 represores han sido condenados en Argentina en 332 sentencias. A esto se suman 668 causas aún en trámite, lo que confirma la magnitud del proceso. Efectivamente, “durante el año 2024, y hasta el cierre de este informe, se iniciaron 15 juicios orales, de los cuales 7 continúan con el debate en curso, y 8 ya obtuvieron sentencia, 2 de los cuales se resolvieron por juicio abreviado”.⁹

Un avance significativo ha sido el reconocimiento de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad. Hasta diciembre de 2024 se han dictado 57 sentencias que abordan estos delitos, “hechos en los que fueron damnificadas 259 víctimas, siendo 220 mujeres y 39 varones”.¹⁰ En total, 199 represores fueron procesados, con 166 condenados y 33 absueltos (hasta el cierre del presente escrito).

2.2.- El contraste con Uruguay

A diferencia de Argentina, Uruguay no tuvo un Juicio a las Juntas ni un proceso sistemático de justicia. La Ley de Caducidad —aprobada en democracia— ha impedido durante décadas el juzgamiento de los crímenes de la dictadura, más aún, ha sido ratificada por la ciudadanía en dos plebiscitos.

⁸ ESMA Espacio Memoria. *Antecedentes y estado actual de los juicios que integran la denominada causa ESMA*, 4. https://www.espaciomemoria.ar/wp-content/uploads/2023/03/04_MEGACAUSA-ESMA-sus-tramos.pdf

⁹ Ministerio Público de Argentina. *Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina* (2024), 9. <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2024/12/Informe-estadistico-de-diciembre-2024-de-la-PCCH.pdf>

¹⁰ *Ibíd.*

Aunque los familiares han insistido en su anulación, dicha ley funcionó como una verdadera amnistía, criticada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Gelman y Maidanik, sobre los que ordenó que no se aplicará debido a su incompatibilidad con los estándares internacionales.

Un retroceso grave en términos de impunidad provino de la Corte Suprema de Justicia uruguaya con el traslado de la jueza Mariana Mota, quien investigaba causas de víctimas de la dictadura y aplicaba el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su traslado fue interpretado como una sanción encubierta por sus avances en las indagatorias y por su rechazo a la aplicación de la Ley de Caducidad.

Un caso paradigmático fue la querrela interpuesta por 28 mujeres expresas políticas, quienes denunciaron torturas y violencia sexual de parte de 112 agentes estatales en el Penal Femenino de Cabillo. Esta acción judicial fue fruto de largas conversaciones entre las ex detenidas, una de las cuales relató que “la denuncia fue resultado de un proceso personal y colectivo, y que responde a la necesidad de contar lo que había sucedido. Era como un deber con nosotras mismas, con las compañeras muertas, teníamos que denunciar”¹¹, agregando que “era una carga que no podíamos dejar para las generaciones que vienen. Fue muy trabajoso, era como un deber ético dejar asentado lo que había pasado”¹².

Sin embargo, la poca voluntad del tribunal nacional por avanzar en esta investigación condujo a estas mujeres a buscar justicia en instancias internacionales. En efecto, se realizaron dos audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La primera el 18 de marzo de 2021, a 10 años de interpuesta la querrela en el juzgado de primera instancia por el caso de las 28 ex presas políticas. Al año siguiente, concretamente el 25 de octubre, se llevó a cabo una segunda audiencia ante la Comisión; allí una de las mujeres víctimas testimonió su sentimiento de impunidad luego de once años de espera por justicia manifestando que “las denuncias muestran que no fueron hechos aislados. La violencia sexual fue usada como una estrategia del Estado para castigar, humillar y violentar a las mujeres presas políticas, en un doble castigo por su militancia y su condición de mujeres, por haberse atrevido a desafiar mandatos de género, los mismos que aún hoy siguen vigentes. Las víctimas siguen esperando justicia y una reparación integral. Algunas han fallecido sin lograrlo”¹³.

¹¹ Jimena Alonso y Carla Larrobla. “Romper el silencio. La denuncia sobre delitos de violencia sexual en Uruguay” en *Revista Puentes* (número especial, (2015), 51. <http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/puentes/puentes-especial.pdf>

¹² Ibid.

¹³ CEJIL. *Representantes del grupo de 28 mujeres ex-presas políticas que denuncian tortura y violencia sexual ejercida por agentes del Estado durante la dictadura militar uruguaya participaron en audiencia ante la CIDH.* <https://cejil.org/comunicado-de-prensa/representantes-del-grupo-de-28-mujeres-ex-presas-politicas-que-denuncian-tortura-y-violencia-sexual-ejercida-por->

La causa de las 28 ex presas políticas se inició el 28 de octubre de 2011; en diez años en una primera etapa de este juicio se realizaron los procesamientos de dos represores, pero uno de ellos fue revocado y el otro murió. Con posterioridad nuevamente se procesó a otros dos represores, contra los cuales se dictó una sentencia de primera instancia. La condena fue emitida el 22 de marzo de 2022, decretándose la pena de ocho años y seis meses de prisión para uno de ellos, y la pena de doce años y seis meses de prisión para el otro. El 20 de diciembre de 2022, fueron procesados otros dos represores por los delitos de torturas y abusos sexuales contra las detenidas¹⁴.

La sentencia dictada por el Juzgado Penal de 27° turno en primera instancia no respondió a las expectativas de las expresas políticas, porque los dos únicos represores que fueron condenados en definitiva fueron condenados por otros delitos y no por el delito de violencia sexual que fue la protección de la querella. Luego de 14 años desde iniciado el proceso, la querella de las 28 ex-presas políticas sigue su proceso judicial en la justicia de Uruguay.

2.3.- El proceso chileno

En Chile, durante la primera década de democracia -años '90- se establecieron comisiones de verdad y leyes de reparación para abordar las demandas de las víctimas de violaciones a derechos humanos. De hecho, en 1990 se crea la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Su informe, presentado al año siguiente, reconoce a las víctimas detenidas desaparecidas y ejecutadas políticas entre septiembre de 1973 y marzo de 1990. Empero, no hubo justicia debido a la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978, que impedía juzgar a los represores de la dictadura en los primeros años de la democracia.

Un punto de inflexión en este camino fue la detención de Augusto Pinochet en Londres en 1998, a raíz de la petición del magistrado español Baltasar Garzón. Tras una batalla legal de cerca de dos años en la capital inglesa el gobierno británico le permitió su regreso a Chile por razones de salud, con el compromiso de que sería juzgado en su país.

Ello impulsó la presentación de querellas que iniciaron un giro en la materia. El caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006) fue clave: la Corte Interamericana declaró incompatible la amnistía con la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que llevó a los tribunales chilenos a abandonar su aplicación. Por cierto, aquí las juezas y jueces siguieron la jurisprudencia asentada a partir del caso Barrios Altos contra Perú, que considera que una ley de amnistía impide

[agentes-del-estado-durante-la-dictadura-militar-uruguay-participaron-en-audiencia-ante/](#)

¹⁴ Sitios de Memoria Uruguay. Caso Arzuaga Lucía y otras. <https://sitiosdememoria.uy/causas/901>

un proceso de justicia y es, por tanto, contraria a los art. 8 y 25 de la mencionada Convención.

Cabe destacar que los procesos de justicia en Chile responden en gran medida a las luchas que han dado las mujeres por sus esposos, padres, hermanos, hijos e hijas víctimas de atropellos a sus derechos humanos. A través de las décadas, desde los años de dictadura, unieron sus esfuerzos y dieron vida a la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD) y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), dos entidades emblemáticas en este peregrinaje tras verdad y justicia. Su quehacer no se ha detenido, porque el proceso de justicia en Chile sigue en desarrollo puesto que todavía existen casos de víctimas sin respuesta en los tribunales nacionales.

Según el Observatorio de Justicia Transicional, entre 1995 y junio de 2024 se han dictado 824 sentencias finales por crímenes de lesa humanidad, con 619 causas penales, y 205 respecto de demandas únicamente civiles que abarcan 1.357 víctimas no sobrevivientes; de esta última cifra, 605 personas corresponden a casos de detenidos-desaparecidos y 752 a ejecutados políticos. En cuanto a las mujeres víctimas de la dictadura, se cuentan 48 detenidas desaparecidas y 31 ejecutadas políticas con fallos penales terminados. A nivel global, en Chile, se han dado sentencias penales finales en el 42.2 % de las personas reconocidas por el Estado como desaparecidas o ejecutadas.¹⁵ Sin embargo, un 57,8% de las víctimas no tiene aún una resolución judicial.

En materia de violencia sexual, un hito fue la sentencia del caso Venda Sexy, en que se condenó a la pena de 15 años y un día de prisión a cuatro exagentes de la dictadura por los delitos de secuestro, tormentos y violencia sexual contra seis mujeres. El fallo destacó expresamente la necesidad de una perspectiva de género y el carácter de crimen de lesa humanidad, tal como lo afirmó el juez del caso: "La gravedad y la naturaleza de los delitos, llevan a resolver los casos ocurridos en el cuartel secreto de la DINA, Venda Sexy, con una perspectiva de género, ya que ellos constituyen una forma de violencia contra la mujer y un cumplimiento a los estándares internacionales en temas de género"¹⁶ En la práctica, los apremios sexuales a los que fueron sometidas las mujeres víctimas, estando además en situación de desamparo, lo impulsaron a considerarlos un tipo penal separado

¹⁵ Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales. "Para seguir viviendo": Verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición en Chile" en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2024 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales*. (2024), 430. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2024/11/INFORME-ANUAL-DDHH-UDP-2024-CAP-9.pdf>.

¹⁶ Poder Judicial. *Ministro Mario Carroza aplica perspectiva de género al dictar condena por secuestro y tortura en "La Venda Sexy"*. <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/23851>.

del de secuestro, dado que estos hechos son constitutivos de “crímenes o delitos de lesa humanidad, cometidos en un contexto de violaciones graves, masivas y sistemáticas a los Derechos Humanos, ejecutados por agentes estatales, amparados por el gobierno de facto, que intervinieron ejecutando ataques generalizados y sistemáticos en contra de la población civil, particularmente en contra de aquellos que se mostraban contrarios al gobierno de la época y sus políticas”.¹⁷

Tras ello, el caso fue visto en segunda instancia por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que dictó sentencia el 23 de septiembre de 2021, confirmando el fallo de primera instancia. Posteriormente, la Sala Penal de la Corte Suprema dictó sentencia definitiva el 21 de agosto de 2023, ratificando las condenas iniciales.

3.- LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD PARA LAS MUJERES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

En otros países de Sudamérica que han atravesado procesos de Justicia Transicional -Perú, Paraguay, Brasil y Bolivia- se observa que estas políticas no han avanzado lo suficiente en materia de justicia, a diferencia de Argentina o Chile, pese a la creación de diversas comisiones de verdad.

En el caso de Perú, la Comisión de la Verdad y Reconciliación, creada para investigar los abusos a los derechos humanos ocurridos entre 1980 y 2000, presentó su informe el 28 de agosto de 2003. La Comisión de Verdad y Justicia de Paraguay dio a conocer su informe el 15 de agosto de 2008. En Brasil, la Comisión Nacional de la Verdad entregó su informe final el 10 de diciembre de 2014, coincidiendo con el Día Internacional de los Derechos Humanos. Por su parte, Bolivia creó una primera comisión de verdad en 1982, la cual no concluyó su labor; posteriormente, en 2017 se instauró una nueva comisión que presentó su informe el 3 de marzo de 2020. En todos estos países las comisiones de verdad lograron documentar violaciones a los derechos humanos y elaborar listados de víctimas de desaparición forzada y ejecución política. Sin embargo, estos esfuerzos no se han traducido en procesos judiciales eficaces.

Ante la ausencia de justicia interna, los familiares han acudido a la Corte Interamericana, que ha establecido, desde *Barrios Altos vs. Perú* (2001), la invalidez de las leyes de amnistía. Esta jurisprudencia se ha reiterado en los casos de *La Cantuta* (Perú), *Goiburú* (Paraguay), *Gomes Lund* y *Herzog* (Brasil), y *Flores Bedregal* (Bolivia).

En efecto, Brasil ha recibido dos condenas de la Corte Interamericana centradas en la necesidad de investigar graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante su dictadura, dejando sin aplicación la Ley de Amnistía de 1979. El primer caso, *Gomes Lund y otros* (Guerrilha do Araguaia) obtuvo sentencia del 24

¹⁷ *Ibíd.*

de noviembre de 2010, acreditando la desaparición y ejecución de jóvenes militantes cuyos cuerpos nunca fueron recuperados. Asimismo, con posterioridad se ubica el caso sobre la ejecución del periodista Vladimir Herzog, donde la Corte volvió a exigir la apertura de procesos judiciales mediante sentencia del 15 de marzo de 2018.

Bolivia, por su parte, también fue condenada por la ausencia de justicia para las víctimas de su dictadura, particularmente en el caso Flores Bedregal y otras. La sentencia del 14 de marzo de 2024 refiere a un detenido desaparecido cuyos familiares nunca obtuvieron una investigación adecuada en tierras bolivianas.

Estas sentencias evidencian la relevancia de contar con un tribunal regional especializado en derechos humanos capaz de actuar cuando los sistemas judiciales internos fallan. Más que una instancia superior, la Corte Interamericana funciona como un órgano que coloca los derechos humanos en el centro, exigiendo a los Estados cumplir con sus obligaciones internacionales. Aunque en muchos casos los Estados se resisten a ejecutar las sentencias, la Corte mantiene su labor de supervisión y continúa demandando avances, recordando que la dignidad de las víctimas y sus familiares está por encima de consideraciones políticas o legales internas. De ahí que insista en la adopción de reformas institucionales o normativas necesarias para cumplir con la Convención Americana.

3.1. Mujeres periodistas detenidas desaparecidas

Dos casos de periodistas ilustran las complejidades de la justicia en los países de la región.

En Chile, Diana Frida Aron Svigilsky continuó militando en el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) tras el golpe de Estado. Fue detenida por agentes de la dictadura el 18 de noviembre de 1974 y desde entonces no se han tenido noticias sobre su paradero. Está en calidad de detenida desaparecida. Ya en democracia, su hermana interpuso una querrela por los delitos de “secuestro, lesiones corporales, asociación ilícita y eventual aborto o sustracción de menor”.¹⁸ Este proceso judicial convirtió su causa en la primera sentencia en Chile por el caso de una mujer detenida desaparecida.

El 14 de mayo de 2004, el fallo de primera instancia estableció en el considerando segundo que —a partir de la prueba rendida, incluyendo testimonios, documentos y la calificación del Informe Rettig—se encontraban acreditadas la detención y reclusión de la periodista. Asimismo, se tuvo por probado que Diana Arón era la encargada de comunicaciones del MIR y que, tras su captura, estuvo recluida en los centros de detención y tortura José Domingo Cañas,

¹⁸ Expedientes de la Represión. *Sentencia Magistrado Alejandro Solís Rol 2182-98 caso Diana Arón.* <https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-caso-diana-aron.pdf>.

Villa Grimaldi y Cuatro Álamos. El juez condenó a un grupo de exagentes por el delito de secuestro calificado, imponiendo las penas de 15 y 10 años de prisión.

Pero las defensas recurrieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que el 1 de junio de 2005 aplicó el Decreto Ley de Amnistía y sostuvo que no existía secuestro permanente, argumentando que la víctima habría fallecido. Sin embargo, la sentencia no indicó dónde estarían sus restos ni qué ocurrió finalmente con ella, absolviendo a los responsables.¹⁹ Como respuesta, la parte querellante y el Programa de Derechos Humanos interpusieron recursos de casación ante la Corte Suprema, que el 30 de mayo de 2006 anuló el fallo de segunda instancia y confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia contra los cinco exagentes.²⁰ Este es el primer juicio condenatorio a represores de la dictadura por la desaparición de una mujer.

En Bolivia también se registró el caso de una periodista detenida, torturada y posteriormente desaparecida. Esto se inició durante la denominada Masacre de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, en Santa Cruz. Los hechos se desencadenaron el 19 de agosto de 1971, cuando sectores nacionalistas y las Fuerzas Armadas tomaron el poder mediante un Golpe Militar. Un grupo de opositores se organizó en la universidad y convocó a una Asamblea Popular para resistir al nuevo régimen.

La tarde del 21 de agosto, militares ingresaron al recinto disparando y asesinando a quienes se encontraban allí. Luego la universidad fue utilizada como centro de reclusión para manifestantes detenidos. Entre ellos estaba la periodista Leslie Andreuzzi, de 28 años, capturada en el lugar. Junto a otros prisioneros fue trasladada a La Paz, donde permaneció detenida. Por ser la única mujer del grupo, fue víctima de violencia sexual por parte de los militares y tras la tortura, se perdió completamente su rastro.

Una ex-presa política relató que, al llegar detenida a La Paz, consultó a otros prisioneros por el paradero de Leslie, sin que nadie la hubiera vuelto a ver. "Lo que supe es que fue una mujer valiosa. Realmente es una persona valiosa. El conocimiento que tengo es que a esa señora la torturan salvajemente, desde el inicio. La han torturado durante días, me dijo la enfermera".²¹

La detención, los interrogatorios, las torturas, el abuso sexual, la ejecución y la desaparición del cuerpo de la periodista evidencian la brutalidad de la represión ejercida contra las mujeres durante las

¹⁹ Expedientes de la Represión. *Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 14020-2004 caso Diana Arón*. <https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-ca-caso-diana-aron.pdf>.

²⁰ Expedientes de la Represión. *Sentencia Corte Suprema Rol 3215-2005 caso Diana Arón*. <https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-cs-caso-diana-aron.pdf>.

²¹ Comisión de la Verdad de Bolivia. *Informe Final de la Comisión de la Verdad de Bolivia*, tomo III, (2021) 263. <https://comisiondelaverdad.justicia.gob.bo/#/>

dictaduras bolivianas. Estos regímenes, dirigidos por hombres y sostenidos por estructuras represivas compuestas mayoritariamente por varones, reprodujeron la cultura patriarcal profundamente arraigada en América Latina. La violencia ejercida contra Leslie Andreuzzi no solo respondió a su condición de opositora política, sino también a su condición de mujer.

Tras su desaparición, fue incluida entre las 15 mujeres detenidas desaparecidas por las dictaduras bolivianas, según la Comisión de la Verdad de Bolivia. Sin embargo, en el país no se ha llevado adelante un proceso judicial que responda a los hechos documentados en dicho informe, permaneciendo aún en la impunidad.

3.2.- Monjas víctimas de violaciones a derechos humanos

En el Altiplano del Perú, durante los años del conflicto entre el grupo subversivo Sendero Luminoso y el Ejército, se produjeron graves violaciones a los Derechos Humanos. Según la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), tanto Sendero como agentes del Estado fueron responsables de estos hechos. Las principales víctimas fueron habitantes de pueblos andinos, miembros de comunidades indígenas y mujeres campesinas. En este contexto, tres religiosas fueron ejecutadas mientras realizaban labores comunitarias en la localidad de Huasahuasi, departamento de Junín.

La CVR denunció que el 27 de septiembre de 1990 Agustina Rivas López, de la Congregación Hijas del Buen Pastor, fue ejecutada en la plaza de Huasahuasi junto a otros pobladores. Tres días después, en el mismo lugar, fue ejecutada la hermana María Luisa Obregón. Al año siguiente, el 21 de mayo de 1991, fue asesinada Irene McCormack, religiosa australiana de la orden Hermanas de San José del Sagrado Corazón. En los tres casos, los responsables fueron miembros de Sendero Luminoso.²² Ninguno de estos crímenes ha sido objeto de un proceso judicial que investigue los hechos ni sancione a los responsables.

En Brasil, también una religiosa fue víctima de represión estatal. Se trata de la madre Maurina Borges da Silveira, de la congregación franciscana, quien fue detenida por agentes de la dictadura el 24 de octubre de 1969, a los 43 años, frente al orfanato para niñas que dirigía en Ribeirão Preto (São Paulo), bajo la sospecha de albergar a miembros del grupo guerrillero Forças Armadas da Libertação Nacional (FALN). Durante cinco meses fue recluida en distintos centros de detención, donde sufrió malos tratos y torturas. Esta situación motivó incluso que un obispo excomulgó a dos agentes involucrados. La dictadura la exilió

²² Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú*, Tomo VII, (2003) 360. <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>

en 1970, y sólo pudo regresar a Brasil en 1985.²³ Al igual que en Perú, tampoco en su caso ha existido un proceso judicial que investigue y sancione estos abusos.

En Argentina, agentes de la dictadura se infiltraron en un grupo de solidaridad con familiares de detenidos desaparecidos. Como resultado, el 8 de diciembre de 1977 realizaron un operativo para detener a doce personas, entre ellas las monjas francesas Alice Domon y Léonie Duquet. Las víctimas fueron trasladadas a la ESMA, donde fueron recluidas y torturadas. Un expreso político declaró ante la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) que ambas religiosas se encontraban en un estado de salud crítico, evidenciando los abusos sufridos: “las hermanas estaban muy golpeadas y débiles; para llevar a la hermana Alice al baño debían sostenerla dos guardias. Le pregunté si la habían torturado y me respondió afirmativamente”.²⁴

A ello se sumó otra afectación cuando los represores fotografiaron a las religiosas para montar una operación comunicacional, colocándolas frente a un cartel que decía “Montoneros”, con lo cual se pretendía vincularlas con la organización política y guerrillera de izquierda -del mismo nombre- surgida en la clandestinidad bajo la dictadura de Juan Carlos Onganía (1966-1970). Posteriormente, las ejecutaron e hicieron desaparecer, pero el cuerpo de Léonie Duquet fue encontrado en una playa y pudo ser identificado, mientras que el de Alice Domon continúa en paradero desconocido.

En democracia se llevó adelante un proceso judicial por los crímenes cometidos en la ESMA. Las monjas formaron parte del tramo conocido como ESMA III, que culminó en 2017 con la condena de 54 exagentes, 29 de ellos a prisión perpetua, por los delitos de “privación ilegítima de la libertad triplemente agravada por la condición de funcionario público, por haberse cometido con violencia y por haber durado más de un mes e imposición de tormentos con el propósito de obtener información”²⁵. Entre los condenados se encontraba quien dirigió el operativo para detener a las religiosas, las que fueron arrestadas por acompañar a familiares de víctimas de la represión, y gracias al juicio los responsables recibieron penas efectivas de prisión.

²³ Memorias da Ditadura. *Caso Madre Maurina Borges da Silveira*. <https://memoriasdaditadura.org.br/personagens/madre-maurina/>

²⁴ Comisión Nacional de Desaparición de Personas CONADEP, *Informe de la CONADEP, Nunca Más*. (1984) 392. <https://www.comisionporlamemoria.org/por-que-mienten-los-negacionistas/informe-nunca-mas-1984/>

²⁵ CELS. *Mega causa ESMA. Algunas de las 789 historias*. <https://www.cels.org.ar/especiales/megacausaesma/#algunas-de-las-789-historias>

3.3.- Mujeres militantes comunistas

Durante los años de la dictadura de Castelo Branco en Brasil (1964-1985) se ejecutó la llamada Operación Radar, cuyo objetivo era detener y neutralizar a militantes del Partido Comunista Brasileño. El régimen consideraba a sus miembros —hombres y mujeres— como verdaderas “amenazas”. Las fuerzas de seguridad llevaron a cabo detenciones, secuestros, torturas y ejecuciones de militantes en un patrón sistemático que se tradujo en 19 personas ejecutadas y 679 militantes comunistas encarcelados²⁶ entre 1974 y 1976.²⁷

Dentro de las mujeres víctimas se encuentran Helenira Rezende de Souza Nazareth y María Lucía Petit da Silva. Ambas participaron en la Guerrilla del Araguaia y fueron detenidas por agentes de la dictadura. María Lucía Petit apoyaba a los miembros de la guerrilla hasta su detención en 1972. Helenira, destacada dirigente estudiantil y vicepresidenta de la Unión Nacional de Estudiantes en 1969, también fue detenida ese año; tras su liberación viajó al Araguaia, donde colaboró con la organización del movimiento armado hasta su captura en 1972.²⁸ Ambas fueron reconocidas como desaparecidas por la Comisión de la Verdad de Brasil. Sus familias han obtenido únicamente el reconocimiento estatal de su detención y desaparición, pero aún no existe un proceso judicial que establezca responsabilidades.

En una situación similar, durante 1976 en Chile la Dirección de Inteligencia Nacional -conocida como la DINA- llevó a cabo una operación destinada a detener clandestinamente a militantes del Partido Comunista que operaban en la clandestinidad. En mayo, en el llamado “caso Conferencia”, fue capturada buena parte de la dirección del partido. En diciembre, otro grupo de militantes corrió igual suerte, entre ellos Reinalda Pereira, tecnóloga médica, quien fue apresada el 15 de diciembre de 1976 cuando tenía cinco meses de embarazo.

En el proceso judicial se estableció que Reinalda fue llevada a un recinto clandestino donde fue sometida a torturas. Su detención ocurrió en el contexto de la persecución sistemática de militantes comunistas, quienes “fueron detenidos para ser interrogados y torturados debido a su militancia política, con el fin de obtener información sobre sus actividades partidarias y la identidad de otros miembros del Partido Comunista en la clandestinidad; apremios que no cesaban hasta

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vladimir Herzog y otros vs. Brasil*, sentencia del 15 de marzo de 2018, Serie C, No.353. Párrafo 109.

²⁷ *Ibíd.*, párrafo 112.

²⁸ Memorias da Ditadura. *Caso Helenira Rezende de Souza Nazareth*. <https://memoriasdaditadura.org.br/personagens/helenira-rezende-de-souza-nazareth/>

obtener la información requerida o hasta la inconsciencia de las víctimas”.²⁹

El tribunal de primera instancia condenó a 30 exagentes por el delito de secuestro calificado en el caso de Reinalda Pereira. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia el 4 de marzo de 2022. Posteriormente, la Sala Penal de la Corte Suprema ratificó definitivamente las condenas el 1 de noviembre de 2024.

4.- CONCLUSIONES

Los procesos de Justicia Transicional en Sudamérica avanzan con ritmos distintos. Argentina y Chile han logrado consolidar procesos judiciales significativos, incluyendo la visibilización de la violencia sexual contra mujeres como crimen de lesa humanidad.

