



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL
N.º 16

**BIOÉTICA, INTELIGENCIA
ARTIFICIAL Y CONSTITUCIÓN**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

ISSN: 2222-0615

ISSN-e: 2664-2719

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

BIOÉTICA, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros N.º 209 - San Isidro - Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.º 16
BIOÉTICA, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONSTITUCIÓN
N.º 16 - Nueva Época - Julio-Diciembre de 2023

Director: Helder Domínguez Haro
Editor: Alfredo Orlando Curaca Kong

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N.º 99-3844
ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* se encuentra
disponible en acceso abierto bajo la licencia CREATIVE COMMONS
Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)



La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* no se solidariza necesariamente con
las opiniones vertidas por los autores de los artículos. El contenido y lo redactado en
estos es de su exclusiva responsabilidad.

Los artículos de la *Sección Especial* son arbitrados de manera anónima por especialistas
externos.

Publicado: diciembre de 2024



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Revista Peruana de Derecho Constitucional

Publicación semestral del Tribunal Constitucional

N.º 16, julio-diciembre, 2023

Lima, Perú

PRESIDENTE

Francisco Morales Saravia

Tribunal Constitucional del Perú

DIRECTOR

Helder Domínguez Haro

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

EDITOR

Alfredo Orlando Curaca Kong

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Javier Antonio Adrián Coripuna

Tribunal Constitucional del Perú

Edgar Enrique Carpio Marcos

Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Luis Andrés Roel Alva

Universidad San Martín de Porres

Óscar Arturo Díaz Muñoz

Tribunal Constitucional del Perú

Nadia Paola Iriarte Pamo

Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Berly Javier Fernando López Flores

Tribunal Constitucional del Perú

Roger Rafael Rodríguez Santander

Tribunal Constitucional del Perú

Luis Raúl Sáenz Dávalos

Tribunal Constitucional del Perú

Camilo Suárez López de Castilla

Tribunal Constitucional del Perú

Alex Enrique Ulloa Ibáñez

Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Hernesto Vásquez Pérez

Tribunal Constitucional del Perú

Miguel Rodríguez Albán

Universidad Nacional de Trujillo

CONSEJO CONSULTIVO

Jorge Alejandro Amaya

Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Ronald Cárdenas Krenz

Universidad de Lima, Perú

Francisco Javier Díaz Revorio

Universidad de Castilla -
La Mancha, España

Francisco Fernández Segado

Universidad Complutense de Madrid, España

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Universidad Nacional Autónoma
de México, México

Domingo García Belaunde

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Tania Groppi

Universidad de Siena, Italia

Peter Häberle

Universidad de Bayreuth, Alemania

Luis López Guerra

Universidad Carlos III, España

Pablo Luis Manili

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Patricio Maraniello

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Luiz Guilherme Marinoni

Universidad Federal de Paraná, Brasil

Luca Mezzetti

Universidad de Boloña, Italia

Marco Olivetti

Universidad de Roma LUMSA, Italia

Lucio Pegoraro

Universidad de Bologna, Italia

Juan Carlos Remotti Carbonell

Universidad Autónoma de Barcelona, España

Roberto Romboli

Universidad de Pisa, Italia

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

Universidad de Jaén, España

Néstor Pedro Sagüés

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Alejandro Saiz Arnaiz

Universidad Pompeu Fabra, España

Michel Troper

Universidad de París X-Nanterre, Francia

Diego Valadés Ríos

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Eduardo Andrés Velandia Canosa

Universidad Libre, Colombia

ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

© Fondo Editorial del Tribunal Constitucional
Los Cedros N.º 209, San Isidro, Lima, Perú
Teléfonos: (511) 440-3587 y (511) 440-3589
publicaciones.cec@tc.gob.pe

ÍNDICE GENERAL

HELDER DOMÍNGUEZ HARO
Presentación 11

SECCIÓN ESPECIAL
Bioética, inteligencia artificial y Constitución

EDWIN FIGUEROA GUTARRA
*Inteligencia artificial, ChatGPT y jueces.
Nuevos retos para la función jurisdiccional* 23

RONALD CÁRDENAS KRENZ
Algorética: la ética del algoritmo 39

RAFAEL SANTA MARÍA D’ANGELO / ANGELA YSABEL GOMEZ TICONA
*Aportes de la bioética a los derechos humanos:
entre el fundamento y la regulación* 51

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN
*Los sistemas inteligentes de identificación y reconocimiento
biométrico y los derechos humanos* 69

JOSÉ REYNALDO LÓPEZ VIERA
*La inteligencia artificial y su impacto en los derechos humanos.
Una breve descripción sobre los desafíos que plantea la tecnología
a la humanidad en el siglo XXI* 103

ALINE ALBUQUERQUE	
<i>Inteligência artificial e direito do paciente: desafios éticos e jurídicos</i>	137
LUIS ANDRÉS ROEL ALVA / EDUARDO JESUS CHOCANO RAVINA	
PILAR MILAGROS SALAZAR PARIONA	
<i>Las nuevas tecnologías y el daño al derecho a la autodeterminación informativa y derechos conexos. La IA como una nueva amenaza para los derechos fundamentales</i>	159

SECCIÓN MISCELÁNEA

KARINA FIORELLA APAZA DEL CARPIO	
<i>Medidas cautelares en el proceso constitucional peruano</i>	195
MONIKA GIANNINA NAVARRO CUIPAL	
<i>Invisibilización de los derechos fundamentales en afrodescendientes</i>	225
ARSENIO ORÉ GUARDIA / LIZ CHIPA AVILA	
<i>Aproximación crítica a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito del caso Barrios Altos.....</i>	237
JESÚS ÁNGEL CADENA ALCALÁ	
<i>Hermenéutica judicial y juicio de ponderación de los derechos fundamentales. Una mirada a través de la jurisprudencia constitucional latinoamericana.</i>	263

**SECCIÓN HOMENAJE
Manuel Aguirre Roca**

MANUEL AGUIRRE ROCA	
<i>La Razón Principal del Fracaso del TGC</i>	293
MANUEL AGUIRRE ROCA	
<i>Nacimiento, vía crucis y muerte del TC.....</i>	307
CÉSAR LANDA	
<i>Robots, Constitución y deberes fundamentales.....</i>	329
EDGAR CARPIO MARCOS	
<i>Manuel Aguirre Roca, juez de la constitución</i>	351

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS	
<i>Don Manuel Aguirre Roca. Un magistrado ejemplar.....</i>	363
BIANCA ALEXANDRA ZUÑIGA SIGUAS	
<i>Problemática en torno a la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados dentro de los procesos penales</i>	367
MIGUEL FERNANDO CERDÁN DELGADO	
<i>El rol de la debida motivación de las resoluciones judiciales en un Estado social y democrático de derecho</i>	385

SECCIÓN JURISPRUDENCIA COMENTADA

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS	
<i>Diferencias entre el precedente constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Notas marginales a propósito de las posiciones asumidas en el expediente N.º 949-2022-PA/TC.....</i>	419
NADIA PAOLA IRIARTE PAMO	
<i>Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y derecho al agua potable Comentario a la Sentencia N.º 322/2023 (Expediente N.º 03383-2021-PA/TC)....</i>	433

9

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota preliminar	
<i>José Matías Manzanilla, catedrático de derecho constitucional.....</i>	455
JOSÉ MATÍAS MANZANILLA	
<i>Lección inaugural dictada en la facultad de ciencias políticas por el Dr. José Matías Manzanilla, profesor titular de economía política y encargado del curso de derecho constitucional</i>	459

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

EDDY CHÁVEZ HUANCA	
<i>La Reforma Constitucional</i>	473

HELDER DOMÍNGUEZ HARO	
<i>Una mirada jurídica a los clásicos del rock en español.....</i>	479
ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ	
<i>El régimen jurídico de los ministros de culto. Actas del X Simposio Internacional de Derecho Concordatario.....</i>	487
ALEX ULLOA IBÁÑEZ	
<i>Cuaderno de derecho constitucional</i>	491

SECCIÓN DOCUMENTOS

<i>Nota en relación con el debate sobre la reforma constitucional del párrafo dos del artículo ocho de la Constitución de 1839: derecho al sufragio de indígenas y mestizos</i>	499
<i>Debate sobre la reforma constitucional del párrafo 2 del artículo 8 de la Constitución de 1839</i>	505
<i>Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea 2024/1689</i>	529
<i>Guía de instrucción para los autores.....</i>	655

Presentación

El impacto de un escenario científico e informático en órbita constitucional

Permítaseme presentar el decimosexto número de nuestra *Revista Peruana de Derecho Constitucional* —en lo sucesivo RPDC—, cuya sección especial aborda un tópico importante y tenía que llegar a recintos constitucionales: el estudio de la bioética, la inteligencia artificial —en adelante IA— y su relación con la Constitución. En efecto, este número es significativo, por cuanto se adentra en un ámbito en el que los avances científicos y tecnológicos, sumado a su acceso masivo, se unen con las cuestiones fundamentales de la ética y las materias abordadas por el derecho constitucional.

La bioética, disciplina surgida en la primera mitad del siglo XX, es entendida —palabras más o palabras menos— como aquella rama de la ética que reflexiona sobre las implicaciones axiológicas y morales de la conducta humana en el campo de las ciencias, cuando esta conducta afecta o puede afectar a los seres vivos, en el inicio, desarrollo y fin de la vida. En este sentido, brinda, por ejemplo, la base ética para la toma de decisiones en las esferas de la salud, la biología y el medio ambiente, para fomentar, a su vez, un marco regulatorio apropiado, esto es, la juridicidad bioética o bioderecho como regulación o «juridificar la bioética» primero desde sus principios y la argumentación, utilizando expresiones de Manuel Atienza (década de los 90)¹.

¹ Véase: Atienza, M. (1996). Juridificar la bioética, *Claves de Razón Práctica*, 61: 2-15; y su libro del año 2004 llamado: *Bioética, derecho y argumentación*, Temis, Bogotá (hay una nueva edición Palestra, Lima, 2010).

A tono con lo anterior, la bioética se vincula estrechamente con el derecho constitucional, en la medida que comparten el objetivo de proteger principios y derechos de índole fundamental. Así ocurre, en cuanto la Constitución, norma suprema del orden estadual, refleja los valores esenciales de la Nación y es la base medular para ser desarrollada por adecuadas normas infraconstitucionales, en la sana convicción de modular, prescribir y solucionar las cuestiones que surgen por los avances de una sociedad cuya regla es el cambio constante, con el añadido de un acceso a los avances científicos y técnicos de manera masiva. En ese tramo, hay algo más, el jurista Díaz Revorio (2015) menciona, al respecto, lo siguiente:

[...] la bioética y la Constitución tienen una relación de complementariedad, por cuanto esta última aporta los valores para afrontar los problemas a solucionar por parte de la primera; en tanto que la bioética contribuye con el sentido práctico que se les dan a los mencionados valores, propone así su sentido o significado teniendo en cuenta las contribuciones de las diversas ciencias que conforman su esencial interdisciplinariedad (pp. 60-61)².

12

Por otro lado, la IA es otro ámbito de la tecnología actual en pleno auge. Esta es una herramienta informática que tiene la función de realizar tareas que usualmente requieren habilidades propias de la inteligencia humana, como el aprendizaje, el razonamiento y la solución de problemas. Tiempo atrás, se pensaba que la IA estaba reservada para maquinas sofisticadas y solo para el uso de expertos en ciencia y tecnología, sin embargo, actualmente está presente en nuestras actividades diarias, desde aquellas más domesticas hasta las más complejas, como en la búsqueda a través de navegadores, en la difusión en redes sociales o en los asistentes virtuales o chatbots de servicio al cliente de las empresas.

Es indiscutible que la implementación de la IA en sectores como el de la salud, el comercio, la publicidad, la seguridad, entre otros, ha traído consigo muchos beneficios, por cuanto la IA realiza las actividades de forma automática, complementando tareas rápida y eficazmente. Sin embargo, a medida que esta herramienta se vuelve más sofisticada y desarrolla cada vez más funciones, surgen preguntas sobre su impacto en los derechos, valores y principios constitucionales, máxime si es utilizada indebidamente por los usuarios y el inminente protagonismo del automatismo de las máquinas.

² En Díaz Revorio, F. (2015). *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4837/17.pdf>

En ese sentido, debemos ser sumamente cuidadosos y no ser avasallados por la IA, por una máquina u ordenador en «su» intento por imitar el funcionamiento del cerebro humano, en un entorno de auge de populismos y autoritarismos digitales. El formato populista materializado en internet ha sido ya puesto en debate por el iusfilósofo Mauro Barberis³.

Ante los beneficios y desventajas de la IA, surge una suerte de *ludismo posmoderno*, los temores y expectativas ante la velocidad de los cambios en todos nuestros ámbitos —social, laboral, político y jurídico— obligan también a aprender y desaprender rápidamente.

Algunos retos contemporáneos tienen que ver con la afectación del libre desarrollo de la personalidad, derecho a la imagen, la vida privada, la protección de datos personales, entre otros. Un ejemplo de ello, son los denominados *deepfakes*, esto es, generar una imagen, audio o video mediante el uso de una IA, a través de la cual se realiza la simulación de una persona ejerciendo determinada actividad, lo que evidentemente podría constituir una vulneración de su derecho a la imagen y hasta una afrenta contra su dignidad, con el añadido de ser un daño irreversible si toda esa información ingresa al ámbito digital.

En la actualidad nos encontramos ante una nueva era, donde la tecnología da pasos agigantados y veloces para solucionar problemas tanto de la cotidianidad como de actividades científicas de alto grado de complejidad. Así, el progreso tecnológico involucra acercarnos a áreas nuevas o poco exploradas y que nos topemos con situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico. La rápida evolución de la tecnología nos hace preguntarnos sobre cómo es que los postulados constitucionales pueden coadyuvar a resolver y regular acertadamente las situaciones problemáticas producidas en este escenario.

La interacción entre la bioética, la IA y el derecho constitucional no solo despierta debates jurídicos y deontológicos, también nos desafía a reconsiderar el ámbito de aplicación de nuestras normas frente a un futuro cada vez más digitalizado y biotecnológico. Es por ello que estudiar la bioética y la IA desde una óptica constitucional permite garantizar la protección de los derechos fundamentales mediante la creación de un marco normativo idóneo, promoviendo la justicia y equidad, así como busca, finalmente, el bienestar social en el desarrollo y la aplicación de la ciencia y tecnología presentes.

³ Léase: Barberis, M. (2020). *Come internet sta uccidendo la democrazia*. Chiarelettere editore S.R.L., Milán.

Este nuevo entorno no tradicional nos invita a reconocer nuevos derechos como los que se están estudiando, como el derecho al control humano sobre la IA, una suerte de veeduría o intervención humana en el diseño y desarrollo de este tipo de alta tecnología con el objeto de garantizar la protección de determinados bienes jurídicos, como sucede con la libertad de expresión, privacidad, entre otros.

Bajo el contexto descrito someramente, la sección especial está dedicada a tan delicada temática, se ofrece al exigente lector trabajos realizados tanto por especialistas nacionales como extranjeros, los cuales nos introducen en el análisis de cuestiones relacionadas con la triada conformada por la bioética, la IA y la ciencia constitucional.

Inaugura tal sección el artículo titulado «Inteligencia artificial, ChatGTP y jueces. Nuevos retos para la función jurisdiccional», del juez superior Edwin Figueroa Gutarra, en el cual se analiza el rol de la IA en la cotidianidad judicial. El autor concluye que la IA debe servir como una herramienta complementaria al papel de los jueces con el objeto de facilitar su labor, sin sustituirla, proponiendo algunas pautas para lograr dicho objetivo.

A continuación, el artículo «Algorética: la ética del algoritmo» del profesor Ronald Cárdenas Krenz, actual decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y especialista en estos temas, destaca la necesidad de incorporar aspectos éticos en el desarrollo y la aplicación de algoritmos, en aras de la debida implementación de un tratamiento legislativo y jurisprudencial en torno a esta temática.

En «Aportes de la bioética a los derechos humanos: entre el fundamento y la regulación», de Rafael Santa María D'Angelo y Angela Ysabel Gómez Ticona, se aborda la relación entre la bioética y los derechos humanos y la forma como esta conexión conlleva a una mejor comprensión de la dignidad humana como fundamento jurídico. Asimismo, se muestra la necesidad de un estudio interdisciplinario del derecho ante la realidad actual, crucial para enfrentar los desafíos éticos y legales presentes en la era de la biotecnología.

Miguel Lacruz Mantecón nos presenta, a renglón seguido, un artículo titulado «Sistemas inteligentes de identificación y reconocimiento biométrico y derechos humanos», en el cual explica el impacto positivo de la IA, pero también identifica sus riesgos en la implementación de sistemas de reconocimiento biométrico, en relación con la protección de derechos fundamentales.

Por su parte, el trabajo titulado «La inteligencia artificial y su impacto en los derechos humanos. Una breve descripción sobre los desafíos que plantea la

tecnología a la humanidad en el siglo XXI», de José Reynaldo López Viera, nos da una visión sobre las consecuencias que puede tener el creciente avance de la IA en la humanidad. De esta forma, realiza un pronóstico sobre la posibilidad invasiva de esta herramienta en las instituciones básicas del constitucionalismo, como la democracia y los derechos humanos.

La profesora brasileña Aline Albuquerque, en su aporte titulado «*Inteligência artificial e direito do paciente: desafios éticos e jurídicos*», aborda la problemática de los peligros del uso de la IA en la atención médica, lo cual tiene como consecuencia la afectación de los derechos de los pacientes. Es por ello que resulta de gran importancia brindar un enfoque ético-jurídico a esta discusión, para que se puedan priorizar las necesidades de los pacientes.

La sección especial cierra con el artículo conjunto de Luis Andrés Roel Alva, Eduardo Jesús Chocano Ravina y Pilar Milagros Salazar Pariona, intitulado «Las nuevas tecnologías y el daño al derecho a la autodeterminación informativa y derechos conexos. La IA como nueva amenaza a los derechos fundamentales»; en él se analiza la falta de control con respecto al uso de la IA para alterar imágenes e información, ocasionando la vulneración de derechos fundamentales específicos como el derecho a la imagen y a la protección de datos personales.

Por otro lado, el presente número de la RPDC trae —como es usual e indispensable— también una «sección miscelánea» para la difusión de otros trabajos jurídicos de relevancia constitucional. En esta ocasión, tal sección inicia con el artículo de la jueza constitucional Karina Apaza del Carpio, llamado «Medidas cautelares en el proceso constitucional peruano». En este se aborda la importancia de comprender la tutela cautelar en el proceso constitucional peruano, mediante el análisis de doctrinas y normativas actuales, así como de la jurisprudencia relevante.

De igual manera, se presenta el trabajo de la abogada Monika Giannina Navarro Cuipal, titulado «Invisibilización de los derechos fundamentales en afrodescendientes», en el cual realiza un análisis sobre la discriminación racial en el Perú y la afectación de los derechos fundamentales de las personas afrodescendientes.

También tenemos el artículo titulado «Aproximación crítica a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del caso Barrios Altos» de Arsenio Oré Guardia y Liz Chipa Ávila, el cual se centra en la discrepancia entre las decisiones jurisdiccionales nacionales y las de dicho Tribunal Supranacional, discutiéndose sobre la ampliación de competencias de esta corte internacional.

Como cierre de esta sección, aparece el artículo titulado «Hermenéutica judicial y juicio de ponderación de los derechos fundamentales. Una mirada a través de la jurisprudencia constitucional latinoamericana» de Jesús Ángel Cadena Alcalá donde estudia el constitucionalismo de los principios. Desarrolla también, el juicio de ponderación como metodología o herramienta argumentativa e interpretativa para resolver conflictos entre derechos fundamentales y principios constitucionales.

En el número anterior de la RPDC, inauguramos la «sección homenaje», dedicada a otorgar reconocimiento a distinguidas figuras del derecho constitucional peruano, siendo el primero el gran Pedro Planas. Sobre el particular, nos complace rendir tributo al exmagistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1989) y exmagistrado (1996-1997 y 2000-2004) y presidente (2002-2004) del Tribunal Constitucional del Perú, don Manuel Aguirre Roca, un notable peruano por sus contribuciones a la lucha por los valores democráticos, quien destacó además por su desempeño en múltiples facetas como juez constitucional, abogado, profesor y periodista. No tuve la suerte de conocerlo personalmente o, en todo caso, pude conocerlo a través de sus escritos y la singularidad de sus fallos, además de espiritualmente, al haber visitado su casa y enorme biblioteca, gracias a su querida esposa doña Herlinda Ibáñez, viuda de Aguirre Roca.

Abrimos esta sección con un artículo de su autoría, denominado «La razón principal del fracaso del TGC», originalmente publicado en la *Revista de Derecho THEMIS*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú (número 20, año 1991). Con gran ingenio, Don Manuel describe las evidentes falencias del Tribunal de Garantías Constitucionales y brinda su opinión sobre la que él denominaba la razón principal del fracaso de este órgano de justicia constitucional, la cual, a su criterio, era la falta de cumplimiento de su función casatoria.

En esta sección aparece también otro trabajo de su pluma, el artículo «Nacimiento, viacrucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú», en el cual comenta sobre las principales deficiencias del Tribunal Constitucional, entre ellas refiere una defectuosa ley orgánica y un inadecuado sistema de elección de magistrados, todo ello en un contexto de crisis de la institución. Agradecemos a su honorable familia por darnos la autorización para publicar el referido trabajo y por brindarnos acceso a los merecidos libros de homenaje titulados *La razón en el tiempo. Votos y fundamentos singulares del Dr. Manuel Aguirre Roca en el Tribunal Constitucional* (2009), *Manuel Aguirre Roca. Defensor de la Democracia y del Estado de Derecho* (2012), y *Manuel Aguirre Roca. Periodista* (2017).

La figura de don Manuel me hace recordar a Pedro Planas. Ciertamente, dos generaciones diferentes; empero, con puntos en común: hombres de bien,

apasionados defensores del derecho y de la democracia, activos periodistas y humanistas íntegros. Sobre este punto, no es casualidad que los homenajes se hayan iniciados con ellos.

Como debe ser, en esta sección, se incluyen artículos de diversos profesionales del derecho, que honran la memoria del homenajeado. Entre ellos, tenemos el artículo del también exmagistrado y presidente del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo, titulado «Robots, Constitución y derechos fundamentales», en el cual dedica unas palabras preliminares de reconocimiento hacia don Manuel Aguirre Roca. De igual modo, aparece en esta sección el trabajo del profesor Edgar Carpio Marcos, denominado «Manuel Aguirre Roca, juez de la Constitución», en el cual se realiza una remembranza de la vida y obra del fallecido expresidente del Tribunal Constitucional. Compartimos también en esta sección el trabajo rotulado «Don Manuel Aguirre Roca. Un magistrado ejemplar», de Luis Sáenz Dávalos, que ofrece unas sinceras y atinadas palabras de conmemoración.

Como parte del homenaje, cabe mencionar la realización en el 2023 del «I Concurso de Investigación en Derecho Constitucional Manuel Aguirre Roca», a cargo del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional —en lo sucesivo CEC—, el cual estuvo dirigido a estudiantes de las facultades de derecho de las universidades de nuestro país. En este número de la RPDC, publicamos los trabajos premiados con el primer y segundo lugar, debidamente evaluados por un comité de expertos.

El primer lugar fue otorgado al trabajo de la actual egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la señorita Bianca Alexandra Zúñiga Siguas, etiquetado «Problemática en torno a la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados dentro de los procesos penales». El segundo lugar fue otorgado al trabajo de investigación titulado «El rol de la debida motivación de las resoluciones judiciales en un Estado Social y Democrático de Derecho» del señor Miguel Fernando Cerdán Delgado.

El presente número de la RPDC cuenta, como es de conocimiento, con la «sección de comentarios a la jurisprudencia constitucional», en la cual diversos especialistas en derecho constitucional brindan sus reflexiones sobre las recientes sentencias del Tribunal de Cierre. Esta sección comienza con el análisis del profesor Sáenz Dávalos de la sentencia recaída en el expediente N.º 949-2022-PA/TC, caso Juan Enrique Martín Pendavis Pflucker, sobre la tenencia de mascotas en el interior de las viviendas pertenecientes a condominios ubicados en zonas de

playa; asimismo, continúa con los comentarios de la actual directora de Estudios e Investigación del CEC, Nadia Iriarte Pamo, a la sentencia recaída en el expediente N.º 03383-2021-PA/TC, acerca del derecho al agua potable.

En la «sección clásicos», presentamos la lección inaugural dictada por el destacado jurista, profesor y político peruano, José Matías Manzanilla, en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, publicada en su momento en la *Revista Universitaria* de dicha Casa del Saber correspondiente al año 1907; lección en la cual el catedrático, que reemplaza en el dictado de ese curso a don Luis Felipe Villarán, reflexiona sobre los orígenes del derecho constitucional y de las instituciones políticas de la época. Acompaña a tal clase inaugural una nota explicativa llamada «José Matías Manzanilla, catedrático de derecho constitucional».

En la «sección de reseñas bibliográficas», dedicada a comentar obras recientes y novedosas para la disciplina constitucional, se comenta en primer lugar la obra *La reforma constitucional*, del actual magistrado del Tribunal Constitucional, Gustavo Gutiérrez Ticse; en segundo lugar, el libro *Una mirada jurídica a los clásicos del rock en español*, proveniente del foro colombiano; en tercer lugar, *El régimen jurídico de los ministros de culto. Actas del X Simposio Internacional de Derecho concordatario*, publicada en el año 2023, que recoge las ponencias presentadas en el X Simposio Internacional de Derecho Concordatario; y, finalmente, la obra *Cuaderno de Derecho Constitucional*, de Luciano Benjamín Cisneros, la cual es una publicación reciente del CEC.

Finalmente, la revista culmina con la «sección documentos», en esta ocasión, documentación relativa al debate sobre la reforma del parágrafo dos del artículo ocho de la Constitución peruana de 1839, vale decir, al histórico debate sobre el voto indígena en el Perú. Se acompaña también a esta documentación una nota explicativa del tema.

Antes del cierre, deseamos agradecer especialmente a los magistrados del Tribunal Constitucional, por su decisiva colaboración y apoyo continuo a las actividades institucionales y académicas organizadas por el CEC. En esta oportunidad, por ejemplo, han sido integrantes del comité de expertos del referido «I Concurso de Investigación en Derecho Constitucional Manuel Aguirre Roca», y a su turno, el presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Morales Saravia, la vicepresidente Luz Pacheco Zerga y el magistrado Pedro Hernández Chávez, quienes nos acompañaron en la respectiva premiación.

También expreso mi agradecimiento a los miembros del equipo de trabajo del CEC involucrado en la elaboración de esta revista, en igual sentido, a los miembros del distinguido Consejo Consultivo y del Consejo Editorial, así como a los respetables revisores de par ciego. La dedicación, el compromiso y el trabajo arduo de los involucrados es esencial para garantizar la calidad y relevancia de los contenidos publicados en nuestra revista.

Este número representa un importante aporte a la comunidad académica y profesional. Cada edición representa un desafío y una oportunidad para difundir conocimiento, promover la discusión y fortalecer el estudio del derecho constitucional de modo interdisciplinario en nuestro país. Sin discusión, sin debate no hay derecho o es un derecho regresivo.

San Isidro, Navidad de 2023

Helder Domínguez Haro

Magistrado del Tribunal Constitucional
Director general del Centro de Estudios Constitucionales
Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional

SECCIÓN ESPECIAL
Bioética, inteligencia artificial
y Constitución

Inteligencia artificial, ChatGPT y jueces. Nuevos retos para la función jurisdiccional

*Artificial intelligence, ChatGPT and judges.
New challenges for the jurisdictional function*

 EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Resumen

El desarrollo de la inteligencia artificial (IA) a pasos agigantados en los últimos lustros es una verdad innegable. Sus efectos en la función jurisdiccional son igualmente importantes. La aparición del ChatGPT como un modelo coloquial de conversación que puede analizar, inclusive casos judiciales, demanda nuestro interés, nuevamente, por dilucidar cuál puede ser el alcance de la IA en relación con el trabajo judicial. La propuesta a construir es de una relación de complementariedad de la IA respecto a la labor de los jueces, y no la sustitución de los mismos. La complejidad de la función del juez hace necesaria e indispensable la labor de este.

Palabras clave

Inteligencia artificial, ChatGPT, jueces, función jurisdiccional, conflictos máquinas-jueces

* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

Abstract

The development of Artificial Intelligence (AI) by leaps and bounds in the last decades is an undeniable truth. Its effects on the jurisdictional function are equally important. The appearance of the ChatGPT as a colloquial model of conversation that can even analyze judicial cases, demands our interest, once again, in elucidating what the scope of AI can be in relation to judicial work, and the proposal to build is a relationship of complementarity of the AI with respect to the work of judges, and not their replacement. The complexity of the function of the judge makes his work necessary and indispensable.

Keywords

Artificial Intelligence, ChatGPT, judges, jurisdictional function, machine-judge conflicts

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, CHATGPT Y FUNCIONALIDADES. III. HABILIDADES COGNITIVAS PARA EL TRABAJO JUDICIAL. ¿EXISTE INDISPENSABILIDAD? IV. LA IA COMO COMPLEMENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. V. MÁQUINAS Y JUECES: ¿RELACIÓN DE CONFLICTO? VI. GLOSARIO DE CRITERIOS PARA UNA BUENA RELACIÓN IA-JUECES. VII. IDEAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La asistencia humana en el desarrollo, implementación y afianzamiento de las herramientas tecnológicas de apoyo a la función jurisdiccional ha sido moneda corriente, convencional y ordinaria. Es la inteligencia humana la esencia que consolida la funcionalidad, eficacia y utilidad de diversos instrumentos como expedientes judiciales electrónicos, sistemas integrados judiciales de toda la data de procesos, audiencias virtuales, notificaciones electrónicas, entre muchos otros recursos. La premisa de la cual parte toda esta construcción piramidal de datos es la indispensabilidad de la mente humana para la ejecución y buen desempeño de estos medios de apoyo.

Sin perjuicio de lo esbozado *supra*, y sobre la base de las reflexiones que anteceden, es cuestión de este estudio preguntarnos, a raíz de la reconocida herramienta ChatGPT —un audaz sistema de respuestas contextuales bien construidas dentro de sistemas de inteligencia artificial (IA)—, si esa acotada y tradicional dependencia humana hacia la tecnología seguirá siendo la misma o no a partir de

este sistema inteligente de respuestas coloquiales suficientemente argumentadas frente a problemas planteados.

Ciertamente, la herramienta que aludimos aún se encuentra en fase de implementación, pero hasta donde se registra avances de la data obtenida sin duda hemos de poner espacios entre paréntesis respecto a la necesidad ineludible de los humanos en cuanto a la construcción de respuestas inteligentes frente a problemas determinados. Estonia ya es un buen ejemplo de referencia sobre lo que acotamos, pues un caso judicial que no supere los 7 000 euros, en materia de daños y perjuicios, es íntegramente solucionado por un sistema de IA.

Seamos más directos en la cuestión que planteamos: ¿se afianzarán de modo tan eficiente ChatGPT u otros programas parecidos que ya no será indispensable, en su totalidad, la fiscalización humana? Somos los humanos quienes hemos construido ese software, así como somos nosotros, prevalentemente, quienes asignamos las funcionalidades de esos sistemas y, sin embargo, ¿será tan eficiente nuestro trabajo en esa materia que el alumno producto puede superar al maestro creador?

Sin duda, la respuesta merece las más diversas tentativas de esbozo, pero una cuestión ya es muy cierta: la IA avanza a pasos veloces e incommensurables, casi inconcebibles, de tal forma que no sería incongruente pensar en la posibilidad de que una máquina haga tan eficientemente su trabajo que, aunque no compartimos este juicio, pudiera prescindirse del juez mismo. Somos contrarios a esta alternativa pero su escrutinio es parte de este estudio.

Es un escenario cuasi irreal, pero es menester preguntarnos si no sería aquello una posibilidad a barajar más en el largo plazo que en el mediano plazo, y ni qué decir del corto plazo, pues la indispensabilidad de nosotros para la tecnología y, por ende, la IA, hoy es manifiesta, ineludible e incontestable.

Parafraseando a Galileo Galilei, nos preguntamos si no será que el mundo se mueve más rápido de lo que pensamos, mientras los jueces nos regocijamos de que somos absoluta y realmente necesarios cuando, en realidad, el futuro apunta hacia una consolidación aun mayor de la IA y una probable restricción, muy lenta pero progresiva, de ocupaciones respecto a las cuales imaginamos no sufrirán menoscabo alguno, pero que podrían, tras un crecimiento potencial de la IA, resultar prescindibles.

Redactar una sentencia o un fallo judicial es una tarea de alta complejidad, requiere baremos de diverso orden: habilidades cognitivas, capacidad de razonamiento jurídico, estudio integral del caso, buena redacción, destrezas argumentativas, entre otras exigencias de valor.

La pregunta clave es si ChatGPT estará en la posibilidad de alcanzar parte o muchas de esas competencias, de tal forma que, en algún momento, la profesión de juez pudiera ser de aquellas ocupaciones que podrían, antes que ser reemplazadas, ser aminoradas en su indispensabilidad.

Ciertamente, lo esbozado en estas líneas tiene un matiz de especulación considerable. Yo mismo sigo pensando, como juez e investigador, que el rol del juez es indispensable en el Estado de derecho y que su tarea es imprescindible. Y, sin embargo, llegó un día la Revolución Industrial y produjo una enorme desocupación.

De igual forma, un día apareció el automóvil y los caballos y las carretas debieron ser desplazadas, asimismo, un día aparecieron las computadoras y el trabajo humano se tecnificó de tal manera que muchas labores manuales desaparecieron. Y a pesar de todo esto, el mundo siempre se recompuso, con una capacidad de adaptación que en buenas cuentas demostró la adaptabilidad del ser humano a los nuevos contextos.

Asumimos que lo mismo pasará con ChatGPT, pues si llega a desempeñar un trabajo de suma eficiencia, deberá recomponerse la función jurisdiccional y esta se adaptará a los nuevos entornos. Y de consuno, habremos de asignarle a la IA su rol de elemento coadyuvante en la impartición de justicia. Eso esperamos.

II. INTELIGENCIAARTIFICIAL,CHATGPTYFUNCIONALIDADES

La aparición de la computadora y el acceso abierto a internet marcaron para el ser humano —ya en la segunda mitad del siglo XX— una especie de Cuarta Revolución Industrial. Desde entonces, la IA que busca imitar la inteligencia humana usando algoritmos y sistemas ha desarrollado incesantemente —y hoy está, prácticamente, en todas las facetas de nuestras vidas— desde la función básica de acceder a nuestro correo electrónico a través del celular hasta la interacción intensiva con una serie de aplicaciones, como acceder a un expediente electrónico o acceder en función de segundos a bases de datos de jurisprudencia nacional y extranjera, así como a documentos en línea que coadyuvan al trabajo judicial. De esta manera, la IA se ha convertido en un elemento indispensable de nuestro día a día.

El ChatGPT (*Generative Pre-trained Transformer*), creado por la empresa OpenAI, es un chatbot, esto es, una herramienta que usa algoritmos de IA, capaz de conversar, con cierto nivel de solvencia, con la persona con la que interactúa. Utiliza un lenguaje natural que se basa en el uso de una gran cantidad de datos previos, a fin de construir respuestas precisas. Se trata de imitar el lenguaje humano

con la mayor eficiencia posible. Puede crear textos, redactar cartas, componer poemas, letras de canciones y artículos periodísticos (*SOMOS*, p. 37), aunque ciertamente sin distinguir, todavía, información verdadera de aquella falsa, de tal manera que he aquí, por ahora, una debilidad de este sistema. En propiedad, se trata de «sistemas de procesamiento de lenguaje natural [...] diseñados para entender e interpretar el lenguaje humano» (Boza, 2023, p. 26).

Sobre lo afirmado *supra*, observemos que «la sorpresa no es la IA misma [...] sino las habilidades de la aplicación y lo extenso de sus campos de uso (y abuso)» (García, 2023, p. 23). En ese orden de ideas, la IA puede desarrollar facetas utilitarias, aunque ciertamente sea otro rango en el que pueda producirse un indebido uso de la misma, rompiendo principios éticos.

Sin embargo, he aquí dos aspectos a tener en cuenta: por un lado, es el hombre quien alimenta de información el programa de IA; y, por otro lado, la aplicación a la que aludimos es finalmente una obra del ingenio humano. Esto puede acarrear la natural consecuencia de que las fallas del ChatGPT, en esencia, sean atribuibles a los errores del programador humano. Pero en adición a lo expresado, una buena alimentación de información —diríamos confiable, basada en evidencia razonable y además seriamente trabajada— sin duda logrará un resultado beneficioso.

27

El quid de nuestro debate, no obstante, escala a otro nivel: sobre la base de esa información confiable bien diseñada, ¿cuál es el nivel de eficiencia que puede alcanzar el ChatGPT? Nos referimos a que, si este programa elabora con solvencia, a partir de un lenguaje bien utilizado, una respuesta a un problema, en nuestro caso, una decisión judicial, ¿cuál será el alcance de eficiencia de esa decisión?, ¿podríamos pensar en que la función del juez sea reemplazable?

La respuesta convencional, congruente y lógica, por ahora, asume un sentido negativo, y en ello estamos plenamente de acuerdo. Entonces, sin perjuicio de lo expresado, ¿podrá esta respuesta tener el mismo nivel de eficiencia en 50 años? Quizá sigamos enfáticamente asegurando la prevalencia del género humano. ¿Y, en 100 años, seguirá siendo nuestra respuesta contundentemente negativa? He ahí una cuestión fundamental.

OpenAI, la empresa creadora de este programa, diseña este instrumento a partir de la recopilación de inmensas bases de datos, las cuales conjuga inteligentemente. De ahí que, ante un cuestionamiento, sea capaz de contestar, con lenguaje natural, las interrogantes que se presenten para ser esclarecidas.

Si asumimos que un caso pueda ser planteado a ChatGPT 4, una versión muy avanzada, es de corroborarse que el programa va a analizar la información que se le solicite esclarecer a partir de varias plataformas de información, principalmente del contexto normativo del problema, esto es la base de legalidad necesaria; del soporte jurisprudencial de la decisión, para lo cual podrá acceder muy rápidamente a miles de bases de datos jurisprudenciales, y del respaldo incluso doctrinario del caso.

Entonces, claramente hay una ventaja sobre lo humano en cuanto a velocidad de acceso a la información, aunque el lado humano ciertamente aún conserva una ventaja incomparable: su capacidad de abstracción para analizar cuestiones de alta complejidad.

Sin embargo, si ChatGPT 4 mejora y escala a versiones más acabadas, ¿se hace prescindible el concurso humano? Nuestra apuesta tentativa es que no. La base de esa respuesta, en concreto, reside en que la mente humana es creadora de las funcionalidades de la IA y que esta depende de la función cognitiva humana para su desarrollo. Es el hombre el creador de la IA y no al revés, de tal forma que aquí reside una ventaja comparativa de valor.

28

En forma complementaria a lo expresado sobre las potencialidades de la IA, García señala que «CHAT GPT ya aprobó exámenes para ser médico en EE. UU.» (2023, p. 23), lo cual conduce a reflexiones complementarias que el mismo autor acota: «¿Puede diagnosticarme? ¿Puede ser mi representante legal en un juicio?». Sin duda, hay un aspecto evolutivo de la IA que merece ser evaluado: ¿cuánto puede crecer? Las respuestas, por ahora, solo son tentativas. Además, a nivel judicial, los esbozos incluso son clarososcuros, mas procuremos escrutar algunos de estos planteamientos.

III. HABILIDADES COGNITIVAS PARA EL TRABAJO JUDICIAL. ¿EXISTE INDISPENSABILIDAD?

La indispensabilidad del trabajo cognitivo del juez se sustenta en su capacidad de examen de cuestiones sumamente complejas, para las cuales la IA, por ahora, no tiene discernimiento intuitivo y prevemos que no lo tendrá aún por mucho tiempo. El asunto en debate es ¿por cuánto tiempo?

La labor cognitiva del juez parte de varios supuestos que son importantes de enunciar:

- El examen racional de los jueces, al resolver problemas de relevancia jurídica, se basa en la capacidad de conjugar alternativas normativas, esto

es, el conocimiento de la ley y de la Constitución, en modo solvente, es una condición necesaria para abordar cualquier problema jurídico. El juez dirimirá si es aplicable la ley A o la B al caso que se le presenta. Y de ser el caso, incluso deberá aplicar principios, lo cual es de por sí una exigencia de mayor abstracción.

El cerebro humano posee miles de millones de neuronas que, al hacer sinapsis —esto es, un ejercicio de conexión—, produce una idea o conclusión respecto a un problema determinado. Por lo tanto, la inferencia de la aplicación de reglas y sobre todo de principios, cuando estos representan mandatos morales, aún está lejos de la IA. Esta aún no puede sentir la conmoción humana de examinar el derecho a la dignidad, o ver los alcances axiomáticos del derecho a la verdad, o examinar la ética material del derecho al honor.

- El acotado examen racional comprende, de igual modo, una capacidad de escrutinio de la jurisprudencia como fuente de derecho. La IA realiza un examen expositivo y descriptivo de la jurisprudencia vinculada al caso que se pretende resolver. Por el contrario, el juez desarrolla un discernimiento para realizar ejercicios de correlación entre una ejecutoria vinculada al caso que le ocupa, así como determina su vinculación o exclusión respecto de la materia que analiza. Este ejercicio es complejo en varios aspectos, pues se trata de realizar contrastaciones que la IA, creemos, aún no puede desarrollar.
- La base doctrinaria vinculada al caso igualmente demanda un ejercicio de correlación, abstracción y comparación. El examen a profundidad de las ideas aún es patrimonio humano y la IA, por más entrenada que pueda estar, aún no saldría de una visión descriptiva de las nociones de la doctrina. En este ámbito, el juez conserva una importante ventaja frente a la IA.
- Sobre los elementos antes descritos, el trabajo judicial requiere diferenciar el contexto de descubrimiento, entendido como un ejercicio de toma de posición que puede asumir un matiz idiosincrásico del contexto de justificación. ¿Podría la IA ser machista y racista? Asumimos que, si la misma IA recoge una inmensidad de datos de internet y aún no puede diferenciar lo moral de lo inmoral, lo ético de lo no ético, puede incurrir en estereotipos y prejuicios, dos elementos negativos para la formación de un correcto juicio jurídico.

A su vez, el contexto de justificación implica el aporte de razones debidamente sustentadas para arribar a una conclusión correcta. La IA aún debe afinar sus estándares para justificar suficientemente una conclusión correcta.

- El juez elabora una justificación interna, así como una justificación externa, cuyos baremos, secuencia lógica en el primer caso, y corrección material de las premisas, en el segundo, completan un juicio técnico de alta complejidad.

La lógica del caso puede ser satisfecha por la IA, convenimos en ello, pero nos asiste la duda de que la IA pueda desarrollar eficientemente este trabajo, por cuanto representa un ejercicio muy complejo de conexión de ideas para determinar la validez y legitimidad de una conclusión.

- El juez aplica razonabilidad y proporcionalidad como estándares de justificación de su decisión. Ambos elementos recalcan en nociones de justicia, equidad y aceptabilidad de las premisas que sustentan una decisión.

Examinar el concepto de justicia representó una tarea emotivista para Kelsen y, por tanto, el mismo pensador austriaco daba ya cuenta de la complejidad del concepto, acercándolo a la irracionalidad.

Por su lado, la equidad es un ideal enteramente humano, que involucra un profundo examen ético del problema. A su turno, la aceptabilidad implica un ejercicio de discernimiento de suyo complejo. La IA aún no entra con éxito a estos ítems de ejercicio judicial.

A tenor de lo expuesto, la indispensabilidad a la que aludimos puede ser entendida y percibida como una necesidad ineludible de la persona real del juez respecto a la función jurisdiccional misma y, sin embargo, parte de nuestra reflexión debe abordar, igualmente, el eje de análisis de qué debemos percibir por la persona del juez.

El concepto tradicional alude a la figura del juez como una persona que físicamente conoce directamente un caso y resuelve esa controversia en función de las competencias que le asignan la Constitución y las leyes. Esa ha sido la percepción *per secula seculorum*, esto es, por siempre.

El otro punto de debate, aquí en juego, es qué rol puede desempeñar la IA respecto a esa indispensabilidad a la que aludimos y, en definitiva, jugamos con la variable, por ahora negada, de que un trabajo sumamente eficiente de la IA pudiera abrir el debate o la idea de relativizar esa indispensabilidad a la que nos referimos.

En razón de lo expuesto líneas arriba, volvemos a sostener la premisa de la complementariedad de la IA respecto al trabajo judicial. Esa debe ser la insignia del debate, pero somos conscientes de que aquí se abre un espacio de análisis que requiere mayor escrutinio: ¿por cuánto tiempo más se sostendrá incólume esa indispensabilidad?

IV. LA IA COMO COMPLEMENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Lo descrito en líneas *supra* nos conduce a un importante propósito: la IA debe ser complemento de la función jurisdiccional y no constituir un peligro para la labor del juez en términos de sustitución. La IA llega a nuestras vidas como un complemento que apunta a hacer más eficiente la labor humana y no a excluir esta de los fines de realización del género humano.

Las políticas públicas con base en la IA, entonces, requieren de elementos de sustento que no persigan una concepción economicista del problema, en el sentido de que se puede ahorrar mano de obra si la IA logra desarrollar, con más eficiencia, el trabajo humano.

Una base material de complementariedad de la IA, por tanto, partiría de los siguientes supuestos a considerar:

- La IA está al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la IA. En el caso de los jueces, la IA debe funcionar y ser preconcebida como herramienta de trabajo, a fin de optimizar la función jurisdiccional. Sin embargo, aquí cabe una digresión de no menor interés: ¿podrá avanzar la IA a tal punto que pueda generar sus propios códigos de desarrollo y con ello hacer cada vez menos prescindible la supervisión humana? No podemos emitir una respuesta categóricamente negativa.

ChatGPT ha dado muestras suficientes de poder desarrollar un lenguaje coloquial, hasta cierto punto muy organizado, que incluso evita el plagio, situación que a futuro no permitirá distinguir, con nitidez adecuada, qué fue obra del ser humano y cuál fue el aporte de la IA.

Aun así, e incluso bajo las pautas de desarrollo de principios éticos en cuanto al manejo de la IA, es un aspecto incontestable la premisa que proponemos, puesto que la IA debe estar al servicio, en el caso que nos ocupa, de la impartición de justicia y no al revés, en cuanto, incluso, pueda esbozarse la idea de que requiriéramos mejores softwares de análisis de casos y menos jueces para este efecto.

- La IA puede ser un eficiente complemento del trabajo jurisdiccional, asumiendo que esta representa celeridad en las tareas humanas. Si nos atenemos a que la IA puede leer millones de páginas en cuestión de segundos, así como puede organizar una respuesta para un problema determinado en muy poco tiempo, es de inferir que nuestras capacidades humanas de análisis se ven ampliamente rebasadas.

Supongamos, en vía de ejemplo, la exigencia de revisar la jurisprudencia comparada a nivel interamericano en materia de libertad de expresión y derecho al honor. La IA podría en muy poco tiempo aportarnos elementos base de juicio suficientes para asumir una visión panorámica muy completa de cuál ha sido la evolución del pensamiento jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

La IA nos proporcionaría elementos de juicio suficientes, lo creemos así, para emitir una decisión. Si el trabajo fuera enteramente humano, de seguro habría que conocer, de inicio, las principales decisiones de la Corte sobre la materia. En ese sentido, la IA supera sin dudas, en términos de rapidez de acceso a la información y de construcción de facetas descriptivas, nuestra capacidad de análisis.

- La eficiencia de la IA optimiza la convivencia social. De suyo, las relaciones humanas mejoran cuando nuestras necesidades son satisfechas de manera más óptima. A mayor eficiencia de la IA, menor exigencia de un trabajo humano mecanizado, reservándose la función del juez para tareas de complejidad o, en su caso, de supervisión del esbozo del problema que pueda plantear la IA.

Con esto aludimos simplemente a que las horas-hombre necesitadas para determinadas labores se van a reducir en su aspecto mecánico, así como se van a optimizar de acuerdo a sus fines o su significado material. En relación con el trabajo de los jueces, es necesario destacar que una justicia eficiente cumple un fin social, en tanto que una justicia morosa, por falta de medios virtuales adecuados para el cumplimiento de sus fines, sería objeto de reprobación social.

En esa línea de reflexión, creemos que la IA puede lograr optimizar el trabajo de los jueces ante la sociedad y, de seguro, mejorar los estándares de aprobación del trabajo judicial, los cuales, dicho sea de paso, no suelen lograr índices de aceptación regulares, óptimos y satisfactorios por parte de la sociedad civil, dados los medios insuficientes que muchas veces acusan los Poderes Judiciales en general.

Nuestro glosario de reflexiones para consolidar la IA como un complemento de la función jurisdiccional de seguro se ampliaría al abordar más ejes de discusión, no obstante, todas estas reflexiones tienen la peculiaridad de destacar un aspecto sustantivo: la IA no debe ejercer un rol de sustitución del trabajo jurisdiccional —riesgo que el futuro no descarta por completo— sino una función de apoyo para la optimización del trabajo de los jueces. Y de seguro esa evolución de opciones habrá de cuidar que no se lesione alguno de los derechos sustantivos de las partes, como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Respecto a ello, como referencia de las limitaciones de la IA, podría servirnos el ejemplo de una audiencia virtual que de suyo tendría restricciones para un contrainterrogatorio en materia penal, lo cual la tecnología aún no puede hacer; o bien no serían suficientes las facultades de la IA para lograr un careo idóneo entre las partes y, sin embargo, la idea es latente: habrá que seguir optimizando el sistema de impartición de justicia, siendo la IA una necesaria herramienta para ajustar, cada vez más, manifestaciones virtuales como audiencias, expedientes electrónicos, firmas digitales, sistemas integrados judiciales, entre otras muchas opciones que los Poderes Judiciales vienen desarrollando en todos los ámbitos geográficos.

V. MÁQUINAS Y JUECES: ¿RELACIÓN DE CONFLICTO?

Es parte neurálgica de nuestro análisis examinar y desarrollar algunas reflexiones sobre la relación de conflicto que podría generarse —aseveración hecha en tiempo condicional— entre máquinas y jueces o, para efectos de los términos que usamos más recurrentemente, entre IA y jueces, y a tenor de lo esbozado *supra*, entre ChatGPT y jueces. Si bien es cierto que debemos tener en cuenta que «las posibles aplicaciones de la inteligencia artificial parecen ilimitadas», (Boza, 2023, p. 26), igualmente habrá que considerar que ese desarrollo no debe generar conflictos.

La reflexión que antecede parte de una cuestión muy puntual esbozada anteriormente, que ahora merece un poco más de espacio: si la IA desarrolla su trabajo de forma eficiente en el ámbito jurisdiccional, y lo hace alguna vez a futuro, incluso de modo más óptimo que el juez, entonces este último sería —nuevamente usamos el tiempo condicional— en algún momento prescindible. La frase antes aludida puede resultar dura desde un contexto de posiciones institucionales, por cuanto el rol del juez es imprescindible, y creemos que siempre lo será, en un Estado de derecho.

Y sin perjuicio de lo expresado, pues en tiempos de valoración hiperlativa de la productividad jurisdiccional y de la preocupación manifiesta por la descarga procesal, esa posición de imprescindibilidad vuelve a ser materia de debate, dado que desde el momento en que un software avanzado, como ChatGPT, puede superar ampliamente la mera tarea de recopilación de datos como la que desarrolla Google y otros buscadores jurisprudenciales de raigambre jurídica y, más aún, logra un nivel de eficiencia interesante para construir respuestas coloquialmente aceptables, entonces resulta claro que allí existe un conjunto de situaciones, en mayor o menor grado, que es importante advertir.

En primer lugar, la cuestión de si la IA pudiera acaso desplazar la labor humana es una reflexión, necesariamente, para el tiempo futuro. No debería suceder aquello, ni creemos que suceda en muchas décadas más, pero no podemos negar, en este análisis, que la IA avanza a pasos tan agigantados que ya no podemos descartar, con total seguridad, que ella progrese incluso mucho más en sus estándares de eficiencia y que se pudiera —frase que no nos agrada— confiarse más en una máquina que en la labor del juez.

¿Cuánto más puede desarrollarse la IA? Paredes señala que «si quisiéramos hacer una analogía con el desarrollo humano, podríamos decir que hoy la inteligencia artificial se encuentra en la Edad de Bronce» (2023, p. 21). La revelación que antecede es de utilidad: de seguro aún puede desarrollar muchísimo más la IA, pero no debemos perder la perspectiva más importante y esta es, a juicio nuestro, que su evolución debe tener en cuenta, insoslayablemente, el recurso humano.

En adición a lo expresado, es importante destacar que la supervisión humana siempre será una tarea necesaria. La IA evoluciona en función de la asignación de valores y competencia que el ser humano le asigna a la propia IA. Esta última funciona con un eje de acción que proviene de los estándares que fija el ingenio humano. De ahí que una prescindencia de la labor cognitiva humana sería una exigencia a considerar, que no se puede ni se debe excluir.

Será importante, por ese propósito, reforzar las exigencias éticas de los principios de desarrollo de la IA en relación con el trabajo humano en general y el trabajo judicial en particular, pues las controversias judiciales tienden a ser complejas y su dilucidación requiere de la competencia de los jueces, quienes resultan actores centrales de las controversias, así como les compete la dilucidación última de la discusión sobre derechos que las partes pudieran plantear.

Al respecto, es cuestionable lo siguiente: «¿Promoverá la inteligencia artificial el bien o, más bien, el mal? ¿Y exige la creación de una nueva ética?» (Villarán, 2023, p. 23). Consideramos que, aun cuando se trata de situaciones difíciles de esclarecer, ciertamente hay un norte claro: los principios éticos deben conducir el desarrollo de la IA.

Y en esta misma ruta de ideas, si la ética no va de la mano con la IA, entonces facetas humanas tradicionalmente exigentes pueden verse afectadas a tal punto que, como señala Villarán, es «otro ejemplo de su mal uso: el uso del ChatGPT para el fraude académico» (2023, p. 23). La premisa es directa: si ChatGPT construye con total originalidad un argumento, es difícil prever, lo entendemos así, que una IA haya creado un raciocinio coloquial bien desarrollado.

A esto se suma que «el asunto se vuelve bastante más delicado si la inteligencia artificial gana autonomía moral; es decir, si es creada de manera tal que no solo distingan entre el bien y el mal, sino que tenga la libertad de elegir el mal. Acá sí surgiría un riesgo existencial: el del sometimiento o la extinción humana». (Villarán, 2023, p. 23) ¿Existe un riesgo al respecto? La solidez de la reflexión no nos conduce a descartarla de inmediato. Una IA con autonomía decisoria no sería, en ningún caso, un escenario óptimo.

De ahí que es necesario reforzar la idea de complementariedad de la IA, reservándole un lugar de valiosa herramienta para la optimización del trabajo de los jueces, mas no por su imposibilidad directa, que pueda constituirse en un sustituto de la labor judicial.

VI. GLOSARIO DE CRITERIOS PARA UNA BUENA RELACIÓN IA-JUECES

La relación IA-jueces puede siempre mejorar. Tentativamente podemos considerar algunas cuestiones de relevancia:

- Las implicancias éticas del uso de la IA son una exigencia y no una opción. Los principios éticos de uso de la IA deben constituir una política pública de los Estados para un uso óptimo de la IA.
- La IA debe tener asignado un rol de complementariedad del trabajo judicial, dada su condición de herramienta para una optimización del trabajo judicial. La herramienta, como tal, constituye un elemento de apoyo y no de sustitución.
- La IA debe ser supervisada constantemente por la inteligencia humana. El desarrollo de la IA es importante, el reforzamiento de su eficiencia será siempre una fortaleza para la humanidad, pero en la medida que sus estándares de funcionamiento no se desliguen de la capacidad humana de controlar su desarrollo.
- Será importante, adicionalmente, poner énfasis en que el desarrollo de la IA no deba tener por objeto sustituir la fuerza humana, sino optimizar, como ha quedado expresado, el desarrollo de esta. Esto es un aspecto vital en la relación IA- jueces, a efectos de desterrar el concepto de sustitución que se promueve desde una visión apocalíptica de las funciones de la IA.
- El reto para la adaptación judicial a los nuevos estándares de la IA a través de ChatGPT es de envergadura, y sobre estos enunciados podemos construir conceptualmente algunas reflexiones. Por un lado, si «la IA plantea un conjunto de desafíos operativos, éticos y regulatorios cuyo abordaje está lejos de resultar sencillo» (Palacio, 2023, p. 22), asumimos que constituye un reto

para la función jurisdiccional organizar sus sistemas de trabajo. Los Poderes Judiciales deben modernizar constantemente sus sistemas de trabajo y acción; con relación a ello, la IA resulta un elemento necesario de acción operativa.

- La adaptación a la IA no debe rebasar la función judicial. En efecto, si bien «la IA puede socavar la creatividad y la visión humana a medida que la información llegue a “abrumar” la sabiduría» (Palacio, 2023, p. 22), advirtamos que es la mente humana la conductora de la IA y, por lo tanto, la que delimita sus funciones.

En ese orden de ideas, la enorme información que año tras año generan los *corpus iuris* judiciales exige políticas de sistematización muy avanzadas, que a su vez permitan a la ciudadanía a acceder con solvencia a esa información.

Las reflexiones que anteceden son convergentes y, por ende, tienen varios puntos en común. Uno de ellos es el escrutinio respecto a que la IA pueda avanzar tan velozmente, como hemos esbozado *supra*, que supere el trabajo humano del juez.

En relación con ello, cobra actualidad la reflexión de Ortiz, quien acota una preocupación latente: «¿Es que la idea de que los robots nos dejen sin trabajo ahora sí cobra más sentido? [...] Desde la construcción del sirviente automático de Filón de Bizancio hace más de 2200 años, ya los griegos se empezaban a hacer la misma pregunta». (2023, p. 18)

El asunto esbozado presenta complejidad, pero abre espacio para remitirnos a que ratifiquemos el matiz utilitario de la IA. Los jueces no se pueden quedar sin trabajo, lo entendemos así, si se refuerza una idea de complementariedad de la IA respecto al trabajo judicial.