Por el contrario, países como Uruguay, Paraguay, Brasil y Bolivia han avanzado poco en materia judicial, manteniendo situaciones de impunidad estructural.

El desafío es claro: ningún Estado que reivindique los derechos humanos puede sostener políticas o leyes que impidan el acceso a la verdad, la justicia y la reparación, especialmente para las mujeres víctimas, cuyas experiencias han sido históricamente silenciadas.

La lucha de las mujeres —familiares, sobrevivientes, defensoras— ha sido, y continúa siendo, la fuerza motora que mantiene vivos estos procesos de justicia.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- Abuelas de Plaza de Mayo (comunicado). “*Bienvenido, nieto 140*”. 7 de julio 2025 <https://www.abuelas.org.ar/prensa-y-difusion/noticias/2098>
- Alonso, Jimena, y Larrobla, Carla. “Romper el silencio. La denuncia sobre delitos de violencia sexual en Uruguay” en *Revista Puentes*, número especial, 2015. <http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/puentes/puentes-especial.pdf>
- CEJIL. “*Representantes del grupo de 28 mujeres ex-presas políticas que denuncian tortura y violencia sexual ejercida por agentes del Estado durante la dictadura militar uruguaya participaron en audiencia ante la CIDH*”. <https://cejil.org/comunicado-de-prensa/representantes-del-grupo-de-28-mujeres-ex-presas-politicas-que-denuncian-tortura-y-violencia-sexual-ejercida-por-agentes-del-estado-durante-la-dictadura-militar-uruguaya-participaron-en-audiencia-ante/>

²⁹ Poder Judicial. *Sentencia Magistrado Miguel Vázquez Rol 2182-98 Episodio Reinalda Pereira*. <https://noticias.pjud.cl/documents/396729/0/Fallo+Reinalda+Pereira.pdf/f952d9d9-7501-4b47-95f2-82191bb4d5f5>

- CELS. *Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son Inconstitucionales*.
https://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf
- . *Mega causa ESMA. Algunas de las 789 historias*.
<https://www.cels.org.ar/especiales/megacausaesma/#algunas-de-las-789-historias>
- Comisión de la Verdad de Bolivia. *Informe Final de la Comisión de la Verdad de Bolivia*, tomo III, 2021.
<https://comisiondelaverdad.justicia.gob.bo/#/>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú*, Tomo VII, 2003.
<https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>
- Comisión Nacional de Desaparición de Personas CONADEP. *Informe de la CONADEP, Nunca Más*. 1984.
<https://www.comisionporlamemoria.org/por-que-mienten-los-negacionistas/informe-nunca-mas-1984/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Vladimir Herzog y otros vs. Brasil*, sentencia del 15 de marzo de 2018, Serie C, No.353.
- ESMA Espacio Memoria. *Antecedentes y estado actual de los juicios que integran la denominada causa ESMA*.
https://www.espaciomemoria.ar/wp-content/uploads/2023/03/04_MEGACAUSA-ESMA-sus-tramos.pdf
- Expedientes de la Represión. *Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 14020-2004 caso Diana Arón*.
<https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-ca-caso-diana-aron.pdf>.
- Expedientes de la Represión. *Sentencia Corte Suprema Rol 3215-2005 caso Diana Arón*. <https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-cs-caso-diana-aron.pdf>.
- Expedientes de la Represión. *Sentencia Magistrado Alejandro Solís Rol 2182-98 caso Diana Arón*.
<https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-caso-diana-aron.pdf>.
- Hayner, Priscilla. *Verdades innombrables*. Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Memorias da Ditadura. *Caso Madre Maurina Borges da Silveira*.
<https://memoriasdaditadura.org.br/personagens/madre-maurina/>
- Memorias da Ditadura. *Caso Helenira Rezende de Souza Nazareth*.
<https://memoriasdaditadura.org.br/personagens/helenira-rezende-de-souza-nazareth/>
- Ministerio Publico de Argentina. *Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina*, 2024.
<https://www.fiscales.gob.ar/wp->

content/uploads/2024/12/Informe-estadistico-de-diciembre-2024-de-la-PCCH.pdf

Naciones Unidas. *Informe del secretario general sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 2004. <https://undocs.org/es/S/2004/616>

Naciones Unidas. *Informe La perspectiva de género en procesos de Justicia Transicional*, 2020, <https://undocs.org/es/A/75/174>

Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales. "Para seguir viviendo": Verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición en Chile" en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2024 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales*. 2024. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2024/11/INFORME-ANUAL-DDHH-UDP-2024-CAP-9.pdf>.

Poder Judicial. *Ministro Mario Carroza aplica perspectiva de género al dictar condena por secuestro y tortura en "La Venda Sexy"*. <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/23851>.

Poder Judicial. *Sentencia Magistrado Miguel Vázquez Rol 2182-98 Episodio Reinalda Pereira*. <https://noticias.pjud.cl/documents/396729/0/Fallo+Reinalda+Pereira.pdf/f952d9d9-7501-4b47-95f2-82191bb4d5f5>.

Segato, Rita. *La guerra contra las mujeres*. Editorial Traficantes de Sueños. Madrid, 2016. https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf

Sitios de Memoria Uruguay. *Caso Arzuaga Lucía y otras*. <https://sitiosdememoria.uy/causas/901>

"SOMBRA AQUÍ, SOMBRA ALLÁ..." EL USO COSMÉTICO DEL GENDER MAINSTREAMING PARA COMBATIR LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO. ANÁLISIS EN EL CASO DEL PODER JUDICIAL CHILENO

**"EYESHADOW HERE, EYESHADOW THERE..." THE COSMETIC USE OF
GENDER MAINSTREAMING TO COMBAT GENDER STEREOTYPES.
AN ANALYSIS OF THE CHILEAN JUDICATORY**

Pilar Maturana Cabezas*

RESUMEN: La incorporación del principio *gender mainstreaming* a la función de juzgar, plantea como una de sus tareas centrales combatir los estereotipos de género, para lo cual una herramienta es el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de lo anterior, el trabajo buscará analizar si en el caso del Poder Judicial chileno el uso de la categoría de género y su transversalización se queda en lo meramente cosmético en la senda por lograr decisiones libres de estereotipos de género.

ABSTRACT: *The incorporation of the gender mainstreaming principle into the judicial function presents combating gender stereotypes as one of its central tasks, for which the use of International Human Rights Law is a key tool. Based on this, this paper will analyze whether, in the case of the Chilean Judiciary, the use of the gender category and its mainstreaming remains merely cosmetic in the pursuit of achieving decisions free from gender stereotypes.*

PALABRAS CLAVE: igualdad, justicia, perspectiva de género, estereotipos, derecho internacional.

KEY WORDS: *equality, justice, gender perspective, stereotypes, international law.*

Fecha de recepción: 1/04/2025

Fecha de aceptación: 26/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10091>

* Abogada. Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid; Máster en Estudios Avanzados en Derecho Humanos y Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante; directora de la Asociación de Magistradas Chilenas. Jueza del Tribunal de Familia de Colina. E-mail: pilarcabezas@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0009-3143-9968>.

1.- INTRODUCCIÓN

El *gender mainstreaming*, en el ámbito de los derechos humanos tuvo su impulso fundamental en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing en 1995, en la se adoptó este principio para acabar con la discriminación estructural de la mujer¹.

El principio, conformado por la perspectiva de género y su transversalización, requiere que la categoría género se adopte en las políticas públicas y decisiones². Se consolida con ello el uso de la categoría género como eje de análisis³ en la medida la perspectiva de género se enmarca entre aquellas metodologías que revelen, en vez de ocultar, las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina, utilizando para ello la reconstrucción de los conceptos supuestamente neutrales para demostrar su verdadera naturaleza androcéntrica⁴. Es decir, un instrumento de resignificación⁵ que busca repensar los conceptos y redefinir las interpretaciones⁶.

La popularización de este principio en diversos espacios, entre otros el poder judicial, se enfrenta a fenómenos tales como el vaciamiento, instrumentalización o su trivialización⁷ de esta herramienta transformadora, por lo que termina siendo, en algunas ocasiones, un simple eslogan o una casilla más que rellenar.

Para acercarnos a una respuesta, y acotar el campo de análisis, se elegirá uno de los elementos claves que justifican su uso: combatir los estereotipos de género mediante la argumentación de las

¹ María del Carmen Barranco Áviles, “El enfoque feminista de los derechos fundamentales desde la perspectiva de género”, en *Género y derechos fundamentales*, editado por Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, (Comares, 2010), 48.

² Sara Arruti Benito, *La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico* (Colex, 2025), 73; Elisa Simó Soler, *Estereotipos de género en los procesos por violencia sexual* (Tirant lo blanch, 2024), 47.

³ María Ángeles Jaime de Pablo, “Retos y logros en la incorporación de la perspectiva de género en la justicia. Análisis de sentencias judiciales de los años 2018-2019”, en *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, dirigida por Goizeder Otazua Zabala y Ander Gutiérrez-Solana Journoud (Universidad del País Vasco, 2021): 15-32.

⁴ Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre feminismo y derecho*, coordinado por Gioconda Herrera (Flacso, 2000), 24.

⁵ Elisa Simó Soler, “La perspectiva de género en la aplicación de la LO 1/2024: valoración procesal”, en *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2024*, dirigida por Cristina Alonso Salgado, Ana Rodríguez Álvarez y Almudena Valiño Ces (Dykinson, 2024), 50.

⁶ Ignacio José Subijana Zunzunegui, “La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales”. *Legebilzarreko Aldizkaria-Legal-Revista del Parlamento Vasco* 4 (2023): 117.

⁷ Soraya Santiago et.al, *La participación de las mujeres en los sistemas de justicia en América Latina* (Fundación Konrad Adenauer, 2021), 57.

decisiones, utilizando para ello el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

El análisis de esta propuesta se enfocará en Chile, elección que se justifica por dos razones. La primera de ellas, el propio Poder Judicial desde hace más de una década ha enunciado y realizado acciones con el fin de incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales con el fin de combatir los estereotipos de género. Además, es la propia administración de justicia que propone en la metodología de apoyo en la tarea de impartir justicia con perspectiva de género, el uso del DIDH para fundamentar su sentencia. Lo anterior, tal como se verá más adelante, cobra especial relevancia en materia de estereotipos de género.

En segundo lugar, pese a los esfuerzos y compromisos del Poder Judicial chileno, un estudio publicado este año si bien concluye que jueces y juezas consideran que el objetivo de la incorporación de la perspectiva de género busca erradicar los estereotipos de género, la cultura mayoritaria limita para la decisión del caso la normativa de producción nacional.

Estas dos cuestiones nos permiten preguntarnos cuáles son algunas exigencias a los tribunales en la argumentación de sus decisiones para evitar que la perspectiva de género se vuelva simplemente una etiqueta que sirva para expresar la adhesión a este término que se ha extendido, pero del cual no se sabe muy bien qué significa, ni de sus implicancias, evitando caer en el formalismo mágico⁸, o en su uso meramente simbólico o cosmético.

Para cumplir con el fin propuesto el trabajo se presenta de la siguiente forma. En la primera parte se partirá con identificar qué se entiende por perspectiva de género y las implicancias de su uso por parte de la administración de justicia. En la segunda parte nos detendremos a analizar el caso chileno, al hilo de la pregunta si la judicatura se pone bien los lentes de género, para lo cual se pondrá a una investigación que dará luces, más allá de lo teórico, de lo que la propia judicatura entiende por perspectiva de género y sus implicancias.

Lo que nos permitirá, en la tercera parte, realizar algunas reflexiones para que el uso de los lentes de género no se quede en lo meramente cosmético, es decir, más allá de un poco de sombra aquí y un poco de sombra allá.

2.- UNA JUSTICIA CON LOS LENTES DE GÉNERO BIEN PUESTOS

El poder judicial opera como pilar en la transmisión, convalidación, mantención y reproducción de la desigualdad, discriminación y

⁸ Francisca Pou Giménez, “Argumentación judicial y perspectiva de género”, en *Interpretación y argumentación jurídica en México*, editado por Juan Antonio Cruz Parceró, Ramiro Contreras Acevedo y Fernando Leal Carretero (Fontarama, 2014), 123 y 136.

dominación que oprimen a todas las mujeres, al mismo tiempo que contribuye al mantenimiento del sistema de género⁹. En otras palabras, el Poder Judicial genera efectos en la reproducción del orden de género¹⁰.

Al hilo, es posible afirmar que los poderes judiciales han gestado y reproducido relaciones de poder patriarcales, además de racistas y clasistas¹¹.

Con el objetivo de despatriarcalizar la justicia las feministas, simbólicamente, ponen las gafas o lentes de género¹² a la imagen que la representa: una mujer de ojos vendados¹³.

Al hilo, los reclamos contra lo que se ha denominado justicia patriarcal exige como estrategia inaplazable la incorporación de la perspectiva de género¹⁴, cuyo propósito último es hacer operativa la igualdad sustantiva en el acceso a la justicia¹⁵.

Se busca con ello eliminar la ceguera o miopía de género para hacer frente a las desigualdades entre hombres y mujeres, y las diversas discriminaciones que sufren éstas últimas¹⁶. Es decir, es una

⁹ Se utiliza la conceptualización de institución patriarcal propuesta por Alda Facio y Lorena Fries (Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Género y Derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Fries (LOM Ediciones/La Morada, 1999), 46-47).

¹⁰ Cecilia Bustos Ibarra, et al., “La transversalización del enfoque de género en las políticas del poder judicial chileno. Avances y desafíos”, en *Claves interdisciplinarias entre justicia y género*, coordinado por Ximena Gauché Marchetti y Manuel Barría Paredes (Thomson Reuters, 2023), 38.

¹¹ Paola Bergallo, “Presentación” en *Sentencias con (y sin) perspectiva de género: El papel de las cortes en casos de violencia de género en América Latina*, compilado por Julieta Di Corleto y Daniela Heim (Siglo XXI Editores, 2025), 13.

¹² Pilar Maturana Cabezas, “Argumentación con perspectiva de género: Propuestas contra la estereotipación judicial”. *Universitas. Revista De Filosofía, Derecho y Política*, 45 (2024): 32, doi: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2025.78126>.

¹³ Andrea Muñoz Sánchez, “Clase Magistral: Enfoque de género en el acceso a la justicia”, *Revista Justicia con Perspectiva de Género* 1 (2021): 20

¹⁴ María Ángeles Jaime de Pablo, “Retos y logros en la incorporación de la perspectiva de género en la justicia. Análisis de sentencias judiciales de los años 2018-2019”, en *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, dirigida por Goizeder Otazua Zabala y Ander Gutiérrez-Solana Journoud (Universidad del País Vasco, 2021), 15.

¹⁵ Cecilia Bustos Ibarra, et al., “La transversalización del enfoque de género en las políticas del poder judicial chileno. Avances y desafíos”, 38.

¹⁶ Encarna Carmona Cuenca, “La perspectiva de género y los derechos humanos”, en *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, editado por Encarna Carmona Cuenca (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 27.

categoría de máxima utilidad para la resolución de una controversia¹⁷, y que produce transversales en los distintos procesos jurídicos¹⁸.

Por lo anterior, la incorporación de la perspectiva de género al momento de juzgar trae para quienes cumplen esta labor una serie de desafíos y es claramente una tarea compleja que exige desarrollar una labor argumentativa difícil, para lo cual no basta meramente con enunciarla¹⁹, en la medida que la senda trazada tiene como norte una justicia de género que busque cambios profundos y transformadores, y que se plantee como desafío desmontar las estructuras de desigualdad de género y corregirlas²⁰.

Con el objetivo de ahondar de las implicancias del uso de esta herramienta, se hará un recorrido de su abordaje en el seno de los propios poderes judiciales, observando especialmente América Latina.

En el caso de América Latina, es posible identificar que, a partir de los primeros años del siglo XXI se instala una agenda de género, tanto en sus organizaciones²¹ como en el seno de los propios poderes judiciales²²; un proceso en el que cabe destacar la publicación de cuadernos, criterios o protocolos para incorporar la perspectiva de género en la labor jurisdiccional²³.

De la revisión de estos últimos es posible concluir que, para los propios poderes judiciales, la perspectiva de género es una herramienta para hacer efectivos los derechos humanos de mujeres y niñas, en especial, el derecho de igualdad y no discriminación y de acceso a la justicia.

¹⁷ Simó Soler, “La perspectiva de género en la aplicación de la LO 1/2024: valoración procesal”, 51.

¹⁸ Rita Custet Llambí, *Perspectiva de género en la argumentación jurídica* (Editores del Sur, 2023), 43; y, Daniela Heim, “Cultura de la jurisdicción. Interpelaciones feministas”, *Revista crítica penal y poder* 21 (2021): 49-54.

¹⁹ María Concepción Gimeno Presa, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* (Aranzadi, 2020).

²⁰ Ander Gutiérrez-Solana Journoud y Goizeder Otazua Zabala, “Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad”, en *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, dirigida por Goizeder Otazua Zabala y Ander Gutiérrez-Solana Journoud (Universidad del País Vasco, 2021), 10.

²¹ Magistradas de los más altos órganos de justicia de iberoamérica, *Compromisos con la Justicia de Género* (Fundación Justicia y Género, 2015).

²² Fuentealba Carrasco et. al., “Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el Poder Judicial de Chile”, *Revista CES Derecho* 1 (2020): 28-54.

²³ Criterios de equidad para la administración de justicia con perspectiva de género de Colombia (2011); Protocolo para juzgar con perspectiva de género de México (2013, actualizado el 2020); Herramientas para la aplicación de estándares jurídicos sobre los derechos de las mujeres en las sentencias de Ecuador (2017); Protocolo para juzgar con perspectiva de género de Bolivia (2017); Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias de Chile (2018); y, Guía para la aplicación sistemática e informática del Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2021).

Por otro lado, una de las tareas que trae aparejada el *gender mainstreaming* es lograr fallos libres de estereotipos de género, para lo cual una de las herramientas es recurrir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

De lo dicho hasta aquí, y que será útil para el análisis de la situación en Chile, nos quedaremos con dos ideas centrales: uno de los objetivos de la perspectiva de género en la administración de justicia es lograr fallos libres de estereotipos de género²⁴, para lo cual, un elemento en la argumentación es recurrir al DIDH, con lo cual se fortalece la motivación de las decisiones judiciales²⁵.

En el siguiente apartado veremos con mayor atención si el objetivo identificado (estereotipos de género) y una de las herramientas para lograrlo (el uso del DIDH) están presentes en la agenda de género del Poder Judicial chileno.

3.- EL GENDER MAINSTREAMING EN LA JUSTICIA CHILENA

Desde el año 2014 el Poder Judicial chileno inicia un proceso de institucionalización de la política de género²⁶. Este proceso tiene varios hitos, entre los que cabe destacar la creación de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación, la adopción de la Política de Género y no Discriminación²⁷ y, la publicación del Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género (en adelante CBP)²⁸.

El CBP identifica que juzgar con perspectiva de género es una cuestión de derechos humanos, que responde a un mandato constitucional y al deber de cumplir con los tratados internacionales,

²⁴ Macarena Vargas Pavez, “Reflexiones en torno al derecho de acceso de las mujeres a la justicia. Una lectura desde la perspectiva de género”, en *Género, Derecho y tutela jurisdicción: Visiones desde España y América Latina*, coordinado por Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y Blanca Rodríguez Ruiz (Tirant lo blanch, 2022), 530; Elisa Simó Soler, *Estereotipos de género en los procesos por violencia sexual*, 69; Sara Arruti, *La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico*, 59.

²⁵ María Verónica Espinel Gaona, *Herramientas para la aplicación de estándares jurídicos sobre los derechos de las mujeres en las sentencias* (Consejo de la Judicatura, 2017), 12.

²⁶ Karime Parodi, “Abordando los sesgos contra las mujeres víctimas de delitos sexuales en el Poder Judicial chileno: un estudio de caso”, *Derecho PUCP* 90 (2023): 140-141, doi: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.005>

²⁷ Soraya Santiago, et al., *La participación de las mujeres en los sistemas de justicia en América Latina*, 27.

²⁸ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias* (Poder Judicial, 2019).

en cuanto que contribuye a hacer realidad el derecho a la igualdad y de acceso a la justicia²⁹.

En la senda que se plantea como tarea avanzar en la igualdad, una de las principales dificultades es la “deconstrucción de los estereotipos de género que infravaloran y discriminan a la mujer”³⁰. Reconoce así que los estereotipos de género sobre las mujeres son uno de los factores de la desigualdad, discriminación y violencia de género, al mismo que se constituyen en una de las barreras en el acceso a la justicia, razón por la cual el uso de la perspectiva de género supone realizar un análisis probatorio y argumentativo que logre emitir una decisión exenta de esos sesgos y estereotipos³¹.

La tarea, por tanto, para jueces y juezas es identificar los estereotipos, con el fin de desecharlos y producir sentencias libres de éstos. Para cumplir esa meta es necesario que los agentes estatales realicen un análisis cuidadoso de éstos para que no sean perpetuados, a lo que se suma obligación de los Estados de transformarlos, ya que adoptar una actitud pasiva en relación a los mismos permite que continúen presentes y se reproduzcan³².

Con el objetivo de cumplir esa tarea, el Cuaderno inserta una herramienta de asistencia al trabajo a la judicatura (denominada matriz de análisis), la cual propone una serie de pasos (seis en total) que buscan asistir la labor jurisdiccional, cubriendo todas las etapas del proceso.

El paso 2 “Análisis y desarrollo del caso”, incluye identificar y tener en cuenta los estereotipos que puedan surgir tanto desde la visión de jueces y juezas, como de las intervenciones de las partes. Por su parte, el paso 4 se refiere al examen normativo, que implica revisar y aplicar normas que conciernen al caso, teniendo en cuenta que, en materia de derechos humanos, discriminación y acceso a la justicia, el marco normativo para el país es amplio.

El examen normativo incluye estándares internacionales, normas nacionales, instrumentos normativos internacionales y una selección de decisiones y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, género y enfoque diferencial. En su conjunto tienen como objetivo lograr la efectividad de la protección de los derechos de las personas como el cumplimiento de las obligaciones del Estado³³.

²⁹ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, 17, 25, 47, 63 y 89.

³⁰ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, 17.

³¹ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, 29, 53, 59, 63 y 94.

³² Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, 52-59.

³³ Constanza Núñez Donald, “Control de Convencionalidad: teoría y aplicación en Chile”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 60 (2015): 192.

Este paso responde a que los mismos forman parte del ordenamiento jurídico nacional, es decir, son normas vigentes y obligatorias al igual que otras normas, y “sirven de marco para apoyar la argumentación de la sentencia, desde un punto de vista normativo y jurisprudencial”³⁴.

En definitiva, juzgar con perspectiva de género es una cuestión de derechos humanos que responde a un mandato constitucional y al deber de cumplir con las obligaciones adquiridas por el Estado chileno en diversos instrumentos internacionales. Contribuye a hacer realidad el derecho a la igualdad y de acceso a la justicia y tiene como unos de sus objetivos lograr sentencias libres de sesgos y estereotipos de género, para el cual, uno de los pasos para conseguirlo es el uso del DIDH.

Cabe, entonces, preguntarse si uno de los objetivos que se plantea el Poder Judicial en su agenda de género del uso de la perspectiva de género (estereotipos de género) y el paso metodológico (el uso DIDH) ¿han sido incorporados en la práctica por los tribunales?

Para dar respuesta a la pregunta que se plantea, se pondrá atención a un reciente estudio publicado que ahonda en la cultura jurídica.

4.- LA JUSTICIA CHILENA ¿SE PONE LOS LENTES DE GÉNERO?

A principios de este año se publicó el artículo *Gendering Justice in the Chilean Courts: Institutional Developments and Legal Actors' Perspectives*³⁵, en cual Karime Parodi buscó responder a las siguientes preguntas, ¿cómo, porqué y con qué limitaciones jueces y juezas han incorporado una perspectiva de género en Chile?

Para los fines propuestos en este trabajo cabe destacar los siguientes hallazgos:

- i) Existen dos culturas jurídicas que coexisten: por un lado, la cultura jurídica textualista (predominante) y, por otro, la cultura jurídica interpretativa (minoritaria).
- ii) Estas culturas (mayoritaria y minoritaria) moldean la manera en la que la judicatura chilena entiende y aplica la perspectiva de género.
- iii) Circula predominante la idea de que la perspectiva de género es una herramienta para identificar estereotipos y sesgos en el proceso.

A continuación, se analizarán tales hallazgos, para lo cual se partirá con el tercero de ellos, esto es, el punto de mayor coincidencia

³⁴ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, 15.

³⁵ Karime Parodi, “Gendering Justice in the Chilean Courts: Institutional Developments and Legal Actors’ Perspectives”, *Latin American Research Review* 1 (2025): 1-19, doi: <https://doi.org/10.1017/lar.2024.72>.

sobre los que es la perspectiva de género: una herramienta que busca identificar los estereotipos y sesgos.

Partamos con los aspectos positivos. El reconocimiento formal que el uso de la perspectiva de género implica reparar en los estereotipos, es coincidente con una de las tareas que el poder judicial chileno identifica en el CBP.

Se verá a continuación la forma en que este hallazgo dialoga con los otros dos. El artículo da cuenta que el concepto de perspectiva de género depende en gran medida de la cultura jurisdiccional, en la que se enfrentan dos posturas contrapuestas: cultura textualista (*textualist legal*) dominante vs. la cultura interpretativa minoritaria (*interpretative legal*).

En el caso de la cultura jurídica mayoritaria (*textualist legal*), jueces y juezas tienden a restringir el marco jurídico al derecho nacional, al tiempo que sesgan la aplicación de los instrumentos internacionales; se someten a la legislatura nacional y tienden a no ampliar los derechos tal como los limita la letra de la ley; junto con la tendencia a seguir la práctica de los tribunales superiores.

Cobra especial relevancia para los fines propuesto poner atención a que en la cultura mayoritaria el marco jurídico se restringe al derecho nacional, lo que tal como se verá a continuación es un rasgo de la cultura judicial chilena sostenida a lo largo del tiempo.

En el 2001 se publicó el libro *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*³⁶, que realiza un recorrido tanto de los avances legislativos como jurisprudenciales en materia de los derechos de las mujeres. La investigación revisó jurisprudencia de las Altas Corte de Justicia de cuatro países (Chile, Argentina, Colombia y Perú), durante el periodo de 1989 a 1998³⁷.