Sobre ello, es de acotarse, adicionalmente, que «por más desarrollada que sea una IA, sigue siendo una construcción humana [...] la visión proteconología se olvida de que dicha tecnología fue hecha por personas con sus propias dimensiones, realidades, prejuicios y miedos». (Iriarte, 2023, p. 18)

La esencia de la IA, reiteramos, es su carácter de construcción humana y por aquí discurre nuestra reflexión. Si el hombre construyó la IA, es el hombre quien debe señalar los límites al respecto, ineludiblemente.

La IA, entonces, nos deja varias lecciones. Además, un reto como supone ChatGPT incluso complejiza el debate. Señala Vizcarra que «esta IA es capaz de generar textos o resúmenes a partir de una palabra o contexto, pudiéndole exigir el número de palabras exacto». (2023, p. 22)

De esa forma sería si lo vemos como una ventaja comparativa, un alto nivel de eficiencia para el trabajo judicial. Por tanto, observemos el lado potencialmente beneficioso: ¿mejorarían esas manifestaciones operativas el quehacer jurisdiccional? Sin duda la respuesta es positiva.

Tampoco se trata de que la IA elimine plazas de trabajo si ella avanza exponencialmente. Los jueces han de adaptarse, de seguro, a las nuevas circunstancias. Bedoya explica que la IA «supone una revolución tecnológica que probablemente acabe con algunos trabajos y genere otros. Podría ser el futuro copiloto de la inteligencia humana» (2023, p. 27). Observemos el lado potencial positivo, pues la función jurisdiccional debe adaptarse a los nuevos retos tecnológicos que plantee la IA.

VII. IDEAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

Planas acota que «la llegada de las nuevas tecnologías consiguió hace años que los lectores busquen y participen, reciban y aporten. Un periodista cultural ya no tiene el poder de antaño para imponer criterios» (2023, p. 19). Esta reflexión permite que construyamos algunas conclusiones, a partir de la idea de que la IA implica nuevos retos, nuevos contextos, nuevas realidades.

La IA, ciertamente, ha cambiado muchos patrones de comportamiento humano y ha transformado, como se señala, incluso la inveterada costumbre de un aprendizaje tradicional a través de liderazgos de opinión. Hoy la IA tiene omnipresencia en las redes sociales y es parte integral de nuestras vidas. No lo podemos negar.

En cuanto a nuestro estudio, hemos querido desarrollar, en este análisis, algunos lineamientos de valor en la relación IA, ChatGPT y las funcionalidades de estos sistemas. Resulta de gran importancia enfatizar que el desarrollo de habilidades cognitivas respecto al trabajo judicial es una cuestión que atañe a la mente humana y, por lo tanto, la presencia del juzgador en los conflictos es indispensable, debiéndose destacar, sobre este particular, el rol de la IA como complemento, jamás como sustituto, de la función jurisdiccional.

Desde otra perspectiva, ciertos matices de desarrollo de la IA han promovido la idea de que entre máquinas y jueces hay una relación de conflicto. Desde nuestro punto de vista, esa relación, volvemos a acotar, es de complementariedad, dado el fin utilitario que debe tener, inevitablemente, la IA.

Cerramos nuestros planteamientos con un glosario de criterios para una buena relación IA-jueces, a modo de ideas, pautas y lineamientos que deben tenerse en cuenta a propósito del ámbito de conflicto que supone una tesis de sustitución del trabajo jurisdiccional por parte de la IA.

En función de lo expuesto, es verdad que parece haber transcurrido mucho tiempo desde las manifestaciones primeras del hombre, en tiempos de las cavernas, cuando aquel contempló la inmensidad de los cielos y seguramente se imaginó acaso algún día surcar velozmente, de alguna forma, esos espacios para él lejanos.

Ese tiempo parece remotísimo si hoy aludimos a un desarrollo exponencial de la IA y, sin embargo, siempre existe espacio para el asombro de la mente humana, de manera que es esto lo que la IA puede finalmente lograr a través de herramientas de máxima utilidad como ChatGPT.

Veamos pues, entonces, que ese desarrollo sea siempre medido, controlado y guiado por estándares éticos, de modo que la IA no se nos vaya de las manos. Más aún, es un deber ético para la humanidad que la IA y sus diversas manifestaciones como el ChatGPT no se nos vayan de las manos. El futuro debe ser confiable, lo cual depende mucho de nosotros.

I BIBLIOGRAFÍA

- Boza, P. (2023, 12 de marzo). Avances y desafíos de la Inteligencia Artificial. *El Comercio*, 26.
- Bedoya, J. (2023, 26 de febrero). Conversación en la catedral artificial. *El Comercio*, 27.
- García, J. (2023, 4 de marzo). Inteligencia artificial vs. «natural». *El Comercio*, 23.
- García, O. (2023). La rebelión de las máquinas. *Somos*. Año XXXV (1893). Edición de 18 de marzo de 2023, 35-40.
- Iriarte, E. (2023, 3 de febrero). ¿Leyes para la inteligencia artificial? *El Comercio*, 18.
- Ortiz, B. (2023, 3 de febrero). El reto de no dejar de ser inteligentes. *El Comercio*, 18.
- Palacio, A. (2023, 17 de enero). Valor humano para la inteligencia artificial. *El Comercio*, 22.
- Paredes, J. (2023, 12 de marzo). La vida después del ChatGPT. *El Comercio*, 21.
- Planas, E. (2023, 16 de marzo). Elogio de la inteligencia artificial. *El Comercio*, 19.
- Villarán, A. (2023, 20 de marzo). ChatGPT: ¿Algo nuevo bajo el sol? *El Comercio*, 23.
- Vizcarra, M. (2023, 23 de febrero). El chatbot de cada día. *El Comercio*, 22.

Algorética: la ética del algoritmo

Algoretics: the ethics of algorithm

 RONALD CÁRDENAS KRENZ*

39

Resumen

La presente investigación, teniendo en cuenta el desarrollo de la inteligencia artificial, busca explicar en forma didáctica el concepto de algoritmo para poner en evidencia la necesidad de una ética en la programación y aplicación del mismo. Con este objeto, se hace referencia a la noción de «algor-ética» o «algorética», concepción fundamental que debe inspirar el tratamiento legislativo y jurisprudencial de la materia.

Palabras clave

Algor, ética, algorética, ética del algoritmo, IA y ética

Abstract

The present research, taking into account the development of artificial intelligence, seeks to explain in a didactic way the concept of algorithm, to, from there, highlight the need for ethics in its programming and application, making reference to the concept of «algor-ethics» or «algoretics», fundamental concept which should inspire the legislative and jurisprudential treatment of the matter.

Keywords

Algor, ethics, algoretics, algorithm ethics, AI and ethics

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Magíster en Bioética y Biojurídica. Cofundador de la Cátedra Unesco en Bioética y Biojurídica en el Perú. Doctorando en Derecho por la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Salamanca. Miembro de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de la Pontificia Academia para la Vida.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LOS ALGORITMOS. III. DISCRIMINACIÓN Y ALGORITMOS. IV. OTROS PROBLEMAS VINCULADOS CON EL USO DE ALGORITMOS. V. LA ALGORÉTICA SE HACE PRESENTE EN ESCENA. VI. ¿QUÉ ÉTICA DEBE TENER LA ALGORÉTICA?

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la aplicación de la tecnología no se restringe a una —o más— de nuestras tareas específicas; al contrario, ahora tiene que ver con la forma en general como hacemos las cosas. Así, ya no es solo parte de nuestras vidas, sino que influye en ella y hasta la determina.

La inteligencia artificial (IA) ha cambiado nuestra realidad y la forma en que la entendemos —incluso de entendernos a nosotros mismos— (Pegoraro y Curzel, 2023, p. 325) al plantear importantes cuestiones en torno a nuestra identidad como seres humanos. Así, por ejemplo, la pregunta cada vez más recurrente de si debemos considerar a los robots como sujetos de derecho solo podemos contestarla teniendo claro qué significa ser un ser humano y qué es lo que nos distingue en nuestra esencia.

En esta materia, la cuestión semántica es esencial, de ahí la necesidad de partir de una definición de la IA, la cual puede entenderse por «la capacidad de las máquinas para simular la capacidad de entender, aprender, razonar y actuar para resolver situaciones específicas o interactuar con procesos y personas» (Miranda, 2021, p. 707).

Cabe mencionar que estas máquinas no solo están programadas con información, sino que algunas de ellas también pueden generar conocimiento propio y tomar —cada vez más— decisiones por sí mismas, a través del aprendizaje automático o «autoprogramación» (*machine learning*) y el llamado aprendizaje profundo (*deap learning*). Vale decir que el *machine learning* es un método de análisis de datos que hace que las máquinas puedan «aprender» por su cuenta, mediante la identificación de patrones, por lo que son capaces de «decidir» con una limitada o nula participación humana. Un dato a destacar es que este tipo de aprendizaje es hoy en día más la regla que la excepción (Kearns y Roth, 2020, p. 12).

Ahora bien, siendo que el presente artículo aborda el tema de la «algorética», es necesario detenernos previamente en el concepto de algoritmo. Como señala Orsoni, este puede definirse como «un conjunto de operaciones lógicas que, a partir de ciertos datos de entrada, proporciona a través de una sucesión finita de pasos, ciertos datos de salida» (Miranda, 2021: 730). Se trata de una cadena de instrucciones precisas que deben seguirse en forma lógica y detallada, las cuales guían a través de una serie de pasos para alcanzar un objetivo.

II. SOBRE LOS ALGORITMOS

Puede decirse que toda toma de decisiones termina por ser algorítmica (Kearns y Roth, 2020, pp. 215-216). Un ejemplo sencillo sería un libro de cocina, el cual contiene las instrucciones necesarias, a través de una serie de secuencias y pasos, para la preparación de determinadas recetas.

En nuestra vida diaria, los algoritmos se hacen presente de diversas maneras para auxiliarnos: nos dicen cómo llegar a nuestro destino (Waze), nos recomiendan series (Netflix), nos escogen música que podría gustarnos (Spotify), seleccionan noticias para nosotros (Google), ofrecen sugerencias de compras (Amazon), pueden ayudarnos a escribir un texto o una carta (ChatGPT) y hasta pueden ayudar a conseguir pareja (Tinder). Aún más, vale mencionar que los algoritmos ya no solo hacen predicciones colectivas sino también individuales. Asimismo, los algoritmos guían el funcionamiento de vehículos autónomos, ya son parte de la medicina, intervienen en la lucha contra el crimen y participan en la guerra. Si planteamos si estos deben usarse para salvar vidas, nadie dudaría de la respuesta afirmativa; si la pregunta fuera, en cambio, si deben usarse para eliminar vidas, entonces empiezan las discusiones.

Las interrogantes son varias, considerando, además, el desconocimiento de la técnica por parte de los abogados y el desconocimiento del derecho por parte de los técnicos. Podemos preguntarnos con Téllez (2021, p. 370): «¿Qué tanto conoce un diseñador de algoritmos sobre la protección de datos personales y del adecuado manejo de los mismos?, ¿cuáles son los límites en el entrenamiento de los algoritmos?, ¿cuáles deberían ser los principios que rijan el diseño de los algoritmos como base de la IA?».

Para poder aproximarnos más al tema, expliquemos en términos muy sencillos cómo funciona un algoritmo: supongamos que trabajamos en una universidad y nos encargan escoger cuatro alumnos para una campaña publicitaria; entonces, seguramente, le pediríamos a la computadora que escoja a los cuatro que tienen mejores notas.

Sin embargo, resulta que, casualmente, los 4 mejores alumnos son hombres. Por tanto, para evitar dar una imagen sexista en la publicidad, le decimos a la máquina que determine quiénes son los dos alumnos varones con las mejores notas y quiénes son las dos alumnas mujeres con las mejores notas.

La computadora hace consecuentemente una nueva selección, pero resulta que los cuatro seleccionados tienen todos el cabello verde. No tiene nada de malo, por cierto, tener el cabello de ese color, pero que todos los que salgan en la publicidad lo tengan podría verse extraño, así que le decimos a la máquina que escoja alumnos que no tengan el mismo color de cabello.

El ordenador hace una nueva selección y resulta que los cuatro seleccionados ahora son todos extranjeros. Entonces, programamos otra vez la máquina para que haga una nueva selección, indicándole que no más del 25 % de los alumnos seleccionados sean provenientes de otro país.

Resulta que ahora los cuatro seleccionados, por cosas del azar, finalmente, son todos alumnos que están en silla de ruedas. La universidad analiza la situación y considera que si en su publicidad los cuatro alumnos que salen están en silla de ruedas podría pensarse que la universidad es solo para personas con alguna discapacidad física; en consecuencia, se decide reprogramar nuevamente la computadora.

¿Qué ha ocurrido en este caso entonces? Tenemos una computadora que tiene la tarea de escoger a los mejores alumnos, y puede que Luis esté entre ellos, pero así y todo puede que no lo escojan ya sea por razones de sexo, raza, nacionalidad, capacidad de ejercicio restringida, contar con una discapacidad o tener el cabello verde.

Como vemos, parece que la computadora «selecciona» a los alumnos, pero ella solo obedece a los criterios con los que ha sido programada.

III. DISCRIMINACIÓN Y ALGORITMOS

Es de observar que, contra lo que pudiera creerse, un algoritmo no es de por sí neutral. Se les ha definido con razón como «opiniones encerradas en matemáticas», pues son creados a partir de los criterios de selección de datos del programador, pudiendo ser afectados por sesgos o prejuicios de este. Con relación a ello, Goñi manifiesta: «Un modelo de algoritmo mal diseñado puede propagar sesgos a escala masiva y acelerada» (2019, p. 18).

Supongamos que a una empresa le ha ido mal cuando ha contratado a empleados procedentes de Macondo, pues eran todos muy flojos para el trabajo y la compañía tuvo que despedirlos; entonces, ante la necesidad de contratar a un empleado, la máquina «decide» excluir a los habitantes de Macondo con base en las experiencias anteriores. De modo que se ha configurado aquí un sesgo.

En consecuencia, puede afirmarse: «A pesar de considerar los algoritmos internos de un sistema basado en IA como elementos puramente objetivos y neutrales, éstos pueden heredar —y heredan— aspectos propios subjetivos de sus programadores y desarrolladores de forma que, en algunos casos, estas formas de interpretación de variables y parámetros dentro de la lógica interna de los propios algoritmos den paso a lo que se conoce como discriminación algorítmica» (Cappellán, 2022, p. 88).

Es de notar que, a pesar de la importancia que tienen los algoritmos en nuestras vidas, poco o nada sabemos de cómo funcionan y por qué toman una determinada «decisión» pudiendo haber probado otras. Aquello es lo que se denomina efecto «caja negra». Así, por ejemplo, todos sabemos que Google tiene un algoritmo para seleccionar información en nuestras búsquedas, pero nadie sabe cómo funciona.

43

Es interesante mencionar que los algoritmos en materia laboral no solo pueden jugar un rol importante en la selección y evaluación de personal, sino que pueden imponer el ritmo de trabajo en una empresa y medir la eficiencia y la productividad de un trabajador.

En el caso de *Amazon*, la compañía da a sus empleados un dispositivo digital por el cual el trabajador es seguido y se controla el tiempo que demora llevando paquetes de un lugar a otro (Goñi, 2019, p. 8).

El uso de un algoritmo de aprendizaje profundo por parte de la misma empresa, el cual supuso un claro ejemplo de discriminación, se puso en evidencia hace unos años cuando se descubrió que, en sus procesos de selección de personal, «el algoritmo detectó que el porcentaje de mujeres que habían llegado a la fase final de entrevista en los procesos de contratación de la empresa era muy escaso, motivo por el cual comenzó a rechazar sistemáticamente los currículum presentados por estas» (Sánchez-Escribano, 2023, p. 3)⁴.

⁴ Otro caso de la citada empresa es que se descubrió que su algoritmo penalizaba explícitamente aquellos currículos que incluían la palabra «femenino» (Kearns y Roth, 2020: 72).

El algoritmo también puede ser proclive a discriminar por razones de raza, como en el caso *Wisconsin vs. Loomis*, en el que se reveló que el algoritmo Compass, que emplea la justicia norteamericana para determinar el riesgo de que una persona sea reincidente, arrojaba resultados más altos cuando se trataba de personas de raza negra.

Otro caso de discriminación es el del sistema Deliveroo, el cual, según determinó el Tribunal Ordinario de Bolonia (Italia) el 31 de diciembre del 2020, utilizaba un algoritmo de clasificación que discriminaba a los repartidores a la hora de distribuir los encargos⁵. Se sabe también que, en lo económico, el sistema puede penalizar a los pobres precisamente por ser pobres.

Es de anotar, además, que los algoritmos tienen una dudosa capacidad predictiva. Como dice Gómez: «[...] el potencial de los sistemas de IA en el derecho, si bien son prometedores, siguen teniendo limitaciones relacionadas con las correlaciones de datos, lo que cuestiona la precisión de la predicción algorítmica» (2022, p. 102).

44

En el ámbito jurídico, un caso interesante es el ocurrido en setiembre de 2023 en Carolina del Norte (EE. UU.), cuando Philip Paxton murió al caer con su auto por un puente; su familia ha demandado por ello a Google Maps, por no haber actualizado sus mapas, pues el puente se había caído nueve años antes, dato que no estaba registrado en dicha plataforma.

IV. OTROS PROBLEMAS VINCULADOS CON EL USO DE ALGORITMOS

Los sistemas de IA pueden incurrir en errores producto de problemas de «aprendizaje» por la gestión incorrecta en la captación de los datos o de «discriminación estadística», es decir, de condicionamientos determinados por estadísticas anteriores (Miranda, 2021, pp. 719-720).

Caso distinto a las equivocaciones en las que el algoritmo puede «incurrir», es decir que el algoritmo puede ser engañado; a propósito de ello, en el año 2015, el *Wall Street Journal* publicó que había personas que brindaban a Waze información equivocada sobre accidentes con el fin de despejar algunas rutas y poder utilizarlas.

⁵ Para ver la sentencia completa: <https://www.algoritmolegal.com/wp-content/uploads/2021/01/Scorredoentencia-Bologna-Italia-Deliveroo-dic-2020-Original-italiano.pdf>

No obstante, las mayores inquietudes van por el lado de que la máquina pueda llegar a tomar decisiones. Es de notar que, en sentido estricto, el término «autónomo» para la IA no es exacto, pues hasta ahora ningún sistema inteligente puede dar cuenta de sus decisiones y actos como las personas (Villalba, 2020, p. 685), por ello, es preferible usar el término «automático» en vez de «autónomo» (Zabala, 2021).

Cabe recordar que, como ha mencionado Rafael López de Mantarás, lo que las IA tienen ahora no es inteligencia sino «habilidades sin comprensión» (un robot puede ganarle una partida al campeón mundial de ajedrez sin tener la más mínima idea de lo que ello significa ni tampoco sentir emoción alguna).

Por otro lado, los seres humanos, al tener la facultad de comprender las consecuencias de nuestros actos, somos capaces de hacer excepciones, en función del contexto, a diferencia de los algoritmos. En adición a ello, el desarrollo mental depende de la interacción con el entorno; las máquinas, en cambio, no siguen procesos de socialización y culturización.

A pesar de que una IA fuerte parezca impracticable actualmente, es cierto que ya existen aplicaciones con la capacidad de tomar decisiones escogiendo entre diversos cursos de acción, con los riesgos que ello puede implicar. Claro que, como dice Villalba (2020: 687), incluso en estos sistemas la capacidad de toma de decisiones es solo aparente, pero puede que estemos ante un nuevo concepto de decisiones, como sostiene Martínez Mercadal⁶.

V. LA ALGORÉTICA APARECE EN ESCENA

Según la encuesta global de *Salesfore* sobre el estado de las tecnologías, difundida en noviembre de 2023, el 64 % de los responsables de la TI (Tecnología de la información) desconfía de las implicaciones éticas de la tecnología⁷. Como advierten Kearns y Roth, «los modernos algoritmos pueden llevarse por delante algunos de nuestros más preciosos valores sociales» (2020, p. 21).

Pero aquí vale recordar que detrás de cada robot está, de una u otra manera, la acción de un ser humano. Si bien la IA tiene cierta capacidad cognitiva, carece de conciencia y razón (Zabala, 2021: s/p), al menos por ahora.

⁶ «Nadie puede desconocer que nos encontramos inmersos en un gran proceso revolucionario en el cual existe la amenaza que el propio hombre deba comenzar a luchar por su propia existencia ante la irrupción de mecanismos de inteligencia artificial [...] basados en algoritmos que son capaces de provocar reacciones (o quizás un nuevo concepto de «decisiones») de forma autónoma e independiente».

⁷ Diario *El Peruano*. Lima, edición del 22 de noviembre de 2023, p. 15.

Frente a los riesgos éticos de la IA, surge la algorética. El llamamiento a una algorética (o ética del algoritmo) viene de la «Convocatoria de Roma por la Ética de la IA», realizada en febrero de 2020 por la Pontificia Academia para la Vida, debiéndose el origen del término al italiano Paolo Benanti⁸.

La algorética no es un instrumento de restricción sino más bien de dirección y orientación (Pegoraro y Curzel, 2023, p. 325), que puede ser un excelente aliado en la lucha contra la discriminación. Así, puede hablarse de Gendertech, que puede entenderse como «el uso, desarrollo e implementación de herramientas tecnológicas que promueven la igualdad de género en el ámbito social, económico y laboral» (Ariñez, 2023, p. 170).

Existen ya softwares que detectan la discriminación en entornos laborales, el ciberacoso o el uso de lenguaje sexista en las ofertas de empleo, siendo interesante mencionar que la empresa Google cuenta con un algoritmo para la detección de las diferencias de retribuciones entre género (Ariñez, 2023, p. 172).

Empero, hay mucho por hacer todavía, siendo de anotar que la IA puede generar nuevas formas de vulnerabilidad (Navas, 2021, p. 195). Así, si una persona que ve Netflix desea ocultar su orientación sexual, ella podría ser descubierta solo sabiendo qué películas ha visto.

46

A pesar de la juventud del término, la algorética tiene ya algunos principios orientadores:

- a) Transparencia: Comprensibilidad de los sistemas, posibilidad de poder trazar el camino del «razonamiento» seguido por la máquina.
- b) Autonomía: Respeto a la autonomía y los derechos de las personas.
- c) Inclusión: La IA debe desarrollarse considerando las necesidades de todas las personas.
- d) Responsabilidad: Establecimiento de indemnizaciones u otras medidas ante casos en los que se hayan generado daños y perjuicios.
- e) Imparcialidad: Debe evitarse los prejuicios en los sistemas, debiendo promoverse que estos actúen con equidad⁹.

⁸ «The social and ethical implications of AI and algorithms necessitate as much an algorithmics as a governance of these invisible structures that increasingly regulate our world to avoid inhumane forms of what we might call an algo-cracy.» (Benanti, 2018).

⁹ «El responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, poniendo en práctica las medidas técnicas y

- f) Fiabilidad: Los sistemas deben generar confianza.
- g) No exclusividad de la decisión algorítmica: La palabra final debe tenerla un ser humano. De allí que se hable, en el ambiente académico, acerca de la necesidad de incorporar el derecho al contacto humano significativo (Navas, 2021, pp. 208-209).
- h) Justicia distributiva: Evitar discriminaciones (Villalba, 2020, pp. 689-690).
- i) Seguridad, integridad y privacidad: Los algoritmos deben ser seguros y viables, aun cuando haya que tener presente que «la intersección entre avance tecnológico y privacidad será cada vez más difícil de gestionar» (Castellanos, 2020, p. 78).

VI. ¿QUÉ ÉTICA DEBE TENER LA ALGORÉTICA?

Cuanta más autonomía demos a los sistemas de IA, más responsabilidad ética debemos exigir a sus diseñadores. Si algo sale mal, la culpa es de nosotros, los seres humanos, no del algoritmo.

Según un estudio publicado por la revista *Science*, en Estados Unidos, la mayoría de las personas prefiere comprar un automóvil autónomo que actúe en forma utilitarista si se trata de salvar a los suyos, pero en general no les parece que el algoritmo de un automóvil sea programado para actuar utilitaristamente.

En palabras de Goñi: «El espejismo tecnoutópico, sin unos valores y principios éticos que protejan a los individuos y a los grupos potencialmente vulnerables, nos puede llevar a una sociedad indeseable en sí misma» (2019, p. 27). De ahí se desprende la necesidad de que la técnica vaya acompañada de la ética.

Entonces, la preocupación moral por la creación de nuevas formas de inteligencia requiere de un exquisito criterio moral de sus diseñadores, como señala Villalba, y «al ser mayor el grado de automatización, la reflexión ética ha de tener en cuenta principios de diseño más específicos, como la trazabilidad de los algoritmos, la explicabilidad, la rendición de cuentas o la supervisión humana» (Villalba, 2020, pp. 684 y 688), llamado este último también «gobernanza de la autonomía».

organizativas adecuadas para garantizar, en particular, la rectificación de los factores que puedan dar lugar a inexactitudes en los datos y que se minimice el riesgo de errores» (Miranda, 2021, p. 728).

La algoréctica —como lo ha afirmado con acierto el Papa Francisco— «podrá ser un puente para que los principios se inscriban concretamente en las tecnologías digitales, mediante un diálogo transdisciplinario eficaz».

Debido a que la IA ofrece estupendas posibilidades de desarrollo, pero también implica riesgos, debemos preguntarnos, de acuerdo con Bujosa: ¿Cómo aterrizar en términos jurídicos los principios éticos? ¿Cómo transformar los principios éticos en normas jurídicas exigibles? (2023, p. 47).

Una alternativa interesante, entre otras, puede ser enfrentar los problemas de la tecnología con tecnología. De esta manera, podemos programar los algoritmos para que propicien determinadas propiedades socialmente deseables:

- a) La eficiencia (lo que hace Waze al indicarnos la mejor ruta para llegar a un lugar).
- b) La apertura (programas que eviten los sesgos en las noticias).
- c) La sociabilidad (plataformas para propiciar las relaciones sociales).

48

Ahora bien, dentro de las exigencias para la aplicación de la IA, puede considerarse la supervisión humana, la reserva y debida gestión de los datos, la facilitación del acceso, etc.

Hay mucho por hacer, sin duda, pero todo parte de tener presente que el ser humano creó la tecnología para ponerla a su servicio y no a la inversa. Actualmente, pareciera ser que no somos nosotros los que poseemos la tecnología, sino que es ella la que nos posee a nosotros. Y ello debemos cambiarlo desde la ética y el derecho, retomando el rumbo de nuestras vidas, desde un humanismo tecnológico o, mejor todavía, desde una tecnología humanista.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariñez Vera, M. (2023). Gendertech: tecnología que promueve la igualdad de género en el sector jurídico. *Actualidad Jurídica*, (61), 168-172. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8967035>
- Benanti, P. (2018). *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*. Luca Sossella Editore.
- Bujosa Vadell, L. (2023). ChatGPT y proceso. En D. Guerra Moreno (Coord.), *Constitución y prototipos de inteligencia artificial en el proceso*. Grupo Editorial Ibañez.

- Castellanos Claramunt, J. (2020). La gestión de la información en el paradigma algorítmico: inteligencia artificial y protección de datos. *Métodos de Información*, 11(21), 42-58. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7966054>
- Gómez Rodríguez, J. M. (2022). Inteligencia artificial y neuroderechos. Retos y perspectivas. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(46), 93-119. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.46.17049>
- Goñi Sein, J. (2019). Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial. *Lección inaugural del curso académico 2019-2020*. Universidad Pública de Navarra.
- Hadibi, Z. (2022). Refugiados y/o estudiantes extranjeros en la enseñanza superior en Argelia: ¿qué estatuto para qué integración? *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, (20), 119-146. <https://doi.org/10.18172/redur.5647>
- Kearns, M., y Roth, A. (2020). *El algoritmo ético. La ciencia del diseño de algoritmos socialmente responsables*. La Ley-Wolters Kluwer.
- Martínez Mercadal, J. J. (2018). Vehículos autónomos y derecho de daños. La estructura clásica de la responsabilidad civil frente al avance de la inteligencia artificial. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, (20), 55-73. <https://doi.org/10.30972/rfce.0203267>
- Miranda Bonilla, H. (2021). Algoritmos y derechos humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(280), 705-732. <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/79666/70622>
- Navas, O. (2021). En el umbral de una nueva era: el derecho privado ante la robótica y la inteligencia artificial. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (9), 178-219. <https://scholar.archive.org/work/3zl67bdka5b3hjxz7225vbpgji/access/wayback/http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj/article/download/309/184>
- Pegoraro, R. y Curzel, E. (2023). Convocatoria de Roma por la Ética de la IA: el nacimiento de un movimiento. *Medicina y Ética*, 34(2), 315-349. <https://doi.org/10.36105/mye.2023v34n2.01>
- Sánchez-Escribano, M. I. M. (2023). Los retos jurídicos de la inteligencia artificial a través de seis casos reales. *The Conversation*. <https://theconversation.com/los-retos-juridicos-de-la-inteligencia-artificial-a-traves-de-seis-casos-reales-200850>

- Téllez Carbajal, E. (2021). Derechos humanos, ética y transparencia algorítmica. *Ius et Scientia*, 7(1), 370-386. <http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2021.i01.19>
- Villalba, J. F. (2020). Algor-ética: la ética en la inteligencia artificial. *Anales. Revista científica*, 17(50), 679-698. <https://doi.org/10.24215/25916386e062>
- Zabala Leal, T. D. (2021). La ética en inteligencia artificial desde la perspectiva del derecho. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). <https://doi.org/10.15332/19090528.6785>

Aportes de la bioética a los derechos humanos: entre el fundamento y la regulación

*Contributions of bioethics to human rights:
between foundation and regulation*

 RAFAEL SANTA MARÍA D'ANGELO*
ANGELA YSABEL GOMEZ TICONA**

Resumen

La exigencia del conocimiento biotecnológico nos presenta como desafío una reflexión bioética sobre el clásico cuestionamiento de si todo lo científicamente comprobable resulta éticamente aceptable. En ese sentido, en el presente trabajo se expone la relación de la bioética con los derechos humanos y cómo esta, además de contribuir a una mejor regulación, permite una mayor comprensión del fundamento jurídico: la dignidad humana. La metodología desarrolla dos ideas centrales: i) mostrar la conexión cada vez más estrecha entre la bioética y los derechos humanos y ii) una mayor reflexión bioética ayudará al bioderecho, en su dimensión formal y sustancial. De esta manera, el conocimiento interdisciplinar

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Lateranense de Roma-Italia. Profesor principal del Departamento de Derecho y Ciencia Política y coordinador del grupo de investigación de Bioética y Bioderecho de la Universidad Católica San Pablo.