En este libro se constató el desconocimiento o desinterés por parte de los/las operadores/as del sistema en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no explotando su potencial, tanto en la interpretación como en la protección de los derechos. Este hallazgo cobra especial relevancia en la medida que para que las reformas legales (en materia de igualdad, derechos en el ámbito laboral, salud, educación) se reflejen en las decisiones judiciales es necesario que jueces y juezas pasen por el proceso de asimilación y sensibilización de tal normativa, sea esta nacional, como sobre los estándares internacionales de derechos humanos y los postulados adoptados en conferencias internacionales³⁸.

Dos años después de la publicación del libro, Felipe González Morales advirtió que, en el caso de Chile, la recepción del DIDH ha sido

³⁶ Luisa Cabal, et al., *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina* (Temis, 2001).

³⁷ Se incluyeron además las sentencias más relevantes emitidas durante el proceso de elaboración del libro (1999-2001).

³⁸ Luisa Cabal, et al., *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, 482-484.

empleada, en algunos casos, por los tribunales de manera esporádica o solo de forma declarativa, sin que influya en lo sustantivo de la decisión judicial; y, en otras ocasiones la jurisprudencia hace uso de elementos desarrollados en fallos de tribunales internacionales sin hacer referencia a ello³⁹.

Avancemos en el tiempo. En el 2016 se realizó el *Estudio Diagnóstico de la perspectiva de Igualdad de Género en el Poder Judicial Chileno*⁴⁰, el que da cuenta del bajo porcentaje de uso de las normas del marco internacional de los derechos humanos al momento de impartir justicia.

El Estudio señala que sólo el 13% de los jueces y juezas reconocen que siempre lo utilizan y aplican, frente a un 28% de quienes reconocen no aplicarlas casi nunca; mientras que el 58% restante declara aplicarlas algunas veces; finalmente, el 2% declaran que nunca utilizan ni aplican tales normas⁴¹. Es decir, el 30% del total de personas participantes (jueces y juezas) declara no haber usado nunca o casi nunca el marco internacional de derechos humanos. El Estudio arrojó como resultado el desconocimiento o la indiferencia de jueces y juezas del cumplimiento de las obligaciones en materia de aplicación del derecho internacional.

Al hilo recomendó la aplicación del DIDH ratificado por Chile (recomendación n° 13), lo que hace necesaria capacitar a la judicatura en materia de en esta materia en cuanto fuente del derecho nacional (recomendación n° 14).

Cuatro años después se publicó una nueva investigación por parte del Poder Judicial, esta vez enfocada en el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial⁴². Al igual que el anterior, este estudio dio cuenta del deficiente grado de familiaridad que tiene la judicatura con los instrumentos del DIDH.

Por ejemplo, respecto de la la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), la familiarización corresponde a un 29,5% (31,6% de mujeres vs. el 26,5% de los hombres). Por su parte la Convención Belem do Pará, la media de familiarización fue de 43,9% (45,5% por mujeres vs. 41,6% de hombres).⁴³

³⁹ Felipe González Morales, “Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación”, *Colección Informes de Investigación* 14 (2003), 7.

⁴⁰ Manamegent&research Chile, *Igualdad de Género y no Discriminación. Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de Igualdad de género en el Poder Judicial Chileno* (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2016).

⁴¹ Manamegent&research Chile, *Igualdad de Género y no Discriminación. Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de Igualdad de género en el Poder Judicial Chileno*, 121.

⁴² Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Estudio Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial* (Poder Judicial, 2020).

⁴³ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, *Estudio Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial*, 104-105.

Para finalizar con esta panorámica general en cuanto a datos, es importante mencionar que a finales de 2024 se lanzó la base de sentencias con perspectiva de género en las Cortes de América Latina, que en esta primera parte cuenta con sentencias de las altas cortes de México, Perú, Argentina y Chile.⁴⁴

En el caso de Chile se incluyeron un total de 85 sentencias de la Corte Suprema, emitidas en el periodo del 10 de marzo de 2003 al 29 de diciembre de 2022. Del total, solo 39 sentencias incorporan tratados internacionales de derechos humanos; número que baja casi a la mitad (19 sentencias) si ponemos atención a aquellos instrumentos internacionales que forman parte del corpus iuris de los derechos humanos de las mujeres (CEDAW/Belén do Para).

En lo que se refiere al control de convencionalidad: sólo 18 de las 85 sentencias lo incorporan; de este número en 15 casos se hace mención del tema de género de manera explícita.

Si bien esta panorámica sobre el uso del DIDH por parte de los tribunales chilenos no es en ningún caso exhaustiva como tampoco se refiere de manera específica al uso del DIDH para combatir los estereotipos de género, al abarcar un periodo de tiempo de más de veinte años, permite constatar un patrón que persiste a lo largo del tiempo: el escaso de los instrumentos internacionales de derechos humanos, un elemento clave darle materialidad a la propuesta de juzgar con perspectiva de género.

Retomemos, los hallazgos del estudio de Karime Parodi. Los jueces y juezas que se identifican con cultura jurídica minoritaria (*interpretive legal*), adoptan el DIDH, enfatizando el carácter abierto del derecho y centrando el papel de los jueces en la construcción del significado jurídico; toman en consideración el impacto social de sus decisiones y perciben que el poder judicial tiene el poder de volver a definir los límites de la ciudadanía; y, tienden a no sentirse atados por sus decisiones y participan en técnicas hermenéuticas creativas⁴⁵.

Esta aproximación a estas dos culturas permite identificar en ambas la comprensión de la producción normativa, la posición que ocupa el juez/a— no solo el constitucional sino también todos los jueces y las juezas— y la función de los tribunales, así como su relación con el legislador.

Si bien no se ahondará en cada uno de los presupuestos en torno de estas dos culturas, cabe poner atención a la siguiente cuestión: si uno de los ejes centrales del uso de la perspectiva de género es

⁴⁴ Colaboratorio Derecho y Desarrollo con sede en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella y Red ALAS, «Sentencias con Perspectiva de Género (SPG) de las altas cortes latinoamericanas», disponible en <https://utdt-colab.github.io/spg-diges/#>

⁴⁵ Para mayor claridad de esta propuesta respecto de estas dos culturas, véase Karina Mariela Ansolabehere, Sandra Botero y Exequiel González Ocantos, “Conceptualizar y medir la cultura legal. Evidencia a partir de una encuesta a Jueces Federales Mexicanos”, *Política y gobierno* 2 (2022).

identificar los estereotipos, pero al mismo tiempo la cultura mayoritaria (*textualist legal*) tiende a restringir el marco jurídico al derecho nacional, y el uso de instrumentos internacionales es más bien catalogado como “un atrevimiento”⁴⁶, surge la siguiente interrogante: ¿cómo materializar este compromiso contra los estereotipos de género, si la cultura mayoritaria restringe el marco normativo al derecho de producción nacional?

Para responder a lo anterior es importante identificar que, en el contexto chileno, que los estereotipos de género están presentes de manera reciente la normativa de producción nacional⁴⁷. A diferencia de todo el desarrollo que han experimentado, tal como se verá en el apartado siguiente, desde la CEDAW, las Recomendación Generales de su Comité, decisiones individuales, como la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es decir, la normativa nacional en materia de estereotipos de género en Chile resulta a todas luces insuficiente para incorporar en la motivación de la decisión la perspectiva de género y más lo que se acuerda: que es una herramienta para identificar estereotipos de género.

Aparece, que el punto central de lo qué es la perspectiva de género queda más bien en una idea meramente cosmética, más que en un uso comprometido.

A partir de lo anterior, en el siguiente apartado se ahondará en algunos elementos que se proponen para evitar que la perspectiva de género sea una casilla más que rellenar.

5.- PRESUPUESTOS CONTRA EL USO COSMÉTICO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La igualdad de derechos entre hombres y mujeres encuentra uno de sus obstáculos los estereotipos de género, que privan a las mujeres del disfrute de sus derechos⁴⁸.

Entonces, en el caso del Poder Judicial chileno ¿qué camino podrían seguir los tribunales en la argumentación de sus decisiones,

⁴⁶ Karime Parodi, “Gendering Justice in the Chilean Courts: Institutional Developments and Legal Actors’ Perspectives”, 12.

⁴⁷ De manera clara aparecen recién en la Ley 21.675 “Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género” de 2024. Con anterioridad, la Ley 21.523 “Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización” de 2021, introdujo, entre otras modificaciones, nuevos incisos al artículo 109 del Código Procesal Penal, que establece que las víctimas de violencia de género tienen derecho a “b) No ser enjuiciada, estigmatizada, discriminada ni cuestionada por su relato, conductas o estilo de vida”.

⁴⁸ Comité de Derechos Económicos y Sociales, *Observación general n° 16 La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3)*, 2005, párrs. 2, 5 y 19.

frente a la idea de que la perspectiva de género es una herramienta útil para combatir los estereotipos de género? Esta pregunta nos llevará a plantear algunos presupuestos con el fin de que el uso de la perspectiva de género no se quede en lo meramente *cosmético*.

En primer lugar y tal como se sostuvo en las primeras líneas de este trabajo, el uso de la perspectiva de género incorpora en su propuesta metodológica el uso del DIDH. Al hilo, es posible sostener que uno de los elementos centrales de una argumentación con perspectiva de género es el uso de diversos instrumentos internacionales, de decisiones de organismos internacionales, y de la jurisprudencia de tribunales internacionales, en el caso del contexto chileno, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior se justifica con la premisa que la normativa internacional funciona como marco referencial, es decir, como uno de los presupuestos esenciales para el uso de la perspectiva de género como estrategia que favorece la tutela judicial efectiva (dimensión del acceso a la justicia) y que implica conocimientos, en especial, de un marco teórico y conceptual con enfoque interdisciplinario y normativo, tanto nacional como internacional, sobre igualdad y no discriminación, acceso a la justicia e imparcialidad judicial; lo que supone que la perspectiva de género es una competencia que debe desarrollar un profesional en el ejercicio de su labor⁴⁹.

Estos Convenios internacionales son la base fundante desde la que legitima cambios hacia la resignificación del discurso de los derechos humanos, la re-conceptualización del concepto de sujeto de derechos como parte de los desafíos que trae el ius feminismo al discurso de los derechos, un proyecto crítico y utópico⁵⁰.

Por tanto, la legislación nacional se robustece y se nutre de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, reconocidos en tratados internacionales, que, en muchos casos, llevan un par de pasos más adelante en materia de reconocimiento y protección de éstos.

Solo a modo de ejemplo, todo el blindaje del derecho de las mujeres y niñas a una vida libre de violencia, en sus diversas manifestaciones y espacios, está presente desde la década de los noventa tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), especialmente con la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), a lo que debemos sumar la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, que adoptada en 1994 reconoce en su artículo 3 el derecho de toda mujer

⁴⁹ Ximena Gauché Marchetti, et al., “Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela efectiva judicial para mujeres y personas LGBTIQ+”. *Revista Estado de Derecho* 52 (2022), 274.

⁵⁰ Juana María Gil Ruiz y Ana Rubio Castro, “Capacidad transformadora del discurso de los derechos humanos: nuevas narrativas”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 49 (2023), 613-634.

a una vida libre de violencia. Un derecho que se proyecta en las diversas obligaciones que tiene los Estados para prevenir, erradicar y sancionar la violencia, el cual fue reconocido reciente el año 2024 en Chile con la dictación Ley 21.675 “Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género”, reconoce en el artículo 1 reconoce el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia.

Para ello la primera cuestión básica es conocer⁵¹ el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su amplitud, partiendo de la Carta Magna de los derechos de las mujeres: la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer⁵², así como las recomendaciones generales del Comité CEDAW. En el ámbito del Sistema Interamericano la Convención para Prevenir Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, y la interpretación que ha realizado la Corte IDH de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Conocerlo, para aplicarlo a la hora de resolver; pero para ello no basta con citar o invocar los instrumentos del DIDH haciendo una referencia general a los mismos, sino que “resulta fundamental relacionar el contexto y los estándares con los hechos particulares del caso”⁵³.

En este punto es importante mencionar que en el *Estudio Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial*, se advierte de la práctica en algunos tribunales de limitarse a usar plantillas estandarizadas para las sentencias; modelos en los cuales se encuentran citados algunos instrumentos internacionales, pero sin que ese uso sea razonado y contextualizado⁵⁴.

Es decir, el uso de la perspectiva de género, más allá de lo meramente cosmético, exige que en la argumentación de las decisiones no se quede en *copy-paste* del marco normativo internacional.

Al hilo, el uso del DIDH es un camino para lograr hacer más operativas las garantías constitucionales y con ello romper con el formalismo predominante en la cultura judicial chilena en la que el rol de jueces y juezas estaría reducido al de meros aplicadores (una tarea básicamente silogística, es decir, lógica deductiva) de las normas

⁵¹ En ese conocer, como piso mínimo, se vuelve fundamental la revisión de la formación en las universidades, así como de jueces y juezas.

⁵² Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres” en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lorena Valladares (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 543.

⁵³ María Verónica Espinel Gaona, *Herramientas para la aplicación de estándares jurídicos sobre los derechos de las mujeres en las sentencias*, 12.

⁵⁴ Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, *Estudio Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial*, 107.

jurídicas, lo cual es correlato de que la fundamentación de las decisiones escasee⁵⁵.

El uso de los estándares internacionales, más allá de la obligación que tiene el Estado (y, por tanto, el Poder Judicial) de cumplir los acuerdos suscritos, introduce elementos novedosos en relación con el derecho de generación nacional, considerando que los órganos internacionales de derechos humanos desarrollan extensamente los alcances de los derechos reconocidos, lo que serviría para enriquecer las tareas de los tribunales nacionales⁵⁶.

Por otro lado, es importante reparar en que el desarrollo sobre los estereotipos de género y la propuesta para combatirlos, al introducir la perspectiva de género como herramienta en la argumentación, se encuentra en el DIDH, especialmente en la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la cual desde su preámbulo pone atención a las características, roles y atributos de las mujeres, y que las ubican en un lugar de subordinación.

Además, el camino trazado en la CEDAW se robustece en diversas recomendaciones generales⁵⁷ y en decisiones individuales.

A lo anterior se suma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que a partir de la sentencia del caso *González y otras Vs. México* de 2009⁵⁸, propone una hoja de ruta que puede ser útil a la hora de argumentar en general cuando los mismos se infiltran (consciente o inconscientemente) en los diversos elementos de la cadena de justicia⁵⁹.

Ha partir de esta sentencia, la Corte IDH ha introducido en la argumentación de sus fallos el concepto y las implicancias negativas de los estereotipos de género (que más adelante denominará estereotipos negativos o perjudiciales) y que define como “una pre- concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”. Identifica además que tienen relación con la subordinación de la mujer, siendo una las causas y consecuencias de la violencia de género en su contra, la que se agrava “cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”⁶⁰.

⁵⁵ González Morales, “Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación”, 295.

⁵⁶ Ibid., 297.

⁵⁷ Sobre estos papeles tradicional el Comité CEDAW se pronunciará en sus diversas recomendaciones generales, véase la Recomendación General N° 19, N° 23, N° 25, n° 35 y N° 36.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») con México*, 16 de noviembre de 2009, serie C núm. 205.

⁵⁹ Pilar Maturana Cabezas, “De vuelta a los estereotipos en Campo Algodonero: Aportes para una justicia de género”, *Anuario De Derechos Humanos* 1 (2025), 153, doi: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2025.78126>.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») con México*, párrafo 401.

En tal sentido, la Corte IDH nombra, identifican el daño que provocan y adopta garantías de no repetición en el entendido que las mismas “deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”⁶¹, para erradicar los estereotipos de género.

6.- CONCLUSIONES

La incorporación del *gender mainstreaming* por parte de los tribunales, es un avance en la consecución del logro de la igualdad y de acceso a la justicia. Esto es, un primer ejemplo del compromiso por una justicia de género que use los lentes de género para contrarrestar aquellas críticas del feminismo a la (in)justicia patriarcal.

Del análisis de las implicancias del uso de los lentes de género, se identificó que uno de los objetivos es lograr fallos libres de estereotipos de género, para lo cual, en el plano de la argumentación cobra especial relevancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, una de las tantas barreras con la que se enfrentan las mujeres y las niñas en la materialización del derecho de acceso a la justicia son los estereotipos de género que caen sobre las mujeres, y para combatirlos una de las herramientas claves es recurrir a diversos instrumentos internacionales, decisiones de órganos especializados y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de identificar uno de los objetivos y de una de las herramientas para su logro, el trabajo se detuvo en Chile.

En el caso del país elegido para el análisis, un estudio reciente dio cuenta que la cultura mayoritaria chilena entiende que la perspectiva de género es una herramienta para identificar estereotipos en el proceso. Eje que entra en contradicción con algunos de los elementos que se identifican en torno a restringir el marco jurídico al derecho nacional, sesgando al mismo tiempo, la aplicación de los instrumentos internacionales.

A partir de lo anterior, es posible concluir que en el caso de Poder Judicial chileno, si bien las dos culturas (textualista/interpretativa) que coexisten identifican que la perspectiva de género es una herramienta que tiene como uno de sus objetivos identificar estereotipos, tal concepción se queda en lo meramente cosmético en el caso de la cultura mayoritaria, al ser reacia al uso de instrumentos internacionales (tratados, normas de *soft law*, decisiones de órganos de los tratados, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); instrumentos que se incorporan en la metodología que el propio Poder Judicial propone.

Para finalizar el trabajo nos detuvimos en algunos presupuestos contra el uso cosmético de la perspectiva de género, para que su uso no se quede, citando la canción del grupo español Mecano, en un poco de “sombra aquí, sombra allá”.

⁶¹Ibid., párrafo 450.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- Ansolabehere, Karina Mariela, Sandra Botero y Exequiel González Ocantos. “Conceptualizar y medir la cultura legal. Evidencia a partir de una encuesta a Jueces Federales Mexicanos”. *Política y gobierno* 2 (2022): 1-30.
- Arruti Benito, Sara. *La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico*. Colex, 2025.
- Barranco Áviles, María del Carmen. “El enfoque feminista de los derechos fundamentales desde la perspectiva de género”. En *Género y derechos fundamentales*, coordinado por Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez. Comares, 2010.
- Bergallo, Paola. “Presentación”. En *Sentencias con (y sin) perspectiva de género: El papel de las cortes en casos de violencia de género en América Latina*, compilado por Julieta Di Corleto y Daniela Heim. Siglo XXI Editores, 2025.
- Bustos Ibarra, Cecilia, Cecilia Pérez Díaz, Priscilla Brevis Cartes y Cynthia Sanhueza Riffo, “La transversalización del enfoque de género en las políticas del poder judicial chileno. Avances y desafíos”, en *Claves interdisciplinarias entre justicia y género*, coordinado por Ximena Gauché Marchetti y Manuel Barría Paredes. Thomson Reuters, 2023.
- Cabal, Luisa, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (editoras). *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Temis, 2001.
- Carmona Cuenca, Encarna. “La perspectiva de género y los derechos humanos”. En *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, editado por Encarna Carmona Cuenca. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Custet Llambí, Rita. *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*. Editores del Sur, 2023.
- Espinel Gaona, María Verónica. *Herramientas para la aplicación de estándares jurídicos sobre los derechos de las mujeres en las sentencias*. Consejo de la Judicatura, 2017.
- Facio, Alda. “Hacia otra teoría crítica del Derecho”. En *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre feminismo y derecho*, coordinado por Gioconda Herrera. Flacso, 2000.
- . “La Carta Magna de todas las mujeres”. En *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lorena Valladares. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Facio, Alda y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Fries. LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Fuentealba Carrasco, Pablo, Gabriela Sánchez Pezo, Ximena Gauché Marchett, et.al. “Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el Poder Judicial de Chile”. *Revista*

- CES *Derecho* 1 (2020): 28-54. doi: <https://doi.org/10.21615/cesder.11.1.2>.
- Gauché Marchetti, Ximena, Rodrigo González Fuente, Cecilia Pérez-Díaz, et. al. “Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela efectiva judicial para mujeres y personas LGBTIQ+”. *Revista Estado de Derecho* 52 (2022): 247-278. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.08>.
- Gil Ruiz, Juana María y Ana Rubio Castro. “Capacidad transformados del discurso de los derechos humanos: nuevas narrativas”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 49 (2023): 613-634. doi: <http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.49.26623>
- Gimeno Presa, María Concepción. *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* Aranzadi, 2020.
- González Morales, Felipe. “Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación”, *Colección Informes de Investigación*, nº 14, año 5 (2003): 291-319.
- Gutiérrez-Solana Journoud, Ander y Goizeder Otazua Zabala. “Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad”. En *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, dirigida por Goizeder Otazua Zabala y Ander Gutiérrez-Solana Journoud. Universidad del País Vasco, 2021.
- Heim, Daniela. “Cultura de la jurisdicción. Interpelaciones feministas”, *Revista crítica penal y poder* 21 (2021): 49-54.
- Jaime de Pablo, María Ángeles. “Retos y logros en la incorporación de la perspectiva de género en la justicia. Análisis de sentencias judiciales de los años 2018-2019”. En *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, dirigida por Goizeder Otazua Zabala y Ander Gutiérrez-Solana Journoud. Universidad del País Vasco, 2021.
- Manamegent&research Chile, *Igualdad de Género y no Discriminación. Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de Igualdad de género en el Poder Judicial Chileno*. Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2016.
- Maturana Cabezas, Pilar. “Argumentación con perspectiva de género: Pro-puestas contra la estereotipación judicial”. *Universitas. Revista De Filosofía, Derecho y Política*, 45 (2024): 29-56. doi: [10.20318/universitas.2024.8689](https://doi.org/10.20318/universitas.2024.8689).
- Maturana Cabezas, Pilar. “De vuelta a los estereotipos en Campo Algodonero: Aportes para una justicia de género”, *Anuario De Derechos Humanos*, vol. 21, núm.1 (2025): 151-169. doi: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2025.78126>
- Muñoz Sánchez, Andrea. “Clase Magistral: Enfoque de género en el acceso a la justicia”. *Revista Justicia con Perspectiva de Género* 1 (2021): 7-29.

- Núñez Donald, Constanza. “Control de Convencionalidad: teoría y aplicación en Chile”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 60 (2015).
- Parodi, Karime. “Abordando los sesgos contra las mujeres víctimas de delitos sexuales en el Poder Judicial chileno: un estudio de caso”. *Derecho PUCP* 90 (2023): 139-187. doi: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.005>
- Parodi, Karime. “Gendering Justice in the Chilean Courts: Institutional Developments and Legal Actors’ Perspectives”. *Latin American Research Review*, 1 (2025): 1-19. doi: <https://doi.org/10.1017/lar.2024.72>
- Pou Giménez, Francisca. “Argumentación judicial y perspectiva de género”. En *Interpretación y argumentación jurídica en México*, coordinado por Juan Antonio Cruz Parceros, Ramiro Contreras Acevedo y Fernando Leal Carretero. Editorial Fontarama, 2014.
- Santiago, Soraya, Ursula Indacochea y Lucia Becerra (eds). *La participación de las mujeres en los sistemas de justicia en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer, 2021.
- Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación. *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Poder Judicial, 2019.
- Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación. *Estudio Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial*. Poder Judicial, 2020.
- Simó Soler Elisa. *Estereotipos de género en los procesos por violencia sexual*. Tirant lo blanch, 2024
- Simó Soler Elisa. “La perspectiva de género en la aplicación de la LO 1/2024: valoración procesal”. En *Nuevos retos tras veinte años de vigencia de la LO 1/2024*, dirigido por Cristina Alonso Salgado, Ana Rodríguez Álvarez y Almudena Valiño Ces. Dykinson, 2024.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio José. “La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales”. *Legebilzarreko Aldizkaria-Legal- Revista del Parlamento Vasco*, nº 4 (2023): 114-137. doi: <https://doi.org/10.47984/legal.2023.006>
- Vargas Pavez, Macarena. “Reflexiones en torno al derecho de acceso de las mujeres a la justicia. Una lectura desde la perspectiva de género”. En *Género, Derecho y tutela jurisdicción: Visiones desde España y América Latina*, coordinado por Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y Blanca Rodríguez Ruiz. Tirant lo blanch, 2022.

LA GRAN PERVERSIÓN ISAIAH BERLIN FRENTE A LOS POPULISMOS

THE GREAT PERVERSION ISAIAH BERLIN VERSUS POPULISM

Alejandro J. Gomis de Francia*

RESUMEN: El artículo analiza la relación entre Isaiah Berlin y el populismo, explorando su visión sobre este fenómeno y su vínculo con el nacionalismo. Berlin definió el populismo como un movimiento basado en una identidad colectiva, la oposición a élites corruptas y una nostalgia por un pasado glorioso. Su teoría de las dos libertades (positiva y negativa) es clave para entender la dicotomía entre el populismo, que prioriza la libertad colectiva, y el liberalismo, que enfatiza la individual. El texto también trata la metáfora del "erizo y el zorro", identificando al populista con el erizo (visión única) y al demócrata liberal con el zorro (pluralismo). Finalmente, advierte sobre los peligros del dogmatismo y la homogeneización cultural.

ABSTRACT: *The article examines Isaiah Berlin's relationship with populism, analyzing his perspective on this phenomenon and its ties to nationalism. Berlin defined populism as a movement centered on collective identity, opposition to corrupt elites, and nostalgia for a glorious past. His theory of two liberties (positive and negative) is essential to understanding the contrast between populism, which prioritizes collective freedom, and liberalism, which emphasizes individual freedom. The text also applies the "hedgehog and fox" metaphor, associating populists with the hedgehog (single vision) and liberal democrats with the fox (pluralism). Ultimately, it warns about the dangers of dogmatism and cultural homogenization.*

PALABRAS CLAVE: populismo, pluralismo de valores, libertad, nacionalismo, Isaiah Berlin.

KEYWORDS: *populism, value pluralism, freedom, nationalism, Isaiah Berlin.*

Fecha de recepción: 27/04/2025

Fecha de aceptación: 22/11/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10092>

* Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas (Universidad de Zaragoza), Máster en Asuntos Internacionales: Economía, Política y Derecho (Universidad Pontificia de Comillas) y doctorando en el programa de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Universidad de Zaragoza. E-mail: alejandrogomis@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0008-4956-7477>.

1.- INTRODUCCIÓN

Isaiah Berlin es uno de esos pocos pensadores que han logrado traspasar la barrera del olvido gradual gracias a unas tesis que siguen siendo debatidas en la actualidad, décadas después de su formulación original. Lejos de haberse construido un consenso respecto a ellas, la vitalidad de sus ideas obedece a la capacidad de generar disenso entre aquellos que dedican su trabajo y sus estudios a los mismos temas de investigación que él trató. A golpe de crítica¹, los conceptos centrales del pensamiento berlineano se han constituido hoy como un punto de referencia clave en el pensamiento político.

Así presentado, podría parecer que el autor británico² se ha ganado un sitio en el debate político presente debido únicamente a las críticas sobre su pensamiento y obra. Sin embargo, la realidad es que su vigencia también es consecuencia directa de su defensa del liberalismo, del pluralismo de valores y de la ambigua y polémica posición que mantuvo a lo largo de su vida respecto al nacionalismo. Todas estas nociones han sido rescatadas por ciertos autores que encuentran en ellas los principios necesarios para hacer frente a una situación de incertidumbre e inestabilidad política como la actual.

Las tesis fundamentales de Isaiah Berlin se encuentran dispersas por una cantidad ingente de textos cortos, transcripciones de conferencias y pequeños ensayos que dan cuenta del carácter poco sistemático del autor. En efecto, este es un rasgo típico de los pensadores como Berlin, mucho más habituados y familiarizados con la expresión oral que con la producción escrita³. Pese a ello, disponemos de una gran cantidad de materiales en los que se plasman y desarrollan sus ideas principales sobre los temas filosófico-políticos que más interés le suscitaron: la libertad, el pluralismo de valores, el determinismo, el romanticismo y la búsqueda del ideal⁴.

No obstante, podría destacarse la idea de libertad como elemento central del pensamiento berlineano, debido a la importancia que el autor le dio en vida y a la enorme relevancia que ha tenido después la forma en la que presentó el concepto. A su juicio, desde una perspectiva política, la libertad puede entenderse de dos formas distintas: negativa y positiva. La primera representa la libertad como

¹ Hugo O. Seleme. "Un nuevo adversario de la libertad como no-dominación". *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n. 33 (2015): 59-82. <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/711>.

² Aunque nació en Riga —entonces capital de Livonia, una provincia del imperio zarista— en el seno de una familia judía, y pasó parte de su infancia en Petrogrado, se trasladó muy joven a Londres, donde vivió la mayor parte de su vida. Michael Ignatieff, *Isaiah Berlin: su vida*, 2ª ed. (Taurus, 2018).

³ Ignatieff, *Isaiah Berlin: su vida*, 12-13.

⁴ Isaiah Berlin, "Mi trayectoria intelectual", en *El poder de las ideas* (Página Indómita, 2017), 41-76. Es uno de los últimos textos del pensador, en el que hace un repaso esquemático de toda su trayectoria académica, a través de los autores que más le influyeron y los campos de estudio que más trabajó.

no-interferencia; la segunda, la libertad como determinación propia.

Se trata de dos formas distintas de aproximarse al concepto de libertad que suelen explicarse a través de la distinción entre «Libertad de los Antiguos y Libertad de los Modernos» teorizada por Benjamin Constant; y que Guy Hermet consiguió sintetizar de forma exacta cuando afirmó que «los Ateneos de Pericles medían su libertad en función del bien colectivo y de la independencia de la polis o del Estado», mientras que los contemporáneos de Constant «tan sólo concebían la suya como un goce tranquilo de la vida privada, sin otorgar al poder político otra función que la garantía de esta tranquilidad»⁵.

Asimismo, desde una óptica moral, la libertad se presenta como *conditio sine qua non* para tomar decisiones morales de las que puedan derivarse responsabilidades, tanto individuales como colectivas. En este sentido, el determinismo supondría la negación de la elección moral, que debería ser sustituida eventualmente por la estética⁶. Su teoría del pluralismo de los valores precisa del rechazo de las teorías deterministas y de todas las construcciones ideológicas con pretensiones universalistas para llevar a cabo una defensa coherente de la libre elección de los distintos valores humanos disponibles. Para Berlin, no existen los reyes filósofos platónicos más próximos a todas las virtudes morales que el resto de miembros de la comunidad y que, por tanto, deben ser obedecidos. Tan solo existe una serie finita de valores humanos deseables, igualmente válidos y legítimos entre ellos⁷, cuya combinación y jerarquización se plasma en las diferentes preferencias individuales y en las distintas culturas y pueblos existentes⁸.

Este breve resumen de sus ideas más influyentes resulta muy útil para fijar el objetivo del presente trabajo, que es poner en relación las tesis y conceptos más importantes del pensamiento berlineano con uno de los fenómenos políticos más relevantes en la actualidad: el populismo. En efecto, no se trata de una sistematización y comentario de los postulados más destacados de la obra del pensador británico, sino de un análisis crítico de los mismos a la luz de uno de los acontecimientos políticos más determinantes de la política contemporánea. Por tanto, la primera parte del trabajo se centra en la

⁵ Guy Hermet, *Populismo, democracia y buena gobernanza*, (El Viejo Topo, 2008), 25.

⁶ Berlin, "Mi trayectoria intelectual", 72.

⁷ Ibid., 58.

⁸ El pluralismo de los valores de Berlin se contrapone en este punto al de José Ortega y Gasset. El filósofo español sí que consideraba la existencia de un orden jerarquizado entre los diferentes valores atendiendo a la contribución de cada uno de ellos a la realización plena del ser humano derivada de ciertos "rangos objetivos". Por tanto, es importante tener en cuenta que el pluralismo de los valores puede predicarse desde muy diferentes puntos de vista, tanto desde el liberalismo clásico como desde un elitismo aristocrático. José Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*. (Alianza Editorial, 2022), 70-74.

aproximación al concepto de populismo de Berlin; es decir, en su intento de definición a partir de unas características y atributos comunes a todos los partidos y movimientos populistas. Se añade un análisis independiente en relación con el nacionalismo, tanto por la conexión directa que mantiene con el populismo como por ser uno de los temas que más interesó al autor a lo largo de su trayectoria académica. Como cierre, se introduce una reflexión sobre el concepto de populismo en la actualidad, tratando de destacar las diferencias más relevantes entre la definición de populismo que desarrolló Berlin y la conceptualización contemporánea de dicho término. En la segunda parte, se explican sus dos conceptos de libertad y se relacionan con el populismo en virtud de sus similitudes y diferencias ideológicas. El apartado sobre la idea de la gran perversión alude al abandono, alejamiento o traición de los principios fundamentales de cada concepto de libertad, ejecutada por los autores materiales de los mismos en su aplicación directa a la realidad. La tercera parte recupera la dicotomía propuesta por Berlin entre erizo y zorro, identificando estas figuras con los dos personajes prototípicos de nuestra realidad política actual: el demócrata liberal y el populista. Finalmente, en el último apartado se formulan una serie de conclusiones que tienen como hilo conductor tratar de averiguar, a la luz del análisis de todo su pensamiento y obra, lo que Isaiah Berlin nos hubiese advertido si viviera en un contexto político como el nuestro.

En efecto, en un momento histórico en el que las opiniones se elevan a la categoría de dogma y las percepciones subjetivas se convierten en verdades incuestionables —en el que dogmatismo y relativismo, identitarismo agresivo y desidentificación global, y nacionalismo y cosmopolitismo, conviven simultáneamente como contradicciones relacionadas dialécticamente— parece que podría ser recomendable reintroducir en el debate público algunas de las ideas de pensadores como Berlin. Su lectura puede aportar algo de solidez a la conversación colectiva, dominada como lo está en la actualidad por diferentes corrientes de pensamiento, en ocasiones antagónicas, que entorpecen u oscurecen el camino hacia conclusiones claras y verdaderas. Enemigo de fanatismos y dogmatismos, es un autor que puede contribuir a reintroducir cierta tolerancia en sociedades como las occidentales, cada vez más polarizadas política y socialmente⁹.

Por todos estos motivos, el presente artículo pretende enlazar el pensamiento y obra de Isaiah Berlin con el populismo como uno de los

⁹ La polarización debe entenderse como el estadio inmediatamente posterior a la polaridad. Si esta es necesaria para el sano desarrollo de la convivencia democrática, aquella fragmenta la comunidad mediante la conformación de grupos separados en el seno de la misma. La polaridad une y crea simples adversarios, la polarización quebranta y genera enemigos o traidores. Desde un punto de vista internacional: Yascha Mounk, *El gran experimento*. (Paidós, 2022), 258-262. Desde un punto de vista nacional: Armando Zerolo, *Contra la tercera España: una defensa de la polaridad*, (Deusto, 2025).

fenómenos políticos más relevantes de nuestro tiempo. Se trata de un concepto con una infinitud de aristas que, sin embargo, en la reunión de todas sus manifestaciones, nos muestra las principales inquietudes de una época caracterizada por la incertidumbre, el miedo y la desconfianza en todos los planos de la existencia.

2.- INTUICIONES TEMPRANAS

«Populismo» es un concepto de naturaleza política cuyo surgimiento puede ubicarse a finales del siglo XIX tanto en el imperio ruso como en los Estados Unidos de América¹⁰, aunque fueron diferentes los motivos que provocarían el surgimiento de estos movimientos en tan dispares circunstancias políticas, económicas y sociales.

Por un lado, los *narodniki* rusos fueron un grupo de jóvenes intelectuales de clase alta e inspiración socialista que nació alrededor de 1870. Como se desprende del nombre que se le dio al movimiento (*narod* en ruso significa pueblo)¹¹, los integrantes de esta corriente populista consideraban que la esencia del pueblo ruso residía en la población rural, que representaba los auténticos valores sociales del gran pueblo ruso. De esta forma, a través de su identificación con los estratos más humildes de la sociedad, los *narodniki* rechazaron los valores universalistas y racionalistas propios de los pensadores de la Ilustración y proclamaron la necesidad de dirigirse hacia el auténtico pueblo, diseminado por la inmensidad del territorio ruso. En este sentido, los populistas rusos conformaron un movimiento de arriba hacia abajo, desde las refinadas ciudades del imperio hacia las vastas llanuras y sus masas rurales¹². Como mayor referente ideológico de este movimiento debe citarse a Alexandr Herzen y, pese a la breve existencia del mismo, tuvo una notable influencia en grandes figuras del pensamiento ruso como Bakunin o Chernychevski¹³.

Por otro lado, el Partido del Pueblo (*People's Party*) estadounidense surgió algo más tarde, alrededor de 1890 y, al igual que el movimiento ruso, tuvo una corta trayectoria. Se trató de un movimiento de agricultores descontentos con los bancos y el poder de los monopolios dentro del sector que quisieron desafiar a los dos únicos partidos ya por entonces afianzados, el demócrata y el republicano, a

¹⁰ Mudde y Rovira Kaltwasser, *Populismo: una breve introducción*; Ernesto Laclau, *On populist reason*, (Verso, 2005); Gastón Souroujon, "Las definiciones mínimas de populismo. Problemas y potencialidades". *Revista Pilquen. Sección Ciencias Sociales*, n. 24 (2021): 1-12.

¹¹ Se trata de un término que, a mediados del siglo XIX, se utilizaba como sinónimo del término alemán *Volk*. Richard Pipes, "Narodnichestvo: A Semantic Inquiry". *Slavic Review* 23, n. 3 (1964): 442.

¹² Pierre Rosanvallon, *El siglo del populismo*, 3ª ed. (Galaxia Gutenberg, 2021), 241-246.

¹³ Camila Arabuet, "El populismo, una invención rusa". *Prácticas de Oficio* 2, n. 18 (2017): 1-10.

través de la creación de una tercera vía. En este caso, se trata de un movimiento de abajo hacia arriba, al contrario que en el caso ruso, que trató de influir en el destino político de la nación a través de la cooperación entre pequeños explotadores agrícolas¹⁴.

Más allá de este somerísimo resumen sobre los orígenes históricos del concepto, lo cierto es que el populismo fue cayendo en desuso en detrimento de ideologías más completas y cerradas, fácilmente identificables, que tendrían su apoteosis en los grandes experimentos políticos del siglo XX: el socialismo soviético y el nacionalsocialismo alemán. Fue tras el inicio del siglo XXI cuando el concepto populismo renovó su popularidad tanto a nivel académico como político, como consecuencia de diferentes eventos históricos que se utilizaron como pretexto para comenzar a poner en cuestión la solidez y la viabilidad del sistema político erigido tras el final de la Guerra Fría¹⁵.

Por este motivo, resulta llamativo que Isaiah Berlin participara en una conferencia de la *London School of Economics and Political Science*, celebrada en el año 1967, donde se trató el tema del concepto «populismo» y la posibilidad de una definición exacta¹⁶. En plena Edad de Oro del capitalismo¹⁷, Berlin y sus colegas ya parecían intuir la importancia que décadas más tarde iba a adquirir el populismo y comenzaron a indagar en los fundamentos últimos de dicho concepto, con la intención de comprender plenamente el fenómeno y poder ubicarse en el nuevo panorama político que empezaba a perfilarse en el horizonte.

¹⁴ Mudde y Rovira Kaltwasser, *Populismo: una breve introducción*, 56-59.

¹⁵ En este punto, nos referimos a los atentados del 11 de septiembre de 2001, a la crisis financiera de 2008 y a la llamada crisis migratoria de los años 2015 y 2016, aunque debe sumarse a esta lista la pandemia Covid-19 y la invasión rusa de parte del territorio ucraniano en febrero de 2022.

¹⁶ Isaiah Berlin, Richard Hofstadter, Donald MacRae, Leonard Schapiro, Hugh Seton-Watson, Alain Touraine, F. Venturi, Andrzej Walicki, and Peter Worsley. "To Define Populism." *Government and Opposition* 3, no. 2 (1968): 137-79. <http://www.jstor.org/stable/44481863>

¹⁷ Concepto utilizado por el historiador Eric Hobsbawm para hacer referencia al momento de gran expansión económica y mejora de la calidad de vida que se dio en la mayoría de las sociedades occidentales en las tres décadas posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial. Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, (Crítica, 2012), 260-289. Otros autores han utilizado conceptos diferentes para referirse a la misma circunstancia. Ben Ansell utiliza "la Gran Compresión" para representar la enorme disminución de la desigualdad en el mundo industrializado, aunque sitúa el origen del fenómeno en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial. Ben Ansell, *Por qué fracasa la política*. (Península, 2023), 129-130. Sahra Wagenknecht prefiere utilizar "la equilibrada sociedad de las clases medias" o "la doctrina de la medianía", conceptos que aplica a la situación socioeconómica de la República Federal Alemana entre las décadas de 1950 a 1970. Sahra Wagenknecht, *Los engreídos* (Lola Books, 2024), 67-68.

2.1.- La definición berlineana del populismo.

La búsqueda de Berlin de un concepto bien definido del fenómeno populista comienza negando la posibilidad del ideal. Para él, no se puede pretender encajar a martillazos la realidad dentro del molde de la idea preconcebida; es la idea la que debe erigirse sobre cimientos enterrados por completo en el plano de lo existente. Por este motivo, en su reflexión acerca de la esencia del populismo rechaza partir de un *populismo platónico*: una suerte de populismo puro del que manarían el resto de populismos realmente existentes, que solo serían manifestaciones imperfectas de un concepto ideal más allá de la realidad. Tampoco le parece apropiado rechazar la utilización del término por un afán de precisión semántica llevado hasta el extremo de encontrar exclusivamente diferencias y ninguna similitud entre sus diferentes expresiones prácticas. Por tanto, ante esta situación, la única alternativa viable es tratar de encontrar lugares comunes: características, atributos, discursos, propuestas, planes o políticas presentes en todos los movimientos y partidos catalogados como populistas. De esta manera, según Isaiah Berlin, los populismos estarían definidos por:

1º La existencia de una “sociedad coherentemente integrada” (lo que en español podríamos llamar pueblo y en alemán se ha llamado históricamente *Gemeinschaft* o *Volk*). Los fundamentos de esta unión serían la existencia de unos lazos pretéritos comunes y el deseo de cierta igualdad¹⁸ entre los miembros de la comunidad.

2º Su naturaleza apolítica. Berlin considera que los populismos no están interesados en las instituciones políticas ni en el Estado, siendo este último, en todo caso, un instrumento cuya utilización favorece la consecución final de unos objetivos políticos predefinidos.

3º La existencia de una situación de degeneración moral que debe ser revertida. Los populismos representarían la respuesta a una presunta “caída espiritual” que habría ocultado las virtudes de los hombres y mujeres de la sociedad como consecuencia de la modificación de su naturaleza.

4º La referencia permanente a un pasado glorioso ya marchito que es preciso rescatar. De esta forma, los populismos creen que el

¹⁸ En este punto podría contraargumentarse que los populismos neoliberales encuentran su fundamento último en la libertad por encima de la igualdad, y que, por tanto, se yerra ya en el primer atributo del concepto. No obstante, el deseo de interferencia mínima del Estado y de una ampliación de la libertad personal defendida por el neoliberalismo se promueve para todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Después de la Ilustración, cualquier reivindicación de carácter político, social o económico se extiende a la totalidad de la sociedad, que se entiende preexistente. Es decir, el deseo de expansión de la esfera de libertad individual es posterior y compatible con la existencia de una comunidad en el que se promueve la igualdad en derechos y libertades entre todos los componentes de la misma. Sobre el concepto de igualdad en el pensamiento ilustrado: Immanuel Kant, *La paz perpetua*, 2ª ed. (Alianza Editorial, 2016), 84-85.

mayor grado de perfección de sus respectivos pueblos se encuentra en el pasado, no en el futuro; resultando así necesaria la reproducción de los valores pretéritos en el presente para superar la etapa de “caída espiritual” anteriormente referida¹⁹.

5º La formación del pueblo a través de los desposeídos, de los que han sido marginados política, económica o socialmente; de aquellos que han sido «dejados atrás», en definitiva. Además, esta parte de la comunidad coherentemente integrada sería la mayoritaria, ya que no puede existir ningún populismo que no tenga la pretensión de ser mayoritario respecto al resto de movimientos o partidos existentes en la misma comunidad. Así, tanto la condición de damnificado o perjudicado como la vocación mayoritaria serían dos atributos imprescindibles para entender el concepto de “pueblo” propuesto por los populismos.

6º La presencia de una élite corrupta que conspira contra los intereses legítimos del pueblo. Más allá de las características concretas que se le imputen²⁰, la élite es siempre la responsable del daño infligido al resto del pueblo, posible gracias a su poder político o económico.

7º Su aparición en contextos históricos próximos a la modernidad. Berlin pensaba que los populismos solo pueden tener relevancia en sociedades que comienzan a otear los peligros derivados de la modernización que, al introducir cierto nivel de incertidumbre, generan el contexto perfecto para su aparición. Las sociedades estables con unas tasas considerables de certidumbre y confianza pueden reproducirse *ad infinitum* sin grandes sobresaltos políticos o sociales. Únicamente la introducción de grandes cambios puede motivar la percepción de degeneración moral, marginalización social, abandono político o derrota económica necesaria para decantar la sociedad en «pueblo» y «élite».

8º Una visión voluntarista y profundamente anti determinista de la historia. Todos los populismos, a juicio de Berlin, sostienen la posibilidad de transformar o modificar el curso de los acontecimientos a través de la acción política. El desarrollo lineal, causal e inevitable de la historia no se puede incluir dentro del paradigma populista, que eleva al pueblo a la categoría de agente histórico capaz de influir, tanto positiva como negativamente, en el avance o retroceso de su comunidad.

Así pues, en un momento en el que el populismo era un fenómeno que se dirigía más hacia el pasado que hacia el presente o

¹⁹ Los lemas MAGA (*Make America Great Again*) y, más recientemente, MEGA (*Make Europe Great Again*), podrían ser los representantes por antonomasia de este atributo de los populismos. La mirada se dirige hacia un pasado glorioso cuyas condiciones deben emularse en el presente.

²⁰ La élite, siempre minoritaria, puede ser económica (personas o familias multimillonarias), política (la casta), racial (los judíos) ... El contenido concreto resulta irrelevante, la importancia que adquiere la élite dentro del paradigma populista reside en su propia existencia.

el futuro, Isaiah Berlin supo seleccionar con cierta clarividencia muchos de los atributos definitorios de los partidos populistas del siglo XXI. En realidad, aunque con diferencias significativas, la aproximación de Berlin se encuentra bastante cerca de varias definiciones propuestas de la última década, encaminadas a fijar un marco conceptual en el que encajar todas las variedades espacio-temporales del fenómeno populista²¹. No obstante, para profundizar más en el populismo desde la perspectiva de Berlin, es preciso tener en cuenta una característica más sobre la que el autor habló y escribió mucho a lo largo de su carrera académica: el nacionalismo.

2.2.- La relación con el nacionalismo

«Semeja una ley sociológica trágica, pero inevitable, que dondequiera que una generación vierte lágrimas de humillación es probable el derramamiento de sangre, si no en la siguiente generación, en la posterior a esta: la degradación de los abuelos conduce a la revuelta iracunda de los nietos»²²

Sin llegar a considerarlo —con acierto— un atributo imprescindible de los movimientos y partidos políticos a la hora de calificarlos como populistas, el nacionalismo siempre ha guardado, a juicio de Berlin, una relación de cercanía con este fenómeno. Sin embargo, el nacionalismo es considerado en su obra como una ideología cerrada con un contenido propio, mientras que el populismo, a pesar de poder localizar puntos en común entre todas sus manifestaciones, se presenta de una forma más difusa y menos explícita.

En el pensamiento de Berlin, el nacionalismo viene definido por el convencimiento de que todo ser humano pertenece a un grupo social particular que se distingue de otros grupos por poseer un territorio, una lengua, unas costumbres, unas creencias y una expresión artística propia. La existencia de este grupo se entiende de forma orgánica, por lo que cada uno de los miembros no sería más que una parte de un todo superior. Los planes vitales de los individuos que conforman la sociedad deben estar, en última instancia, al servicio de los objetivos comunitarios y, por tanto, la nación se convierte en la unidad humana por excelencia. Para acabar, es preciso añadir a estas características que la nación y todas las tradiciones, instituciones sociales y formas de vida que de ella se derivan tienen valor por el hecho de ser las nuestras, por ser la única vía a través de la cual podemos realizarnos de una forma plena. Solo aceptando y sumergiéndonos en nuestra

²¹ La aproximación ideacional es la que más similitudes comparte con la definición berlineana de populismo, sin llegar a ser plenamente compatibles. Mudde y Rovira Kaltwasser, *Populismo: una breve introducción*, 32-53.

²² Isaiah Berlin, "Apuntes sobre el nacionalismo". En *Sobre el nacionalismo*, (Página Indómita, 2019), 24.

identidad colectiva podremos desarrollar todas nuestras facultades y virtudes individuales²³.

En este sentido, la relación entre nacionalismo y populismo se ubica, sobre todo, en tener un origen común²⁴: el rechazo abierto al universalismo ilustrado y el cosmopolitismo liberal que pasan por encima de las «sociedades coherentemente integradas», valiosas en sí mismas por ser cada una de ellas una manifestación del «universal concreto» que es la humanidad. Desde una perspectiva histórica, Berlin considera que ambos fenómenos políticos han tenido una evolución dispar: mientras el nacionalismo se fue gestando en las cabezas de diferentes pensadores y filósofos —particularmente alemanes²⁵— desde el siglo XVIII, el populismo tuvo su punto álgido a finales del siglo XIX para, posteriormente, ir desapareciendo del panorama político de forma gradual.

Finalmente, aunque Berlin no pudo ser testigo de este fenómeno, ambas ideologías acabarían condensándose en el siglo XXI a través de la formación de movimientos y partidos que han aunado las reivindicaciones del nacionalismo y del populismo en síntesis ideológicas más o menos coherentes.

2.3.- El populismo hoy

Más de medio siglo ha pasado desde que Berlin expusiera su definición del populismo. Desde entonces hasta hoy, han sido muchos los autores que, para descifrar el contexto político, social y económico en el que se encontraban inmersos, han dedicado sus trabajos y esfuerzos a ofrecer una definición o una teoría del fenómeno populista. Sin embargo, si algo caracteriza a los estudios de populismo aún en nuestros días es la ausencia de consenso que demuestran en torno a un significado definitivo del concepto²⁶.

Berlin hace una evaluación del populismo en un momento en el que los referentes históricos así calificados son limitados. Para él y sus

²³ Isaiah Berlin, "El nacionalismo: su infravaloración en el pasado y su poder presente". En *Sobre el nacionalismo*, 92-97.

²⁴ Isaiah Berlin, "La apoteosis de la voluntad romántica". En *La contra-Ilustración y la voluntad romántica*, (Página Indómita, 2024), 126.

²⁵ Suele señalarse a Johann Gottfried Herder (1744-1803) como el más relevante de los primeros ideólogos del nacionalismo. También lo considera así Berlin, que ubica como sucesores de su pensamiento a Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), G. W. F. Hegel (1770-1831) y Frederick Schelling (1775-1854). Sin embargo, Berlin se retrotrae todavía más en el tiempo a la hora de ubicar la primera semilla del nacionalismo, que él considera encontrar en Immanuel Kant (1724-1804). Isaiah Berlin, "Kant como un origen desconocido del nacionalismo" en *El sentido de la realidad*, (Taurus, 2017), 331-354.

²⁶ Como señala Unai Ahedo, «parece que el único consenso que parece existir en la academia es el de subrayar la indefinición, imprecisión y ambivalencia que rodean al término». Unai Ahedo, "Populismo, un concepto y una palabra controvertida", *Revista de investigaciones políticas y sociológicas* 22(1) (2023): 1-14.

colegas de la academia, los casos ruso y estadounidense de finales del siglo XIX son los ejemplos prototípicos de lo que es el populismo, y en torno a ellos construye su particular aproximación a este fenómeno político. Como consecuencia de esta escasa extensión denotativa, la propuesta de Berlin puede incluir una cantidad mayor de atributos connotativos²⁷; de forma que, como se ha visto, a juicio del autor el populismo estaría caracterizado por ocho atributos fundamentales. Sin embargo, a medida que los ejemplos históricos de discursos, partidos y regímenes populistas se ha ido ampliando, los atributos definitorios se han ido reduciendo gradualmente. En la actualidad prima la propuesta de definiciones mínimas de populismo, con la intención de que sean lo suficientemente amplias y flexibles como para abarcar la gran variedad en la que se han expresado las diferentes propuestas populistas.