** Bachiller en Derecho y miembro del grupo de investigación de Bioética y Bioderecho de la Universidad Católica San Pablo.

viene presentado por la bioética al derecho, el cual —sin renunciar a sus elementos estructurales básicos— requiere abrirse a un «diálogo» con otros saberes que le ayuden a una mejor aplicación de la justicia en casos concretos y, por ende, una mayor protección al ser humano.

Palabras clave

Bioética, derechos humanos, dignidad humana, bien común, constitución

Abstract

The requirement of biotechnological knowledge presents us with the challenge of integrating a bioethical reflection in the face of the classic question as to whether everything that is scientifically verifiable is ethically acceptable. In this paper we will present the relationship between bioethics and human rights and how this relationship contributes not only to better regulation, but also allows a better understanding of the legal basis: human dignity. The methodology of this paper will develop two central ideas: i) To show the increasingly close connection between bioethics and human rights; ii) Further bioethical reflection will help biolaw, in its formal and substantial dimension. In this way, interdisciplinary knowledge is presented by bioethics to law, which - without renouncing its basic structural elements - needs to open itself to a «dialogue» with other knowledge that will help it to better apply justice in concrete cases and will allow greater protection to the human being.

Key Words

Bioethics, human rights, human dignity, common good, constitution

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EXIGENCIAS DE LA BIOÉTICA A LOS DERECHOS HUMANOS. III. RETOS BIOTECNOLÓGICOS PARA UNA ACTUAL REFLEXIÓN BIOJURÍDICA. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas del siglo pasado y los nuevos decenios de este milenio no deja de asombrarnos cada vez más el continuo crecimiento de la ciencia, la tecnología y la biotecnología. En estos años, se aprecia que, junto con el desarrollo de la genética y la inteligencia artificial, se da el mejoramiento genético humano¹

¹ El «mejoramiento genético humano» se puede definir como la modificación del material genético en orden para perfeccionar al individuo humano, al conferirle características específicas. Este mejoramiento puede darse en dos direcciones: i) en dirección del mejoramiento de las características biológicas ya existentes en el individuo o ii) en la de conferir particularidades

o los implantes de chips cerebrales con el propósito de potenciar a la persona humana². A nivel de conservación de la biodiversidad y del desarrollo sostenible, la ecología exhibe exigencias bioéticas cada vez más globales.

En el Perú, las cuestiones bioéticas han estado —y aún están— presentes en diversas casuísticas. Recientemente, dos casos relacionados con el inicio de la vida humana han llegado al Tribunal Constitucional: el caso de la píldora del día siguiente (AOE) y la discusión sobre el efecto abortivo en el proceso de anidación³, y el caso Morán, en la pretensión de inscribir en el Reniec a dos niños sin el apellido materno, quienes fueron concebidos mediante la fecundación in vitro⁴. Otra casuística, aún en fase legislativa, viene siendo debatida con las semillas transgénicas. El legislador peruano ha pospuesto hasta el 2035 su regulación⁵. En este debate, aspectos relacionados a la salud humana, al respeto de la biodiversidad y a evitar el monopolio están presentes (Casquier y Ortiz, 2012, pp. 281-300).

Así, la bioética, que, como conocimiento interdisciplinar, nos muestra la preocupación ética ante el avance exponencial científico, requiere de un método que exponga de manera ordenada el dato tecnocientífico y, conforme a las verificaciones realizadas, pueda plantearse rigurosamente la cuestión bioética, es decir, si existe realmente un problema ético en la verificación científica. Se evidencia así la necesidad de un «diálogo» continuo —cada vez más efectivo— entre la ciencia y la ética. La respuesta ética deberá ser lo suficientemente racional y sustentada, y que conserve relación con el derecho, especialmente con los derechos humanos,

adicionales a la especie humana. Para más información, consultar Santa Maria D'Angelo R., et al. (2020). Las técnicas CRISPR/CAS9 aplicadas al mejoramiento genético humano: un diálogo biotecnológico, antropológico, filosófico y jurídico. *Cuadernos de Bioética*, 31(103), 345. <http://aebioetica.org/revistas/2020/31/103/343.pdf>

- ² La aplicación de la neurotecnología, a través de interfaces cerebro computadora, en la ciencia y medicina es bastante amplia; sin embargo, en los últimos años, diversos dispositivos neurotecnológicos con fines de mejoramiento humano se han abierto camino en la industria comercial. Para más información, consultar: UNESCO. Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC) on the ethical issues of neurotechnology (p. 17). Celebrado en París el 15 de diciembre de 2021. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724>.
- ³ STC. Expediente N.º 00238-2021-PA/TC. Lima, 21 de marzo de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00238-2021-AA.pdf>
- ⁴ STC. Expediente N.º 00882-2023-PA/TC. Lima, 26 de septiembre de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>
- ⁵ Congreso de la República del Perú. (2021). Ley N.º 31111, Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un periodo de 15 años, a fin de establecer la moratoria hasta el 31 de diciembre de 2035. Lima: 06 de enero de 2021.

pero no solo en la preocupación de los consensos (a nivel de la comunidad internacional), sino también en la exigencia de una reflexión profunda respecto a los bienes que sirven de fundamento al mismo derecho.

En ese marco, resulta una ocasión para que el bioderecho repiensé acerca de su fundamento: la persona humana y su dignidad inherente (que resulta milenaria como reflexión, y, a pesar de la antigüedad, deviene siempre renovada y vigente); el sentido final del derecho: la justicia, y la conexión de los derechos con los deberes. En otras palabras, encontrar elementos sobre lo que algunos consideran: «la eticidad del derecho» (D'Agostino, 2000).

En este trabajo presentamos una reflexión tendiente a integrar a la bioética con los derechos humanos y, ante los continuos requerimientos de la biotecnología, responder a cuestiones biojurídicas cada vez más complejas tanto para la regulación como para el fundamento. No pretendemos agotar una reflexión, sino más bien promoverla.

II. EXIGENCIAS DE LA BIOÉTICA A LOS DERECHOS HUMANOS

54

En 1970, el bioquímico Van Rensselaer Potter acuñó el término *bioética*, sin imaginarse la repercusión que esta iba a tener en los años sucesivos. Ciertamente, él lograría encuadrar en esta nueva disciplina la integración del conocimiento biológico con los valores humanos, llamándola inicialmente «ciencia de la supervivencia»⁶. Algunos años después, se definió a la bioética como el «estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud, examinado a la luz de los valores y de los principios morales» (Reich, 1978, p. 19).

Ahora bien, esta propuesta de conocimiento interdisciplinar nos presenta la necesidad de un «diálogo» entre los diversos saberes. Surge así la pregunta: *¿cómo realizar esto?, ¿cómo dialogar entre conocimientos interdisciplinares?* Al respecto, resulta destacable la propuesta de Elio Sgreccia al considerar el denominado *triángulo de la bioética personalista*, mediante el cual se pretende integrar tres aspectos: el dato científico, el dato antropológico y el dato ético-jurídico. Así «[...]

⁶ Según Potter, la bioética no debía focalizarse solo en el hombre, sino que debía ampliar su mirada a la biosfera en conjunto, es decir, a toda intervención científica del hombre sobre la vida en general, de ahí que el concepto de bioética resulte más amplio que el de ética médica. Cfr. Russo, G. (1995). *Bioetica fondamentale e generale*. SEI. Torino. p. 29 cit. Potter, V. R. (1975). Humility with Responsibility- A bioethics for Oncologist: President Adress. *Cancer Research*. 35, 2297, 2299.

se impone la confrontación con la antropología de referencia, de manera dinámica y constante: los descubrimientos científicos y las aplicaciones tecnológicas abren continuamente nuevas posibilidades y nuevas conquistas; y esta evolución repercute ininterrumpidamente en la evolución social y en la adecuación jurídica de la sociedad [...]. Es obvio que de este diálogo triangular (biología-antropología-ética), la antropología misma queda enriquecida, sin embargo es igualmente necesario que establezca unos criterios y valores que no puedan vulnerados ni violentados, porque representan el motivo mismo de la teleología del progreso científico y de la sociedad [...]» (Sgreccia, 2007, p. 74).

Entonces, ¿qué le dice este método (el triangular personalista) al bioderecho? Esta cuestión podría responderse desde cuatro aspectos complementarios: i) La necesidad del estudioso del derecho de una comprensión del fenómeno tecnocientífico, expresado en el caso concreto. Se requiere conocer fuentes cada vez más verificables del hecho científico y una adecuada descripción del mismo. ii) Un mayor contraste o crítica entre los modelos éticos, que nos llevan a reconocer en última instancia la existencia de bienes, los cuales conectan con el derecho, que en no pocos casos se relacionan con los bienes jurídicos. iii) Conocer las fuentes del derecho vigentes ante la exigencia bioética. En este sentido, este método motiva una continua actualización de estas (saber aplicar el derecho interno, el derecho comparado y el derecho internacional público). iv) Finalmente, la referencia al fundamento del derecho, que nos lleva a la reflexión antropológica, en la cual la dignidad humana deviene en un principio estructural y se relaciona con la libertad, no solo en su autonomía sino también en el esfuerzo por alcanzar el bien común.

Resulta destacable la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005), la cual señala entre sus objetivos el de «fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto [...] se reconoce la interrelación existente entre la ética y los derechos humanos en el terreno concreto de la bioética».

En efecto, un principio fundamental en el derecho (y también para la bioética) es la dignidad humana, el cual, en no pocos casos, viene trastocado a causa de los diversos avances tecno-científicos. Así, se sostiene que situaciones confusas y contradictorias se presentan apelando a la dignidad (Atienza, 2009, p. 90).

Ante el pluralismo y la diversidad cultural vigente, vale recordar nuevamente a la referida Declaración (2005), en su artículo 12: «...estas consideraciones no deben invocarse para atentar contra la inherente dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, ni tampoco para limitar su alcance...». En

otras palabras, reconocer que la importancia de la pluralidad cultural comprende y no excluye la naturaleza humana⁷.

La experiencia reciente de la pandemia del COVID-19 nos mostró, con mucha tristeza, la clarividencia en torno a la dignidad: la exigencia de no instrumentalizar a la persona por ser esta un fin en sí misma y no un medio (ni de la sociedad, ni de la tecnología, ni de la ciencia, ni del Estado, ni de otros seres humanos)⁸. Este rechazo a toda instrumentalización significa un aporte adicional en cuanto a la dignidad: su condición interior, por ello se comprende como *dignidad inherente a la persona humana*⁹. El reconocer que todo ser humano tiene un valor ontológico por su mera pertenencia a la especie humana¹⁰ nos lleva a

⁷ Ver Juan Pablo II. Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas en ocasión del 50º aniversario de la fundación de la ONU. 5 de octubre de 1995.

⁸ Esta idea se asocia al imperativo categórico kantiano «[...] obra de modo que uses la humanidad en tu persona y en la de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio [...]». Kant, I. (1992). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. J. Mardomingo), Ariel (1), p. 67. Esto también ha sido recogido a nivel de la comunidad internacional: el rechazo a toda instrumentalización de seres humanos, sea por parte del Estado, por parte de la comunidad científica y, en última instancia, por parte de otros seres humanos. Cfr. Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, junio 1964, principio 6, 7, 8 y 9. <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/>; 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. 04 de noviembre de 1997. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>; Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005, artículo 03; Declaración Universal sobre genoma humano y los derechos humanos. 11 de noviembre de 1997. Artículo 10, 11 y 12. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>

⁹ «[...] no existe un tránsito paulatino desde «algo» a «alguien». Solamente porque no tratamos a los hombres, desde el principio, como algo, sino como alguien [...] para la condición de ser personal sólo puede y debe haber un criterio: la pertenencia biológica al género humano [...]». Spaemann, R.(2010). *Personas, acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»* (trad. J.L. del Barco). Eunsa (1), pp. 231-236.

¹⁰ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional (2003). Expediente. N.º 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003. Fundamento 05, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>; Sentencia del Tribunal Constitucional(2019). Expediente N.º 01470-2016-HC/TC. Lima, 12 de febrero de 2019. Fundamento 04. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>; Sentencia del Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC, Lima, 20 de abril de 2006. Fundamento 06. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>; Sentencia del Tribunal Constitucional (2007). Expediente N.º 5490-2007-HC/TC, Lima, 27 de noviembre de 2007. Fundamento 6 y 7. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05490-2007-HC.pdf>

admitir que todos los hombres tienen igual dignidad y que esta no admite grados de humanidad (Hervada, 1991, pp. 670-671).

Ciertamente, la dignidad tiene una conexión con la autonomía moral (si se piensa en el consentimiento informado de los pacientes), no obstante, no puede agotar su contenido en la sola «autodeterminación». Claramente, la dignidad es el fundamento del derecho y también de los deberes, los cuales nos presentan la necesidad de volver a la alteridad, al otro como *alter ego* (Maino, 2016, p. 25). Recordemos que el derecho se comprende mejor en el reconocimiento del otro y no en contra del otro. Por eso, la dignidad humana no es excluyente del bien común¹¹.

Estos elementos en torno a la dignidad de la persona humana nos ayudan a llegar a una mayor propuesta regulatoria, en el entendido de que la sola ley no basta cuando esta no guarda una razonabilidad y motivación intrínseca¹².

En suma, la bioética le muestra al derecho —a los derechos humanos— un encuentro interdisciplinar que, visto desde el método triangular personalista, le permite integrar una reflexión científica, antropológica y ética-jurídica. En el entendido sintético de que todo avance científico debe estar al servicio del ser humano y no al revés.

¹¹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional (2003). Expediente. N.º 0008-2003-AI/TC, Lima, 11 de noviembre de 2003. Fundamento 05, 06, 07 y 12, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>; Sentencia del Tribunal Constitucional (2013). Expediente N.º 00011-2013-PI/TC. Lima, 29 de agosto de 2014. Fundamento 57. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.html>; Sentencia del Tribunal Constitucional (2004). Expediente. N.º 2016-2004-AA/TC. Lima, 05 de octubre de 2004. Fundamento 37. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>; Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional (2019). Expediente N.º 0014-2015-PI/TC. Lima, 10 de septiembre de 2019. Fundamento 55. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00014-2015-AI.pdf>

¹² Una interesante investigación realizada por algunos investigadores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, respecto a los usos del concepto «dignidad» por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó lo siguiente: «[...] la Corte IDH no realiza un uso uniforme del término dignidad, sino que este adquiere diferentes sentidos según el caso, e incluso según lo que el tribunal quiera argumentar dentro de un mismo caso [...]». Lafferrière, J. N., Lell, H. M. Los usos del término «dignidad» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea]. *Opinión Jurídica*. 20 (43). p. 343. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/13582>. En: Lafferrière, J. N., Lell, H. M. (Eds.). *La dignidad a debate. Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Marcial Pons. Prudentia Iuris. (95).

III. RETOS BIOTECNOLÓGICOS PARA UNA ACTUAL REFLEXIÓN BIOJURÍDICA

Del conocimiento humano, uno que en las últimas décadas presenta mayores desafíos (y abre un sinnúmero de situaciones nuevas), es el biotecnológico. La biotecnología es un saber basado en el método científico y tecnológico aplicados a seres vivos con el propósito de lograr mayor bienestar. Las consecuencias generadas por esta inciden en el ser humano y en el entorno que lo rodea, así como la influencia biotecnológica tiene repercusiones a nivel social, económico, jurídico y cultural (Ruiz, 2006, pp. 146-149).

Precisamente, en relación con ello surgen diversos retos actuales que ameritan una reflexión desde la biojurídica, de los cuales haremos una sucinta mención.

3.1. Las situaciones sobre el inicio de la vida humana: *¿del embrión humano a un superhumano?*

Un aspecto que resulta cada vez más evidente es que el conocimiento tecnocientífico tiende a plasmar lo investigado —y comprobado, en otros seres vivos— en el ser humano como destino final. Ciertamente, muchos de estos conocimientos (como el farmacológico) tienen una serie de protocolos y muchas veces contribuyen a la terapia y superación de enfermedades, lo cual resulta muy satisfactorio desde el punto de vista biomédico.

Pese a lo mencionado, las últimas décadas también mostraron el crecimiento de un conocimiento no necesariamente de índole terapéutico, sino más bien de una perspectiva de «mejora» al ser humano. Lo particular de esta mejora es que se vuelve medio y fin en sí misma, es decir, deja de lado la centralidad de la persona humana y procura el conocimiento por el conocimiento (la mejora como tal, como venga presentada). De esta manera, se renuncia a todo respeto de la ciencia a la naturaleza humana.

Así, la propuesta del transhumanismo se presenta como una expresión cultural contemporánea capaz de moldear la naturaleza humana a la voluntad o criterio del investigador (Velázquez, 2009, p. 577), con una propuesta de mejoramiento perfecto que algunos consideran ya como posthumano, es decir, el fin del *homo sapiens* y el comienzo del *homo optimus* (creado e ideado por el propio humano) (Bertolaso y Varela, 2018, p. 101).

Bajo esta premisa de *homo optimus* diseñado por el ser humano, se proyectan situaciones (antes inimaginables, ahora ya no) con relación a la vida en su fase

inicial. En efecto, con el surgimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, particularmente de la fecundación *in vitro*, pasamos del embrión humano fecundado en laboratorios con los gametos de ambos padres (FIV Homóloga) a la concepción con embriones de otro padre u otra madre (FIV Heteróloga); posteriormente, se pasa a la elección del hijo sano (diagnóstico pre implantatorio); y, en la actualidad, se pasó a la edición genética de embriones humanos mediante las técnicas CRISPR, situación que ya se hizo realidad en China con el nacimiento de tres niñas (Observatorio Terapie Avanzate, 2021).

Con esta libertad científica sin límites, el desarrollo de la medicina está orientado no solo a salvar vidas, sino a prevenir, evitar y «trastocar» la vida ante el paso del tiempo, es decir, a evitar la muerte mediante la medicina regenerativa, medicina preventiva, y/o cirugías estéticas. Esta pretensión ha llevado a algunos a cuestionar si sería aceptable considerar el derecho a no morir.

En esa línea, el proyecto «2045», desarrollado por el magnate ruso Dmitry Itskov, es uno de los proyectos posthumanistas más contemporáneos, que refleja claramente el afán del ser humano de alcanzar la tan preciada inmortalidad. Esta iniciativa consiste básicamente en descargar el contenido total de nuestro cerebro en una red de datos, para convertirnos en un software, cuya representación física podría ser un holograma¹³. El procedimiento que se utilizaría para lograr los objetivos de este proyecto van desde extirpar un cerebro humano vivo hasta convertir al ser humano en pura energía, haciendo notar así que el cuerpo humano y, en ese sentido, la naturaleza humana, lejos de ser parte esencial e integrante del ser humano, resultan ser una limitación para su «exponencial desarrollo y evolución».

Así, la prolongación de la vida humana combina una consecuencia no buscada de los legítimos esfuerzos por conseguir un envejecimiento saludable, con una de las principales metas y pretensiones del proyecto posthumanista (Bellver, 2014,

¹³ Acorde al proyecto 2045, entre el 2015 y 2020 se desarrollaría el «Avatar A», una copia robótica del ser humano que pueda ser controlado a través de un interfaz cerebro-computadora; entre el 2020 y 2025 se desarrollará el «Avatar B», esta etapa consiste en extirpar un cerebro humano vivo para transplantarlo al avatar robótico; entre el 2030 y 2035 se desarrollará el «Avatar C», en esta fase se pretende descargar totalmente el contenido de la mente humana en un cerebro artificial, de manera que la persona llegaría a ser completamente inmortal a través de su conversión en una máquina; finalmente, entre el 2040 y 2045, mediante el «Avatar D», se buscará desprenderse totalmente del cuerpo físico de un robot y convertirlo en pura energía, es decir, en un holograma. Ver Strategic Social Initiative. Avatar Project Milestones. <http://2045.com/>

p. 3). Bajo esta propuesta, no se está refiriendo a fines terapéuticos ni a mantener mayor calidad de vida por parte de las generaciones actuales en respeto a la integridad de la persona humana (UNESCO, 1997), sino que se buscan claramente las técnicas para una vida inmortal de manera artificial, sin importar que se vulneren derechos humanos de las generaciones presentes y futuras.

Al análisis de los diferentes modelos éticos que sustentan esta pretensión —como el subjetivismo libertad, basado únicamente en la sola autonomía moral; o en el contractualismo fundado en el consenso y el procedimiento formal; o el utilitarismo, que privilegia, bajo un análisis coste-beneficio, lo útil, tendiente finalmente a la consecución del placer (Sgreccia, 2007)—, estaríamos ya ante argumentos iniciales para las justificaciones éticas a estas pretensiones. Lo cual no escaparía a una ulterior justificación presentada ante la comunidad internacional como un nuevo derecho humano. Lo que con mucho realismo se ha denominado la *tendencia inflacionaria de los derechos* (Massini, 2016, pp. 131-132).

En sentido contrario, podemos considerar una mayor reflexión en la integración de la autonomía con la ontología, las mismas que vistas desde la realidad personal, desde la humanidad que las supone, no resultan excluyentes y nos muestran presupuestos aún universales. Es bajo esta perspectiva que se necesita mayor reflexión y diálogo.

3.2. La aplicación de la neurotecnología en aras de lograr una potencialidad humana cada vez más artificial: ¿cuál es el límite?

El uso de la inteligencia artificial ha ido calando en diversas disciplinas, una de ellas es la neurotecnología¹⁴, cuya aplicación en la ciencia y la medicina es extensa. Si bien es cierto que todavía se aplica, en su mayoría, en el contexto de la medicina clínica y la investigación neurocientífica, en los últimos años una serie de aplicaciones neurotecnológicas se han abierto camino en el mercado y están ahora integradas a un conjunto de dispositivos de consumo para usuarios sanos con diversos fines no clínicos. El término genérico que se suele utilizar para englobar

¹⁴ La neurotecnología es entendida como el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa entre dispositivos técnicos y el sistema nervioso, es decir, son técnicas que ostentan la capacidad de manipular, obtener y registrar información del cerebro. Este tipo de tecnología es el resultado de la confluencia entre la inteligencia artificial (IA), ciencias de la computación y neurociencia, por lo que constituyen un ejemplo claro de tecnociencia convergente de alto potencial innovador y disruptivo. Muller, O. & Rotter, S. (2017). Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues. *Frontiers in systems neuroscience*, (1). p.1. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5733340/> (traducción personal).

a todas estas neurotecnologías no invasivas, escalables y potencialmente ubicuas es «neurotecnología omnipresente» (*pervasive neurotechnology*) (Fernández et al., 2015, como se citó en Ienca y Andorno, 2021).

En este contexto, han ido surgiendo diversos proyectos con fines de mejoramiento humano, los cuales, entre otras cosas, buscan lograr la «simbiosis entre la inteligencia artificial y el ser humano»¹⁵, ello bajo el temor de ser superados por la propia tecnología¹⁶. De ese modo, la persona y su cuerpo son considerados como meros instrumentos, *el hombre es en sí mismo tecnología encarnada*, lo cual conlleva a reducir la naturaleza humana a pura materia y al ser humano a sus conexiones neuronales (reduccionismo neurobiologista) (Vasquez y Postigo, 2015, p. 510).

En referencia al potenciamiento humano, se ha manifestado el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (2021, p. 19) señalando lo siguiente:

[...] los argumentos a favor del mejoramiento surgen de la idea de que la mejora y la terapia son intercambiables, contiguas y equivalentes; ya que, el mejoramiento o potenciamiento (enhancement) es considerado parte de la evolución, entonces significaría un atajo, una elección libre que permitiría alcanzar los mismos resultados que con la terapia pero en menor tiempo, acortando millones de años de evolución, y con menos esfuerzo, lo cual haría posible que el hombre y la humanidad lleguen a alcanzar y realizar todo su potencial [...] todas las preocupaciones que de estas técnicas surjan podrán ser superadas con el avance y la disponibilidad más amplia de la tecnología; puesto que, los límites de lo que significa ser humano son un tema de debate [...].

¹⁵ Elon Musk, CEO de Tesla y fundador de Space X, en julio del 2016 fundó la Start-up de neurotecnología Neuralink, cuyo objetivo es desarrollar interfaces cerebro-computadora (ICC) implantables en el ser humano, con el fin de ayudar a personas que sufren de enfermedades cerebrales, como el Alzheimer, Parkinson o diversos tipos de parálisis, e inventar nuevas tecnologías que logren expandir las «habilidades humanas» a nuestra comunidad y nuestro mundo o, en otras palabras, «crear un interfaz cerebral para restaurar la autonomía de aquellos con necesidades médicas insatisfechas hoy, y desbloquear el potencial humano mañana». Neuralink (15 de octubre de 2023). Our Mission. <https://neuralink.com/>

¹⁶ La experiencia misma de «mejorar» muestra una dimensión propiamente humana; no obstante, hemos llegado a un punto en el que la misma tecnología, creada por el hombre, lo ha empezado a superar en demasía hasta el extremo en que se ha llegado a sostener que «[l]a Inteligencia Artificial augura el fin de la raza humana». BBC. «Stephen Hawking: “La inteligencia artificial augura el fin de la raza humana”», 2 diciembre de 2014. https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ultnot_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn

Poner en debate la «humanidad misma» con el fin de respaldar las técnicas de mejoramiento parece que nos conduce a una sola dirección: *El hombre es ser humano, digno y titular de derechos, por lo que hace o puede llegar a hacer, pero no por lo que es*. Esta conjetura no es más que un conducto directo a una masiva y descontrolada vulneración de derechos humanos, puesto que sostener que el hombre se reduce a sus cualidades es convertirlo en un instrumento, en un medio (donde sean unos pocos los que controlen a otros). De esta manera, se compromete la dignidad humana porque significa que no valoramos al hombre como tal, sino con base en sus capacidades y habilidades.

De igual modo, el potenciamiento, cualquiera sea su aplicación, compromete también la libertad, ya que la elección de someterse a estas intervenciones no resultaría ser totalmente autónoma, pues nos vemos obligados por la sociedad hipercompetitiva en la que vivimos, donde tenemos que dar el mejor resultado en el menor tiempo posible. (Università Cattolica del Sacro Cuore, 2021). En esa línea, surge un tema delicado: *¿nos mejoramos todos?, ¿se mejora solo uno?* Estamos hablando de romper la brecha de la cohesión social, creando una clara distinción entre «potenciados y no potenciados» (García, 2021). Todo esto trae enormes consecuencias en el plano de la justicia porque ya vivimos en una sociedad desigual, siendo así que estas tecnologías de mejora, cuya seguridad y eficacia aún no conocemos, crearían un aumento de esa desigualdad dentro de la sociedad.

Con esto no pretendemos sostener que la aplicación y uso de la inteligencia artificial, a través de la neurotecnología, solo tiene consecuencias negativas, ya que la tecnología y los avances científicos, en líneas generales, son instrumentos que, si son usados correctamente, ofrecen la oportunidad de satisfacer diversas necesidades, incluso promueven el respeto a la vida, integridad, libertad, bien común, entre otros derechos. No obstante, el mismo potencial de estos instrumentos suponen un riesgo, pues si son usados con fines de mejoramiento humano, bajo la influencia de corrientes culturales (transhumanismo y/o posthumanismo) y reduccionismos, pueden llegar a vulnerar diversos derechos humanos, incluso transfigurar el concepto mismo de dignidad. Recordemos pues que «la genética puede amenazar la privacidad, acabar con la autonomía, homogeneizar la sociedad y destripar el concepto de naturaleza humana. Pero la neurociencia, a través de la neurotecnología, podría hacer todas estas cosas antes» (The Economist, 2002, como fue citado en Mascitti, 2022).

En ese marco, los retos devienen en la creación de un marco jurídico nacional que regule el uso de la neurotecnología, considerando no solo su aplicación terapéutica, sino también el potenciamiento humano que podría devenir de ella.

En este punto, el papel de la academia jurídica nacional e internacional tienen un rol preponderante, pues, a partir de ella, se irá tomando conciencia de esta problemática, que por más lejana que parezca nos acecha también.

3.3. En torno a una ecología con acento personalista cada vez más sostenible

Ante problemas que resultan cada vez más universales, se presenta una proyección de la bioética, denominada por algunos como bioética global. Desde esta perspectiva, se distinguen dos niveles: i) un discurso con el derecho internacional de los derechos humanos, como un *mínimo ético* aceptable para todos y que además se concreta en principios bioéticos específicos, y ii) la articulación de normas bioéticas de modo más específico, en armonía con religiones y culturas concretas (ten Have y Gordijn, 2014, pp. 12-13). Esta referencia de encontrar valores universales o globales parte del reconocimiento del valor humano en su singularidad.