Para analizar esta circunstancia, es conveniente hacer un breve repaso de las principales y más recientes aproximaciones al populismo, entre las que cabe citar de forma destacada: la aproximación discursiva, la aproximación ideacional y la aproximación «democracia límite»²⁸; siguiendo un orden descendente desde la más abstracta a la más concreta.

La primera de ellas únicamente considera los conceptos de «pueblo» y «élite». En ella, el populismo se presenta como una lógica política en la que el pueblo, mediante una cadena de equivalencias, se construye *ex adverso* contra un sistema que ha dejado de satisfacer las demandas populares. En última instancia, el populismo representa la política misma²⁹. La segunda, además de las dos nociones ya citadas, incluye como atributo necesario la «voluntad general». Así, el populismo queda definido como una «ideología delgada» que hace una distinción moral entre el pueblo y la élite de una sociedad, de forma que intenta ser la expresión de la voluntad general del primero³⁰. Finalmente, el populismo como democracia límite es una teoría que se centra en señalar las simplificaciones de los principios democráticos que lleva a cabo el populismo con la intención de volver a la democracia contra si misma. Se registran hasta seis atributos esenciales: la

²⁷ La connotación y la denotación guardan una relación inversamente proporcional. Cuantos más atributos se incluyan en el significado de un concepto, más reducidos serán los referentes denotados. A la inversa, cuantos más referentes queden denotados por el significado de un concepto, menor será el número de atributos característicos. Giovanni Sartori, *La política, lógica y método en las ciencias sociales*, (Fondo de Cultura Económica, 2002).

²⁸ Merecen también una mención la aproximación al populismo como estilo político y como estrategia política, ambas desarrolladas por varios autores de renombre dentro de los estudios sobre populismo. Respectivamente, Benjamín Moffit y Simon Tormey, "Rethinking Populism: Politics, Mediatisation and Political Style", *Political Studies* 60(2) (2014): 381-97 y Kurt Weyland, "Clarifying a contested concept: Populism in the study of Latin American Politics", *Comparative Politics* 34(1) (2001): 1-22.

²⁹ Ernesto Laclau, *On populist reason*. (Verso, 2005).

³⁰ Mudde y Rovira Kaltwasser, *Populismo: una breve introducción*.

centralidad del pueblo, la propuesta de una democracia más directa, la representación a través de un líder, la introducción del proteccionismo a nivel económico, la utilización política de las emociones, y un marcado «antisistemismo»³¹.

En definitiva, como afirma Benjamin Moffit, existe un gran grado de acuerdo entre los especialistas en la constatación de que «el fenómeno tiene como eje la división fundamental entre “pueblo” y “élite”»³², pero no hay consenso más allá de estas nociones esenciales. En este sentido, dependiendo del grado de abstracción que se utilice para construir la teoría, el populismo varía entre dos y seis atributos fundamentales, que vendrían a constituir su «mínimo común denominador»³³. Y es precisamente aquí donde reside la diferencia fundamental con la definición propuesta por Berlin. Con el paso de las décadas, el populismo se ha ido expresando de formas más variadas y flexibles, de manera que el modo de abordarlo ha ido mutando gradualmente hacia la propuesta de definiciones con un contenido connotativo más reducido. Berlin supo captar a la perfección las características básicas de los populismos que estudió, pero su propuesta resulta demasiado estrecha para la amplitud de formas en la que se han organizado los populismos desde entonces hasta hoy. Aunque vigorosamente válida en muchos de sus puntos, la definición berlineana debe matizarse con las tesis introducidas por las aproximaciones más recientes. Por tanto, aunque de forma provisional, podría definirse el populismo como *es una ideología, marco discursivo, estilo o estrategia política; que concibe sus planes, programas y políticas como herramientas para favorecer o hacer triunfar al «pueblo» y perjudicar o derrotar a la «élite»*.

3.- LIBERTADES Y POPULISMOS

Como se ha esbozado en la introducción de este trabajo, la teoría del pluralismo de los valores de Isaiah Berlin afirma la existencia de unos valores humanos finitos y objetivos, sin orden jerárquico entre ellos, cuya variedad se concreta en la selección y priorización realizada por los distintos individuos y colectividades humanas. De esta manera, se hace imposible la existencia de una solución final en el plano moral, ya que los diferentes valores existentes se excluyen entre ellos en su total realización³⁴. Una sociedad extremadamente igualitaria tendrá que sacrificar el reconocimiento de ciertas libertades políticas o económicas para alcanzar sus objetivos igualitarios. De la misma manera, comunidades con un amplio reconocimiento de derechos y

³¹ Rosanvallon, *El siglo del populismo* y Nadia Urbinati, *Yo, el pueblo*. (Grano de Sal, 2020).

³² Benjamin Moffit, *Populismo*, (Siglo Veintiuno, 2022), 27.

³³ Matthijs Rooduijn, “The Nucleus of Populism: In Search of the Lowest Common Denominator”, *Government and Opposition* 49(4) (2014): 573-599.

³⁴ Isaiah Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, (Página Indómita, 2022), 65-68.

libertades individuales tendrán que asumir la existencia de ostensibles desigualdades entre sus miembros. Así pues, la teoría moral de Berlin evita tanto el monismo³⁵ —no existe un conjunto de valores humanos perfecto, ya que son excluyentes entre sí y su combinación dependerá de la época y el lugar en el que se ponga el foco de atención— como el relativismo³⁶ —los valores humanos son finitos y objetivos, no dependen de construcciones subjetivas—.

Sin embargo, en el pensamiento y obra de Berlin hay un valor humano que se encuentra por encima de todos los demás: la libertad. A este concepto le dedica una de sus obras más conocidas que, todavía en nuestros días, sigue siendo de gran importancia a la luz de los nuevos acontecimientos políticos, económicos y sociales. La lectura de *Dos conceptos de libertad* desde la óptica del siglo XXI continúa siendo útil para ubicarse en el marco político-conceptual presente. Veámoslo.

3.1.- Libertad positiva

¿Libertad, para qué? Esta sería la pregunta que uno debe formularse para empezar a comprender la esencia de la libertad en sentido positivo. Se trata de una libertad que reivindica la voluntad individual, el ansia de determinarse a uno mismo más allá de dictados externos. A través de su sentido positivo, se reivindica una libertad total sobre las decisiones que atañen al modo de vida y a las decisiones de cada individuo, libre de la intermediación de fuerzas ajenas al mismo. Hasta aquí, podría parecer que se trata de una formulación puramente formal, que bien podría corresponderse con la que daría toda persona a la que se le preguntase sobre una definición de libertad. No obstante —apunta Berlin—, para poder tener el control total sobre el modo de vida y las decisiones propias, el individuo debe desprenderse de todo sesgo, pasión o emoción que vicia su juicio e intercede en el despliegue de su proyecto vital. Así pues, el individuo se encuentra escindido en dos esferas: la primera, la de su yo racional y elevado; la segunda, la de su yo irracional sometido a sus pasiones y a la satisfacción de placeres instantáneos³⁷.

La libertad en sentido positivo acaba de adquirir todo su sentido cuando ese yo superior —la esfera virtuosa del individuo— se identifica con una comunidad concreta, ya sea su nación, una Iglesia, el Estado o cualquier otra colectividad superior al propio individuo. El sujeto sobre el que recae la libertad acaba identificándose con la comunidad, de forma que el individuo solo puede alcanzar su plena realización a través de la libertad colectiva. Es este el sentido de libertad que más ha influido históricamente, por el que más batallas se han librado, por el que más vidas humanas se han sacrificado y, también, es el sentido

³⁵ George Crowder, "Populism: A Berlinean Critique", *Society* 60 (2023): 708-721, <https://doi.org/10.1007/s12115-023-00878-1>.

³⁶ Berlin, "Mi trayectoria intelectual", en *El poder de las ideas*, 57-58.

³⁷ Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, 30-34.

de libertad en el que se han inspirado algunos de los fenómenos políticos más siniestros. En última instancia, las filosofías que adoptan esta forma de comprender la libertad creen en la existencia de un yo verdadero y superior cuya emancipación futura autoriza la compulsión y la coacción de los individuos que obren de forma desviada o falsa³⁸.

El concepto positivo de libertad es el que se encuentra detrás de todos los movimientos populistas que, como ya hemos visto, construyen su *corpus* ideológico sobre la idea de «pueblo», entendido como colectividad que necesita atravesar un proceso de superación o perfeccionamiento³⁹. Por tanto, también dentro del paradigma populista se asume que sólo a través de la conquista de la libertad colectiva se puede aspirar a la libertad individual. En definitiva, se trata de una libertad en sentido político que fija el centro de atención en quién detenta el poder, más allá del contenido de los derechos y libertades reconocidos a los miembros de la comunidad.

3.2.- Libertad negativa

¿Libertad, frente a qué? Es la pregunta que se formulan los defensores de la libertad en sentido negativo. Desde esta perspectiva, el colectivo pierde relevancia en detrimento del individuo, que se erige como sujeto principal en el debate. La libertad se entiende como ausencia de coacción externa caracterizada por su origen humano. La imposibilidad de correr cien metros en dos segundos o de emprender el vuelo agitando rápidamente los brazos suponen unas limitaciones al libre desarrollo del proyecto vital muy diferentes de las que se desarrollan en un contexto social en el que un ser humano puede ser propiedad de otro. En el primer caso nos encontramos ante unas barreras de carácter biológico, en el segundo ante unas de carácter político⁴⁰.

Por tanto, lo que proponen los defensores de la libertad negativa es la existencia de un área individual de no interferencia en la que los seres humanos puedan desplegar sus planes vitales sin la tutela ni la coacción de agentes externos. Para Berlin, este es el concepto de libertad utilizado por los autores británicos clásicos, desde John Locke hasta John Stuart Mill. El debate se reduciría entonces a dirimir cuáles deben ser los límites de esa área de no interferencia, trazando la frontera entre el interior en el que se es libre para tomar las decisiones que se consideren más apropiadas, y el exterior en el que la compulsión, en mayor o menor medida, está justificada. Aunque puede parecer una tarea relativamente sencilla, la controversia sobre la

³⁸ Ibid., 76.

³⁹ El concepto de pueblo es, para Crowder, el sustituto actual de la "Voluntad General" de Rousseau y del «Volk» de Fichte. Crowder, "Populism: A Berlinean Critique": 714.

⁴⁰ "La imposibilidad de obtener lo que deseas no siempre puede describirse como falta de libertad; careces de libertad solo si otros seres humanos te impiden alcanzar tu objetivo". Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, 23.

fijación de esa frontera se ha prolongado hasta nuestros días sin llegar a conclusiones fijas e inmutables. Su estrechez se ha asociado a la muerte de la voluntad individual y su amplitud se ha identificado con el libertinaje, que puede generar resultados negativos para el individuo. En cualquier caso, se trata de una perspectiva que otorga menos importancia a quién ejerce la autoridad que a la cantidad de poder que se debe delegar en instancias externas. Poco importa la forma en la que se orqueste el poder político —monarquía, república fundamentalista o democracia⁴¹—, lo que verdaderamente resulta relevante es la amplitud del área de no interferencia.

Como indica acertadamente Berlin en su exposición sobre el populismo, la libertad entendida en sentido negativo no se encuentra dentro de las características definitorias del fenómeno, por lo que la división entre los distintos movimientos y partidos populistas está garantizada. En este sentido, populismos de inspiración más globalista —independientemente de su posicionamiento en el eje tradicional sustanciado en las nociones de derecha e izquierda— conceden una importancia mayor a la libertad en sentido negativo. Por su parte, los populismos con un arraigo más identitario tienen un concepto de la libertad más cercano al sentido positivo, pudiendo derivar, como se ha comprobado en algunos países de la Unión Europea, en la conformación de «democracias iliberales» o «autocracias electorales»⁴².

3.3.- La gran perversión

Oculto entre la enorme variedad de conceptos e ideas que se presentan a lo largo de la obra de Isaiah Berlin se encuentra una de las expresiones que, por azar o falta de atención, más desapercibidas han pasado para sus estudiosos. Me refiero a *la gran perversión*. Berlin utiliza esta expresión en uno de sus últimos textos⁴³ para referirse a los excesos y desastres políticos derivados de una interpretación estricta de la libertad en sentido positivo. Para él, la identificación del

⁴¹ Coincidiendo con John Stuart Mill, Berlin sugiere que, pese a que puede erigirse como una mejor garantía de derechos y libertades civiles, la democracia entendida como gobierno de la mayoría puede conducir a situaciones de verdadera tiranía mayoritaria, capaz de «aplastar a los individuos tanto como cualquier gobierno previo». Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, 60.

⁴² Las democracias iliberales se caracterizan por compatibilizar la elección del gobierno a través de elecciones competitivas, libres y justas; con la erosión de algunos de los principios del liberalismo (la separación de poderes, el estado de derecho o la protección de ciertos derechos y libertades básicos). Fareed Zakaria, "The rise of illiberal democracy", *Foreign Affairs*, 76 (1997): 22-43. En el contexto de la Unión Europea, el caso más representativo es el de la Hungría de Viktor Orban, que se ha apropiado el concepto para definir su proyecto político. Mounk, *El gran experimento*, 104.

⁴³ «Esta es la gran perversión a la que se ha visto expuesta la noción positiva de la libertad: lo que la tiranía pretende ... es liberar a ese yo aprisionado y verdadero que hay en el interior de los hombres, para que pueda alcanzar el nivel de aquellos que dan las órdenes». Berlin, "Mi trayectoria intelectual", en *El poder de las ideas*, 67.

«yo superior» con la nación y la afirmación de que en el plano moral solo existe una opción verdadera e infinitas falsas, ha dado lugar a las mayores aberraciones políticas, que han sacrificado millones de vidas humanas en el altar de los grandes relatos y las causas justas. De la más que legítima pregunta acerca de quién debe ser la autoridad, se va derivando con el paso de los siglos hacia posiciones cada vez más excluyentes, más identitarias y menos tolerantes. La fina línea que separa la preocupación por las libertades políticas y la maximización de todas las virtudes colectivas de ciertas posiciones abiertamente agresivas contra aquello que es distinto a «nosotros» es muchas veces difusa. Ahí es donde reside, a juicio de Berlín, *la gran perversión* de la libertad positiva. Así, el individuo queda diluido por completo en su comunidad de referencia, quedando exento de definir un curso de acción propio y de aceptar las consecuencias derivadas de las elecciones efectuadas. En este sentido, la gran perversión de la libertad positiva equivale a la «gran simplificación»: una vida libre de la duda, sustanciada en la absolución de la irritante y angustiosa necesidad de tomar decisiones y asumir responsabilidades⁴⁴.

No obstante, podríamos tratar de extender la expresión e incluir un análisis de la libertad en sentido negativo desde esta óptica. Al fin y al cabo, desde mayo del 68 hasta el año clave de 1989, pasando por los gobiernos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, se producen una serie de cambios económicos, políticos y sociales que podrían definirse como el triunfo de la libertad negativa sobre la positiva⁴⁵. Ante este paradigma, es necesario intentar averiguar si se puede hablar en nuestros días de *la gran perversión* de la libertad negativa.

Como se ha comentado, la libertad en sentido negativo se preocupa por la creación de un área de no interferencia en la que no puedan penetrar de ninguna manera poderes externos al propio individuo. La coacción humana no puede tener cabida en ciertos aspectos de la vida, que quedan bajo la soberanía de cada persona. Sin embargo, la fijación del límite continúa siendo una cuestión no resuelta.

Algunos consideran que con el respeto irrestricto de los derechos y libertades que figuran en la Carta Internacional de Derechos Humanos se lograría alcanzar una estabilidad en la que fueran protegidos tanto los intereses individuales como los colectivos. Otros, no agotan sus reivindicaciones en este punto y dirigen su crítica hacia la tradición, las costumbres, los modos de vida históricos y las organizaciones políticas heredadas. Consideran estas instancias como

⁴⁴ Zygmunt Bauman, *Miedo líquido*. (Paidós, 2010), 190.

⁴⁵ Algunos autores sugieren que estos cambios socio-económicos desembocan en la compatibilidad entre los idearios de la derecha neoliberal y la izquierda progresista, cuyos planes y programas priorizan la emancipación o realización individual por encima de la colectiva. Wagenknecht, *Los engraidos*, 103-110 y Diego Fusaro, *Defender lo que somos: las razones de nuestra identidad*, (El Viejo Topo, 2024), 88-92.

límites al libre despliegue del proyecto vital individual y, por tanto, deben estar destinadas a desaparecer en aras de la ampliación del área de no interferencia. Se subvierten las jerarquías establecidas en la modernidad. Ahora, los derechos están por encima de las obligaciones y las reivindicaciones tienen más prioridad que la obediencia⁴⁶. La familia, la nación y la clase se presentan como instituciones históricas sospechosas, al imponer deberes históricamente configurados respecto a los que el individuo no ha prestado su consentimiento. La tradición, lejos de merecer una «fidelidad creativa»⁴⁷, es reprobada en su totalidad, sin excepciones. El triunfo de la libertad negativa consigue la «emancipación» del individuo respecto a las redes de estabilidad y seguridad social que proporcionaban las comunidades humanas de mayor raigambre histórica —desde la familia a la clase, pasando por la nación—.

Como afirma Zygmunt Bauman, «la libertad sin seguridad no es una sensación menos terrible y desalentadora que la seguridad sin libertad»⁴⁸. En el contexto histórico en el que desarrolló Berlin sus principales ideas, las consecuencias de los experimentos totalitarios de mitad del siglo XX todavía seguían muy vivos en la memoria de muchos pensadores políticos. Asimismo, el bloque soviético continuaba intentando ofrecer una alternativa «popular» —en la que la comunidad primaba por encima del individuo— al modelo democrático-liberal tan extendido en Europa Occidental y América del Norte. Así, se comprende que el pensador británico reparara en la enorme relevancia de las dolorosas consecuencias que se derivan al pervertir los principios esenciales de la libertad positiva. Sin embargo, a la luz de la nueva configuración de las relaciones sociales, políticas y económicas provocadas por la globalización, se hace más necesario que nunca señalar las deficiencias originadas a raíz del proceso de personalización y atomización social en curso. Si bien es cierto que todas las sociedades que prioricen la organización de conjunto por encima del individuo pueden derivar eventualmente en sistemas de crueldad —debido, en esencia, a que dicha preponderancia impide una correcta valorización de la vida y el sufrimiento individuales—⁴⁹; también lo es que el triunfo definitivo de la libertad negativa empuja al individuo a una vida carente

⁴⁶ "Se sabe que, a los ojos de la moral ideal, el yo no tiene derechos, sólo deberes: la cultura posmoralista trabaja manifiestamente en sentido contrario, incrementa la legitimidad de los derechos subjetivos y mina correlativamente la del deber hiperbólico de la devoción". Gilles Lipovetsky, *El crepúsculo del deber*, (Editorial Anagrama, 2005), 131.

⁴⁷ Término acuñado por Augusto del Noce para denotar la actitud que, a su juicio, debe adoptarse frente a la tradición. Fusaro rescata el término para afirmar sobre la tradición que "es de vital importancia salvarla de sus embalsamadores acríticos, entenderla y practicarla como un desarrollo de la identidad, como una reinterpretación y reinención constante". Fusaro, *Defender lo que somos: las razones de nuestra identidad*, 41.

⁴⁸ Bauman, *Miedo líquido*, 223.

⁴⁹ Gilles Lipovetsky, *La era del vacío*, (Anagrama, 2003), 224.

de finalidad y sentido, sin ningún apoyo trascendente, en un contexto de incertidumbre generalizada provocada por la falta de referencias e identidades marcadas y definidas⁵⁰.

No es el objetivo de este artículo negar el potencial emancipador que tiene la libertad en sentido negativo. Sí que lo es señalar las perversiones en las que se puede incurrir cuando se considera únicamente uno de los dos conceptos de libertad, descartando el otro al completo. En realidad, señalar las deficiencias de la libertad negativa llevada hasta sus últimas consecuencias no hace sino reafirmar la originalidad de la tesis de Berlin, que sigue siendo válida y útil para interpretar la realidad en nuestros días. Conviene no olvidar las consecuencias de la perversión de la libertad positiva, sin que ello implique omitir el necesario análisis sobre la perversión de la libertad negativa.

4.- EL ERIZO Y EL ZORRO

*"Muchas cosas sabe el zorro, pero el erizo sabe una sola y grande"*⁵¹

Con este breve fragmento del poeta Arquíloco comienza una de las obras más importantes de Isaiah Berlin, al cual debe también su nombre: *El erizo y el zorro*. En ella se analiza la filosofía de la historia de León Tolstói, con especial atención a la que se encuentra diseminada a lo largo de *Guerra y Paz*. Pese a que en este apartado nos interese más el contenido con el que Berlin dota los conceptos de «erizo» y de «zorro» y las diferencias que entre estas categorías establece, no podemos dejar de hacer una breve referencia a las doctrinas históricas del gran novelista ruso.

El interés de Tolstói por la historia nace de un deseo por conocer las causas primeras que explican la realidad y dejan al descubierto la naturaleza de los problemas a los que se debe hacer frente. Como indica Berlin, esto le llevó a adoptar un «amor incurable por lo concreto»⁵², que se traduciría en un rechazo hacia el universalismo y a la confianza incondicional en la razón. A su juicio, era imposible que una sola teoría pudiese abarcar la ingente cantidad de condicionantes, de sucesiones en la cadena de causa y efecto que conforman y determinan la realidad. La historia como disciplina se mostraba impotente a la hora de dar una explicación sobre las causas últimas de la realidad; únicamente puede proporcionar datos, un cúmulo más o menos extenso de informaciones que, en su intento de ser cada vez más exhaustivo, se va alejando progresivamente de lo concreto hacia lo abstracto. En definitiva, la esencia de la historia, allí donde se

⁵⁰ Lipovetsky, *La era del vacío*, 74.

⁵¹ Isaiah Berlin, *El erizo y el zorro*, (Ediciones Península, 2016), 37.

⁵² Berlin, *El erizo y el zorro*, 51.

presentan las causas de lo real al desnudo, se encuentra en las profundidades del cuerpo social —en la configuración espiritual de los individuos y colectivos— no en la formulación y acumulación de eventos de carácter político o público que no sería más que la «superficie» a la que cualquiera puede acceder⁵³.

De esta forma, la teoría histórica de Tolstói llega de manera simultánea a dos tesis irreconciliables. De un lado, la importancia que deposita en las acciones, comportamientos y modos de vida cotidianos de los hombres y mujeres concretos derivados de «los sentimientos de responsabilidad y los valores de la vida privada», posibles a través del ejercicio del libre albedrío. De otro, la existencia de una cantidad inconmensurable de causas infinitamente pequeñas que determinan el curso histórico sin dar cabida a la posibilidad de transformación o desviación del mismo por parte de hombres y mujeres lo suficientemente inteligentes. En esto consiste la naturaleza «dual» de los individuos⁵⁴ que Tolstói consiguió presentar con toda su crudeza, que constituyó un conflicto interno que arrastró toda su vida, y que tan útil le resultó a Berlin para formular su famosa dicotomía entre el erizo y el zorro. En nuestro caso, también resulta apropiada para realizar una aproximación al panorama político actual.

4.1.- El demócrata liberal como zorro

En la obra de Berlin, el zorro representa a aquellos individuos cuyo pensamiento y reflexión se dirigen hacia multitud de disciplinas de forma más o menos dispersa y no sistemática. Poseen una gran variedad de aspiraciones y objetivos sin relación aparente, en virtud de los cuales organizan sus vidas y van conformando sus ideas. No se pliegan a un principio unificador de la realidad ni de la existencia. Valoran la multiplicidad por encima de la unidad, y acostumbran a configurar sus marcos conceptuales bebiendo de diferentes fuentes — en ocasiones, incluso antitéticas—. No tienen la intención de que sus

⁵³ La razón y la voluntad humanas solo pueden acceder a la superficie del conocimiento: “el ámbito de los datos perceptibles, susceptibles de descripción y análisis”. Sin embargo, la capacidad epistémica del ser humano se detiene ante las profundidades de los rasgos generales de la vida y la experiencia. Berlin, *El erizo y el zorro*, 116-117. Berlin adopta una nomenclatura diferente en otro texto, identificando la superficie con el “plano superior” y las profundidades con el “plano inferior”. El autor llama “sentido de la realidad” a la capacidad de ciertos individuos, dotados de una particular sensibilidad en los asuntos humanos, para hallar las conexiones existentes entre ambos planos de la realidad. Berlin, *El sentido de la realidad*, 68-71. La idea de que el conocimiento científico no puede abarcar toda la realidad, teniendo que ceder ante líderes dotados de una especial habilidad para interpretar y actuar en determinados contextos políticos, está presente en numerosos movimientos populistas de nuestro tiempo. Crowder, “Populism: A Berlinean Critique”, *Society*, 711-712.

⁵⁴ Dual porque, como se ha explicado, el individuo es simultáneamente “un átomo que vive su vida consciente por sí mismo y un agente inconsciente al servicio de una tendencia histórica”. Berlin, *El erizo y el zorro*, 76.

conclusiones u opiniones encajen en el marco concreto de una visión particular de la realidad.

En este sentido, dadas las características descritas, el demócrata liberal podría identificarse con la figura del zorro. El demócrata, entre otras muchas cosas, se caracteriza por no descartar ninguna posibilidad en el plano político. Una vez definidos los márgenes de la comunidad, todo es debatible en su seno, nada puede excluirse del diálogo, nada hay seguro más que los resultados o conclusiones obtenidos a través del ejercicio de la razón dialógica. Esta ausencia de referencias verdaderas en sí mismas, esta carencia de una doctrina fija e inmutable propia del demócrata encaja de lleno con la figura del zorro, caracterizado por su búsqueda difusa de la verdad que sólo se configura como tal a través de lo múltiple⁵⁵. El liberal, por su parte, como consecuencia de su defensa del área individual de no interferencia, se erige como un adalid del pluralismo de ideas, de valores y de formas de vida. Reivindica el principio de tolerancia de lo «no idéntico», que no niega la existencia individual, sino que enriquece la convivencia en la comunidad. De nuevo, existe una concordancia entre las características propias del liberal y la imagen del zorro que se ha descrito. El zorro no se cierra al monismo de una única doctrina; al contrario, se abre a la posibilidad de alcanzar conclusiones veraces dispersas por la pluralidad de construcciones ideológicas, políticas o filosóficas a las que accede.

De esta forma, el demócrata liberal ideal queda plenamente identificado con la noción de zorro que Isaiah Berlin quiso transmitir en su obra: un individuo abierto a lo diferente para el cual el disenso no constituye una herejía, sino una ventana abierta al progreso.

4.2.- El populista como nuevo erizo

En el otro extremo de la dicotomía propuesta por Berlin se encuentra la figura del erizo. En ella —antítesis de la imagen del zorro— pueden incluirse aquellos individuos que asimilan un sistema de conceptos e ideas cerrado, más o menos coherente, en virtud del cual organizan su proyecto vital. Para ellos, existe una doctrina filosófica o política que dota de sentido su existencia y a través de la cual viven, piensan y sienten. El disenso respecto a los pilares fundamentales de dicha doctrina se concibe como un error, una mentira o una herejía. La inabarcable complejidad que presenta la realidad se mostraría desenmarañada gracias a este «principio organizador singular y universal»⁵⁶, y todos los problemas presentes y futuros quedarían

⁵⁵ En este punto, la democracia es entendida de forma procedimental o formal, sin contenido material propio, de forma similar a Schumpeter: “un sistema institucional para tomar decisiones políticas, en el que, a través de una lucha competitiva por el voto del pueblo, los individuos adquieren el poder de decidir”. J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia. Volumen II*, (Página Indómita, 2015), 68.

⁵⁶ Berlin, *El erizo y el zorro*, 37.

reducidos a simples cuestiones de administración de los medios. Tales son las creencias y características esenciales que definen al erizo.

En esta línea, el populista queda perfectamente identificado con la imagen del erizo que se acaba de exponer. El populista comienza, como se ha explicado, por dividir las comunidades en dos grupos: el pueblo mayoritario y la élite minoritaria. Si el pueblo consiguiese acceder al poder político, dismantelaría el poder de las élites que lo corrompen y podrían resolverse los problemas presentes y futuros. Este es el «principio organizador» de los populistas en virtud del cual todas las dificultades políticas, sociales y económicas que opone la realidad a los individuos y comunidades quedan diluidas con la toma del poder político del pueblo.

El autor no llevó a cabo esta distinción con ánimo normativo, sino descriptivo. Tanto el erizo como el zorro pueden ser sujeto de elogio o de reproche; son solo tipos de «personalidad intelectual y artística» rastreables en algunas de las grandes figuras del pensamiento humano. Berlin, por su parte, siempre quiso ser un zorro convencido —y en la mayoría de situaciones de su trayectoria lo fue—, pero también es cierto que, de un análisis exhaustivo de su vida y obra, pueden detectarse actitudes propias del más recalcitrante de los erizos⁵⁷.

Para concluir, resulta necesario señalar que las figuras del demócrata liberal y del populista se han presentado en un sentido puramente ideal, y que su correspondencia con las nociones berlineanas de zorro y erizo —respectivamente— ocurre de forma exclusiva en ese plano. Una mirada exhaustiva a la realidad bien podría insinuar un panorama distinto, en el que las equivalencias se desdibujan y los tipos ideales, una vez materializados, se presentan confusos y contradictorios.

5.- CONCLUSIONES

- *¿Qué puede significar la autodeterminación cultural en una época así?*
- *No se trataría de una cultura universal, sino de la muerte de la cultura. Celebro ser tan viejo.*⁵⁸

¿Por qué Isaiah Berlin celebraba ser tan viejo? ¿Qué nuevas circunstancias económicas, políticas y sociales vislumbraba que tanto le inquietaban? ¿Tal era su gravedad como para ironizar de esa forma?

⁵⁷ V. Ignatieff, *Isaiah Berlin: su vida*.

⁵⁸ Se trata de la última pregunta formulada por Nathan Gardels a Isaiah Berlin en una de las últimas entrevistas que concedió, en el año 1991. El periodista quería conocer la opinión del filósofo respecto del mundo cada vez más globalizado que empezaba a formarse, en el que «hoy, mediante la MTV, los jóvenes de Hong Kong, Moscú y Los Ángeles pueden sentir la misma emoción» ante cualquier manifestación cultural. Berlin, *Sobre el nacionalismo*, 145- 146.

Para responder apropiadamente a estas preguntas, quizá lo más conveniente sea llevar a cabo una breve recapitulación.

Como defensor de la pluralidad de los valores, Berlin pensaba que los objetivos humanos son múltiples y que no existen fórmulas perfectas y universalizables a todos los individuos y comunidades humanas. Sin embargo, los éxitos cosechados por líderes, movimientos y partidos populistas en cada vez más países, parecen poner en peligro el desarrollo y consolidación del pluralismo en esas mismas naciones. Pese a la complejidad y oscuridad que se suele predicar sobre el concepto, cabe hacer dos afirmaciones aparentemente seguras sobre el populismo. 1) es la ideología ascendente del siglo XXI⁵⁹ y 2) se encuentra frontalmente enfrentada al pluralismo⁶⁰. Como consecuencia, Berlin hubiera sido un convencido enemigo de los populismos actuales, condenándolos por un monismo moral injustificado.

Como liberal convencido, fue enemigo durante toda su vida de los dogmatismos y las ortodoxias. Rechazó todo intento histórico de resolver los problemas de la humanidad de un plumazo, con recetas ideológicas o filosóficas infalibles. Las mismas que requerían el sacrificio de vidas humanas en nombre de la doctrina y el abandono de la libertad por el deber. El desafío a los principios más elementales del liberalismo, lanzado por los populismos a través de la construcción de una voluntad general con poder ilimitado, le hubiese parecido un movimiento demasiado peligroso.

Finalmente, como representante perfecto de la figura del zorro, sospechó siempre de los erizos. Los valores son múltiples, la realidad es diversa; fiarlo todo a una interpretación del mundo única le parecía un ejercicio demasiado arriesgado con consecuencias potencialmente nefastas. La distinción monista y moral del populismo entre el pueblo puro y la élite corrupta⁶¹ hubiera tenido difícil cabida en la mente de un zorro como Berlin.

Además, más allá del plano teórico, es probable que el autor se hubiese convertido en objeto de crítica y señalamiento por parte de los populismos en el terreno personal. Una selección sesgada de algunas de sus características biográficas más básicas – su pertenencia a una familia de origen judío, su procedencia extranjera o su vinculación a los círculos académicos e intelectuales de Oxford – hubieran sido suficientes para clasificarlo dentro de la élite que los populismos tratan de combatir.

A mi juicio, Isaiah Berlin mostró desconfianza hacia el futuro porque entreveía que todo en lo que él creía podía ir desapareciendo gradualmente. Es probable que fenómenos como el triunfo de la

⁵⁹ Rosanvallon, *El siglo del populismo*, 18.

⁶⁰ Mudde y Rovira Kaltwasser, *Populismo: una breve introducción*, 35. En este sentido, además del pluralismo, los autores mencionan el elitismo como segunda ideología incompatible con el populismo.

⁶¹ Mudde y Rovira Kaltwasser, *Populismo: una breve introducción* 48.

homogeneización de las culturas – ya sea por una supuesta nación superior, una raza o un mercado global –, la vuelta de los ortodoxos y los doctrinarios – independientemente de la ideología a la que pertenezcan – y la proliferación de erizos en detrimento de los zorros; hubiesen merecido su más profundo rechazo intelectual y político. Aunque sea cierto que a lo largo de su extensa obra pueden identificarse ciertos rasgos en los que las posiciones del autor se alinean con algunos postulados populistas⁶², se trata de coincidencias eventuales que poco deben influir en una valoración global del pensamiento y obra de Berlin en relación con los populismos del siglo XXI. Como se ha visto, el pluralismo de los valores y los principios liberales – especialmente la defensa de la libertad en sentido negativo –, son para él axiomas irrenunciables que, en mayor o menos medida, son atacados de forma sistemática por los populismos en nuestro siglo.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- Ahedo, Unai. "Populismo, un concepto y una palabra controvertida", *Revista de investigaciones políticas y sociológicas* 22(1) (2023): 1-14.
- Ansell, Ben. *Por qué fracasa la política*. Península, 2023.
- Arabuet, Camila. "El populismo, una invención rusa". *Prácticas de Oficio* 2, n. 18 (2017): 1-10.
- Arias Maldonado, Manuel. *Posverdad y democracia*. Página Indómita, 2024.
- Bauman, Zygmunt. *Miedo líquido*. Paidós, 2010.
- Berlin, Isaiah, Richard Hofstadter, Donald MacRae, Leonard Schapiro, Hugh Seton-Watson, Alain Touraine, F. Venturi, Andrzej Walicki, and Peter Worsley. "To Define Populism." *Government and Opposition* 3, no. 2 (1968): 137-79. <http://www.jstor.org/stable/44481863>
- Berlin, Isaiah. *El erizo y el zorro*. Ediciones Península, 2016.
- . *El poder de las ideas*. Página Indómita, 2017.
- . *El sentido de la realidad*. Taurus, 2017.
- . *La contra-Ilustración y la voluntad romántica*. Página Indómita, 2024.
- . *Sobre el nacionalismo*. Página Indómita, 2019.
- . *Sobre la libertad y la igualdad*. Página Indómita, 2022.
- Crowder, George. "Populism: A Berlinean Critique". *Society* 60 (2023): 708-721. <https://doi.org/10.1007/s12115-023-00878-1>.
- Forti, Steven. *Democracias en extinción: el espectro de las autocracias electorales*. Ediciones Akal, 2024.

⁶² La sospecha sobre la utilidad y capacidad de la figura del experto y su cierta simpatía con el populismo ruso de finales del siglo XIX son algunos de los ejemplos expuestos en Crowder, "Populism: A Berlinean Critique", *Society*, 711-712.

- Fusaro, Diego. *Defender lo que somos: las razones de nuestra identidad*. El Viejo Topo, 2024.
- Hermet, Guy. *Populismo, democracia y buena gobernanza*. El Viejo Topo, 2008.
- Hobsbawn, Eric. *Historia del siglo XX*. Crítica, 2012.
- Ignatieff, Michael. *Isaiah Berlin: su vida*. 2ª ed. Taurus, 2018.
- Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. 2ª ed. Alianza Editorial, 2016.
- Laclau, Ernesto. *La razón populista*. Verso, 2005.
- Lipovetsky, Gilles. *La era del vacío*. Editorial Anagrama, 2003.
- . *El crepúsculo del deber*. Editorial Anagrama, 2005.
- Moffit, Benjamin. *Populismo*. Siglo Veintiuno, 2022.
- Moffit, Benjamin y Simon Tormey. "Rethinking Populism: Politics, Mediatisation and Political Style", *Political Studies* 60(2) (2014): 381-97.
- Mounk, Yascha. *EL gran experimento*. Paidós, 2024.
- Mudde, Cas y Cristóbal Rovira Kaltwasser. *Populismo: una breve introducción*. Alianza Editorial, 2019.
- Ortega y Gasset, José. *El tema de nuestro tiempo*. Alianza Editorial, 2022.
- Pipes, Richard. "Narodnichestvo: A Semantic Inquiry". *Slavic Review* 23, n. 3 (1964): 441-58.
- Rooduijn, Matthijs. "The Nucleus of Populism: In Search of the Lowest Common Denominator", *Government and Opposition* 49(4) (2014): 573-599.
- Rosanvallon, Pierre. *El siglo del populismo*. 3ª ed. Galaxia Gutenberg, 2021.
- Sartori, Giovanni. *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Schumpeter, Joseph A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Volumen II. Página Indómita, 2015.
- Seleme, Hugo O. "Un nuevo adversario de la libertad como no-dominación". *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 33 (2015): 59-82. <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/711>.
- Souroujon, Gastón. "Las definiciones mínimas de populismo. Problemas y potencialidades". *Revista Pilquen. Sección Ciencias Sociales*, n. 24 (2021): 1-12.
- Urbinati, Nadia. *Yo, el pueblo*. Grano de Sal, 2020.
- Wagenknecht, Sahra. *Los engréidos*. Lola Books, 2024.
- Weyland, Kurt. "Clarifying a contested concept: Populism in the study of Latin American Politics"; *Comparative Politics* 34(1) (2001): 1-22.
- Zakaria, Fareed. "The rise of illiberal democracy". *Foreign Affairs*, 76 (1997): 22-43. <https://doi.org/10.2307/20048274>.
- Zero, Armando. *Contra la tercera España: una defensa de la polaridad*. Deusto, 2025.

ANÁLISIS DE LA LEY 6/2022 A LUZ DEL PARADIGMA ANTISUBORDISCRIMINATORIO

ANALYSIS OF LAW 6/2022 IN LIGHT OF THE ANTISUBDISCRIMINATION PARADIGM

Macarena Burgos Martínez*

RESUMEN: La Ley 6/2022 positiviza en España un derecho a la accesibilidad cognitiva que, sin embargo, ya estaba siendo aplicado de facto en las organizaciones de protección a las personas con discapacidad. Dichas organizaciones, además, llevaban años luchando para que este derecho se regularizara formalmente. Esta conquista ha llegado con la aprobación reciente de la 6/2022. Su actualidad hace pertinente un análisis, con el fin de conocer si el texto se ha redactado de manera que garantice de forma efectiva, transversal y sin discriminación las condiciones de accesibilidad, o si, por el contrario, se encuentran lagunas o contradicciones relevantes. Para ello, sirviéndonos del paradigma *antisubordiscriminatorio*, propuesto por la jurista Maggy Barrère, que viene a superar los problemas del derecho antidiscriminatorio clásico, y que además, propone unos indicadores claros sobre los que pivotar, se ha llevado a cabo un análisis en profundidad del contenido de la Ley 6/2022.

ABSTRACT: Law 6/2022 codifies in Spain a right to cognitive accessibility that was, however, already being applied de facto in organisations protecting persons with disabilities. These organisations had also been fighting for years to have this right formally regulated. This achievement has come with the recent approval of Law 6/2022. Its current relevance makes it necessary to analyse whether the text has been drafted in such a way as to effectively guarantee accessibility conditions in a cross-cutting manner and without discrimination, or whether, on the contrary, there are significant gaps or contradictions. To this end, using the anti-subordination paradigm proposed by the jurist Maggy Barrère, which overcomes the problems of classic anti-discrimination law and also proposes clear indicators on which to focus, an in-depth analysis of the content of Law 6/2022 has been carried out.

PALABRAS CLAVE: ley 6/2022, accesibilidad cognitiva, antisubordiscriminatorio, análisis, reciente, positivización

KEYWORDS: law 6/2022, cognitive accessibility, antisubordination, analysis, recent, positivization

Fecha de recepción: 18/06/2025

Fecha de aceptación: 26/09/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2026.10095>

* Trabajadora Social. Doctoranda en el Programa de doctorado de la UPV/EHU en Derechos Fundamentales, Poderes Públicos, Unión Europea: derecho público y privado, y presidenta de la Asociación "Lectura Fácil Cantabria". Email: mburgos006@ikasle.ehu.eu <https://orcid.org/0000-0001-7667-3883>

1.- INTRODUCCIÓN

La necesidad y justificación del análisis de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación*, surge en tanto en cuanto es una norma de muy reciente positivización, por lo que no cuenta con apenas comentarios y menos con análisis en profundidad de su contenido. Viniendo, además, a regular un derecho que ya era una práctica aplicada en casi todo el territorio nacional a través de diferentes asociaciones y entidades¹. Es decir, que este texto normativo agrega a nuestro ordenamiento jurídico un derecho consuetudinario reclamado desde hace años.

Para contextualizar este análisis, debemos conocer la definición del derecho que regula. Así, la Accesibilidad Cognitiva se describe como «la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación»².

Si bien en España contábamos con normativa experimental pionera en la materia como la Norma UNE 153101:2018 EX *de lectura fácil sobre Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos*. Esta vertiente de la accesibilidad universal no se ha configurado formalmente hasta la aprobación de la Ley 6/2022.

Sin embargo, la redacción jurídica que se ha realizado en esta disposición se encuentra limitada, y además surge como complementaria a una norma base, el Real Decreto 1/2013, en lugar de proponer un derecho subjetivo con una normativa propia y clara, que posibilite su exigibilidad por toda la ciudadanía.

Para su análisis se utilizará el enfoque de la Teoría antisubordiscriminatoria, propuesta por la jurista Maggy Barrère. En primer lugar, porque el derecho a la accesibilidad cognitiva es parte de la accesibilidad universal, y en segundo lugar, porque es en sí mismo un elemento fundamental de la garantía del principio de no discriminación³. Se descarta el enfoque antidiscriminatorio clásico por

¹ Son diversos los movimientos y asociaciones que han dedicado parte o toda su actividad a la promoción de este derecho antes de su regulación. Entre ellos se destaca la red nacional de Lectura Fácil <https://www.lecturafacil.net/es/info/red-lectura-facil/> y la asociación Plena Inclusión, que a través del CERMI es la organización que promovió el movimiento para convertir la accesibilidad cognitiva en ley, para ahondar en este proceso, consultar <https://www.plenainclusion.org/noticias/plena-inclusion-celebra-el-reconocimiento-de-la-accesibilidad-cognitiva-en-la-legislacion-espanola/>.

² Definición oficial propuesta por el Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad, CERMI.

³ «La accesibilidad se basa en la prohibición de la discriminación; la denegación de acceso debe considerarse un acto discriminatorio, independientemente de que quien

haber caído este en procedimientos jurídicos que apoyan el mantenimiento de las estructuras y dinámicas inmovilistas del statu quo social,

A través de una serie de fórmulas jurídicas que, a la postre, supeditan la importancia de la desigualdad que afecta a los grupos oprimidos a la pueda afectar a los individuos del grupo socialmente hegemónico (...) bajo la expresión derecho antidiscriminatorio se incluyen una serie de actuaciones normativas que sólo aparentemente tienen que ver con el fenómeno de la desigualdad⁴.

Por lo que se considera oportuno un análisis desde el enfoque mencionado, por ser este el más vinculado al principio de no discriminación, pero suponiendo una revisión y superación de los vicios del paradigma hegemónico clásico, poniendo el foco en devolver a esta teoría del derecho sus energías emancipatorias y transformadoras⁵.

2.- EL PARADIGMA ANTILIBORDISCRIMINATORIO

Desarrollado por la jurista vasca y catedrática de la UPV/EHU, Maggy Barrère Unzueta, la teoría del derecho antilibordiscriminatorio, parte del derecho antidiscriminatorio clásico. El nuevo paradigma, expone que lo que el derecho actual considera como *discriminación* en realidad, es la consecuencia de una subordinación preexistente y estructural. La situación de subordinación de un colectivo sólo tiene cabida en el sistema de justicia cuando se manifiesta en forma de discriminación, es decir, en una conducta individualizada que rompe con la igualdad de trato. Así, este *modus operandi* pone el foco en la visibilidad de trato pero no en la visibilidad de estatus.⁶

Por ello, es muy relevante a nivel lingüístico añadir en este nuevo enfoque, la partícula “subor”, en tanto que esta visibiliza lo que supone el *poder sobre*, pero al estar fundida con la discriminación, no huye de un término que ya está reconocido a nivel jurídico y social evidenciando que sigue siendo *el trato* el elemento conceptual básico del derecho antidiscriminatorio, «así, subordiscriminación es un término para

lo cometa sea una entidad pública o privada» (párr. 13), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 2 (2014), sobre el artículo 9 de la Convención: Accesibilidad.

⁴ Barrère Unzueta, María Ángeles. “El derecho antidiscriminatorio desde el iusfeminismo interseccional: el Derecho antilibordiscriminatorio.” En *Lo personal es jurídico. Apuntes para pensar el derecho desde la teoría feminista*, cap. 2. Barcelona: Atelier, 2022.

⁵Ibidem.

⁶Esta igualdad de trato vs igualdad de estatus que parte de un modelo Aristotélico de la igualdad, es revisado en profundidad por la autora. Para mayor conocimiento consultar: Barrère, Feminismo y derecho, 27.

designar un conjunto de tratos que, adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que ese estatus cambie».⁷

El derecho antisubordiscriminatorio es derecho positivo, *sólo* en tanto que es un producto humano y dentro de este sentido amplio de la expresión positivismo jurídico⁸. Pero, sobre todo, es una filosofía que defiende el derecho como práctica, en primer lugar, debido a la imposibilidad de que este pueda ser usado al margen de las preferencias o finalidades de las personas que operan con él. Como afirma Atienza, el derecho es «una práctica dotada de una extraordinaria ductilidad (aunque, no carente de límites) y que resulta esencial tanto en los procesos de explotación como en los de emancipación social».⁹ Y, además, debe de ser tenido en cuenta como una práctica en la que participa todo el mundo, no sólo juristas, por tanto, su positivización no empieza cuando se escribe sobre el papel y se hace oficial, sino antes, con las actuaciones y práctica de los/as agentes sociales.

Bárrere expone además que el «paradigma antisubordiscriminatorio requiere un enfoque instrumentalista del derecho (...)»¹⁰ se trata de conocer no tanto el fin del derecho sino «cómo estamos utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo y cómo debemos utilizarlo»¹¹.

2.1.- Elementos del derecho antisubordiscriminatorio

En el siguiente apartado se van a exponer, de manera resumida, los pilares en los que asienta el paradigma del derecho propuesto por la doctora Bárrere, que serán sobre los que oriente el posterior análisis de la Ley 6/2022. Dicho paradigma, pivota sobre cuatro apartados principales. En primer lugar, sobre la repolitización del derecho, entendiendo éste como una práctica emancipadora. En segundo lugar, sobre la interseccionalidad, y su atención a la interrelación de los

⁷ Barrère Unzueta, María Ángeles. "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del derecho antidiscriminatorio." *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2018): 32. <https://doi.org/10.53054/afd.vi34.2326>.

⁸En este sentido y en el marco del congreso en el que la autora presentó su filosofía, sostenía su desacuerdo con el trato que se le estaba dando al derecho positivo, reconociendo que este puede evitar entelequias y abstracciones excesivas, refiere la autora también «temo que presumir un concepto unívoco del Derecho positivo propicie una imagen de consenso sobre un común iuspositivismo que, en mi opinión, resulta precipitada» Op. Cita, Barrère, 2023:119.

⁹ Atienza, Manuel. "Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?" *Jueces para la Democracia*, 2003:43–46.

¹⁰ Barrère Unzueta, María Ángeles. "Una Filosofía del Derecho situada y posicionada." *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 39 (2023):120.

¹¹ *Ibíd.*

diferentes sistemas de opresión. En tercer lugar, sobre el ius feminismo, como corriente jurídica del feminismo. Y, finalmente, sobre las medidas de acción positiva, como herramienta jurídica principal de un derecho en persecución de la igualdad efectiva.

2.1.1.- Re-politización del derecho

La autora de este paradigma que nos ocupa y sirve de base, sostiene la necesaria repolitización del derecho, entre otras cosas, citando a De Sousa Santos, que lo formula como una «Condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias»¹². Esta práctica emancipatoria, dice Santos, depende de la práctica de los grupos y clases socialmente oprimidos. Hay que matizar, que el postulado de *repolitizar* el derecho nada tiene que ver con la actual intrusión del poder ejecutivo en el judicial, ni con *ir contra el derecho* sino, en palabras de Atienza es ir «más allá del Derecho»¹³, es decir, utilizar la técnica jurídica para «evitar que en ciertas ocasiones, el derecho se distancie de la Justicia»¹⁴. En el caso del derecho antisubordiscriminatorio, esta repolitización supone principalmente, hacer visibles los sistemas de poder, poniendo de relieve los límites de la teorización y la aplicación del principio de igualdad y no-discriminación propios de la cultura jurídica hegemónica¹⁵. Para que esta idea sea aplicada en la práctica del derecho del día a día, es clave que las personas que lo ejercen, conozcan y tengan en cuenta el concepto de *subordiscriminación*. Es decir, es necesario valorar hasta qué punto se considera en los procesos relacionados con la administración de justicia, las relaciones de poder de unos grupos sobre otros. Esta re-politización supone además de la mentada *energía emancipatoria*, la visibilización de las dinámicas de poder y opresión presentes en la sociedad y perpetuadas en el sistema de derecho.

2.1.2.- La Interseccionalidad

El concepto interseccionalidad fue creado por la autora Kimberlé Crenshaw, y es, además, una parte fundamental del movimiento

¹² De Sousa Santos, Boaventura. "La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental." En Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho, 47. ISLA, 2009: 47.

¹³ Atienza, Manuel. "Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo." Teoría Política, Annali 1 (2011): 139–146. Para el autor el positivismo rígido que identifica derecho con legalidad no ofrece herramientas suficientes para enfrentar situaciones de injusticia estructural, mientras que una concepción más abierta del constitucionalismo permite activar principios como la igualdad, la accesibilidad o la inclusión como guías de interpretación y acción jurídica.

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Op. Cita, Barrère Unzueta, María Ángeles, *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio*.

feminista, en tanto que es la teoría que rompe con un concepto hegemónico de mujer y comienza a considerar otros factores como la raza y la clase. Con ello, la idea principal que postula, es que desafiar sólo a un aspecto del poder estructural es inútil. La evaluación desde la interseccionalidad permite que la suma de identidades de una persona o grupo se incorpore al análisis de los sistemas y estructuras, siempre desde la no-jerarquización de dichas entidades, siendo este mucho más completo¹⁶.

Así las cosas, la manera de concebir el derecho desde el paradigma antisubordiscriminatorio se basa, como ya hemos apuntado, en el reconocimiento de los sistemas de opresión, el derecho debe reconocer la discriminación como una acción perpetrada y perpetuada por dichos sistemas. Uno de los postulados principales que favorecen este reconocimiento y que el derecho ha tendido a rehuir, es el de la no separación entre el derecho y la sociedad que contrariamente en la doctrina se ha ido consolidando la idea de que la discriminación jurídica y la social son fenómenos diferenciados.