Una de las problemáticas a nivel global que más consensos ha generado en la Comunidad Internacional tiene que ver con la ecología, el cuidado del medio ambiente y el respeto de la biodiversidad. Ahora bien, respecto a la ecología y la relación actual del ser humano con la naturaleza, resulta muy conveniente destacar el aporte iusfilosófico realizado por el jurista español Jesús Ballesteros, quien señala tres modelos: el antropocentrismo tecnocrático, el biologismo y el ecologismo personalista (Ballesteros, 1995, pp. 13-43).

El *antropocentrismo tecnocrático* parte de una separación entre el hombre y la naturaleza. El hombre se convierte en el dominador absoluto del medio ambiente, en sus condiciones de productor y consumidor. Lo que importa es el bienestar general (económico y tecnológico), más no ambiental (Ballesteros, 1995, pp. 14-20). Se evidencia una humanidad preocupada por su tecnicidad, capaz de manipular o excluir no solo la naturaleza, sino incluso al propio ser humano para lograr su mayor riqueza material, la que le asegure más capacidad de consumo.

Sobre el *biologismo*, la *deep ecology* o ecología profunda, promueve un igualitarismo biológico en el que el ser humano no tendría ninguna diferencia respecto de otros seres vivos (Ballesteros, 1995, pp. 20-34). Esta paridad que se propone desconoce la dimensión espiritual del ser humano y su trascendencia, la misma que le permite «[...] salir fuera de sí y pensar y ocuparse del otro [...]» (Bellver, 2000, p. 103). Respecto a la contaminación ambiental, en gran medida causada por la acción humana, es el hombre —y solo el hombre— el único capaz de rectificar esta situación.

El *ecologismo personalista* destaca una interdependencia entre hombre y naturaleza. Exige una conciencia ecológica, un deber de cuidado y una administración diligente de los recursos naturales. La claridad que salvaguarda la naturaleza deviene en salvaguardarse a sí mismo (Ballesteros, 1995). En ese marco, Bellver comenta lo siguiente:

[...] ese «descubrimiento de la naturaleza» se concreta en un triple descubrimiento: (1) La naturaleza no es ni un puro instrumento, ni tampoco una entidad sagrada, sino una realidad que merece respeto y cuidado; (2) La naturaleza corporal del ser humano también exige un respeto, que es requisito para su pleno desarrollo personal; (3) Existe una íntima relación entre lo natural y lo social, por lo que el comportamiento que tengamos en un ámbito repercute directamente sobre el otro [...] (2018, pp. 110-112).

La propuesta de la ecología personalista nos brinda elementos para una sostenibilidad y para un cuidado ecológico de las generaciones presentes y futuras, consciente de que el cuidado del entorno natural no se opone al cuidado del ser humano, puesto que el uno y el otro son complementarios.

IV. CONCLUSIONES

Las exigencias mostradas en la actualidad por la biotecnología, a nivel bioético, representan una oportunidad para generar una integración de saberes interdisciplinarios. La ética necesita relacionarse con el derecho —con los derechos humanos—, para una mayor respuesta al avance tecnocientífico. Se trata de proyectar un orden a situaciones nuevas por la regulación tanto nacional como internacional. Al mismo tiempo, se trata de pensar y repensar en los fundamentos del derecho: la dignidad humana. No de renunciar a una reflexión en torno a la naturaleza humana, sino de saber presentarla al debate actual, muy conscientes de que si no se protege la vida humana desde su inicio, desde una atención y cuidado a los más desprotegidos, tarde o temprano, se atenta contra ella.

I BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Médica Mundial. Declaración de Helsinki de la AMM. Principios éticos para las investigaciones en seres humanos. <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/>
- Atienza, M. (2009). Sobre el concepto de dignidad humana. En M. Casado (Coord.^a), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración*

Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (pp. 73-94). UNESCO, Civitas-Thomson Reuters. <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro-sobre-dignidad-y-principios.pdf>

Ballesteros, J. (1995). *El ecologismo personalista*. Tecnos.

BBC. (2014, 2 de diciembre). *Stephen Hawking: «La inteligencia artificial augura el fin de la raza humana»*. https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ulnot_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn.

Bellver Capella, V. (2014). Ética y políticas ante la investigación para extender la vida humana. *Cuadernos de Bioética*, (25), 493-506. <http://aebioetica.org/revistas/2014/25/85/493.2.pdf>

Bellver Capella, V. (2000). La vida del embrión es una cuestión de derechos humanos. Conversaciones con Jesús Ballesteros. *Nueva Revista de Política, Arte y Cultura*, 72, 98-105.

Bellver Capella, V. (2018). El papel del derecho en el tránsito de la cultura del descarte al ecologismo personalista. *Ars Iuris*, (53), 93-119. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8734022>

Casquier, J. y Ortiz, R. (2012). Las semillas transgénicas: ¿un debate bioético? *Derecho PUCP*, (69), 281-300. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.014>

Congreso de la República del Perú. Ley N.º 31111, Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un periodo de 15 años, a fin de establecer la moratoria hasta el 31 de diciembre de 2035. Diario oficial *El Peruano*, 6 de enero de 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1917468-1>

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, de 4 de noviembre de 1997. <https://archivos.jurídicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>

D'Agostino, F. (2000). *Filosofia del diritto*, Giappichelli. Torino.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. (2005, 19 de octubre).

Declaración Universal sobre genoma humano y los derechos humanos (1997, 11 de noviembre). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>

Fernandez, A. Sriraman, S. Gurevitz, B., & Ouiller, O. *Pervasive neurotechnology: A groundbreaking analysis of 10,000+ patent filings transforming medicine, health, entertainment and business*. SharpBrains.

- Ienca, M. y Andorno, R. (2021). Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y la neurotecnología. *Análisis Filosófico*. (41)1. <https://doi.org/10.36446/af.2021.386>
- García Gomez A. (2021). Retos bioéticos y biojurídicos de las tecnologías emergentes o convergentes [conferencia]. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.
- Henk A. M. J. ten Have - Bert Gordijn Editors. (2014). *Handbook of Global Bioethics*. Springer Reference.
- Hervada, J. (1991). Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. *Humana Iura*, (1), 345-379. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/64548>
- Juan Pablo II. (1990, 5 de octubre). Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas en ocasión del 50 aniversario de la fundación de la ONU.
- Lafferriere, J. N. y Lell, H. M. (2022). Los usos del término «dignidad» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Jurídica*, 20(43), 315-348. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n43a13>
- Maino, G.C. A. (2016). Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes. Aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. *Derecho y Cambio Social*, (43), 1-27. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456258>
- Mascitti, M. (2022). El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, (46), 149-176. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/17051/17595>
- Massini, C. I. (2016). Los Derechos humanos en el pensamiento actual. *Novum-Universidad Panamericana*.
- Müller, O. y Rotter, S. (2017). Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues. *Frontiers in systems neuroscience*, 11, 93. <https://doi.org/10.3389/fnsys.2017.00093>
- Neuralink (2023, 15 de octubre). Our Mission. <https://neuralink.com/>
- Observatorio Terapie Avanzate (2021, 6 de diciembre). *Le bambine CRISPR crescono. Come stanno Lulu, Nana ed Amy?* <https://www.osservatorioterapie-avanzate.it/terapie-avanzate/editing-genomico/le-bambine-crispr-crescono-come-stanno-lulu-nana-ed-amy>

- (2019). Expediente N.º 0014-2015-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00014-2015-AI.pdf>
- Reich, W. (1978). *Encyclopedia of Bioethics*. Schuster.
- García, J. (2010). Bioética. Philosophica: enciclopedia filosófica on line. <http://www.philosophica.info/archivo/2010/voces/bioetica/Bioetica.html>.
- Ruiz, M. (2006). «Biotecnología». En Diccionario de Bioética (pp. 146-149). Editorial Monte Carmelo.
- Russo, G. (1995). *Bioetica fondamentale e generale*. SEI. Torino.
- Potter V. (1975). Humility with responsibility-a bioethic for oncologists: Presidential Address. Cancer research, 35(9), 2297-2306. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/1149041/>
- Santa Maria D'Angelo R., Quinceno, J., Torres, A. y Perochena, A. (2020). Las técnicas CRISPR/CAS9 aplicadas al mejoramiento genético humano: un diálogo biotecnológico, antropológico, filosófico y jurídico. *Cuadernos de Bioética*, 31(103), 343-355. <http://aebioetica.org/revistas/2020/31/103/343.pdf>
- Sgreccia, E. (2007). *Manual de Bioética I Fundamentos y Ética Biomédica*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Spaemann, R. (2010). *Personas, acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»* (J. L. del Barco, Trad.). Eunsas.
- Strategic Social Initiative. Avatar Project Milestones. <http://2045.com/>
- The Economist. (2002, 23 de mayo). Open Your Mind. <https://www.economist.com/science-and-technology/2002/05/23/open-your-mind>
- Tribunal Constitucional. (2003). Expediente N.º 0008-2003-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). Expediente N.º 2016-2004-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 5490-2007-HC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05490-2007-HC.pdf>

- Tribunal Constitucional. (2013). Expediente N.º 00011-2013-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2019). Expediente N.º 0014-2015-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00014-2015-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2019). Expediente N.º 01470-2016-HC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2023). Expediente N.º 00238-2021-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00238-2021-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2023). Expediente N.º 00882-2023-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>
- Unesco. Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras. (1997).
- Unesco. Report of the International Bioethics Committee of Unesco (IBC) on the ethical issues of neurotechnology. (2021, 15 de diciembre). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724>
- Università Cattolica del Sacro Cuore. (2021, 14 de septiembre). *Laura Palazzani I Vicepresidente vicaria del Comitato Nazionale per la Bioetica* [video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=AW02Dtg644U&ab_channel=Universit%C3%A0CattolicadelSacroCuore
- Valera, L. y Bertolaso, M. (2018). Verità e fiducia nell'era del transumanesimo: verità y confianza en la época del transhumanismo. *SCIO. Revista de Filosofia*, (15), 97-122. https://doi.org/10.46583/scio_2018.15.462
- Vasquez del Aguila J. y Postigo Solana, E. (2015). Transhumanismo, neuroética y persona humana. *Revista Bioética*, 23(3). <https://www.scielo.br/j/bioet/a/PjkgX9vs.ygNQv594FJnNHpQ/?lang=es>
- Velázquez Fernández, H.(2009). Transhumanismo, libertad e identidad humana. *Thémata. Revista de Filosofia*, (41), 577-590. <https://institucional.us.es/revistas/themata/41/36velazquez.pdf>

Los sistemas inteligentes de identificación y reconocimiento biométrico y los derechos humanos

Intelligent identification and biometric recognition systems and human rights

 MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN*

69

Resumen

Se dice que la inteligencia artificial llegará ser un avance técnico de mayor envergadura que la máquina de vapor en la revolución industrial y que sus repercusiones económicas, sociales y jurídicas serán trascendentales. Los beneficios que esta tecnología conllevarán serán incontables, como hacer más fácil la vida humana o liberar al trabajador de las labores más pesadas y repetitivas. Sin embargo, no hay rosa sin espinas. Algunos autores alertan de los inconvenientes y peligros que también traerá la nueva tecnología. Este es el tema de este artículo, que quiere advertir del riesgo que para los derechos fundamentales del ser humano pueden suponer algunas aplicaciones de la IA.

Palabras clave

Inteligencia artificial, derechos fundamentales, sistemas de reconocimiento biométrico, nudges, perfilado predictivo, calificación social

* Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. El trabajo ha sido escrito al amparo del Proyecto de investigación «Derecho e inteligencia artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robóticas», IP. Margarita Castilla, Universidad de Cádiz (PID2019-108669RB-I00 / AEI / 10.13039 / 501100011033).

Abstract

Artificial Intelligence is going to be a technical advance greater than the steam engine in the age of Industrial Revolution, and therefore its economic, social and legal repercussions are going to be transcendental. The benefits this technology will bring us will be countless, making human life easier and freeing the worker from the heaviest and most repetitive tasks. However, there is no rose without thorns, and some authors warn of the inconveniences and dangers that new technology will also bring. This is the topic of this article, which wants to warn of the risk that some applications of AI may pose to the fundamental rights of human beings.

Keywords

Artificial intelligence, human rights, biometric recognition systems, nudges, predictive profiling, social credit system

Sumario:

-
- I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL INVASIVA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - II. LOS SISTEMAS DE IA Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - III. LAS TÉCNICAS DE IA AGRESIVAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
-

I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL INVASIVA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la desaparecida República Democrática Alemana, las actividades sociales de la población y su afecto o desafecto al régimen eran controladas por la *Stasi*, abreviatura del *Ministerium für Staatssicherheit*, es decir, la policía política del régimen comunista. Aunque contaba con numerosos agentes de plantilla, el instrumento principal de este control lo constituían los «colaboradores informales», delatores espontáneos que informaban acerca de las actividades e ideología sus conocidos, amigos, compañeros de trabajo o familiares. El número de colaboradores de activos superaba en cada momento los 200 000, lo que no está nada mal, aunque lejos del sueño totalitario de poner a la mitad de la población del país a vigilar a la otra mitad. No obstante, este sueño del control total es hoy posible, pues contamos con la ayuda de unos delatores incansables y muy diligentes, los sistemas de inteligencia artificial (en adelante, IA), de los que se hablará a continuación. Efectivamente, gracias a la tecnología de la IA ya existen sistemas de control y seguimiento individualizado de las actividades privadas, en particular en China, como veremos más adelante; a título de anécdota, en Singapur actualmente patrullan robots que reconocen conductas no autorizadas como fumar en

casi cualquier sitio o aparcar el coche donde no se debe (Chee Siong, 2023)¹. Todo indica que vivimos un cambio social como consecuencia de la nueva tecnología. Como nos dicen Pollicino y Paolucci (2022, p. 9), es un hecho que las nuevas ciudades son ciudades inteligentes, cuyo funcionamiento «tiene sus raíces en la combinación del Internet de las Cosas (IoT), el *Big data*, la computación ubicua y la nube. Todos estos elementos son los fundamentos de la arquitectura sobre las que descansa la (ideal) ciudadanía inteligente, y son los encargados de hacerlo más abierta, optimizable y, sobre todo, controlable».

Además, la IA es tremendamente invasiva, puesto que es una tecnología muy fisgona. Según Megías Quirós (2022, p. 140), la limitación de los riesgos derivados de la IA será el objetivo que inspire las más recientes elaboraciones regulatorias en la materia, como son la *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial* de la UNESCO, de noviembre de 2021² (y el subsiguiente *Report of the International Bioethics Committee on the ethical issues of neurotechnology*, de 15 de diciembre de dicho año), así como la europea *Ley de la Inteligencia Artificial*, de 21 de abril de 2021³.

Estos peligros, por otra parte, derivan precisamente de la perfección del funcionamiento de los sistemas inteligentes, que, como nos señala Megías Quirós (2022, p. 143), al tiempo que traen muchos beneficios, plantean evidentes riesgos para los derechos humanos. En este sentido, recoge De Asís Roig (2022, p. 35) las palabras de Michelle Bachelet, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su discurso «Derechos humanos en la era digital ¿Pueden marcar la diferencia?» de 17 de octubre de 2019, cuando dijo: «Es esencial que en esta era digital prestemos especial atención a los derechos humanos [...]. La revolución digital plantea un considerable problema de derechos humanos a escala mundial. Sus beneficios indudables no anulan sus riesgos evidentes».

Esta idea de la peligrosidad de la IA es compartida por varios autores, como Martin Ebers (2023), quien nos dice que los sistemas de IA pueden dañar de manera impredecible la vida, la salud y la propiedad de las personas, así como:

¹ Desde 2021 se realizan pruebas de vigilancia en Singapur con un robot llamado *Xavier*.

² Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), París, del 9 al 24 de noviembre de 2021, en su 41.ª reunión.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en Materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM/2021/206 final.

[...] afectar a los valores fundamentales en los que se basan las sociedades occidentales, dando lugar a violaciones de los derechos fundamentales de las personas, incluidos los derechos a la dignidad humana y a la autodeterminación, a la privacidad y a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión y de reunión, a la no discriminación o al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la protección de los consumidores. (p. 254)

Pollicino y De Gregorio (2021) advierten que la tecnología inteligente puede ser lesiva *per se* para los derechos de las personas, como consecuencia de su falta de transparencia. En otras palabras, tiene consecuencias negativas sobre derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la libre determinación, libertad de expresión y privacidad. Pero además:

[...] la difusión de la toma de decisiones automatizada también desafía a los sistemas democráticos por su impacto en el discurso público y la imposibilidad de comprender las decisiones que se realizan mediante sistemas automatizados que afectan a los derechos y libertades individuales. (p. 5)

72

Otros, como Matefi y Darius (2022), afirman que, aunque la IA nos trae innegables beneficios en muchos ámbitos, también en el del derecho, hay que asumir que

[...] derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la dignidad, a la libertad de expresión, a la libertad de movimiento y a la seguridad de las personas, y muchos otros derechos de la personalidad o fundamentales reconocidos internacionalmente, son infringidos por el uso inapropiado de la IA. (pp. 75-76)

Es precisamente para minimizar los riesgos que afectan a estos derechos que la Unión europea ha seguido dos modelos de regulación distintos, uno ético y otro jurídico, elaborando primero textos de fijación de directrices éticas, y luego de propuestas normativas, que culminan en la ya citada Ley de Inteligencia Artificial⁴. Este texto, según Megías Quirós (2022, p. 158), concreta los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que pueden verse afectados

⁴ *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el Que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, 21 de abril de 2021, COM(2021) 206 final.

por el uso de sistemas inteligentes. Serían los siguientes: el derecho a la dignidad humana (art. 1); el derecho a la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal (arts. 7 y 8); el derecho a la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres (arts. 21 y 23); el derecho a la libertad de expresión y reunión (arts. 11 y 12); el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (arts. 47 y 48); y, asimismo, los derechos de determinados grupos, como el de las condiciones justas y equitativas del trabajador (art. 31), o el derecho a la protección del consumidor (art. 28), los derechos del niño (art. 24) y la integración de las personas discapacitadas (art. 26).

La preocupación por la irrupción de los sistemas inteligentes y su posible efecto negativo para la protección de los derechos de las personas se detecta en otros textos europeos. Destaca Coca Payeras (2023, p. 24) con *Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales*. Este texto impone la necesidad de garantizar el respeto a los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Carta de derechos fundamentales, así como la necesidad de que la tecnología de IA se desarrolle de manera que sitúe a las personas en su centro. Además, alerta sobre la utilización de herramientas de IA por las autoridades judiciales para la toma de decisiones sobre prisión preventiva, o para dictar sentencias, calcular las probabilidades de reincidencia y determinar la libertad condicional o resolver litigios en línea.

Esta resolución expresa también gran preocupación por el uso de las fuerzas policiales y servicios de inteligencia de bases de datos de reconocimiento facial, como la base *Clearview AI*, una base de datos de más de 3000 millones de imágenes que se han recopilado de redes sociales y otros lugares de internet. Asimismo, se preocupa por el uso de la inteligencia artificial en el control de fronteras, como, por ejemplo, el proyecto europeo *iBorderCtrl*, un sistema inteligente de detección de mentiras, que, como dice Coca Payeras (2023), «elabora perfiles de los viajeros a partir de una entrevista automatizada por ordenador realizada a través de la cámara web del viajero antes del viaje y un análisis de 38 microgestos basado en la inteligencia artificial, probado en Hungría, Letonia y Grecia». Ante estos sistemas de reconocimiento o biométricos, la resolución pide a la Comisión que, por medios legislativos y no legislativos, y si es necesario a través de procedimientos de infracción, prohíba el tratamiento de datos biométricos, incluidas las imágenes faciales, mediante vigilancia masiva en espacios públicos con fines coercitivos (epígrafe 31).

II. LOS SISTEMAS DE IA Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El paso de la regulación ética a la normativa: la *Ley de la IA*

Como señala, desde la filosofía del derecho, Francisco de Asís Roig (2022, p. 38), la evitación de estos males pasa por una defensa de los derechos fundamentales con base jurídica, eventualmente complementada con el reconocimiento de nuevos «neuroderechos» (con la precaución de no crear una inflación de los mismos que los devalúe) y, asimismo, con nuevas normas y textos internacionales. Da cuenta así de que la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe sobre *El derecho a la privacidad en la era digital* (2021), proclama que los Estados deben establecer mecanismos de supervisión y reparación relacionados con la privacidad. Y la UNESCO, a través de su Comité Internacional de Bioética, emitió un informe el 15 de diciembre de 2021 sobre *Cuestiones Éticas de la Neurotecnología*, en el que se encuentran sugerencias como las siguientes:

- a) Agregar protocolos a los tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para abordar los desafíos que plantean las neurotecnologías.
- b) Reforzar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerando que la neurotecnología desafía los derechos humanos existentes y que se requerirán nuevas garantías en función de las posibilidades de vulneración.
- c) Elaborar una Nueva Declaración Universal de Derechos Humanos y Neurotecnología.

En esta línea, el Congreso chileno aprueba el 12 de abril de 2021 una reforma constitucional que reconoce el derecho a la integridad neuronal.

Volviendo al ámbito europeo, la vía por la que se opta es más la de la defensa de los derechos de la persona que la de la creación de nuevos neuroderechos. Resume Megías Quirós (2022, p. 155) que la evolución de la normativa europea sobre IA y protección de los derechos humanos, señalando que los primeros textos europeos sobre cuestiones éticas de la IA siguen un camino similar al de la UNESCO, fijando inicialmente algunos principios éticos objetivos en tema de IA, pero luego incidiendo en la vía jurídico-normativa. El primer texto del Parlamento Europeo con contenido ético significativo fue la Carta sobre robótica, en la Resolución del

16 de febrero de 2017⁵. Le sigue la Resolución del 12 de febrero de 2019⁶, sobre política industrial global europea en materia de inteligencia artificial, en la que, «[...] además de instar a la Comisión a revisar y adaptar la legislación europea a la nueva realidad desde una perspectiva ética, concretaba nuevos principios para complementar la legislación e insistía en la aprobación “de una carta ética de buenas prácticas para la IA”». En España tenemos la *Carta de derechos digitales*, adoptada en julio de 2021 por el Gobierno, que se inscribe en el contexto de la Estrategia Española Nacional de Inteligencia Artificial de 2020, pero que carece de efectos normativos.

Es a partir de 2020, cuando la UE reconoce la insuficiencia del marco ético para una protección eficaz de los derechos humanos frente a la IA, que se pasa a proponer a la Comisión la aprobación de dos reglamentos de aplicación en los Estados de la UE. Como nos dice Megías (ibid.), «[e]l primer Reglamento propone un marco regulador de la IA con la conversión de principios éticos en obligaciones jurídicas, porque «los principios éticos comunes solo son eficaces cuando están también asentados en Derecho y porque las orientaciones éticas son un buen punto de partida, pero no garantizan que los desarrolladores, desplegados y usuarios actúen de manera justa ni aseguran la protección eficaz de las personas». El segundo Reglamento es la *Resolución 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*, que propone el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil, objetiva y subjetiva, para que pueda reclamarse cualquier daño causado por la IA.

Sin embargo, en 2021, el paso definitivo hacia una regulación de una IA que va más allá de la ética lo da la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial*⁷, la llamada *Ley de Inteligencia Artificial* (LIA), que establecería un marco jurídico mediante normas claras para garantizar una IA fiable, segura y respetuosa con los derechos fundamentales. Destaca en este sentido Coca Payeras (2023, p. 24) que, entre los objetivos de la *Ley de la IA*, según su «Exposición de

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI))

⁷ Bruselas, 21 de abril de 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD)

motivos», están los de «garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión», así como los de «mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA».

En definitiva, no bastan los principios éticos para la salvaguarda de los derechos fundamentales, y por eso la «Exposición de motivos» de la LIA dice que, en consecuencia, «[...] las normas relativas a la IA [...] deben estar centradas en las personas, a fin de que la población tenga la seguridad de que la tecnología se usa de un modo seguro y en consonancia con la ley, lo que también implica respetar los derechos fundamentales».

Los últimos textos europeos siguen también esta línea, en particular la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión del 23 de enero de 2023 sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital⁸. Como dice Coca Payeras (2023, p. 37), en su Preámbulo esta Declaración insiste en su primer capítulo en que las personas constituyen el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea, y que esta tecnología debe servir y beneficiar a todos los europeos para que cumplan sus aspiraciones, «[...] en total seguridad y respetando plenamente sus derechos fundamentales. Nos comprometemos a: [...] b) adoptar las medidas necesarias para que los valores de la UE y los derechos de los ciudadanos reconocidos por el Derecho de la Unión se respeten tanto en línea como fuera de línea; c) fomentar y garantizar una acción responsable y diligente por parte de todos los agentes digitales, públicos y privados, en el entorno digital; d) promover activamente esta visión de la transformación digital, también en nuestras relaciones internacionales». Como vemos, una reiteración continua de la necesidad de respeto de los derechos de las personas (y por tanto, un reconocimiento del riesgo que plantean estas nuevas técnicas para estos derechos).

2. La IA como generadora de riesgo para los derechos de las personas

2.1. *Sistemas prohibidos (con excepciones)*

En la citada *Ley de la IA*, Propuesta de Reglamento europeo de abril de 2021, se distingue inicialmente en su articulado, tras una serie de conceptos y definiciones, una serie de *Prácticas de Inteligencia Artificial Prohibidas*, según reza el Título II de esta Ley. Veamos cuáles son estas aplicaciones técnicas de la

⁸ Diario Oficial de la Unión Europea, 22 de enero de 2023, C 23/1.

IA que son prohibidas por conllevar riesgos inaceptables para los derechos fundamentales, señalando así el artículo 5 (LIA) que quedan prohibidas las siguientes *prácticas* de inteligencia artificial:

- Las técnicas subliminales *que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento* provocando perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra. Es decir, técnicas de persuasión subliminal. Asimismo, las *técnicas de persuasión* que aprovechen vulnerabilidades de grupos específicos de personas debido a su edad o discapacidad física o mental *para alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona que pertenezca a dicho grupo* de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra. En definitiva, técnicas de persuasión y alteración subliminal de comportamientos.
- La utilización de sistemas de IA por las autoridades públicas para evaluar o clasificar a personas físicas *atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad conocidas o predichas*, de forma que la clasificación social resultante dé lugar a situaciones de trato perjudicial o desfavorable en contextos sociales sin relación con el que generó los datos de clasificación, o que sea desproporcionado con respecto al comportamiento social clasificado. Estamos ante técnicas de perfilado de sujetos y calificación social de los mismos.
- El uso de *sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público* salvo que sea estrictamente necesario para la búsqueda selectiva de víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos; la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas, como un atentado terrorista. En particular, la identificación de personas relacionadas con delitos especialmente importantes como pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de niños y pornografía infantil, tráfico de drogas o de armas⁹. Una técnica de identificación biométrica se traduce en la vigilancia espacial de los sujetos en tiempo real y, como veremos, se puede trasladar sus resultados, una vez identificado el sujeto, al ámbito de la calificación social del mismo.

⁹ Se trata de los delitos recogidos, como nos dice el art. 5.1.iii de esta *Ley de la IA*, en la «Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años [...]».

Estos sistemas de identificación biométrica son especialmente agresivos para los derechos fundamentales, por lo que, además de esta prohibición, se establece en la *Ley de la IA* una serie de cautelas para su utilización, como lo son el tener en cuenta sus consecuencias para los derechos y las libertades de las personas implicadas, la adopción de salvaguardias para su uso, el establecimiento de limitaciones temporales, geográficas y personales y, además, *autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente del Estado miembro donde vaya a utilizarse dicho sistema*.

2.2. *Sistemas de alto riesgo*

No terminan aquí las amenazas de la IA a los derechos fundamentales, aparte de estos sistemas prohibidos o de riesgo inaceptable, la *Ley de la IA* también refiere una serie de sistemas que se admiten pero que son calificados como de *alto riesgo*. Se trata de sistemas de IA referidos en los Anexos II y III de esta Ley, que se aplican a tareas como las relacionadas con la salud, funcionamiento del tráfico rodado y el suministro de agua, gas, calefacción y electricidad, o sistemas de selección para el acceso a instituciones educativas y al empleo. Asimismo, se incluyen los sistemas para la calificación crediticia o solvencia, o los sistemas empleados por las autoridades públicas para la aplicación de la ley, o la administración de justicia y la gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo.

Pero, como puede comprobarse, aquí no se está haciendo referencia a una aplicación técnica de la IA en particular, sino a la utilización de los sistemas inteligentes en funciones de control de ámbitos sensibles (datos médicos, regulación del tráfico, control de suministro de agua y energía), en los cuales se precisa una vigilancia especial para evitar daños a las personas. Es decir que el concepto de *alto riesgo* va aquí referido a determinados ámbitos de utilización de la IA, mientras que el concepto de *prohibición* —o riesgo inaceptable— se aplica directamente a técnicas concretas de IA que actúan inmediatamente sobre las personas.