2.1.3.- El Iusfeminismo

La Teoría Feminista del derecho, feminismo jurídico o Iusfeminismo, es, como su nombre indica, un afrontamiento del derecho desde una perspectiva crítica en la cual los criterios utilizados para la observancia y análisis de los sistemas de derecho se sustentan en las bases de la filosofía feminista. La principal consideración de este enfoque, es que el derecho y su aplicación han jugado un papel innegable en la subordinación de la mujer.¹⁷ Sobre esa base, las potencialidades del género en el análisis jurídico son, como veremos, muchas:

- a) Desmonta la neutralidad imperante de la construcción jurídica.
- b) Aporta una reflexión y mecanismos de identificación del sexismo en las normas jurídicas cuando las contempla desde la interpretación y la aplicación.
- c) Denuncia el androcentrismo del Derecho. La postulación histórica del un sexo en el poder que sirve como medida de lo esencial y relega lo femenino a la alteridad del fenómeno jurídico y social.¹⁸

Por ello es imperante reconocer:

¹⁶ Sister Outrider / Afrofeminas. "Interseccionalidad: definición, historia y guía." Afrofeminas, 2 de octubre de 2024. <https://afrofeminas.com/2023/05/11/interseccionalidad-definicion-historia-y-guia/>

¹⁷ Fineman, Martha Albertson. "Feminist Legal Theory." Journal of Gender, Social Policy & the Law 13, no. 1 (2005). Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132233

¹⁸ Ibíd.

1. La práctica del Iusfeminismo como teoría crítica del derecho e insertarla de una vez por todas a través de la inclusión de la Perspectiva de Género en los casos concretos.
2. La relevancia y centralidad del “Género” como categoría jurídica, que implicaría una garantía específica para el reconocimiento y tutela de los derechos de las mujeres.¹⁹

El Iusfeminismo no debe entenderse sólo como una corriente y/o vertiente del derecho, si bien puede darse esa distinción en el ámbito de los estudios académicos, no puede sin embargo efectuarse tal cosa en el sistema de justicia, que precisa de un iusfeminismo integrado de forma estructural en todas las decisiones jurídicas que se emanan desde el mismo. El iusfeminismo no es un mero aspecto del derecho, el derecho en su búsqueda de justicia, debe de ser iusfeminista.

2.1.4.- La Acción Positiva

El término Acción Positiva (*affirmative action*, en su denominación anglosajona) designa un conjunto de medidas normativas y políticas orientadas a corregir desigualdades estructurales mediante un trato jurídicamente diferenciado. Su origen puede situarse en el contexto estadounidense, particularmente a partir de la legislación laboral de 1935 y consolidado en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, posteriormente ampliado en 1972²⁰.

Es en el derecho derivado (también vinculante) y no el derecho comunitario original, donde tiene lugar el reconocimiento normativo de la acción positiva por primera vez. Se trata de la Directiva del Consejo 76/207/CEE²¹ (actualmente derogada) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se

¹⁹ Torres Díaz, María Concepción. “Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial.” RCDP blog, 5 de abril de 2017. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2017/04/05/justicia-y-genero-de-la-teoria-iusfeminista-a-la-practica-judicial-maria-concepcion-torres-diaz/>

²⁰ «La expresión tiene su origen en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral, pero adquiere el significado específico de *policy* (esto es, de política pública) en el contexto de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otras minorías y movimientos de contestación social en los que tiene su origen el llamado Derecho antidiscriminatorio» Barrère Unzueta, María Ángeles. “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión.” Ponencia presentada en las Jornadas sobre Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres, Vitoria-Gasteiz, 2002. <https://www.uv.es/cefd/9/barrere2.pdf>

²¹ Comunidades Europeas. *Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo* [disposición derogada]. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 39, 14 de febrero de 1976, 40–42. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1976-80038>.

refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Las medidas de acción positiva, han estado muy sujetas a polémicas sociales, políticas y jurídicas y frecuentemente se las ha denominado como “discriminación positiva”, a veces, en un intento ideológico de descalificar su pretensión de igualdad y justicia. Por ello, es fundamental re-definir las medidas de acción positiva para conseguir la *igualdad a través de la discriminación*²². Para ello, lo primero que se debe tener en cuenta es que «la acción positiva ha de estar dirigida a combatir la subordinación o discriminación estructural o de status que sufren ciertos grupos»²³ Pero ¿qué implicaciones tiene?

En primer lugar, concebirla como un instrumento encaminado a erradicar un fenómeno más profundo que la mera desigualdad de trato (lo que en la cultura jurídica se entiende por discriminación directa o indirecta); en segundo lugar, la necesidad de sobrepasar en su desarrollo el recurso al principio de igualdad de oportunidades (por implicar competitividad y asimilacionismo); en tercer lugar, que en la medida en que se considere procedente su inclusión en determinados ámbitos, se opere sobre el mismo una redefinición que evite los inconvenientes de su opacidad y de una tradicional ambigüedad que conduce -por un lado- a que no quede claro si la acción positiva es el contenido mismo de la igualdad de oportunidades o, por el contrario, la igualdad de oportunidades es el fin de la acción positiva²⁴

El objetivo sería que las medidas de acción positiva supongan el acercamiento a una justicia capaz de legislar en reconocimiento y preservación de la diferencia sin perpetuar su opresión, promoviendo que la igualdad se acerque a una igualdad de acciones, interconectando ambos términos, y abandonando premisas más capitalistas que aducen directamente a la consecución de igualdad para producir bienes, servicios, o para consumirlos de forma masiva.

La positivización reciente de medidas de accesibilidad cognitiva, como ocurre con la Ley 6/2022 en España, ofrece una oportunidad para redefinir estas categorías, y ampliar la acción positiva al campo del lenguaje jurídico, el diseño normativo y la producción discursiva del derecho.

²²Barrère Unzueta, María Ángeles. “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación.” En *Mujeres, derechos y ciudadanías*, editado por Ruth Mestre i Mestre, 45–72. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008:45–72.

²³ *Ibíd*:24.

²⁴ *Ibíd*.

3.- ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY 6/2022

Para analizar el contenido de la norma, en una primera parte haremos un resumen de la estructura de la misma, tras lo cual procederemos a analizar, desde el enfoque antisubordiscriminatorio, los indicadores que hemos visto en el apartado anterior propuestos por este, que se resumen en:

- a. La repolitización: Desde el tratamiento que se da a los principios y derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, en la redacción de la norma.
- b. La interseccionalidad: Se comprobará si la norma mencionada, atiende y tiene en cuenta de algún modo las discriminaciones interseccionales.
- c. Lenguaje no-sexista: Procederemos a observar si el documento cumple con las exigencias mínimas de la supresión de los masculinos genéricos y si cae en otros elementos sexistas del lenguaje.
- d. Medidas de acción positiva: Por último se analizará qué entiende esta ley sobre la cuestión, como la enfoca y sobre todo, si la propia norma en su redacción, las pone en práctica.

3.1.- Estructura de la Norma

La Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación*, tiene una estructura muy breve, ya que su redacción se basa en la modificación de la norma anterior, y consta de un preámbulo, un artículo único, cuatro disposiciones adicionales y cuatro disposiciones finales. A continuación, se proporciona un resumen de su contenido principal.

El Preámbulo contiene dos partes diferenciadas, en la primera, se expone la argumentación jurídica que sustenta la redacción de esta ley. Remitiéndose a los compromisos adquiridos con la legislación comunitaria y el escaso desarrollo normativo de la accesibilidad cognitiva. También expone una serie de definiciones sobre la misma, y sobre la herramienta de la que ésta más se suele servir para desplegarse, la Lectura Fácil o Easy-To-Read, en su movimiento internacional. Y finalmente, en la segunda parte del preámbulo se hace un resumen del contenido y estructura de la norma.

Tras este primer apartado, se redacta el ARTÍCULO ÚNICO que proporciona el grueso del contenido jurídico de la norma. A través de dicho artículo se promueven los cambios del texto jurídico original, es

decir, del real decreto 1/2013, que queda modificado en los siguientes 8 apartados:

1. Se modifica la letra k) del art. 2, mediante lo cual se incorpora la definición concreta de accesibilidad cognitiva.
2. Se modifica la redacción del art. 5, en virtud de la modificación anterior, en el presente artículo, se especifican los ámbitos de aplicación de esta nueva exigencia.
3. Se modifica el apartado 1 del art. 23, se detalla la obligación positiva del gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas, de adoptar medidas específicas en este ámbito.
4. Se modifica la letra c) del apartado 2 del art. 23, para incluir la lectura fácil y los pictogramas como apoyos básicos en lo concerniente a la accesibilidad cognitiva.
5. Se añade el art. 29 bis, por el cual se establecen las condiciones básicas de exigencia de la accesibilidad cognitiva y la previsión de su desarrollo normativo posterior.
6. Se modifica el art. 99 sobre infracciones y sanciones en el ámbito de las competencias de la Administración general del estado.
7. Se modifican los arts, 17, 42 y 43, tanto esta modificación como la previa están destinadas a sustituir las referencias a las leyes en materia de Régimen Jurídico del Sector Público, de Procedimiento Administrativo Común y el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, por las nuevas normativas vigentes aprobadas en el año 2015.
8. Se modifican los arts. 73 y 105, de igual modo que las anteriores, está destinada a actualizar las referencias contenidas, en este caso hacia el ministerio, ahora "Ministerio Derechos Sociales y Agenda 2030" y "Secretaría de Estado de Derechos Sociales" así como "la Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030".

Posteriormente, se desarrollan las Cuatro Disposiciones Adicionales, en las cuales la primera versa sobre la realización de estudios específicos en materia de accesibilidad cognitiva. La segunda, por su parte, sobre el reglamento a desarrollar para establecer las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva. La tercera recoge la obligación de llevar a cabo un Plan Nacional de Accesibilidad. Y la cuarta, hace lo propio respecto a la creación de un Centro Español de accesibilidad cognitiva.

Por último se redactan las Cuatro Disposiciones Finales. La primera de ellas, recoge el Título Competencial por el cual el Estado puede regular esta materia. La segunda, el plazo de 6 meses para la modificación del Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad al

amparo de cumplir con la nueva normativa. En la tercera, se prevé el desarrollo reglamentario que sea necesario para la ejecución de la presente ley. Y en la cuarta y última, se dicta la entrada en vigor de la norma.

3.2.- Análisis crítico

En este apartado se va a llevar a cabo la revisión crítica de la Ley 6/2022 en base a los cuatro elementos del paradigma antisubordiscriminatorio. La repolitización del derecho, atendiendo a su conexión con los derechos fundamentales y al alcance jurídico real con el que se ha planteado la accesibilidad cognitiva en esta norma. La interseccionalidad y como la ley ha planteado -si es que lo ha hecho- los sistemas de opresión relacionados con la falta de dicha accesibilidad. El iusfeminismo, desde el análisis del uso de lenguaje no sexista y las particularidades del género y la accesibilidad, y las medidas de acción positiva, centrando la revisión en si la propia normativa se adapta y cumple con las condiciones de accesibilidad cognitiva que viene, al menos en teoría, a garantizar.

3.2.1.- Repolitización del derecho en la nueva normativa

Como hemos visto en el apartado de revisión de la teoría antisubordiscriminatoria, la repolitización del derecho conectaba con la idea de 'ir más allá' del derecho para que este proporcione un cimiento sobre el que poder crear energías emancipatorias y con agencia de cambio, lo cual supone un cuestionamiento continuo del mismo, en tanto que se tenga de verdad en cuenta el contexto de una realidad cambiante y se devuelva a la ciudadanía esa capacidad de agencia.

Lo primero que se debe destacar de la ley de accesibilidad cognitiva, es, como ya hemos mencionado y como se advierte por su propio enunciado, es una ley *modificatoria* de otra, el *Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de Noviembre, sobre los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social*, a la que nos vamos a estar remitiendo y que por tanto, también será en gran parte analizada. El no haber otorgado a la cuestión un texto normativo independiente ya deja entrever la voluntad en cuanto al alcance de lo positivizado, algo en lo que nos volveremos a detener en mayor profundidad.

Otra de las cuestiones fundamentales es, como ya hemos señalado en varias ocasiones, que la norma es de muy reciente creación, aunque no así lo que legisla, que se había conquistado en el sistema de derecho ya desde los poderes judiciales antes que desde el poder legislativo, a través, de la emisión de sentencias y de la

realización de adaptaciones²⁵. Y, todavía mucho antes desde los agentes sociales y los colectivos subordiscriminados, es decir, desde el derecho consuetudinario.

Aunque en España, para las personas que hemos trabajado de cerca en la materia, parece que llega muy tarde, la realidad de nuestro entorno es que esta positivización legal y estas nuevas definiciones que la norma por fin incluye en nuestro acervo legislativo, son pioneras, no sólo en nuestro estado, sino a nivel comunitario, ya que no existe otra ley específica sobre la materia de accesibilidad cognitiva en el contexto jurídico de la UE. La definición aparece por primera vez redactada en el artículo 2.K) de la ley 6/2022, como un elemento de la accesibilidad universal,

k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes (...) para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas (...) está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas (...) efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

Esta definición inserta dentro de la accesibilidad universal puede tener dos interpretaciones no excluyentes entre sí. De un lado, supone una conexión de la accesibilidad cognitiva a una perspectiva de accesibilidad mucho más amplia, y por tanto, con mayor repercusión y con mayores garantías de seguridad jurídica. De otro lado, ni siquiera se llega a desarrollar una definición formal de lo que significa 'accesibilidad cognitiva' sólo se expone que esta *está incluida en la universal* tras lo que pasa a describir a *grosso modo* su función principal y algunas herramientas -que no todas- de aplicación.

Habría sido interesante, que, además de modificar la definición actual de accesibilidad universal, la cognitiva por su parte hubiera gozado de un precepto o subapartado propio donde quedase mejor definida, y se perfilase de manera más concreta los colectivos a los que se dirige, funciones específicas y todas las herramientas y métodos para su aplicación.

Por su parte, respecto a estas últimas herramientas y métodos, la norma da comienzo en la I parte del Preámbulo afirmando que «la

²⁵ Muy importante destacar en este punto, que también había ocurrido lo contrario. Ante la falta de positivación de este derecho se había negado la exigencia del mismo ante los tribunales, véase Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 9043/2018, de 19 de noviembre. FJ 6. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d0b6aaa4b071b47f/20181119>

información y la comunicación deben estar disponibles en formatos fáciles de leer y modos y métodos aumentativos y alternativos para las personas con discapacidad que utilizan esos formatos, modos y métodos».

Y dentro del conjunto de dichos métodos, se centra en desarrollar el más popularizado a los efectos de la presente Convención [...], "la comunicación incluirá el lenguaje sencillo", terminología que equivale a la consolidada en lengua española de "Lectura Fácil"» (...) sobre la lectura fácil, que hay que entender como

El método que aplica un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño y maquetación de documentos, y a la validación de la comprensibilidad de estos, destinado a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora.

Sin duda es precisa y necesaria tal definición, pero queda, en conjunto, desordenada, como es el aspecto general de los cambios introducidos, lo cual da lugar a una lectura confusa. Además, sin perjuicio de la Lectura Fácil, la norma no define ningún otro sistema alternativo de comunicación, como puede ser el lenguaje de signos, braille, audioguías etc.

El avance normativo que supone esta ley es innegable, es, sin lugar a dudas, una conquista contra la discriminación y supone en sí misma, una medida de acción positiva con un carácter contrahegémico intrínseco, en tanto que se postula desde la exigibilidad de modificación de los lenguajes de poder para que estos se adapten a la persona. Además, trata de abandonar el enfoque asistencialista que entiende a quienes se ven inmersos en un proceso judicial como meros sujetos pasivos, que siempre precisan de mediadores y 'traductores'. Este nuevo postulado normativo, tiene una eminente perspectiva re-politizante en tanto su finalidad de garantizar que todas las personas sean agentes y partícipes efectivamente del sistema de justicia, promoviendo aquella función 'emancipadora del derecho' de la que hablábamos anteriormente. Así las cosas, el hecho de que esta ley no tenga una identidad propia e independiente y de que todo su contenido se haya supeditado a otra norma matriz, hace que este texto carezca de la fuerza jurídica que podría aspirar a tener.

Pese al carácter transversal que deriva de la exigencia del principio de accesibilidad universal y la conexión con el núcleo esencial de los derechos fundamentales, al haber hecho esta norma codependiente a la 1/2013, ha dejado al margen a todo un haz de colectivos que deberían poder beneficiarse en igualdad de condiciones, de lo aquí positivizado. Colectivos como las personas mayores, las personas migrantes con barrera idiomática, personas con trastornos de salud mental -bien sean puntuales o crónicos- o las personas que, por su situación socio-económica, no han alcanzado niveles de alfabetización

funcional. Existe en la actualidad, una red de Lectura Fácil creada en España, desde la cuál se lucha porque esta herramienta esté disponible para todas estas personas, en vez de mantenerse como recurso exclusivo, o dirigido fundamentalmente a las personas con discapacidad-normativa tradicional, sin perjuicio ninguno para estas.

La democratización lectora y la regularización del uso de la accesibilidad cognitiva de manera más expansiva es beneficioso, no sólo para eliminar las discriminaciones respecto a otros colectivos ajenos a la discapacidad-normativa tradicional, sino también, para la estandarización de las adaptaciones del lenguaje jurídico y administrativo, no cómo reclamo de un y para un grupo social concreto, sino con efectos hacia casi toda la sociedad en su conjunto, en tanto que todas las personas somos o vamos a ser (conforme envejecemos, por ejemplo) un sector que precise accesibilidad cognitiva, de ello deriva la necesidad de que se esta se entienda como una exigencia común que residual. Es decir, tratar de desterrar lo que se ha configurado como un ajuste razonable bajo el condicionante de probar una situación, ya no sólo médica sino administrativa, de discapacidad-normativa tradicional, y, reconfigurarlo como un derecho exigible desde la ciudadanía a los poderes públicos, aludiendo a sus deberes positivos respecto a la No-discriminación en conexión con los principios de Igualdad y de Seguridad Jurídica. Se debe señalar el acierto que se observa al final del apartado I del Preámbulo de la norma, en el cual se expone una vis expansiva de este derecho

(...)a fin de garantizar la accesibilidad cognitiva a todas las personas con dificultades de comprensión y comunicación con el entorno físico(...)esta norma trasciende además este sector social, extendiendo sus efectos benéficos y de mejora colectiva a otros segmentos de la comunidad como las personas mayores, personas visitantes o residentes en el país que no conocen suficiente las lenguas y personas con un reducido nivel de alfabetización, entre otros.

Este párrafo es sumamente relevante y un avance en la consideración transversal de la accesibilidad cognitiva. Sin embargo, sólo aparece detallado de este modo en el Preámbulo, y tal y como después se articula la modificación de la norma, no da lugar a pensar que este derecho se garantiza de manera efectiva a esos otros colectivos, sino más bien, que estos se contemplan como meros beneficiarios colaterales pasivos.

De hecho, en ese mismo preámbulo la norma afirma que «La accesibilidad debe considerarse una reafirmación, desde el punto de vista específico de la discapacidad, del aspecto social del derecho al acceso». Lo que da lugar, primero, a una mención de un derecho al acceso de forma inconcreta, que debilita su fuerza jurídica, pues impide identificar qué tipo de acceso se protege, qué obligaciones genera y

frente a qué actores y, además, refuerza la idea de Accesibilidad = Discapacidad afirmando que la primera 'es una reafirmación' específica de la discapacidad frente a ese tal derecho 'al acceso'.

No es poco que se contemplen colectivos beneficiarios más allá de la discapacidad-normativa tradicional, pero se perfila insuficiente esta mera alusión, que tiene más tintes de intencionalidad que de efectiva inclusión hacia esos otros colectivos. Esta cuestión se puede ejemplificar de forma muy clara a través de la situación de la jurisprudencia española. Y es que, previa a la aprobación de esta ley, cuando el reclamo de la Lectura Fácil se estaba haciendo evidente en nuestro país, el CGPJ, comenzó a adaptar algunas de sus sentencias. Se han revisado todas y cada una de ellas, 67 en total, la última con fecha del 10 de abril de 2025.²⁶

La absoluta totalidad de las sentencias adaptadas legislan en materia de discapacidad-normativa tradicional, y en concreto, en su inmensa mayoría, a excepción de dos, versan sobre la modificación de la capacidad obrar de estas personas. Lo cual tampoco deja de ser un asunto a tener muy en cuenta, puesto que las últimas luchas sociales con respecto a las personas con discapacidad nos han llevado a conquistar importantes avances en el terreno de la Incapacidad legal, hoy por hoy, figura inexistente jurídicamente, sustituida por persona 'con apoyos' y reducida la antigua tutela sólo a la curatela²⁷. Si bien estos avances, no han parecido calar todavía de forma colectiva en el sistema judicial ni en las personas que hacen uso del mismo. La denominación común legal sigue siendo capacitista y la mayor parte de derechos que se reclaman ante el CGPJ no sale de la rueda, también capacitista, ya que, como se ha hecho mención, las personas con discapacidad-normativa tradicional, apenas llegan a los tribunales si no es para ver modificada su capacidad de obrar.

Aunque la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, ha hecho un esfuerzo muy importante en el abandono del enfoque médico-administrativo de la discapacidad, y poner el foco de las desventajas sufridas sobre todo en «los obstáculos y condiciones limitativas de la

²⁶ Esta es la última sentencia fallada adaptada en Lectura Fácil, habiendo una producción especialmente grande en el año 2019, actualmente mucho más esporádica. Juzgado de lo Social Ordinario de Pontevedra. Sentencia, 14 de noviembre de 2024. ROJ: SJSO 1613/2024. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

De hecho, previa a esta, la anterior publicada fue a fecha 13 de febrero de 2022, lo que supone un paso atrás en el ejercicio efectivo del derecho a la accesibilidad cognitiva. Juzgado de Primera Instancia de Castellón. Sentencia, 13 de febrero de 2022. ROJ: SJPI 299/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

²⁷La curatela viene recogida en los artículos 286 y siguientes del Código Civil. Para mayor abundamiento consultar Castillo, Inmaculada. "Diferencia entre tutela y curatela." Mundo Jurídico, 1 de febrero de 2021. <https://www.mundojuridico.info/diferencia-entre-tutela-y-curatela/>

propia sociedad»²⁸ tal y como se comprometió el Estado en base a su ratificación de la *Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, firmada en el año 2006²⁹, que en particular, en virtud su artículo 12 establece que las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y que los Estados Partes deben tomar medidas para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y en todos los aspectos de la vida.

Pese a estos avances, empero, el abandono de la perspectiva medicalizada-administrativa de las situaciones de discapacidad-normativa tradicional y de la reducción de una regulación capacitista de la misma en el sistema legal, siguen siendo el canal prioritario para un reconocimiento social expansivo, repolitizado y transversal que comporte la exigibilidad efectiva de ciertos derechos, como debería haberse dado en la redacción de la ley de accesibilidad cognitiva.

Sin perjuicio de la importancia de que España sea pionera a nivel jurídico en la adaptación de sentencias y el uso de la Lectura Fácil, la ejecución de estos avances es, como digo, reduccionista, ya que sigue sin llevarse a cabo sino de modo residual, la adaptación en fallos dirigidos a otras cuestiones ajenas a las relativas a la capacidad.

Pese a que el citado Preámbulo establece un intento de cambio de paradigma, en referencia a la definición reitera que se «(...)Presupone la estrategia de diseño universal para todas las personas», a lo largo de la concreción de las obligaciones positivas desarrolladas en la norma, esto ya no se contempla igual, así se afirma posteriormente que «Art.23. 1. El Gobierno (...) regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad».

Por otra parte, en las Disposiciones Adicionales segunda, tercera y cuarta, que tratan del Reglamento para redactar unas condiciones básicas de accesibilidad, un II Plan Nacional de Accesibilidad y la creación de un Centro Español de accesibilidad cognitiva, respectivamente, se precisa la consulta del Consejo Nacional de Discapacidad respecto a la primera, el segundo, lo referente al Plan, se situará en el Marco de la Estrategia Española de Discapacidad, y el tercero, la creación del centro, se realizará en el seno del organismo autónomo del Real Patronato de Discapacidad. Todas ellas,

²⁸España. Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Exposición de Motivos. Boletín Oficial del Estado, núm. 289, 3 de diciembre de 2003, 43187-43195.

²⁹Gobierno de España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. BOE núm. 96, 21 de abril de 2008, 20648-20659. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>

organizaciones con necesaria y obligatoria presencia, así como toma de decisiones preferentes respecto a la accesibilidad cognitiva, pero no por eso exclusivas. En la construcción y desarrollo de Planes, Centros y estas cuestiones que se prevén en la citadas Disposiciones de la norma no se ha abierto la participación a otros colectivos sociales, como a los que de manera sucinta se han nombrado en el preámbulo y no se han vuelto a tener en cuenta.

De las tres cuestiones redactadas en las Disposiciones Adicionales, se debe mencionar como algo muy positivo que el Centro Español de accesibilidad cognitiva ya ha sido creado y ha llevado a cabo su primer Congreso³⁰, las iniciativas del CEACOG no tienen precedente a nivel social, así como en lo relativo a la prevención y garantía del derecho aquí analizado, sin embargo se observa con reservas que la idea de inclusión estructural de dicho organismo es que exista un porcentaje de personas trabajadoras (en todos los cargos, tanto de mayor como menor responsabilidad) con discapacidad intelectual-normativa tradicional. Siendo esto una cuestión lógicamente positiva, se echa en falta, de nuevo, una propuesta más transversal que hubiera incluido personas mayores, migrantes, personas con grados de analfabetismo funcional etc. Lo que hubiera enriquecido las acciones propuestas y además, habría servido como garantía de la visión expansiva más allá de la discapacidad-normativa tradicional, que promulga esta ley en su preámbulo.

En cuanto a la redacción modificada del artículo 5 que menciona los *ámbitos de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal*. Se observa, sin embargo, que la única medida real contemplada por la ley, es que el Gobierno, en un plazo de dos años, ponga en marcha la realización de estudios en los ámbitos que se consideren más importantes de cada uno de los 9 apartados.

Por un lado, esto deja sujeta a la absoluta discrecionalidad del poder ejecutivo del momento, la jerarquización de la importancia de dichos ámbitos, manteniendo el foco del poder decisivo en la esfera política, y por otro, no se está previendo un plazo de aplicación de medidas concretas, tan sólo uno para dar comienzo a ciertos estudios de carácter teórico. La dilación en la adopción de medidas, el hecho de que las que se contemplen sean puramente teóricas y discrecionales, no protege la participación y agencia ciudadana.

La inclusión de la accesibilidad cognitiva dentro del diccionario jurídico oficial, que tanto se ha celebrado como la adquisición de un nuevo derecho, en realidad, se ha configurado más bien como un

³⁰Centro Español de accesibilidad cognitiva. "Congreso internacional de accesibilidad cognitiva 2023" <https://www.ceacog.es/que-hacemos/congreso-internacional-deaccesibilidad-cognitiva-2023/>

complemento. Esto se ha dejado patente en su propia definición (o la ausencia de la misma) y se ha seguido la misma línea en los preceptos modificados a lo largo del desarrollo normativo.

Así, en todo el cuerpo de la norma, la accesibilidad cognitiva apenas aparece mencionada en conexión con el resto de derechos. Sobre todo, se recoge como un beneficio ligado al Derecho a la Vida Independiente configurado en el Capítulo V del Texto Refundido en los artículos del 22 al 29 bis), este último, añadido por la nueva normativa y en Capítulo I. Derecho a la Igualdad de Oportunidades, art. 66. A continuación pasamos a revisar dicha laguna apuntada en los preceptos:

Capítulo II. Derecho a la Salud.

No contiene ninguna sola mención a la accesibilidad, ni universal ni cognitiva.

Capítulo III. De la Atención Integral.

Define que la atención integral son los procesos por el cual las personas con discapacidad adquieren su máximo nivel de autonomía, independencia, capacidades, inclusión y participación, y en base a esto define sus programas. Sin embargo, ninguno de los programas contemplados en este apartado menciona la accesibilidad, que, sin embargo, es un requisito indispensable para la consecución de la autonomía.

Capítulo IV. Derecho a la Educación

No se hace ninguna referencia a la Accesibilidad en todo el capítulo.

Capítulo VI. Derecho al Trabajo

Sólo en el artículo 39.2 se expone que las ayudas para generación de empleo para personas con discapacidad «(...) podrán ser la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten (...) la comunicación o comprensión» entre otras.

Capítulo VII. Derecho a la Protección Social

Se cita de manera muy superficial en el anteúltimo artículo y sólo en lo referente a las actividades deportivas, culturales y de ocio, que se «desarrollarán, siempre que sea posible, de acuerdo al principio de accesibilidad universal» (art. 51.8)

Capítulo VIII. Derecho de Participación en los asuntos públicos.

No se hace mención en toda la redacción.

Capítulo IX. Obligaciones de los poderes públicos.

No se hace ninguna mención de la Accesibilidad.

Título II, Capítulo I. Derecho a la Igualdad de Oportunidades.

En el artículo 66 de Contenido de las medidas contra la discriminación, se expone que estas «podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables» y que

A estos efectos, se entiende por exigencias de accesibilidad los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas.

Título II. Capítulo II. Medidas de fomento y defensa.

Tan sólo se menciona la Accesibilidad en los dos primeros artículos. 70 y 71, en los que se exponen las medidas para fomentar la calidad «Las administraciones públicas adecuarán sus planes de calidad (...) incluirán en ellos normas mínimas de no discriminación y accesibilidad» y las medidas de innovación y desarrollo de normas técnicas en el que se redacta que «las administraciones públicas fomentarán la innovación e investigación aplicada (...) en accesibilidad universal, diseño para todas las personas(...)».

Esta ausencia reiterada es producto de una cultura jurídica y política para la cuál la accesibilidad ha estado casi exclusivamente vinculada a la accesibilidad física o, como mucho, sensorial, y la adaptación del entorno no se vinculaba con el derecho a comprender tal entorno sino, simplemente, a transitarlo por los márgenes.

3.2.2.- Interseccionalidad

Para revisar la interseccionalidad contemplada en la norma, no podemos ceñirnos meramente a la disposición en sí, en tanto que al ser una modificatoria de otra disposición legislativa previa, y al sólo contener un artículo que se centra exclusivamente en definir y proponer una regulación mínima de la accesibilidad cognitiva, la cuestión interseccional no queda apenas reflejada sino en las ocasiones que en la que contempla este derecho como un beneficio *para todas las personas* tanto en la citada parte I del Preámbulo, como en la definición de la materia regulada, en virtud del art.2 k) o en el nuevo art.29 bis. que configura las Condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, en el que se vuelve a reiterar la definición que se redacta para todas las personas. Como ya se ha defendido ampliamente en el apartado anterior, estas tres menciones son superficiales y no garantizan, en base al resto de la ley, una protección efectiva interseccional.

En cuanto a otras menciones más concretas, se puede citar el principio de la primera parte del Preámbulo en el que la argumentación

y justificación jurídica de la norma alude a la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*³¹ en base al derecho «de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico», que por otro lado, sin dar posteriormente a esta cuestión una extensión en el cuerpo normativo de la ley, parece más una conexión arbitraria que una intención de contemplar las discriminaciones interseccionales de las personas con discapacidad racializadas y/o migrantes.

En donde observamos con optimismo que si se contempla algo más específicamente, es en la ley previa, la normativa fundamental de las personas con discapacidad en España, el ya citado Real Decreto Legislativo 1/2013. En el título I artículo 7. Derecho a la Igualdad, en el apartado 4

Asimismo, las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías.

En el Capítulo V referente al Derecho a la Vida independiente, dentro de la Sección 1ª. Disposiciones Generales, en el artículo 22. que es el que regula la Accesibilidad, el final del apartado 1 reza que «los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal (...) tanto en zonas urbanas como rurales», lo que se reitera en la redacción del Artículo 49. Sobre criterios de aplicación de la protección social dentro del Derecho a la Protección Social del Capítulo VII, en el apartado 2 «(...) teniendo en cuenta las barreras específicas de quienes habiten en zonas rurales».

Así como, por último, se menciona de manera específica dentro del Título II, Capítulo I sobre el Derecho a la Igualdad de Oportunidades, en virtud del artículo 66. medidas de acción positivas, en su apartado 1

1. Los Poderes Públicos adoptarán medidas de acción positiva (..) incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y las niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como para las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural.

³¹ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada el 21 de diciembre de 1965. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/cerd_SP.pdf

Se observa de manera muy positiva la mención a la discriminación interseccional en varios preceptos de la norma, aunque no está exenta de limitaciones, como que la propia ley no la denomina de ese modo sino como ‘discriminación múltiple’, lo que invisibiliza en gran parte la redefinición contrahegemónica propuesta respecto a los conceptos clásicos de discriminación y la subordinación que supone. Por otro lado, en el Capítulo I. Artículo 2. en el que se exponen las definiciones principales de la norma se redactan la Discriminación directa, la indirecta y por asociación, pero ni la interseccional o siquiera la múltiple, se definen en el precepto.

3.2.3.- Iusfeminismo y lenguaje No Sexista

Si bien en el preámbulo de la norma se menciona una sola vez a «hombres y mujeres con discapacidad», no se abordan en el resto del texto las experiencias específicas de mujeres con discapacidad —ni mucho menos de otras identidades subalternizadas— en relación con la accesibilidad cognitiva.

También se echa en falta, como respuesta al debate mencionado en capítulos anteriores, sobre la economía del lenguaje y el uso de lenguajes inclusivos, a la hora de definir las características de la accesibilidad cognitiva, por ejemplo en el artículo 2.k) o en el artículo añadido 29 bis. sobre las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, que la norma se posicionase de manera clara y firme en la exigencia de un uso del lenguaje no sexista integrado de forma irrenunciable en los sistemas de lenguaje accesibles. Esta ley reitera de forma continuada la expresión «accesibilidad y no discriminación», sin embargo, el olvido sistemático de las mujeres en el desarrollo legislativo no tiene cabida ante tal postulado. De hecho, esta ausencia de visibilización de los efectos de género de la falta de accesibilidad jurídica tiene consecuencias como las que hemos observado cuando mencionábamos las sentencias publicadas en lectura fácil, esta es, la evidente desproporción en el acceso a la justicia de las mujeres con discapacidad.

En lo relativo al uso del lenguaje No-Sexista, la redacción de la nueva norma ha sido cuidadosa y en todo momento se habla en genéricos plurales e inclusivos como: ‘ciudadanía’, ‘personas’ o ‘personas con discapacidad’. Toda la norma se expresa en esos términos, a excepción de su última locución en la que reza «(...)Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley».

Es muy significativo el cambio en la conciencia de la administración de justicia si comparamos la redacción de esta ley con la norma a la que se circunscribe. En el Real Decreto Legislativo 1/2013, el lenguaje No-Sexista todavía estaba en camino de ser incorporado, y aunque en muchas partes de la legislación ya se

apreciaban cambios lingüísticos, en otros tantos se sigue utilizando el masculino genérico. Desde el Preámbulo «(...)conciene a todos los ciudadanos». En el mismo párrafo se refiere a los «sujetos activos titulares de derechos (...)» y al «resto de los ciudadanos».

En el art. 11 sobre la Prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, repite que esto «(...)constituye un derecho y un deber de todo ciudadano» y de igual modo en el art. 28 «(...)servicios de atención al ciudadano». No deja de ser interesante leer en la Disposición adicional quinta, un precepto que, podríamos decir, entra en sí mismo en contradicción expresando «(...) garantizar la accesibilidad universal y no discriminación a todos los ciudadanos».

El cambio de perspectiva respecto al uso jurídico del lenguaje no sexista es una muestra de que tal lenguaje no es estático, que su evolución es una realidad tangible, que el derecho no se deteriora ni sucumbe en el caos por cumplir con las exigencias sociales, y es, por tanto, un argumento sólido para continuar exigiendo más transformaciones en dicho lenguaje, como la de la accesibilidad, siempre sumativas y nunca excluyentes las unas de las otras.

3.2.4.- Medidas de acción positiva

En el texto de esta norma no aparecen referencias directas y específicas a medidas de acción positiva ni términos homólogos. Lo más cercano a estas en la nueva ley se encuentra en la parte II del preámbulo «Todo ello lleva consigo la obligación de adoptar medidas específicas para garantizar las condiciones de accesibilidad y no discriminación en todos los ámbitos que la ley enumera (...)» que serán desarrolladas en las disposiciones adicionales como; Estudios específicos sobre accesibilidad cognitiva, elaboración de un Reglamento de condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, aprobación del II plan de Accesibilidad o la creación del Centro Español de accesibilidad cognitiva, respectivamente. Para conocer el alcance de estas medidas habrá que esperar por tanto al desarrollo normativo previsto.

De momento, para analizar el tratamiento real de la Acción Positiva respecto a la accesibilidad cognitiva, debemos acudir a la ley que la 6/2022 modifica y en la que encuentra su sustento legal. En esta, en el *Título II, Capítulo I. Derecho a la Igualdad de Oportunidades*, las exigencias de accesibilidad se concretan sólo en el artículo 66 como medidas «contra la discriminación» y no en el posterior 67 como «medidas de acción positivas» lo cual tiene consecuencias en relación a las diferentes obligaciones que adoptan cada uno respecto a los poderes públicos, «Artículo 67. Medidas de acción positiva 1. Los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva(...)» Aunque, también expone que «Artículo 68. (...) Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos(...)»

Pero pese a esa 'naturaleza de mínimos', estas medidas se redactan como una obligación positiva hacia el estado, sin embargo las correspondientes medidas contra la discriminación son expuestas como ajustes razonables, de carácter individual y supeditados a ponderación económica

A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.(...)

Esta configuración se encuentra en la misma línea que la citada Observación General núm.1 del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, por la cual la «información accesible sobre las decisiones que tengan efectos jurídicos» es entendida como «el derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica» que son imposiciones relativas «salvo cuando impongan una carga desproporcionada o indebida»³²

Atendiendo a la jurisprudencia del TC, que al menos en los últimos años, tiene una visión más amplia y menos formalista, y ha vinculado los Ajustes Razonables con el art. 9.2. CE, conexión que parecía exclusiva de las medidas de acción positiva, por ejemplo, en la celebrada STC 61/2021, que sienta un precedente declarando como acto discriminatorio la negativa de una empresa y los tribunales posteriores, a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo a una persona con síndrome de asperger³³, que, sin embargo, carecía de certificado administrativo de discapacidad y que se había reservado hasta ese momento (la información sobre su condición) alegando que lo consideraba perteneciente al ámbito de su intimidad), y aportó informe psiquiátrico con tal diagnóstico del doctor que venía tratándolo desde el año 2002; Se propuso que la instructora acordara una diligencia de reconocimiento psiquiátrico para confirmarlo, ofrecimiento que no fue aceptado; alegó una posible discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE) en la actuación administrativa

³²Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1 (2014), sobre el artículo 12 de la Convención: Igual reconocimiento como persona ante la ley. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CRPD-C-GC-1_sp.doc

³³Tribunal Constitucional. Sentencia 61/2021, de 15 de marzo de 2021. Recurso de amparo núm. 6838-2019. BOE núm. 97, 23 de abril de 2021. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26648>

dirigida a apartarle del servicio, así como el derecho a «ajustes razonables» en su puesto de trabajo, conforme a las normas que regulan los derechos de las personas discapacitadas; y denunció la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (por la práctica de la testifical anónima y la del testigo-sorpresa).

Fallos como este vienen garantizando un deber de los poderes públicos sobre los mentados ajustes, si bien, aún se acusa que dichos ajustes sean también susceptibles de ser exigidos por otros colectivos, y/o sin la obligatoriedad de la acreditación de una situación médico-administrativa que no nos deja abandonar la propia discriminación que supone la medicalización (certificada) de las diferentes capacidades humanas y que además, contribuye a invisibilizar todos los factores sociales y económicos que influyen en las mismas.

Además, como podemos comprobar por la redacción normativa expuesta, las medidas de acción positiva están contempladas como una cuestión inserta dentro del derecho a la igualdad de oportunidades. Desde la teoría del derecho antisubordiscriminatorio que sostiene este análisis, esta simbiosis jurídica provoca que dichas medidas queden asimiladas a una igualdad enfocada a la consecución de fines neoliberales competitivos y productivos, más que a provocar un cambio real de sistema en el que sea este el que se adapte a la persona, así, la accesibilidad, como hemos apuntado, no se contempla dentro de las medidas de acción positiva. A su vez, las medidas contra la discriminación deberían ser un reverso con las de acción positiva, y no estar configuradas como ajustes razonables, a fin de que todas ellas sean exigibles a los poderes públicos y posean una entidad propia dentro de la ley para garantizar su transversalidad en todos los derechos y no sólo en dos, de todos los redactados.

Es complicado imaginar un la consagración de un nuevo derecho social subjetivo que cumpla con las exigencias de igualdad y no discriminación, mientras los Derechos Sociales sigan positivizándose desde un prisma hegemónico-tradicional que los supedita a los derechos Económicos.

A parte de lo redactado en el texto legislativo, es igualmente relevante hacer hincapié además, en el cómo se ha redactado. Observamos que la Ley 6/2022, que regula de manera específica la materia de accesibilidad cognitiva, carece de adaptaciones a Lectura Fácil y a otros sistemas alternativos de comunicación, es decir, contradice sus propias condiciones de accesibilidad.

Por su parte, sí se ha publicado una adaptación del Real Decreto Legislativo 1/2013 a lectura fácil, disponible en la organización impulsora de esta ley, Plena Inclusión³⁴ entre otras adaptaciones

³⁴Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Edición adaptada por Confederación Plena Inclusión España, 2015.
https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/ley_general_de_derechos.pdf

importantes también recogidas tanto en su web como en otros espacios on line de asociaciones defensoras del derecho a la accesibilidad cognitiva³⁵. Sin embargo, esta última norma que es la que garantiza de forma concreta el derecho a comprender, ni siquiera ha llegado a ese rango, ya que no ha sido adaptada ni de forma oficial ni por organizaciones no gubernamentales.

El principal reclamo, pese a lo positivo de las adaptaciones extra-gubernamentales, es que estas deben ser ejes fundamentales de obligación positiva hacia los poderes públicos, remitiéndonos a la propia norma en su Preámbulo, en la que se justifica en base a ser la garantía de cumplimiento con lo ratificado en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁶ que establece en su artículo 9 «el derecho de las personas con discapacidad a la accesibilidad en todas las áreas de la vida y establece la obligación de los Estados Partes de tomar medidas efectivas para garantizar el acceso pleno y efectivo de las personas con discapacidad a la información, los servicios y los entornos físicos». Que, además, se ve ampliado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que en sus observaciones finales³⁷, formula recomendaciones que trascienden al precepto anterior y lo amplían a ámbitos como los servicios de Justicia, libertad de expresión y opinión, acceso a la información de salud y participación en asuntos políticos y públicos.

Así mismo, la norma en su artículo 5, respecto al Ámbito de aplicación «e) Relaciones con las Administraciones Públicas (...) f) Administración de justicia».

Sin embargo, supeditadas a los plazos del Gobierno en virtud del apartado 1 del artículo 23 de la norma analizada y a las condiciones de ajustes razonables regulados en la misma, que modifica en el artículo 66.2, quizás se entienda que la adaptación del BOE a Lectura Fácil sobrepasa la razonabilidad de estos ajustes. Son contados los ejemplos previos a esta ley que han hecho un esfuerzo por la accesibilidad cognitiva en la administración de justicia antes de su regulación normativa³⁸, lo que aleja la percepción siquiera de poder solicitar una adaptación -o idealmente, tener pleno derecho a ella- por las personas que no posean capacidades lectoescritoras suficientes como para

³⁵Disponibles en: <https://repositori.lecturafacil.net/es>

³⁶Naciones Unidas. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

³⁷Ibíd.

³⁸Aunque existen más leyes adaptadas, esta es una de las pocas publicadas en una comunicación oficial de la administración, el Boletín Oficial de Aragón en este caso. García Muñoz, Óscar. Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Versión en lectura fácil. Real Patronato sobre Discapacidad / Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.

comprender sucintamente una ley que regule aspectos de su vida o una sentencia sobre su propio procedimiento judicial.

Al no contemplarse las adaptaciones normativas y de jurisprudencia dentro de las medidas de acción positiva, o mejor dicho, al persistir con una idea interiorizada de la accesibilidad cognitiva como una suerte de ajustes razonables en vez como un derecho subjetivo con conexión con los derechos fundamentales, como señalamos en el párrafo anterior, estas cuestiones quedan vagas y discrecionales, lo que nos conduce a la incoherencia e inseguridad jurídica, en tanto que no hay garantías de accesibilidad cognitiva siquiera en la propia norma que la regula.

4.- CONCLUSIONES

A través del análisis realizado a la norma 6/2022, se ha observado de qué forma el poder legislativo nacional ha positivizado el derecho a la accesibilidad cognitiva, a la luz del paradigma de derecho antisubordiscriminatorio y sus indicadores principales; repolitización, interseccionalidad, iusfeminismo y acción positiva.

Como conquista principal, se encuentra que la ciudadanía haya sido escuchada por los poderes públicos, y que la práctica que de este derecho se estaba realizando de facto, haya sido formalmente positivizada en el ordenamiento jurídico.

Para llevarse a cabo sin embargo, se encuentra que desde la legislación se ha escogido el camino *fácil*, mediante una norma muy reducida en dimensiones -y habrá que ver si en alcance- en la que su contenido principal es una leve modificación del Real Decreto Legislativo 1/2013 para introducir la accesibilidad cognitiva como una dimensión reconocible del derecho a la accesibilidad universal. Su análisis desde el enfoque del derecho antisubordiscriminatorio muestra importantes limitaciones estructurales.

En primer lugar, lo reiterado acerca de que esta ley no está configurada como norma autónoma, ni siquiera como una modificación estructural de la previa, sino como una introducción conceptual breve, de alcance difuso, lo que debilita su fuerza simbólica y jurídica. Además, su articulación, en ocasiones, reproduce una visión centrada en la discapacidad normativa tradicional, dejando fuera a otros colectivos igualmente vulnerables como personas mayores, migrantes o personas con bajo nivel de alfabetización.

El estudio crítico también evidencia una falta de aplicación transversal. La accesibilidad cognitiva sólo se contempla expresamente en algunos artículos, sobre todo, en los relacionados con el derecho a la vida independiente, dejando, por otro lado, una laguna importante en derechos clave como la salud, la educación o la participación pública. Esto evidencia una implementación parcial y fragmentaria que dificulta consolidar la accesibilidad cognitiva como un derecho transversal y exigible.

Asimismo, la ley carece de una definición precisa y autónoma de accesibilidad cognitiva, remitiéndose como parte de la accesibilidad universal, lo que limita su desarrollo conceptual y operativo. Es muy positivo, por otra parte, destacar la mejora cualitativa en el uso del lenguaje no sexista en la redacción normativa, lo que pone de manifiesto la ductilidad del lenguaje jurídico, y también es muy relevante, la mención, aunque sea de forma puntual, de la voluntad expansionista de protección a otros colectivos sociales en el preámbulo del documento. Igualmente destacable es la rápida y efectiva formación y puesta en marcha del centro nacional de accesibilidad cognitiva previsto en el texto normativo.

Por último, quizás lo que más incoherente resulte, es la ausencia de una adaptación -y la ausencia de interpelación a la acción hacia los poderes públicos- del texto legislativo a formatos Accesibles Cognitivamente (Lectura Fácil, Lenguaje Claro, Lengua de Signos...) lo que supone, en primer lugar, una falta de compromiso con las Acciones Positivas (como se venía intuyendo en la omisión de estas por parte de la nueva ley) y en segundo, una paradoja hacia su propio contenido.

En conclusión, si bien la Ley 6/2022 supone un avance normativo innegable, su implementación práctica y alcance parecen perfilarse insuficientes. La accesibilidad cognitiva debe dejar de entenderse como un ajuste razonable o como una medida accesorio y comenzar a considerarse como un derecho subjetivo, transversal, exigible y conectado con principios constitucionales como la igualdad, la no discriminación y la seguridad jurídica. Para ello, será necesario el desarrollo de una normativa propia y autónoma que garantice este derecho como derecho subjetivo y, a la vez, como principio rector del ordenamiento jurídico, en tanto que la accesibilidad cognitiva es la primera puerta de entrada a la comprensión del resto de derechos.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel. "Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?" *Jueces para la Democracia*, 2003, 43-46.
- Atienza, Manuel. "Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo." *Teoría Política*, Annali 1 (2011): 139-146.
- Barrère Unzueta, María Ángeles. "El derecho antidiscriminatorio desde el iusfeminismo interseccional: el derecho antisubordiscriminatorio." En *Lo personal es jurídico. Apuntes para pensar el derecho desde la teoría feminista*, cap. 2. Barcelona: Atelier, 2022.
- . "Filosofías del derecho antidiscriminatorio ¿qué derecho y qué discriminación? una visión contra-hegemónica del derecho antidiscriminatorio." *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2018): 32. <https://doi.org/10.53054/afd.vi34.2326>.
- . "Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación." En *Mujeres, derechos y ciudadanías*,

- editado por Ruth Mestre i Mestre, 45–72. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . “Una filosofía del derecho situada y posicionada.” *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 39 (2023): 120.
- . “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión.” Ponencia presentada en las Jornadas sobre Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres, Vitoria-Gasteiz, 2002. <https://www.uv.es/cefd/9/barrere2.pdf>
- Castillo, Inmaculada. “Diferencia entre tutela y curatela.” *Mundo Jurídico*, 1 de febrero de 2021. <https://www.mundojuridico.info/diferencia-entre-tutela-y-curatela/>
- Centro Español de accesibilidad cognitiva. “Congreso internacional de accesibilidad cognitiva 2023.” 2025. <https://www.ceacog.es/que-hacemos/congreso-internacional-deaccesibilidad-cognitiva-2023/>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general núm. 1 (2014), sobre el artículo 12 de la Convención: igual reconocimiento como persona ante la ley*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CRPD-C-GC-1_sp.doc
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general núm. 2 (2014), sobre el artículo 9 de la Convención: accesibilidad*.
- De Sousa Santos, Boaventura. “La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental.” En *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, 47. ISLA, 2009.
- Fernández Nóvoa, Carlos. *Tratado de Derecho de Marcas*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Fineman, Martha Albertson. “Feminist Legal Theory.” *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 13, no. 1 (2005): xx–xx.
- García Muñoz, Óscar. *Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Versión en lectura fácil*. Real Patronato sobre Discapacidad / Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.
- Gobierno de España. *Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, 21 de abril de 2008, 20648–20659. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>
- Hill Collins, Patricia. “The Politics of Black Feminist Thought.” En *Black Feminist Thought*, editado por Patricia Hill Collins, xx–xx. Ithaca: Unwin Hyman, 1990.
- Juzgado de lo Social Ordinario de Pontevedra. *Sentencia*, 14 de noviembre de 2024. ROJ: SJSO 1613/2024. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

- Juzgado de Primera Instancia de Castellón. *Sentencia*, 13 de febrero de 2022. ROJ: SJPI 299/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>
- La Administración al Día (INAP). "Reforma del artículo 49 de la Constitución Española." *La Administración al Día*, 19 de febrero de 2024. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1241521>
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Edición adaptada por Confederación Plena Inclusión España, 2015. https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/ley_general_de_derechos.pdf
- Naciones Unidas. *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. 2008. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- . Asamblea General. *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*. 21 de diciembre de 1965. https://www.ohchr.org/sites/default/files/cerd_SP.pdf
- Sister Outrider / Afrofeminas. "interseccionalidad: definición, historia y guía." *Afrofeminas*, 2 de octubre de 2024. <https://afrofeminas.com/2023/05/11/interseccionalidad-definicion-historia-y-guia/>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia 61/2021, de 15 de marzo de 2021. Recurso de amparo núm. 6838-2019. Boletín Oficial del Estado*, núm. 97, 23 de abril de 2021. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26648>
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. *Sentencia 9043/2018, de 19 de noviembre*. FJ 6. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d0b6a aa4b071b47f/20181119>
- Torres Díaz, María Concepción. "Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial." *RCDP blog*, 5 de abril de 2017. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2017/04/05/justicia-y-genero-de-la-teoria-iusfeminista-a-la-practica-judicial-maria-concepcion-torres-diaz/>