2.3. *Diferencia entre ambos tipos de sistemas*

A partir de lo anterior, veo que es posible diferenciar, por un lado, sistemas inteligentes que son, por el riesgo que producen para los derechos fundamentales, lesivos *per se* para estos derechos, cuya utilización o está prohibida o solo es posible con carácter excepcional y con fuertes medidas de control; por otro lado, están los ámbitos en los que el mal funcionamiento de sistemas inteligentes conlleva un riesgo de afectación a los derechos fundamentales, ya sea por gestionar infraestructuras o instalaciones básicas para la vida en sociedad (suministros de agua,

electricidad, líneas de datos) o por tratarse de actividades que implican intervención pública o que tienen carácter especialmente delicado (administración de justicia, educación, empleo, instituciones financieras), en las cuales pueden producirse fácilmente lesiones a los derechos de las personas por un funcionamiento sesgado o por una avería del sistema.

Esto es lo que diferencia la lesión en uno y otro caso: en el supuesto de los sistemas inteligentes de riesgo inaceptable o prohibidos, los daños se producen por el buen funcionamiento del sistema, que consigue resultados que van más allá de lo que se podría esperar mediante la intervención exclusivamente humana; en cambio, en los sistemas inteligentes que actúan en ámbitos sensibles o de alto riesgo, los daños derivan del mal funcionamiento del sistema, que padece errores o disfunciones (sesgos, averías, bucles o caídas del sistema) que producen lesión a los derechos de las personas.

Veamos a continuación de qué riesgos estamos hablando y cuáles son estas técnicas de IA peligrosas para los derechos fundamentales.

III. LAS TÉCNICAS DE IA AGRESIVAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

79

1. Los sistemas de datos biométricos, en general

Los sistemas de reconocimiento de personas por sus datos biométricos son invasivos por sí mismos e impactan directamente en la protección de datos personales prescrita en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata de la utilización de sistemas inteligentes que, a través de videocámaras, reconocen los rasgos faciales de las personas y, a partir de estos, la identidad de cada persona en particular. A esto se puede añadir que, mediante diversos periféricos (medidores de tensión arterial, cámaras termográficas, escáner de huellas, micrófonos), se obtienen otros datos corporales como huellas dactilares, temperatura corporal, frecuencia cardíaca, sudoración o respiración del sujeto, tono de voz, movimiento de las pupilas, datos que permiten ampliar la exploración a informes sobre el estado de salud, emociones o incluso pensamientos de la persona, como veremos luego.

La *Ley de la IA* de 2021 procede a definir los «Datos biométricos» en el art. 3, núm. 33) como «[...] los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha

persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos»¹⁰. Distingue Cotino Hueso (2023, p. 348) entre identificadores «fuertes», los cuales son más utilizados por las tecnologías identificadoras de primera generación (huellas dactilares, ADN, estructura del iris, rostros, voz), e identificadores «débiles», que cada vez cobran más protagonismo (formas de andar, patrones de vasos sanguíneos, patrones de pulsación de teclas etc.): «[c]on la nueva generación de tecnologías se va más allá de la finalidad de identificación y se habla de “biometría del comportamiento” para el perfilado, reconocimiento de emociones o categorización de personas. Es por ello que, frente a los datos biométricos ligados únicamente a la identificación, se propone el concepto más amplio inclusivo de “datos basados en la biometría”».

A continuación, el art. 3 LIA define los distintos sistemas de datos biométricos, definiciones que nos proporcionan una muestra de las diferentes aplicaciones de esta técnica:

34) Sistema de reconocimiento de emociones: un sistema de IA destinado a detectar o deducir las emociones o las intenciones de personas físicas a partir de sus datos biométricos. 35) Sistema de categorización biométrica: un sistema de IA destinado a asignar a personas físicas a categorías concretas, como un sexo, edad, color de pelo, color de ojos, tatuajes, origen étnico u orientación sexual o política, en función de sus datos biométricos. 36) Sistema de identificación biométrica remota: un sistema de IA destinado a identificar a personas físicas a distancia comparando sus datos biométricos con los que figuran en una base de datos de referencia, y sin que el usuario del sistema de IA sepa de antemano si la persona en cuestión se encontrará en dicha base de datos y podrá ser identificada.

A su vez, estos sistemas de identificación remota pueden funcionar *en tiempo real* —es decir, procediendo a una identificación instantánea— o *en diferido*.

Apunta Ebers (2022, p. 267) a que el art. 5.1.d) de la LIA prohíbe los sistemas de IA de identificación biométrica remota (*biometric identification system* o BIS) «en tiempo real» en espacios de acceso público (por ejemplo, los sistemas de reco-

¹⁰ Repite la definición del art. 3 de la *Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, «13) “datos biométricos”: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o de conducta de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

nocimiento facial utilizados para identificar a una persona en la calle), pero que este enfoque de prohibir únicamente los sistemas de identificación biométrica utilizados para la aplicación de la ley es demasiado restrictivo, y sus excepciones demasiado amplias. Critica también que el reconocimiento automatizado de características como el sexo, la sexualidad o el origen étnico, lo que se conoce como *biometric categorization systems* o BCS, así como el reconocimiento automatizado de las emociones (*emotion recognition system* o ERS)¹¹, no están prohibidos por la LIA.

Por su parte, el Gobierno estadounidense elabora en octubre de 2022 un texto de directrices denominado *AI Bill Of Rights - Making Automated Systems Work For The American People*¹², en el que se tiene en cuenta la identificación biométrica. Y autores como Margaret Hu (2022) advierten que estos sistemas biométricos —que ya están siendo usados para fines de vigilancia y control de fronteras, seguridad e inmigración— son de «alto riesgo», así como pueden colisionar con derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos. En definitiva, se trata de un desafío normativo-constitucional de primer orden.

El análisis de estos datos biométricos permite conseguir toda una serie de resultados que vamos a ver a continuación, además de que su incidencia sobre los derechos fundamentales de las personas puede ser radical. Es cierto que esta técnica tiene una serie de utilidades prácticas, como la de utilizar la «huella facial» para desbloquear un teléfono móvil o la de acceder a cuentas bancarias, pero su utilización principal es policial, como veremos. Da cuenta Lucasiewicz (2022, p. 391) de una curiosa utilización del reconocimiento facial, la de encontrar en los bancos de gametos a los donantes más semejantes a los receptores del material genético, para lograr que los hijos se les parezcan.

Pese a estos usos poco conflictivos, como señala Cotino Hueso (2022, p. 71), la tecnología biométrica tiene el potencial de impactar prácticamente en todos los derechos fundamentales de las personas. Entre ellos, la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA) menciona los siguientes derechos: «la dignidad humana, al respeto de la vida privada, la protección datos personales, la no discriminación, los derechos del niño y de los mayores, los

¹¹ Un sistema inteligente de reconocimiento de emociones trata de detectar diferentes emociones del sujeto mediante la información procedente de las expresiones faciales, el movimiento corporal, los gestos y el lenguaje.

¹² *AI Bill Of Rights - Making Automated Systems Work For The American People*, October 2022. En <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf>

derechos de las personas con discapacidad, la libertad de reunión y asociación, la libertad de expresión, el derecho a una buena administración, y el derecho a un recurso efectivo ante la ley y a un juicio justo». Y esto en las distintas aplicaciones de la recolección de datos biométricos, que pasaremos a examinar.

2. Aplicaciones de los datos biométricos

2.1. Sistemas de identificación y localización de personas

Los sistemas biométricos llevan tiempo siendo utilizados para asuntos como desbloquear el teléfono móvil, aunque su aplicación estrella consiste en la vigilancia policial, identificación de personas y seguimiento de las mismas. La incidencia de estas técnicas sobre los derechos fundamentales es brutal. Advierte Cotino Hueso (2022, p. 72) que nada impide hoy a la policía detectar a un ciudadano en la vía pública o en una manifestación, identificarlo y analizar si está en alguna base de datos específica, georreferenciarlo y reconstruir sus recorridos e interacciones con otras personas y, además, evaluar su comportamiento. Cabe añadir que si procesamos los datos de su teléfono móvil, la información puede completarse con todos los perfiles que quepa extraer de dicho dispositivo.

82

Desde EE. UU., el profesor de la Universidad George Washington, Jonathan Turley (2020), señala que las sociedades-pecera, en las que no existe ningún tipo de intimidad, han sido una creación literaria y cinematográfica de éxito, así en títulos como *1984*, *Fahrenheit 451*, *Minority Report* o *Total Recall*. Pero estas tecnologías suponen un ataque a la intimidad personal y ya hay sentencias que afirman la lesividad de las mismas, como la del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, en *Patel vs. Facebook, Inc.*¹³, que condenó a Facebook en 2019 por la recopilación no consensuada de archivos faciales de los usuarios. El tribunal concluyó que la creación de una base de datos de rostros e identidades constituía una conducta contraria a la Illinois Biometric Information Privacy Act (BIPA).

Dada su potencial peligrosidad, el tratamiento jurídico que reciben estos sistemas en la *Ley de la IA* europea no es suficientemente protector de los derechos fundamentales. Como señala Cotino Hueso (2022, pp. 69 y 70), las prohibiciones y restricciones de los arts. 5 y 6 de la indicada Ley no impiden realmente la vulneración de derechos, pues los «sistemas de identificación biométrica» que en

¹³ *Patel v. Facebook, Inc.*, N.º 18-15982 (9th Cir. 2019)

principio estarán prohibidos son los que funcionan en tiempo real, en espacios de acceso público y con fines policiales. Luego a contrario, «...no estarían prohibidos los reconocimientos faciales que no funcionen a partir de imágenes en tiempo real, algo que ha sido especialmente criticado... Tampoco estarían prohibidos en los lugares que no sean de acceso al público, como locales de empresas y fábricas, oficinas y lugares de trabajo, las prisiones, zonas de control fronterizo y espacios en línea (Considerando 9 AIA¹⁴)». Quedan fuera de la prohibición estos ámbitos, y también las finalidades de defensa e inteligencia y el ámbito de la migración y solicitudes de asilo, según el art. 5.4 AIA, versión Presidencia checa 2022. En el ámbito estrictamente privado, no hay que excluir las finalidades de seguridad privada en establecimientos de acceso público (supermercados, transporte, estadios, escuelas) ni tampoco las finalidades privadas de marketing, comercio u otras.

Desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, el tratamiento de los datos obtenidos mediante técnicas biométricas está sometido al régimen general de protección de datos de la ley española, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), en su art. 9, al tratarse de una *categoría especial* de datos. Aparecen específicamente mencionados los datos biométricos como categoría especial también en el art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales¹⁵ (RGPD), y se les suman las garantías de los tratamientos automatizados del art. 22 de dicho Reglamento. Sin embargo, el mismo art. 9 RGPD permite excepcionalmente el tratamiento de estos datos especiales cuando *g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.*

Apunta Cotino Hueso (2022, p. 73) que el uso de sistemas biométricos en el ámbito policial y penal quedará bajo la regulación especial de la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa

¹⁴ AIA es la denominación en inglés de la LIA: *Artificial Intelligence Act*.

¹⁵ Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos personales: *1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física...*

a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales¹⁶. En esta Directiva, el tratamiento de los datos biométricos como datos personales aparece en el art. 10:

El tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física... solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando: a) lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro...

Y la necesidad estricta, y consiguiente autorización, nos la señala el art. 5 de la LIA, que permite el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público para fines de aplicación de la ley con los objetivos siguientes:

i) la búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos; ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de un atentado terrorista; iii) la detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo 62, precepto este que hace referencia a una larga serie de delitos¹⁷.

¹⁶ De la misma fecha es el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos, que sustituye al anterior Reglamento General de Protección de Datos de 1995.

¹⁷ Como son los de: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación

Como señala Turley (2020, pp. 2206 y 2207), a diferencia de inventos anteriores, esta nueva técnica no es el resultado de un simple avance tecnológico como en las escuchas telefónicas o los dispositivos de escucha no intrusivos como los micrófonos direccionales. Además, está diseñada en gran parte para utilizar imágenes o datos que se coloquen por el propio sujeto a disposición de cualquiera en un ámbito público. Los datos de los que se nutre son variadísimos, desde la imagen facial o del iris a sistemas que identifican a las personas por su manera de caminar, o por reconocimiento de su voz, sistemas de reconocimiento de pulsaciones de teclas, sistemas de reconocimiento de venas en las manos y muchos más: El ejército estadounidense han comenzado a utilizar una tecnología que puede detectar con láseres infrarrojos la *firma cardíaca* única de personas con una precisión del 95 % y un alcance de 200 metros.

La utilización policial de estos sistemas ha sido discutida desde su inicio, como exponen Pollicino y Paolucci (2022, p. 9): Frente a la utilización por la policía inglesa de sistemas de reconocimiento de asistentes a eventos públicos, entre mayo de 2017 y abril de 2019, un activista por los derechos humanos, el Sr. Bridges, reclamó ante los tribunales exigiendo el respeto a su derecho a la privacidad. Rechazada su demanda en primera instancia, el tribunal de apelación la admitió, declarando ilegal el uso de la tecnología biométrica por lesión a la privacidad y a la protección de datos de los particulares, con efectos negativos sobre la libertad de expresión y asociación¹⁸. Por su parte, relata Cotino Hueso (2023, p. 348) que la utilización de sistemas de reconocimiento para fines policiales de vigilancia o seguridad pública es ya un hecho incluso en las democracias europeas, dando cuenta de su uso en países como Inglaterra, Alemania, EE. UU., Brasil, Países Bajos o Italia. En los Países Bajos, varios municipios utilizan reconocimiento facial durante los carnavales y otros grandes eventos y desde 2016 la policía holandesa utiliza el sistema de reconocimiento facial CATCH a través de las imágenes de los teléfonos inteligentes, las cámaras corporales y la nube. En Italia el Garante italiano de la protección de datos considero inadmisibles el 16 de abril de 2021 el «Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini» *SARI*, utilizado desde 2019. En Alemania, en Hamburgo con motivo de una reunión del G20 en 2017 se implantó un sistema de reconocimiento facial a partir de grabaciones para la detección e investigación de delitos, aunque. Se usa también esta

de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales, tráfico ilícito de materiales radiactivos, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques, sabotaje.

¹⁸ *Bridges v. South Wales Police*, Case N.º: C1/2019/2670

identificación por empresas privadas, sobre todo almacenes y tiendas, y así en España, la cadena de supermercados *Mercadona*, recibió una fuerte sanción por implantar un sistema inteligente biométrico que controlaba si quienes accedían a algunos establecimientos estaban en sus listas de «personas con una orden de alejamiento o medida judicial análoga en vigor»¹⁹.

2.2. *El perfilado predictivo*

El perfilado se define en el art. 4.4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016²⁰:

4) «elaboración de perfiles»: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

86

Surge como técnica que parte de la obtención de datos del sujeto, para empezar el de su identidad personal y digital (su dirección IP, número de móvil, dirección de correo electrónico, avatar o *nickname*), y otros acerca de sus intereses vitales (políticos, deportivos, ideológicos o religiosos), nivel económico y de gasto, preferencias de consumo y de entretenimiento, etc. Su objeto es obtener una imagen del sujeto que permita abordarlo con mensajes de todo tipo, desde publicidad y ofertas de turismo o inmobiliarias a información política o económica, con el objeto de provocar decisiones de compra o actuaciones de cualquier tipo en dicho sujeto-objetivo. Todos tenemos la experiencia de los reclamos que llegan a nuestro móvil, comerciales o de ocio.

La incidencia del perfilado en los derechos fundamentales tiene lugar sobre todo en el derecho a la intimidad y privacidad: su funcionamiento implica la creación de bases de datos de características personales de conjuntos de sujetos muy amplios. Bien es verdad que en muchos casos el identificador del sujeto no es sino

¹⁹ Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, procedimiento sancionador PS 120/2022

²⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

una dirección IP, pero a partir de ahí y relacionando este dato con otros, es fácil llegar a la identidad real del mismo. Desde una finalidad sobre todo mercantil, el perfilado evoluciona a un ámbito de previsión de la conducta futura del sujeto, partiendo de los datos obtenidos y de las conductas observadas en el pasado, y de datos de tipo emocional obtenidos indirectamente.

Con esta finalidad, el perfilado, como estudio probabilístico o actuarial del individuo y la posibilidad de que observe un determinado comportamiento, ha sido desarrollado sobre todo en el ámbito penal, donde Solar Cayón (2022, p. 382) advierte que es habitualmente empleado en la mayoría de jurisdicciones estatales para informar las decisiones judiciales sobre medidas cautelares, en particular la concesión o no de libertad provisional. Señala que estos sistemas de evaluación de riesgos de reincidencia criminal se basan en modelos estadísticos generados automáticamente mediante *machine learning*, a partir del análisis de grandes volúmenes de datos correspondientes a casos pasados. Con este aprendizaje los sistemas inteligentes son capaces de detectar una serie de correlaciones entre determinados factores personales y sociales y el riesgo de comisión de futuros delitos: «[...] indicadores relativos a las circunstancias personales del acusado (edad y sexo, nivel de estudios, contexto familiar, situación socio-laboral, consumo de drogas [...]), elementos socio-demográficos (lugar de residencia, contexto socioeconómico, relaciones sociales [...]) y su historial judicial (detenciones y delitos previos, historial de violencia, precedentes de incomparecencia ante el tribunal [...])». Todos estos datos son factores predictores del riesgo de reincidencia futura, asignando a cada uno un valor en función del análisis de los casos pretéritos. Por su parte Juliá-Pijoan (2023, p. 443) nos señala, como ejemplos de estos sistemas, el programa americano COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) o el catalán RISCANVI, programas de gestión penitenciaria que con base en datos personales del sujeto detectan su posibilidad de reincidencia delictiva. Y advierte que el sesgo en el que pueden incurrir estos programas es el de la búsqueda de diferencias cerebrales a partir de un modelo de «normalidad cerebral» puramente arbitrario.

Naturalmente, el siguiente paso consistirá en pasar de la ayuda para la decisión administrativa a la decisión judicial automática, a los «jueces-robot», como nos cuenta De Asís Pulido (2022, p. 328) que ya funcionan en China, si bien todavía en funciones de apoyo y dejando la decisión final al juez humano, como el programa Xiao Zhi, en la Corte Suprema Popular de China:

Esta máquina organiza los eventos del proceso, analiza la presentación de los casos en lo relativo a su admisibilidad, resume los puntos en los que las

partes están en desacuerdo, ayuda en la evaluación de las pruebas y crea propuestas de resoluciones judiciales (Chen/Li, 2020, 15).

Estos sistemas pueden funcionar tanto en modo decisorio como en predictivo, pero este tema excede de los límites de este breve trabajo. O incluso cabe dar un paso más y, como nos dicen los argentinos Salvi y Nigri (2022, p. 3), entrar en el terreno de la ciencia-ficción, configurando sistemas predictivos que se anticipen a la comisión del crimen, como se ve en la película *Minority Report*.

El perfilado implica la clasificación de las personas según las características que se determinen en el algoritmo. A esto se refiere el art. 3 de la LIA cuando define en su número 35 a un «Sistema de categorización biométrica» como [...] sistema de IA destinado a asignar a personas físicas a categorías concretas, como un sexo, edad, color de pelo, color de ojos, tatuajes, origen étnico u orientación sexual o política [...] Claro que olvida algo importante, datos económicos e intereses de consumo. O peor, datos médicos y neurológicos, pues como nos cuenta González Tapia (2022, p. 328), mediante inteligencia artificial se puede lograr una extracción indirecta de datos neuronales de las personas a través de patrones de comportamiento, detección de emociones, tono y modulación del lenguaje, y datos biométricos. Y pone como ejemplo la detección temprana de enfermedades «[...] que puede hacerse, entre otros medios, a través del patrón de tecleo en el móvil con relación al Parkinson, de deambulación con respecto al Alzheimer o patrones de atención [...]. Así mismo, datos relativos a navegación por las redes sociales y el análisis de los mensajes arrojados en ellas, permiten detectar riesgos como comportamientos o ideaciones suicidas». En el ámbito laboral, los datos obtenidos sobre las emociones sentidas por los trabajadores pueden informar sobre su motivación.

Otro ámbito en el que se desarrolla el perfilado es el de la averiguación de tendencias políticas, pues como señala Garriga Domínguez (2022, p.452), el desarrollo actual de la tecnología de IA permite el perfilado ideológico de los usuarios de cualquier plataforma, tanto con finalidades de marketing como políticas: «[...] La aplicación de la IA en estos ámbitos permite el perfilado ideológico individual y, a través de las técnicas de focalización podrá elaborarse información política personalizada, El desarrollo de los procesos de segmentación de mercados ha evolucionado hacia una segmentación psicográfica avanzada, que se basa en un algoritmo que determina una serie de rasgos demográficos y de actitud que permite distinguir a cada individuo para cada segmento objetivo y que permite hacer predicciones precisas de la reacción de la audiencia objetiva [...] la cantidad y calidad de la información personal que se encuentra en las redes sociales, permite

a los anunciantes mejorar el alcance e impacto de su publicidad [...]. Obviamente, estas técnicas pueden utilizarse para vender un producto determinado, pero también para favorecer una determinada ideología». Y, naturalmente, a partir de esta personalización, se abre la vía hacia la interpretación interesada, el *nudge* político y la información parcial o sesgada. En suma, la desinformación del sujeto, cuyas decisiones dejan de ser libres porque no han sido libremente formadas.

Esto ya lo vaticinó Víctor Drummond (2004, pp. 117 y 118), al considerar que las simples *cookies*, pese a su aspecto inofensivo, permitían un control de la navegación en Internet del sujeto y de sus perfiles y hábitos de consumo. Control propio de los sitios web de comercio electrónico, ya que «cuando se efectúa una compra o cualquier otro negocio en la red, el usuario deberá proporcionar voluntariamente una serie de datos personales. En ese momento, su nombre, dirección, número de tarjeta de crédito, entre otros datos, se integrarán automáticamente a una misma base de datos, junto con otras informaciones involuntariamente recogidas a través de las *cookies*». Este cruce de datos es un ejemplo auténtico de la transformación de datos en un principio irrelevantes en un perfil peligrosamente público del ciudadano.

Las cookies ya están superadas, el problema actual lo plantean las técnicas de detección de la huella digital, de las que nos habla Fernando Pablo (2023, p. 33), técnicas que permiten el seguimiento de comportamiento en Internet de los usuarios finales, sin la protección de la Directiva 2002/58/CE, generando información que se puede recopilar con fines de identificación y seguimiento, utilizando técnicas que se describen como «toma de huellas digital del dispositivo» (generalmente sin el conocimiento del usuario), almacenando datos sobre sus actividades en línea o la ubicación física de su equipo. Como señala la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales* en el sector de las comunicaciones electrónicas²¹ en su Considerando 15, «[...] a medida que la tecnología avanza, aumentan también los medios técnicos para la interceptación. Dichos medios pueden abarcar desde la instalación de equipos que recopilan datos de los equipos terminales de las zonas seleccionadas, como los denominados receptores de IMSI (identidad internacional de abonado móvil), hasta algunos programas y técnicas que, por ejemplo, efectúan un seguimiento subrepticio de los hábitos de navegación para crear perfiles de usuarios finales».

²¹ COM/2017/010 final - 2017/03 (COD)

Como ejemplo de esto, es bien conocido el escándalo de *Cambridge Analytica*, una consultora política británica, que obtuvo los datos de millones de usuarios de Facebook sin su consentimiento y mediante sistemas de IA los utilizó para crear perfiles psicológicos. Estos perfiles luego se utilizaron para ofrecer anuncios políticos personalizados en la campaña presidencial americana de 2016. Este campo del perfilado proporciona información para luego proceder a enviar *nudges* que influyan en la conducta de los sujetos, concepto este del que luego nos ocuparemos.

2.3. *El reconocimiento de emociones y la detección del pensamiento*

Ya hemos visto que uno de los campos en los que la captación de datos biométricos es muy efectiva es el de los datos sobre frecuencia cardíaca, respiración, expresión facial, movimiento de las pupilas, temperatura corporal, cuya combinación puede indicar la presencia de determinados estados emocionales. Por ejemplo, el software de la compañía española *Decoditive* permite determinar mediante una sencilla cámara si el sujeto está haciendo trampas al ajedrez o la eficacia real de los anuncios que está contemplando²², simplemente examinando el campo visual y movimiento de las pupilas del sujeto.

La misma *Ley de la IA* hace expresa referencia a la utilización de los datos biométricos para la labor policial en los interrogatorios, y la averiguación de la veracidad o falsedad de las declaraciones de las personas. Se está refiriendo a datos que revelan estados emocionales, tales como frecuencia cardíaca, sudoración, movimiento de las pupilas, tono de voz o incluso frecuencia y fuerza de pulsación de las teclas del ordenador. Es en concreto en el Considerando 38 en el que se expone que son de alto riesgo los sistemas de IA para la aplicación de la ley, entre los que deben incluirse «[...] en particular, los sistemas de IA que las autoridades encargadas de la aplicación de la ley utilicen para realizar evaluaciones del riesgo individuales, los polígrafos y herramientas similares, o los sistemas utilizados para detectar el estado emocional de una persona física». Y en su art. 3.34 la LIA define al «Sistema de reconocimiento de emociones» como «un sistema de IA destinado a detectar o deducir las emociones o las intenciones de personas físicas a partir de sus datos biométricos».

²² «El CEO de Decoditive, Joan Buch, recogió el premio en la categoría e-commerce de la Barcelona New Economy Week (BNEW 2021) de manos de la ministra Nadia Calviño». *El Español*, 21 octubre 2021, en https://www.lespanol.com/invertia/disruptores-innovadores/disruptores/startups/20211028/startup-cazaba-tramposos-ajedrez-atrapar-clientes-neuromarketing/622687953_0.html

Da cuenta Cotino Hueso (2023, p. 348) que estos sistemas permiten leer emociones, detectar la verdad de las manifestaciones, y predecir futuros comportamientos y que desde hace años se utilizan para el control de fronteras en EE. UU., con el denominado Agente Virtual Automatizado para la Evaluación de la Verdad en Tiempo Real (AVATAR - *Automated Virtual Agent for Truth Assessments in Real Time*), que analiza el comportamiento no verbal y verbal de los viajeros. En Europa, la Comisión Europea financió el proyecto *Intelligent Portable Control System (iBorderCtrl)*, con herramientas de detección del engaño y de evaluación de respuestas de solicitantes de visa de entrada que generó una relativa reacción desde la sociedad civil, y que finalmente ha sido retirado. Las grandes compañías de aplicaciones informáticas han producido sistemas de reconocimiento biométrico y facial para identificar personas y detectar emociones y estados de ánimo, así en junio de 2022, Microsoft anuncia que retira sus sistemas *Azure Face*.

Y al lado de estas técnicas, tenemos la nueva rama de la neurología que es la neurotecnología, que define Moreu Carbonell (2022, p. 72) de modo muy amplio como el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el cerebro y el sistema nervioso, con independencia de si se trata de técnicas de estimulación cerebral invasivas o no invasivas: «La neurotecnología es un concepto interdisciplinar en el que confluyen la inteligencia artificial, la informática y las neurociencias. Las investigaciones del cerebro pueden ya medir, registrar, alterar y manipular la actividad cerebral; es lo que se conoce como neuromodulación o alteración de la actividad cerebral por medio de la introducción de estímulos». Hoy por hoy, la neurotecnología tiene un uso beneficioso para la humanidad, pero presenta riesgos jurídicos, éticos y morales, amenazando, como nos dice la autora, la privacidad y la seguridad de las personas, y la propia definición de persona. Para evitar estos males, propone la autora el desarrollo de una nueva especialidad jurídica, el *Neuroderecho*, y la conformación de nuevos neuroderechos de las personas.

La nueva tecnología supone un paso más en la invasión de la privacidad, pues ya no se trata de inferir estados emocionales a partir de datos biométricos, sino directamente de acceder a los pensamientos de la persona mediante una lectura de los patrones de estímulo eléctrico cerebral. Estamos ante la lectura de los pensamientos, cuya aplicación puede ser muy beneficiosa en medicina, como recogen Vicente Domingo y Rodríguez Cachón (2023, p. 499), refiriéndose al proyecto *Neuralink* impulsado por Elon Musk, que diseña implantes cerebrales para que los pacientes con parálisis cerebral puedan controlar dispositivos con la mente. Y también *Facebook*, hoy *Meta*, ha iniciado un programa de 40 millones de dólares

para conseguir mediante cascos de electrodos no invasivos, convertir en texto lo que está pensando una persona, sin necesidad de implantes o scanner cerebral. Mientras que desde las universidades de Singapur y Hong Kong, los investigadores Chen, Qing y Zhouy (2023) dan cuenta de la posibilidad de decodificación de las señales cerebrales en imágenes y videos.

Los neuroderechos adquieren por tanto su verdadero significado frente a esta neurotecnología inteligente, que como vemos es especialmente invasiva. Recoge Moreu Carbonell (2022, p. 83) de los investigadores Marcello Ienca y Roberto Andorno hasta cuatro neuroderechos: Derecho a la libertad cognitiva o «autodeterminación mental», una actualización del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia. Derecho a la privacidad mental, que protege frente a cualquier información que pueda obtenerse de nuestros cerebros por medio de neurotecnologías. Derecho a la integridad mental, contra las intrusiones en el cerebro. Y, por último, derecho a la continuidad psicológica, que garantiza la percepción de la propia identidad como seres humanos. Vicente Domingo y Rodríguez Cachón (2023, p. 513) recogen por su parte la enumeración de la *NeuroRights Foundation*, del neurólogo Rafael Yuste (derecho a la identidad e integridad personal y mental, al libre albedrío, a la privacidad mental, al acceso equitativo y a la protección contra los sesgos), y afirman que una eventual aceptación de esta propuesta de los neuroderechos como nueva categoría de Derechos Humanos llevaría aparejada una modificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3. Las técnicas subliminales y el nudge

La *Ley de la IA* también se ocupa, para declararlas prácticas prohibidas en su artículo 5 —como ya se ha dicho—, de los sistemas de IA que utilicen «[...] técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque [...] perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra». O bien sistemas que aprovechen vulnerabilidades de un grupo específico de personas, ya por edad o discapacidad física o mental para alterar de manera sustancial el comportamiento de personas de dicho grupo.

En cuanto a estas técnicas, ha señalado Ebers (2023, p. 265) que ni el artículo 5 ni el Considerando 16 de la LIA definen qué es una «técnica subliminal», o en qué consiste alterar *sustancialmente* el comportamiento de una persona. Y además este art. 5 solo cubre las prácticas de IA que tienen la intención directa de perjudicar a otras personas. En realidad, la mayoría de estas prácticas serán

ilegales conforme al Derecho penal en la mayoría de los Estados, si lo que intentan es engañar a las personas (posiblemente para estafarlas), y además la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (2005/29/CE) ya prohíbe las prácticas comerciales que distorsionan el comportamiento humano en determinadas condiciones. Como advierte De Miguel Asensio (2021, p. 4), todas estas técnicas están prohibidas por el art. 5 de la LIA por generar riesgos inadmisibles que contravienen los valores de la Unión europea. Sin embargo, opina el autor que además de esta normativa, el perjudicado por sistemas inteligentes puede acudir a la normativa de protección del honor, intimidad y propia imagen, a la de protección de datos personales e incluso a la de protección del consumidor y a la de responsabilidad por productos defectuosos. Por ello el autor estima que la nueva LIA viene a cubrir estos espacios desprotegidos, los daños de difícil encuadre en las figuras «normales» del daño.

¿A qué técnicas de modificación de comportamientos se puede referir la LIA? La influencia inconsciente en el comportamiento de las personas fue el tema de una famosa obra del año 1957, *The Hidden Persuaders*, de Vance Packard (traducida al español como *Las formas ocultas de la propaganda*). En este libro, dedicado a la publicidad y su influencia en los consumidores, se toma como premisa la falta de racionalidad de muchos comportamientos de consumo, y la anécdota que mejor muestra este aspecto es la siguiente:

Un bazar cuyos dueños consideraban con creciente escepticismo la racionalidad de sus clientes puso a prueba un experimento. Uno de los renglones de menor salida era un artículo que valía catorce centavos. Cambió el precio ofreciendo dos de dichos artículos por veintinueve centavos. Las ventas aumentaron rápidamente en un 30 % al ofrecerlo a precio «rebajado» (Packard, 1992, p. 15).

Es decir, que las técnicas de marketing y publicidad no se basan en la lógica y racionalidad de la compra del producto, sino en la investigación de los motivos que realmente deciden las conductas del consumidor. Y a partir de ahí, manipulando las imágenes asociadas al producto, se intenta influir sobre las conductas de compra del consumidor: el hecho básico es que el ser humano es manipulable.

Más allá del marketing, una de las técnicas que se usa en la actualidad para influir en los comportamientos sociales es el *nudging*. Señalan Costas Pérez y Tucac (2021, p. 9) que los *nudges* o «empujones» se popularizan a partir de la publicación del libro *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, de Cass Thaler y Richard Sunstein, en 2009. Los *nudges* (palabra

que significa pequeños «empujones» o «codazos»; también se ha traducido como «acicates») son intervenciones que buscan modificar la toma de decisiones individuales, intentando cambiar el comportamiento de las personas en una dirección concreta, pero sin prohibir ninguna opción, ni alterar en gran medida los incentivos económicos. Es decir, que no son órdenes coercitivas para los ciudadanos, sino que inducen a un comportamiento que se considera adecuado o deseable, como señalaban Thaler y Sunstein.

Los *nudges* actúan precisamente partiendo de la posibilidad de influencia en el comportamiento humano de toma de decisiones, pues como hemos visto muchas decisiones se toman siguiendo criterios no estrictamente racionales sino emocionales. Esta técnica pasa del mundo del marketing al de la Administración pública, siendo utilizado para fomentar las conductas que resultan más beneficiosas (aunque no se concreta para quién lo son, si para la Administración o los ciudadanos)²³. Como señalan los indicados autores, los *nudges* en las políticas públicas utilizan «los conocimientos de las ciencias económicas, la neurociencia y la psicología, para incentivar o desincentivar actuaciones concretas de los distintos agentes, y alcanzar así objetivos establecidos por los dirigentes públicos» (Costas y Tucut, 2021, p. 9).

94

Por su carácter no normativo, los *nudges* constituyen un importante instrumento de políticas públicas en la acción de gobierno que escapa a un control político. El ejemplo más citado es el de incluir en los documentos médicos la opción por defecto de ser donante de órganos, y estableciendo por tanto que el rechazo ha de ser expreso. Con esta modificación, el porcentaje de donantes es significativamente mayor que si la opción de ser donante se tiene que elegir expresamente. Como precisa De Zárate-Alcarazo (2023, p. 69), el *nudging* milita en el campo de lo políticamente correcto: «los *nudges* son un tipo de intervenciones que, aprovechando las limitaciones cognitivas humanas, nos ponen en el «buen camino» o

²³ Señalan Antonio Cabrales Goitia y Pedro Rey Biel que, según el modelo de Bemelmans-Videc, las políticas públicas se clasifican como *palos, zanahorias o sermones*:

«Los palos son herramientas reguladoras que buscan forzar el comportamiento de los ciudadanos. Las zanahorias proveen de incentivos para seducir a los individuos, mientras que los sermones, buscan persuadirlos. Clasificar a los nudges en uno de estos tres grupos no es tarea sencilla. Los nudges claramente no son palos, puesto que no restringen las opciones disponibles para el individuo ni le castigan si no se comporta como el regulador pretende. Tampoco son zanahorias, puesto que buscan guiar al ciudadano de una forma inconsciente ... Por último, los nudges tampoco son sermones, pues no pretenden persuadir a los ciudadanos de forma abierta mediante la provisión de información [...]. Los nudges se encuentran en un término medio entre la zanahoria y el sermón» (Cabrales Goitia y Rey Biel, 2021, p. 40).

la «buena dirección», sin consecuencias negativas para aquella persona que elige no seguir el camino recomendado». Por su carácter meramente orientador de los *nudges* hacia ciertos objetivos o metas y, simultáneamente, su respeto por la autonomía y libertad individual de las personas, al *nudging* también se le denomina paternalismo liberal (libertarian paternalism), y concluye el autor «Por tanto, los *nudges* son mecanismos coercitivos alineados con los valores de las democracias liberales» (Strabheim, 2020).

Pues bien, la unión de estas técnicas de *nudging* con la IA produce interesantes resultados. Como advierte Ortiz de Zárate-Alcarazo (2023, p. 82), la aplicación de la IA puede mejorar la implementación de *nudges* en el sector público, e incluso puede llegar a transformar este tipo de intervenciones dando lugar a lo que podríamos denominar «políticas conductuales inteligentes y, más concretamente, *intelligent nudging*. Los *nudges* inteligentes tendrían niveles de eficacia y eficiencia más elevados que los de sus hermanos no inteligentes gracias al uso de tecnologías de reconocimiento facial, detección de objetos, procesamiento del lenguaje natural, predicción, análisis en tiempo real, etc., que permitirían mejorar todos los pasos del proceso». En este sentido, el investigador de la Universidad de Seikei, Yukari Yamazaki (2020) nos anuncia la llegada del *Hypernudge*, como resultado de la unión del *nudge* y la IA, es decir, el *nudge* creado por una IA entrenada mediante *machine learning*, y advierte que las condiciones de autonomía, dignidad y transparencia, que deben regir el empleo de *nudges*, desaparecen en este caso. Con base en un estudio estadístico, concluye que hay que estar alerta en la utilización de los *hypernudges* por su menor aceptación que los *nudges* originales.

Desde la filosofía del derecho, señala De Asís Roig (2022, p. 33) que los *nudges* se introducen en el ámbito de las aplicaciones tecnológicas, para actuar como consejeros morales en sistemas inteligentes. Cita así los modelos computacionales *Truth-Teller* y *Sirocco*, y el programa *MeEthEx*, que es una especie de asesor ético en el campo de la medicina para ayudar a resolver dilemas éticos, y que se apoya en los principios de ética biomédica. Otros modelos se configuran como asistentes-guía en la toma de decisiones, como el modelo computacional diseñado por Robbins y Wallace, que es una herramienta para la ayuda en la toma de decisiones y en la resolución colaborativa de problemas, simulando diferentes papeles (asesor, facilitador de grupo, entrenador de interacción y pronosticador). También cita el autor la propuesta de F. Lara, de un asistente virtual para fortalecer la moralidad potenciando la autonomía personal: «Se trata de un asistente basado en el método dialéctico socrático si bien proyectado hacia el aprendizaje moral. El asistente, que denomina *SocrAI*, lo que pretende es formar al usuario no tanto en principios éticos sustantivos sino en pautas generales sobre cómo razonar

mejor» (De Asís Roig, 2022, p. 33). Coincide el autor en la peligrosidad de los *hypernudges*, por la posibilidad de manipulación que conllevan. Naturalmente, el problema de estas técnicas potenciadoras de la eficacia mediante la IA, es que también potencian los problemas del *nudging*, como son la disminución de la libertad individual, de la capacidad de decisión y elección de los ciudadanos, la manipulación y el determinismo.

En suma, a los problemas intrínsecos del *nudge* se añaden los problemas específicos derivados de la IA, especialmente los derivados de la utilización de redes neuronales, como la opacidad algorítmica, los problemas de privacidad, los sesgos, la falta de rendición de cuentas, y sobre todo el ataque a la privacidad e intimidad de las personas, derivando en un paternalismo agobiante. Por ello, Ortiz de Zárate-Alcarazo (2023, p. 85) matiza su consideración sobre estas técnicas diciendo: «En este sentido, la posible perversión de las políticas conductuales inteligentes y su principal riesgo sería el de generar escenarios en los que la ciudadanía tuviera importantes dificultades para salirse del camino establecido y quedasen fácilmente atrapados en senderos de dependencia».

Más allá del *nudge* veremos ahora una técnica de vigilancia y represión (y no modificación) de los comportamientos de los ciudadanos de consecuencias aterradoras: la calificación social.

4. La calificación social

A esta técnica, utilizada tanto para influir en el comportamiento de las personas como para controlarlo, alude el art. 5 (LIA) al prohibir los sistemas de IA utilizados por autoridades públicas o en su representación: «c) [...] con el fin de evaluar o clasificar la fiabilidad de personas físicas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad conocidas o predichas [...]»²⁴. Estamos ante un sistema por el que cada persona, convenientemente identificada por técnicas biométricas —de identificación y rastreo en red o por teléfono móvil—, recibe una puntuación o créditos —positivos o negativos, según el comportamiento

²⁴ Sigue el precepto [...] de forma que la clasificación social resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente; ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros que es injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este.

calificado sea aceptable o inaceptable —, cuya suma determina su calificación o crédito social. El origen del invento está en algo que, al principio —como tantas otras cosas— pareció una buena idea, en concreto, en las calificaciones crediticias y las listas de morosos como pueden ser las españolas ASNEF, CIRBE o RAI. Pero, luego, esto se complica cuando se añaden los ingredientes de las bases de datos, las tecnologías de reconocimiento biométrico y las de seguimiento de la actividad de los teléfonos móviles, y de la mera calificación crediticia a efectos de valorar la solvencia del sujeto se pasa a valorar al sujeto en sí, a partir de todo su comportamiento.

Apunta Cotino Hueso (2022, p. 73) que estos preocupantes sistemas biométricos de categorización ni están prohibidos ni en general son de alto riesgo, sino solo sometidos al artículo 52 de la *Ley de IA: Artículo 52. Obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA*:

[...] 2. Los usuarios de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica informarán del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para la categorización biométrica autorizados por la ley para fines de detección, prevención e investigación de infracciones penales.

97

Opina el autor que sería más adecuado que o bien se regulen como sistemas de alto riesgo o en algunos casos directamente se prohíban.

Para Ebers (2023, p. 267), hay que aclarar cuándo la calificación social tiene lugar *en representación* de las autoridades públicas, pues estas prácticas se realizan mayoritariamente por el sector privado, extendiendo sus efectos a la administración u otras autoridades públicas. Al restringir la prohibición de la calificación social a las autoridades públicas, la LIA «ignora el uso de tales sistemas por parte de entidades privadas, incluso en ámbitos de alto riesgo que podrían afectar a los derechos fundamentales de las personas»; por ejemplo, en las calificaciones crediticias.

Como todo el mundo sabe, pero intenta olvidar, es el sistema de partido único chino el máximo exponente de la implantación de los sistemas de calificación social. Como señalan Roberts, Cowls, Morley y otros (2021, p. 60), esta tecnología viene a ser sancionada por el *Plan de Desarrollo de la Inteligencia Artificial de la Nueva Generación* del Gobierno chino. Este plan tiene tres ámbitos de proyección: Desafío internacional, Desarrollo económico y Gobernabilidad o «Construcción» social, siendo este último el que más nos interesa. El Sistema de Crédito Social todavía no se ha implantado a nivel nacional, pero como nos

dicen los citados autores, los ambiciosos objetivos del mismo «[...] ofrecen un convincente ejemplo de la intención del gobierno de confiar en la tecnología digital, no solo para gobernanza social, sino también para una regulación más detallada del comportamiento» (Roberts et al, 2021, p. 66).

En definitiva, se trata del control de los comportamientos sociales, cuya implantación es un proyecto perfectamente establecido, como se deduce del documento «Esquema para el establecimiento de un sistema de crédito social» del Consejo estatal para la implantación del sistema, publicado en 2014. Este documento subrayó que el Sistema de Crédito Social no solo tenía como objetivo regular las finanzas y acciones corporativas de empresas y ciudadanos, sino el comportamiento social de los individuos, persiguiendo conductas como evasión fiscal, alarmas sobre la seguridad alimentaria y deshonestidad académica, mediante el sistema de «listas negras». Pero a ello hay que añadir otros datos, como que la ciudad de Fuzhou enriquece el currículo social de sus ciudadanos con una cifra que expresa su empleabilidad, según datos de desempeño y constancia en el trabajo, a lo cual hay que sumar el desarrollo de ciudades inteligentes, con tecnologías de vigilancia basadas en el reconocimiento facial y seguimiento de teléfonos móviles para rastrear a quienes el gobierno presenta como potenciales disidentes o terroristas, sobre todo de la etnia uigur.

Señala Cotino Hueso (2022, p. 71) que, en China, el uso de las tecnologías biométricas combina las tecnologías de identificación, categorización y reconocimiento de emociones para su famoso Sistema de Crédito Social, control policial, de la lealtad al partido o de seguimiento de atención y evaluación y control mental en el ámbito educativo. Las consecuencias pueden ser muy peligrosas para las personas, pues como señala el periodista Serrano Martínez²⁵, los ciudadanos pueden entrar en una lista negra con bastante facilidad, lo que tiene graves consecuencias en la vida real: «[a]cciones tan cotidianas como saltarse un semáforo, fumar en lugares prohibidos, tener deudas impagadas o cometer fraude, además de su correspondiente sanción administrativa, conlleva ciertas

²⁵ «Crédito social chino: el sistema de puntos que ya se exporta a otras sociedades», *El Economista*, Alejandro Serrano Martínez, 17 de junio de 2023. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12325879/06/23/credito-social-chino-el-sistema-de-puntos-que-ya-se-exporta-a-otras-sociedades.html>. Añade el autor que también Rusia quiere completar una red de reconocimiento biométrico combinando sus propios algoritmos de IA con su enorme sistema de vigilancia pública: así, en enero de 2020, Moscú implementó un nuevo sistema de reconocimiento facial en tiempo real en toda la ciudad, con más de 160 000 cámaras.

restricciones: como la prohibición de viajar en avión o en trenes de alta velocidad, y la compra de artículos de lujo. En algunas ciudades, se publicita la información de las personas morosas en pantallas LED de centros comerciales, camiones o paradas del autobús, desvelando datos personales y suponiendo un escarnio social para la persona afectada y su familia». Por si fuera poco, si el crédito social es negativo, no se podrá solicitar subvenciones, acceder a pres-tamos o conseguir matrícula en las mejores escuelas o universidades públicas. Desde esta perspectiva, está claro que las palabras de Cotino Hueso sobre la devastadora incidencia de esta técnica sobre los derechos fundamentales no son nada exageradas.

Para Turley (2020, p. 2185), la realidad es que el Gobierno chino está intentado abiertamente crear una sociedad-pecera, en la que ni siquiera sea necesario el control policial. Si se implanta una tecnología de reconocimiento facial completa, las personas serán reacias a asistir a protestas o manifestaciones cuando el gobierno puede determinar su identidad y tampoco tendrán contactos con personas o empresas que sean consideradas problemáticas por el gobierno, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias de este sistema de calificación social o «puntuación ciudadana», que puede perjudicar también a la familia (colegios, universidad). Además, gran parte de los esfuerzos del reconocimiento biométrico en China han estado dirigidos a identificar minorías, especialmente los uigures y otras etnias vistas como una amenaza para el régimen comunista.

¿Qué aceptación tiene este sistema entre la población? Pues como nos dicen los citados Roberts et al. (2021, p. 67), según una encuesta realizada en China por especialistas occidentales, se detectaron altos niveles de aprobación dentro de la población, aunque ello más por falta de conocimiento de las repercusiones del sistema que por un apoyo explícito. Lo de siempre: la gente normal no tiene nada que temer [...] hasta que vienen a por ella y entonces ya no hay nada que hacer.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabralles, A. y Rey, P. (2021). Mas allá de los nudges: Políticas públicas efectivas basadas en la evidencia de las ciencias del comportamiento. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (25), 38-45. <https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10864>
- Chee Siong, K. (2023, 16 de junio). Police robots deployed in Singapore. ABS-CBN news. <https://news.abs-cbn.com/overseas/multimedia/photo/06/16/23/singapore-deploys-more-police-robots>

- Chen, Z., Qing, J. y Zhou, J. H. (2024). Cinematic mindscapes: High-quality video reconstruction from brain activity. *Advances in Neural Information Processing Systems*, (36). <https://doi.org/10.48550/arXiv.2305.11675>
- Coca Payeras, M. (2023), Las iniciativas de la Unión europea sobre inteligencia artificial: de la persona electrónica, al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos. *Revista de Derecho Civil*, vol. 10(2). <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- Costas, E. y Tucac, P. (2021). Nudges: diseño y evaluación. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (25), 8-22. <https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10868>
- Cotino, L. (2023). Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de Inteligencia artificial y protección de datos. En F. Balaguer Callejón y L. Cotino Hueso (Coord.), *Derecho Público de la inteligencia artificial* (pp.347-402). Fundación Manuel Giménez Abad.
- Cotino, L. (2022). Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, (100), 68-79.
- De Asís, M. (2022). La justicia predictiva: tres posibles usos en la práctica jurídica. En F. Alonso, J. Garrido y R. Valdivia (Eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. 285-308). Ediciones Laborum.
- De Asís, R. (2022). Ética, Tecnología y Derechos. En F. Alonso, J. Garrido y R. Valdivia (Eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, (pp. 25-40). Ediciones Laborum.
- De Miguel, P. (2021). Propuesta de reglamento sobre inteligencia artificial, *La Ley Unión Europea*, (92).
- Ortiz de Zárate-Alcarazo, L. (2023). Las políticas conductuales inteligentes: Oportunidades y riesgos ético-políticos de la Inteligencia Artificial para el nudging. *Revista Española de Ciencia Política*, (62), 67-93. <https://doi.org/10.21308/recp.62.03>
- Drummond, V. (2004). *Internet, privacidad y datos personales* [I. Espín Alba, Trad.]. Reus.
- Ebers, M. (2023). El futuro marco jurídico europeo de la inteligencia artificial. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (2), 185-221.

- Fernando Pablo, M. (2023). Construyendo la dignidad digital de la persona en el entorno digital. De los datos de tráfico, a la plaza y mercado de los servicios de comunicaciones electrónicas. En A. Rodríguez, P. Talavera y J. Domínguez (Coord.), *Desafíos éticos, jurídicos y tecnológicos del avance digital* (pp. 21-40). Iustel.
- Garriga, A. (2022). Inteligencia artificial y el fenómeno de la desinformación: el papel del RGPD1 y las garantías recogidas en la propuesta de la ley de servicios digitales. En F. Llano, J. Garrido y R. Valdivia (Eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. 451-473). Ediciones Laborum.
- González, M. (2022). Protección penal de los neuroderechos: el uso directo de las neurotecnologías sobre el ser humano. En F. Llano, J. Garrido y R. Valdivia (Eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. 313-335). Ediciones Laborum.
- Hu, M. (2022). Biometrics and an AI Bill of Rights. *Duquesne Law Review*, (60), 283-301. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/2078>
- Juliá-Pijoan, M. (2023). Una aproximación al perfilaje criminal desde la investigación neurocientífica. En F. Bueno (Dir.) y I. González (Coord.^a), *Fodertics II.0: derecho, entornos virtuales y tecnologías emergentes* (pp. 441-453). Comares.
- Lucasiewicz, R. (2022). Facial recognition. Matching in gamete donation using AI. *Tratado de Inteligencia artificial y Derecho en el nuevo milenio* (pp. 385-401). Ediciones Olejnik.
- Matefi, R. & Darius, C. (2022). Artificial intelligence and its impact on personality rights. *Tratado de Inteligencia artificial y Derecho en el nuevo milenio* (pp. 70-89). Ediciones Olejnik.
- Megías, J. (2022). Derechos humanos e Inteligencia artificial. *Revista DIKAIOSY-NE*, (37), 140-163.
- Moreu, E. (2022). La regulación de los neuroderechos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1), 71-100.
- Packard, V. (1992). *Las formas ocultas de la propaganda* (18.^a ed.). Editorial Sudamericana.
- Pollicino, O. y De Gregorio, G. (2021). Constitutional Law in the Algorithmic Society. *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*. Cambridge University Press, pp. 3-24. <https://doi.org/10.1017/9781108914857.002>

- Pollicino, O. & Paolucci, F. (2022). Digital constitutionalism to the test of the smart identity. *Journal of E-Learning and Knowledge Society*, 18(3), 8-21. <https://doi.org/10.20368/1971-8829/113581>
- Roberts, H., Cows, J., Morley, J., Taddeo, M., Wang, V & Floridi, L. (2021). The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation. *AI & Soc.* (36), 59-77. <https://doi.org/10.1007/s00146-020-00992-2>
- Salvi, N. & Nigri, S. (2022). Minority Report: the Road to a Deterministic Theory for the Philosophy of Criminal Law, *Opinión Jurídica*, 21(46), 1-18. <https://doi.org/10.22395/ojum.v21n46a2>
- Solar Cayón, J. (2022). Inteligencia artificial y justicia digital. En F. Llano, J. Garrido y R. Valdivia (Eds.) *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. 381-425). Ediciones Laborum.
- Turley, J. (2020). Anonymity, Obscurity and Technology: Reconsidering Privacy in the Age of Biometrics, *Boston University Law Review*, (100), 2179-2261. <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2021/01/TURLEY.pdf>
- Vicente Domingo, E. & Rodríguez Cachón, T. (2023). Derecho de la Persona, Neurodatos y Neuroderechos: A Research Agenda. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (3), 495-526.
- Yamazaki, Y. (2020). An Empirical Study for The Acceptance of Original Nudges and Hypernudges. En M. Arias, J. Pelegrín, K. Murata, A. Lara Palma (Eds.), *Societal Challenges in the Smart Society*, 323-336. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7867256>

La inteligencia artificial y su impacto en los derechos humanos. Una breve descripción sobre los desafíos que plantea la tecnología a la humanidad en el siglo XXI

Artificial intelligence and its impact on human rights. A brief overview of the challenges posed by technology to humanity in the 21st century

103

 JOSÉ REYNALDO LÓPEZ VIERA*

Resumen

El presente artículo trata de vislumbrar y pronosticar las consecuencias del impacto de la inteligencia artificial en la humanidad y los grandes retos que plantea en el presente siglo XXI. Justamente, en un futuro muy próximo, si

* Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Bachiller en Ciencia Política por la misma casa de estudios. Maestría concluida en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Maestría concluida en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Castilla La Mancha-España. Con estudios de especialización en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú. Estudios de Especialización en Historia Universal por la Universidad de Piura. Estudios de posgrado en Economía y Geopolítica de Asia en la Universidad Externado de Colombia. Estudios de Especialización en Tecnología Espacial para el Desarrollo Estratégico Nacional por la Agencia Espacial del Perú (CONIDA). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Conferencista Nacional e Internacional. Autor de diversas obras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

logramos alcanzar la singularidad, la tecnología, en general, y, la inteligencia artificial, en especial, serán sumamente invasivas en todo aspecto; además, en instituciones esenciales del constitucionalismo moderno, como la democracia y los derechos humanos, tendrán un impacto inimaginable.

Palabras clave

Inteligencia artificial, derechos humanos, tecnología, democracia, constitucionalismo

Abstract

This article attempts to glimpse and forecast the consequences of the impact of artificial intelligence on humanity and the great challenges it raises in the 21st century, since in the very near future, if we manage to achieve singularity, technology in general, and artificial intelligence in particular, will be extremely invasive in every aspect, and will have an unimaginable impact on essential institutions of modern constitutionalism such as democracy and human rights.

Keywords

Artificial intelligence, human rights, technology, democracy, constitutionalism

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿EL FIN DEL HOMO SAPIENS? EL CAMINO HACIA EL DISEÑO DEL *HOMO DEUS* EN EL SIGLO XXI. III. EL DESPERTAR DE LAS MÁQUINAS: EL DESARROLLO DE LA ULTRA-INTELIGENCIA. IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU DESPLIEGUE INVASIVO EN LOS DERECHOS HUMANOS. V. DICTADORAS DIGITALES. VI. ENTRE LA SINGULARIDAD Y EL OCASO: LA INCERTIDUMBRE DE UN FUTURO PRESENTE.

I. INTRODUCCIÓN

«Yo os enseño el superhombre. El hombre es algo que debe ser superado. ¿Qué habéis hecho para superarlo?»

FRIEDRICH NIETZSCHE

Entre 1883 y 1885, Friedrich Nietzsche, uno de los más influyentes filósofos alemanes de todos los tiempos, publicaba su controvertida y más celebre obra, *Así habló Zaratustra*, en la cual se sirve de la figura de Zaratustra (inspirada en

el mítico filósofo persa Zoroastro) para desarrollar y enlazar los cuatro elementos principales sobre los que se asienta toda su obra y que son exhaustivamente tratados a lo largo de esta: la muerte de Dios, el superhombre, la voluntad de poder y el eterno retorno de lo idéntico. Con respecto al superhombre, una de las ideas centrales de toda su obra, el famoso filósofo alemán trataba de darnos un mensaje sobre el deber del ser humano de mejorarse, de superarse en el ámbito espiritual —más que en el material— para poder ser verdaderamente libre de acuerdo a sus propias circunstancias (Nietzsche, 2014).

Pasado un poco más de un siglo, el ser humano sin duda se ha superado, pero no espiritualmente —que hubiese sido lo preferible y prioritario—, sino materialmente (algo que tal vez Nietzsche reconocería, mas no aplaudiría del todo) pues la ciencia y la tecnología han hecho que el ser humano comience un camino de perfección material que podría convertirse en un arma de doble filo al no haberse superado paralelamente en el ámbito espiritual.

En efecto, el auge de la tecnología —producto de un largo desarrollo en la historia del *Homo sapiens* que viene desde la revolución cognitiva acaecida hace 70 000 años, pasando por la revolución agrícola hace 12 000 años y consolidándose con la revolución científica en el siglo XV de nuestra civilización— ha dado origen al amanecer de las máquinas gracias a la inteligencia artificial¹, que nos ha facilitado la vida —y nos la facilitara muchísimo más—, sin lugar a dudas, y que también nos ha beneficiado enormemente. Sin embargo, en un mundo donde el ser humano no ha podido superarse en valores y virtudes —como debería haber sido y como era la idea que buscaba irradiar y hacer entender Nietzsche al ser humano—, este desarrollo de la ciencia y la tecnología puede ser contraproducente para el hombre y para sus derechos.

El presente artículo tiene por objeto vislumbrar y pronosticar las consecuencias del impacto de la inteligencia artificial en los derechos humanos, puesto que, en un mundo muy próximo, si es que no ocurre algo catastrófico²

¹ Conocida por sus siglas IA, la inteligencia artificial es la base a partir de la cual se imitan los procesos de inteligencia humana mediante la creación y la aplicación de algoritmos creados en un entorno dinámico de computación. O bien, dicho de forma sencilla, la IA consiste en intentar que los ordenadores piensen y actúen como los humanos. <https://www.netapp.com/es/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence/>

² Nos referimos a los peligros que pueden extinguir nuestra civilización y que nos acechan más que nunca en esta era, tales como las catástrofes naturales, las pandemias, las hambrunas o una guerra nuclear.

y logramos alcanzar la singularidad³, la inteligencia artificial será sumamente invasiva en todo aspecto, además de que en los derechos humanos tendrá un impacto inimaginable.

¿Qué le ocurrirá a la sociedad, a la política y al propio ser humano cuando los algoritmos muy inteligentes nos conozcan mejor que nosotros mismos? Una pregunta cuya respuesta comenzamos recién ha vislumbrar, ya que la inteligencia artificial es producto de un futuro que ya empezó ahora mismo a concretizarse.

II. ¿EL FIN DEL *HOMO SAPIENS*? EL CAMINO HACIA EL DISEÑO DEL *HOMO DEUS* EN EL SIGLO XXI

«Y después de haber elevado a la humanidad por encima del nivel bestial de las luchas por la supervivencia, ahora nos dedicaremos a ascender a los humanos a dioses, y a transformar Homo Sapiens en Homo Deus».

NOAH HARARI, YUVAL

106

El desarrollo de la tecnología a través de la inteligencia artificial, la nanotecnología y la ingeniería biológica está haciendo que el *Homo sapiens* empiece a sentar las bases del diseño de una nueva especie de *Homo*, que el famoso historiador Noah Harari ha denominado como *Homo deus*, que vendría a ser el equivalente del superhombre. Se trata de una especie que no será el resultado de la selección natural, sino que por primera vez en nuestra historia será producto de nuestra tecnología —del diseño inteligente— y que podría derivarse de tres variantes: la ingeniería biológica, la ingeniería cyborg⁴ o la ingeniería no orgánica (los algoritmos).

Este hombre nuevo que defienden las corrientes ideológicas transhumanistas⁵ será creado en los laboratorios por medio de la ciencia, la medicina, la

³ Nos referimos a la singularidad tecnológica, que se sustenta en el rápido avance tecnológico y la gran cantidad de cambios sociales que crearán más tarde o temprano una singularidad tecnológica que incorporará la «inteligencia artificial» como una extensión de la inteligencia humana, con consecuencias impredecibles y enormes para la humanidad.

⁴ En sentido estricto, *cyborg* es la unión entre lo orgánico con lo cibernético, es decir, organismos biológicos que usan la tecnología para ampliar o mejorar sus capacidades, sentidos y formas de relacionarse con el mundo. En *¿Qué es un cyborg? Riesgos, retos y tecnologías*. <https://n9.cl/i6sqm>.

⁵ El transhumanismo es un movimiento que propone la utilización de la tecnología disponible para trascender los límites de las capacidades humanas normales. Los transhumanistas

nanotecnología, la bioingeniería, la genética y la cibernética. Cuando el aumento del rendimiento intelectual ocurra como producto de los procesadores cuánticos⁶ que intervienen quirúrgicamente, este nuevo poshumano podrá experimentar todas las situaciones posibles y realizar todas las acciones inimaginables. Habremos superado la selección natural inherente a nuestra evolución como especie y sustentada por Charles Darwin en su famosa obra *El origen de las especies* (1859). Ahora, la selección será artificial, diseñada en los laboratorios y producto de la ciencia y la tecnología desarrolladas por nosotros.

En ese sentido, *¿qué posibles escenarios encontraría la humanidad cuando aparezca el Homo deus producto de la singularidad?* El filósofo David Chalmers —en una respuesta que compartimos— nos señala que podrían darse cuatro escenarios: extinción, aislamiento, inferioridad e integración (Parra y Torrens, 2017, p. 36).

Al respecto, quienes hemos leído *Un mundo feliz*, de Aldous Huxley (2020), recordaremos que la biotecnología —según se narra en esta novela de ciencia ficción— se utiliza para diseñar y criar una raza de seres humanos superiores, los denominados *alfa*, los cuales —en un modelo platónico perfectamente concretizado— están destinados a gobernar la sociedad. A los demás embriones que no pertenecen a esta elite se les priva de oxígeno para que nazcan mentalmente incapacitados y sirvan como empleados a los *alfa*, así hasta llegar a los *épsilon*, los últimos de la sociedad, diseñados para las tareas más peligrosas y repetitivas. Esta sociedad funciona de forma perfecta bajo una tecnología de punta que satisface materialmente todas las necesidades de los individuos. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de los derechos humanos y del constitucionalismo moderno, esta sociedad utópica se basa en la opresión, en la limitación absoluta de la libertad, en la desigualdad biológica y social sin parangón, y en el atentado absoluto contra la dignidad de quienes viven en la parte baja de la pirámide.

esperan ansiosamente el día en el que el *homo sapiens* sea sustituido por un modelo mejor, más inteligente y en mejores condiciones. En <https://www.bbc.com/mundo/noticias-42751366>.

⁶ Los ordenadores cuánticos aprovechan algunos de los fenómenos casi «místicos» de la mecánica cuántica para ofrecer grandes avances en cuanto a potencia de procesamiento (la premisa es que un ordenador cuántico de lo más sencillo sería más potente que los super ordenadores que hay hoy en día). El secreto de este tipo de equipos reside en su capacidad para generar y manipular bits cuánticos, conocidos como qubits. Estos son partículas subatómicas como electrones o fotones. Generar y administrar qubits representa todo un desafío de ingeniería. En <https://hardzone.es/reportajes/que-es/ordenador-cuantico/>.

¿Será posible que hoy, con el auge de la inteligencia artificial y el uso de la tecnología a nivel biológico, la construcción del *Homo deus* convierta a estas en los alfas de la novela de Huxley y los demás sapiens que no podamos tener acceso a los beneficios de la biotecnología u otros tipos de tecnologías avanzadas quedemos relegados a ser los épsilon de la sociedad? ¿Está el *Homo sapiens* en su última generación como especie dominante? Ya sabemos que muchas veces la realidad supera la ficción y este futuro conllevaría el fin de los ideales del constitucionalismo actual y del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como lo conocemos. La inteligencia artificial y el uso de la misma nos puede conducir a una temible realidad, y no debemos desestimar esta posibilidad, las modificaciones y manipulaciones genéticas a mitad de este siglo se llevarán a cabo y esto nos puede conducir a la predicción temiblemente descrita.

Un punto muy importante a tener en cuenta sobre estas alarmantes predicciones es recordar la naturaleza de nosotros los *sapiens*, quienes seremos los diseñadores del *Homo deus*. En tiempos modernos, pequeñas diferencias en el color de la piel, el dialecto o la religión han sido suficientes para animar a un grupo de *sapiens* a que se dispusiera el exterminio a otro grupo. El *Homo sapiens* puede haber sido el causante de la extinción de las otras especies de *homos* existentes en el planeta hace 40 000 años. Y esto tiene que ver con algo intrínseco a nuestra naturaleza humana, que bien puede resumirse —como señaló el astrofísico y divulgador científico Carl Sagan (2021) en su libro *Los dragones del Edén*— en tres características: ritualista, jerárquica y territorialista.

En ese sentido, como diría el historiador Noah Harari (2012):

¿Habrían sido los antiguos sapiens más tolerantes hacia una especie humana completamente diferente? Bien pudiera ser que cuando los sapiens se toparon con los neandertales el resultado fuera la primera y más importante campaña de limpieza étnica de la historia. (p. 31)

Siguiendo la misma línea, ¿no será que la nueva especie *Homo deus* —que tendría las mismas taras emocionales y psíquicas que los humanos actuales— podría hacer lo mismo con nuestra especie, los *sapiens*, que a su vez, paradójicamente, seremos sus diseñadores? A nuestro parecer no hay algo más peligroso que una especie con raciocinio y con supertecnología, y que al mismo tiempo sea autodestructiva, insatisfecha e irresponsable, que no sabe lo que quiere. No obstante, este es el futuro inmediato de la evolución, convertirnos de *Homo sapiens* a *Homo deus*, en el que el nuevo superhombre trascenderá las limitaciones de los cuerpos y cerebros biológicos de sus creadores: he ahí la singularidad cuya comprensión va más allá de toda estimación presente.

Por ello, el célebre físico teórico Michio Kaku (2019) se pregunta: «¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar con esta tecnología?» (p. 260). La respuesta es incierta. Sin embargo, sea donde sea que lleguemos, todos los campos del saber humano, entre ellos el jurídico, tendrán que tener alternativas, respuestas y planteamientos para afrontar esta nueva realidad compleja e incierta. Por consiguiente, los derechos humanos deberán reconfigurarse en cuanto a su naturaleza, eficacia y esencia a fin de no quedarse relegados ante los retos que las nuevas tecnologías plantean al ser humano hoy mas que nunca en su historia, puesto que de ello dependerá en gran parte la respuesta a la gran interrogante del siglo XXI. *¿Estamos ante el fin de nuestra especie y la aparición de una nueva que la reemplazará o la extinguirá?*

III. EL DESPERTAR DE LAS MÁQUINAS. EL DESARROLLO DE LA ULTRAİNTELIGENCIA

«Si fuéramos capaces de crear una inteligencia artificial equiparable a la humana, se desencadenaría un cambio radical para la humanidad. Al otro lado de este punto de inflexión, conocido como singularidad, nos esperaría un futuro dominado por máquinas ultrainteligentes. ¿Qué hay de plausible en esta hipótesis? ¿Cuál sería nuestro rol como especie en esta nueva era?»

SERGIO PARRA & MARC TORRENS

109

La inteligencia artificial (IA) experimenta ya un auge sin precedentes en la era actual, sin embargo, el paso siguiente es el que constituye el reto tecnológico mas importante de la historia: diseñar máquinas con una inteligencia equiparable a la del ser humano. El objetivo final es crear redes neuronales artificiales perfectamente organizadas capaces de registrar, analizar y manipular mediante algoritmos⁷ cada vez más complejos, los *terabytes*⁸ de información de los que disponemos actualmente, para tomar decisiones, resolver problemas y actuar de

⁷ Un algoritmo informático es un conjunto de instrucciones definidas, ordenadas y acotadas para resolver un problema, realizar un cálculo o desarrollar una tarea. En otras palabras, un algoritmo es un procedimiento paso a paso para conseguir un fin. A partir de un estado e información iniciales, se siguen una serie de pasos ordenados para llegar a la solución de una situación. En: <https://profile.es/blog/que-es-un-algoritmo-informatico/>

⁸ Un *terabyte* es una unidad de medida de datos digitales utilizada para evaluar una cantidad específica de datos o capacidad de almacenamiento. Por lo general, un *terabyte* equivale a unos 1 000 GB o un billón de *bytes*. En: <https://massive.io/es/transferencia-de-archivos/cuanto-es-un-terabyte/#what>

forma racional. Tal vez, en un futuro muy cercano, un superordenador cuántico bajo la proclamación: ¡Hágase la luz!, la luz se hará, y con ello, pueda crear realidades alternas o artificiales a las cuales podamos acceder. Para llegar a esta meta, la inteligencia artificial tiene varias líneas de investigación científica, todas ellas en pleno auge en la actualidad: la neurociencia computacional, la arquitectura cognitiva, las redes neuronales, la computación cuántica, los algoritmos evolutivos y la simulación cerebral, por citar las más importantes.

Dos preguntas se desprenden de lo expuesto, cuyas respuestas se determinarán en el futuro: *¿la IA llegará a perfeccionarse a sí misma a tal punto de crear ultra-inteligencias todavía más complejas que releguen, superen o incluso amenacen la existencia de la especie humana?; y, ¿la creación de estas ultrainteligencias podría implicar la fusión con los humanos para evolucionar con ellos y ayudarlos a convertirse en Homo deus con capacidades ilimitadas, omnipotentes y semidivinas?*

Al respecto Nick Bostrom, director del Instituto para el Futuro de la Humanidad en la Universidad de Oxford, no tiene una opinión positiva y por ello señala:

Ante la perspectiva de una explosión de la inteligencia, nosotros los humanos somos como niños que juegan con una bomba. Tal es la desproporción entre el poder de nuestro juguete y la inmadurez de nuestra conducta. La super-inteligencia es un reto para el que no estamos preparados y no lo estaremos hasta de aquí a mucho tiempo. No tenemos idea de cuando se va a producir la explosión, pero si nos acercamos al aparato al oído podemos oír un leve tic-tac, tic-tac⁹. (2014, p.17)

Los científicos calculan —basándose en la famosa *Ley de Moore*¹⁰ que nos explica que la capacidad de computación de los sistemas informáticos crece de manera exponencial cada año— que para el año 2025 un ordenador tendrá la ca-

⁹ BOSTROM, Nick. 2014. *Superinteligencia: caminos peligrosos, estrategias*. Teell Editorial. Citado por: PARRA, Sergio y Torrens, Marc. 2017. *La Inteligencia Artificial. El camino hacia la ultrainteligencia*. Colección: Ciencia y cerebro. National Geographic. México. p. 17.

¹⁰ La *Ley de Moore* se refiere a una observación hecha por el cofundador de Intel, Gordon Moore, en 1965, en la que descubrió que el número de transistores por pulgada cuadrada en los circuitos integrados se había estado duplicando año tras año desde su invención. La versión simplificada de esta ley establece que las velocidades del procesador o la potencia de procesamiento general para ordenadores se duplicarán cada dos años. Un rápido chequeo entre técnicos de diferentes empresas informáticas muestra que el término no es muy popular, pero la regla sigue siendo aceptada. En: <https://www.profesionalreview.com/2018/04/01/que-es-la-ley-de-moore-y-para-que-sirve/>

pacidad de cálculo de un ser humano; así, en el 2045, la de toda la humanidad, es decir, dicho ordenador habrá llegado al nivel de la ultrainteligencia. En esa misma línea Toffler (1994, p. 34), con agudeza visionaria, señaló:

Los cambios que hemos visto últimamente en las empresas, la economía, la política y a nivel mundial, son solo las primeras escaramuzas de unas luchas por el poder, mucho mayores, que han de sobrevenir. Porque estamos ante el más profundo cambio de poder de la historia de la humanidad.

Este cambio de poder que pasa por el desarrollo de la ultrainteligencia ya comenzó y no se detendrá. Y, sea cuales fueran las respuestas a las preguntas formuladas, y compartamos o no el temor perfectamente fundado del profesor sueco Bostrom, nos queda claro que todo esto constituye un verdadero desafío para el derecho, en general, y para los derechos humanos, en particular.

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU DESPLIEGUE INVASIVO EN LOS DERECHOS HUMANOS

«Comprométete con la noble lucha por los derechos humanos. Harás una mejor persona de ti mismo, una gran nación de tu país y un mejor mundo para vivir».

MARTIN LUTHER KING

111

Hacia finales del siglo XVIII, y producto de las dos grandes revoluciones acontecidas en este periodo: la Revolución norteamericana (1776) y la Revolución francesa (1789), se va a dar origen al reconocimiento de los derechos humanos como derechos naturales, innatos e inalienables, teniendo como manifestación expresa de esta doctrina la famosa *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789.

Posteriormente, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ya en pleno siglo XX, el 26 de junio de 1945 se firmó la carta de nacimiento de la mayor organización internacional que la historia de la humanidad ha registrado: la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹¹. A través de ella, se le otorgó por primera vez

¹¹ La Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países reunidos en San Francisco, EE. UU. Polonia, que no estuvo representada, la firmó más tarde y se convirtió en uno de los 51 Estados Miembros fundadores. Las Naciones Unidas empezaron a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por

en la historia el rango de «sujeto de derecho internacional» a la persona humana, cimentando con ello las bases de la internacionalización de los derechos a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹². En efecto, a partir de allí comienza a desarrollarse la temática de los derechos humanos, con normas, organizaciones y procedimientos que conforman la estructura actual de la protección internacional de los derechos de la persona tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional¹³, constituyendo el avance más importante de la humanidad en lo que concierne a la protección, respeto y garantía de su dignidad.

Vislumbrando el futuro, es totalmente innegable que las nuevas tecnologías, así como impactarán en todos los ámbitos de la sociedad, también lo harán en el ámbito de los derechos humanos. Y en ese contexto, constituirán un auténtico desafío para el constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos. Estos últimos deberán reconfigurarse o reconceptualizarse para estar a la altura de los retos que la IA le ponga enfrente.

Por ejemplo, para poder determinar la complejidad de la situación, imaginemos el caso de un vehículo autónomo dirigido por la inteligencia artificial que atropella a una persona y le provoca la muerte: *¿quién responderá por el accidente: el fabricante, el programador o el usuario?* Situaciones como esta suponen retos a los cuales la ciencia jurídica se enfrentará en un futuro muy cercano y para los

China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios. El día de las Naciones Unidas se celebra todos los años en esa fecha.

¹² En efecto, tanto el Preámbulo de la Carta, «NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS: A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas», como el artículo 55: «Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades», por citar dos ejemplos, abiertamente enfocan la finalidad de esta organización en la garantía y protección de los derechos de las personas.

¹³ Recordemos que si hablamos de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos, hoy en día estos se pueden agrupar en dos: el Sistema Universal (que se deriva de la ONU, alcanza a los 193 Estados integrantes de esta organización; y, por ende es de carácter mundial) y los diversos Sistemas Regionales (que derivan de diversos órganos tales como el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos —OEA— y la Unión Africana —UA— y alcanzan a diversos Estados siempre y cuando conformen estos organismos; por ende, son de carácter regional). Actualmente, se habla de tres sistemas regionales: europeo, interamericano y africano.

cuales tendrá que brindar alternativas y respuestas satisfactorias. De esta manera, señalan Manes y Niro (2019, p. 432):

Se trata de dilemas morales estudiados por las neurociencias. El derecho debe desarrollar una regulación totalmente nueva y diferente para este tipo de situaciones tan singulares. Lo mismo sucederá con los nuevos artificios tecnológicos que reemplacen parcial o totalmente a los humanos en tareas de alto riesgo y responsabilidad.

Es el derecho bajo el fundamento de la justicia quien tendrá que resolver este tipo de problemas en el marco de las tecnologías disruptivas que serán de uso cotidiano de los individuos y de la sociedad en general. El garantizar nuestros derechos humanos tendrá que convertirse en un tema central para la humanidad, de lo contrario, podríamos asistir a su privación o marginación. Y las luchas por su reconocimiento de las generaciones precedentes, quedaran simplemente en algo pasajero y anecdótico que atentaría contra nuestra esencia humana. Por ello, el gran activista sudafricano por los derechos civiles Nelson Mandela señaló: «Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad».

En ese sentido, cuando la tecnología y la inteligencia artificial se desarrollen a niveles inimaginables— tal y como hemos señalado líneas arriba— el Constitucionalismo (a través de las constituciones y leyes) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (a través de las Declaraciones, tratados y organismos) tendrán retos enormes tales como:

- a) El reconocimiento y desarrollo de nuevos derechos humanos que serán producto del auge de la tecnología.
- b) Nuevas formas de protección de muchos derechos humanos ya reconocidos pero que pueden verse seriamente afectados por el desarrollo tecnológico si es que no se plantean nuevas formas de garantizarlos y efectivizarlos.
- c) La reconfiguración de algunos derechos humanos en su esencia que permita adaptarlos a las nuevas tecnologías para que no terminen siendo relegados en la vida real.

A continuación, desarrollaremos como los avances tecnológicos en general, y, el desarrollo de la inteligencia artificial en especial, impactara en algunos de los mas importantes derechos humanos que conocemos y fomentara el reconocimiento de otros nuevos.

4.1. El derecho a la vida

En el siglo XXI el derecho a la vida pasara a tener un alcance diferente al que ahora tiene. En efecto, cuando hablamos del derecho a la vida lo enlazamos directamente a su aspecto formal: el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella¹⁴; y, su aspecto material: el derecho a la vida digna¹⁵. Sin embargo, ahora con los avances de la tecnología la lucha contra la vejez, las enfermedades y la muerte abrirán paso a una nueva dimensión de este derecho: El derecho a la inmortalidad¹⁶.

¿Cuánto estarían dispuestas a pagar las personas por la vida eterna? De hecho, cuando la ciencia logre alcanzar este objetivo, se entablarán luchas encarnizadas en los parlamentos, tribunales y calles por obtener el acceso al elixir de la vida: la eterna juventud que nos garantice la vida indefinida.

Pero, ¿Quiénes tendremos acceso a la vida eterna? ¿Todos o solo una elite con los recursos económicos suficientes que les permita acceder a este nuevo privilegio, mientras que la mayoría de personas quedemos sin poder cumplir el

¹⁴ El Tribunal Constitucional ha señalado en relación con el derecho a la vida que: «Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos». [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 83. Caso: EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO IMPERIAL S.A.).

¹⁵ «Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que «actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad». [STC N.º 2005-2009-PA, fundamento 10. Caso: ONG «ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN»].

¹⁶ En realidad, más que inmortales seríamos amortales, pues a diferencia de un Dios, los super humanos si podrían morir por alguna circunstancia específica como una guerra o un accidente, sin embargo, a diferencia de nosotros los mortales, los seres humanos del futuro no tendrán fecha de caducidad, es decir, mientras no pase una causa que motive su destrucción, podrán vivir eternamente.

*anhelado sueño de conseguir la juventud y la vida eterna?*¹⁷. Si solo los ricos o una clase privilegiada tienen acceso a este nuevo derecho por su condición, estaremos frente a una discriminación absoluta que no podría tolerarse si se llegara a reconocer el derecho a la inmortalidad como un nuevo derecho humano —derivado o autónomo del derecho a la vida—.

En los próximos años, se discutirá de manera mucho más fuerte el reconocimiento o no de derechos que podrían derivarse de la vida, tales como el derecho a la eutanasia o muerte digna y el derecho al aborto, y; en esos debates —cuando la ciencia a través de la tecnología alcance el objetivo de poder vencer a la muerte, a la enfermedad y a la vejez— el derecho a la inmortalidad o eterna juventud se convertirá prioritariamente en el objeto de todas las discusiones con relación al derecho a la vida y sus nuevos alcances.

4.2. El derecho a la libertad

La libertad ha sido uno de los derechos humanos por los que más se ha luchado a lo largo de toda nuestra historia. En su sentido más amplio, la libertad significa el poder elegir o tomar una decisión por nosotros mismos, o, en otras palabras, tener la facultad o capacidad de actuar según nuestros valores, criterios, razón y voluntad, sin estar coaccionado por nadie y con la única limitación de respetar esa misma libertad de los demás¹⁸.

¹⁷ Esto resulta realmente preocupante puesto que la Globalización ha ocasionado que algunos grupos de personas en el mundo monopolicen la riqueza dejando a miles de millones de personas a un lado de estos beneficios. Actualmente, se sabe que el 1 por ciento mas rico posee la mitad de la riqueza del mundo. Y lo que resulta más alarmante: Las 2153 personas mas ricas poseen mas en su conjunto que los 4 600 millones de personas mas pobres. En: <https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/los-milmillonarios-del-mundo-poseen-mas-riqueza-que-4600-millones-de-personas>

¹⁸ En ese sentido, el artículo 2, inciso 24, acápite a) de nuestra Constitución señala que: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que: «El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. [...]. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal [o privada] que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra». (STC N.º 2868-2004-PA, fundamento 14. Caso: JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ ROJAS)

Al respecto, el destacado constitucionalista Linares Quintara (1977, p. 18) señaló:

La historia del hombre es la historia de su lucha por la libertad. El hombre nació para ser libre, y a través de los siglos combate sin tregua por obtener la libertad primero; para conservarla, luego; y, cuando la ha perdido, para recuperarla, iniciando así un nuevo ciclo, en una serie que se repite al infinito en el decurso de los tiempos, sin que nunca la conquista sea definitiva, como si la Voluntad Divina fuera que por ese medio la llama de la libertad se mantuviera perennemente encendida en el alma humana.

Y hoy en pleno siglo XXI, el ser humano volverá a luchar por su libertad, pero esta vez, de forma diferente como nunca antes y contra un enemigo-amigo: La tecnología. En efecto, con el auge de la IA en nuestra época que pasará cuando un ordenador —llámese *smartphone*, por ejemplo— nos conozca mejor de lo que nos conocemos a nosotros mismos *¿seguiremos ejerciendo nuestra libertad de escoger trabajo, pareja o presidente?, ¿renunciaremos a nuestra libertad para otorgársela a la maquina inteligente para que ella escoja o tome la decisión por nosotros?, ¿es verdaderamente nuestro libre albedrio el que estaremos ejerciendo?*

Las máquinas u ordenadores ultrainteligentes podrían afectar seriamente nuestra idea de libertad individual. En efecto, como señala Noah Harari (2018, pp 75, 77):

Acceder a la toma de decisiones de los humanos no solo hará que los algoritmos de macrodatos sean más fiables, sino que los sentimientos humanos sean menos fiables. [...] Una vez que la IA decida mejor que nosotros las carreras e incluso las relaciones, nuestro concepto de humanidad y de la vida tendrá que cambiar. Los humanos están acostumbrados a pensar en la existencia como un drama de toma de decisiones. [...] ¿Qué pasara con esta forma de entender la vida si cada vez más confiamos en la IA para que tome las decisiones por nosotros?».

La idea es que la tecnología nos ayude a tomar decisiones pero que no nos reemplace completamente. De lo contrario, nuestro derecho a la libertad o libre albedrio se convertirá en una quimera pues serán las máquinas las que decidan y cuando eso suceda, nosotros nos habremos convertido en seres autómatas —cascarones biológicos vacíos— incapaces de pensar, reflexionar y decidir por nosotros mismos.

4.3. El derecho a la igualdad

A lo largo de la historia, el derecho a la igualdad ha sido uno de los derechos por los que más se ha luchado encarnizadamente, sobre todo en los últimos tres siglos. En efecto, recordemos el lema de la Revolución francesa: «Libertad, igualdad y fraternidad». En el constitucionalismo moderno, es indispensable hablar del derecho de la igualdad como uno de los derechos fundamentales y neurálgicos de todo Estado constitucional y democrático¹⁹.

Y esto es producto de que los seres humanos a lo largo del tiempo se han caracterizado por dividirse en razones de raza, credo, idioma, religión, nacionalidad, etc. Lo descrito ha ocasionado millares de guerras y enfrentamientos que se han basado en desigualdades de algún tipo entre grupos humanos. Durante el siglo XVIII Y XIX la lucha impulsada por corrientes ideológicas como el liberalismo, se caracterizó precisamente por eliminar este tipo de discriminaciones para efectivizar la igualdad universal entre todos los seres humanos. Esta lucha es constante y permanente hasta la actualidad.

¹⁹ En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado al respecto lo siguiente: «La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “[...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribía todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables». (STC N.º 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

Sin embargo, en el siglo XXI y producto del auge sin precedentes de la tecnología, la especie humana denominada *Homo Sapiens* después de casi 300 000 mil años de existencia asistirá a la creación de una desigualdad mucho más compleja y difícil de resolver: La desigualdad biológica. Una desigualdad que no será por cuestiones exteriores (raza, religión, casta social, nacionalidad o poder económico) sino por cuestiones que corresponden a nuestro cuerpo biológico-natural, algo que nunca se ha dado en la historia de nuestra civilización y que marcará una etapa totalmente diferente y peligrosa para la humanidad.

La construcción del *Homo Deus*, ocasionará desigualdades difíciles de superar y enfrentar que pueden dañar irreparablemente el derecho a la igualdad. *¿Qué pasará cuando la IA logre crear superhumanos que gocen de capacidades inauditas y de creatividad ilimitada? ¿Que pasará cuando solo una elite pueda acceder a este tipo de supercapacidades para beneficio de ellos y sus descendientes, mientras que el resto de la población por razones económicas, políticas, culturales, etc., no pueda hacerlo?* Ellos²⁰, serán los que logren tener el poder sobre la sociedad sin ningún tipo de cuestionamiento, a tal punto de relegar, esclavizar o exterminar a los demás seres humanos carentes de estas superhabilidades. La desigualdad económica habrá derivado en una desigualdad biológica casi imposible de salvar o una discriminación de *facto* difícil de combatir²¹.

El futuro puede poner al derecho a la igualdad frente a un desafío casi insuperable: La división de la humanidad en castas biológicas o diferentes especies. Un reto que al parecer ninguna corriente jurídica (llámese naturalismo, positivismo, etc.) o política (llámese liberalismo, socialismo, etc.) esta preparada para enfrentar y menos solucionar. Habría que apelar a nuevas corrientes ideológicas, jurídicas y religiosas para llenar este vacío y dar explicaciones a esta nueva era donde habremos creado a nuestros descendientes casi divinos.

²⁰ Recordemos que los ricos a lo largo de nuestra historia siempre han tenido acceso privilegiado a beneficios tecnológicos frente a las masas, pero nunca ha beneficios que generen brechas biológicas enormes que los separe de los pobres. Sin embargo, en el futuro podríamos ver como ellos acceden a estos beneficios biológicos logrando abrir una brecha real en sus capacidades físicas y cognitivas que hagan de ellos una clase superior —ya no solo por razones económicas— por encima del resto de la sociedad.

²¹ Quien sabe que hacia el año 2100, el 1 por ciento más rico podría poseer no solo la mayor parte de la riqueza del mundo, sino también la mayor parte de la belleza, creatividad y salud del mundo.

Tal y como advierte Noah Harari (2016, p. 382):

Los nuevos proyectos del siglo XXI (alcanzar la inmortalidad, la felicidad y la divinidad) también esperan servir a toda la humanidad. Sin embargo, debido a que estos proyectos aspiran a sobrepasar la norma, no a salvaguardarla, bien podrían derivarse de la creación de una nueva casta superhumana que abandone sus raíces liberales y trate a los humanos normales no mejor que los europeos del siglo XIX trataron a los africanos.

En ese escenario, consideramos que el derecho a la igualdad es uno de los derechos humanos que más podría ponerse en peligro si es que no se hallan alternativas que lo logren proteger frente a los desafíos que la tecnología le plantea. Tal vez, no sean los políticos o abogados que tengan la solución a esta problemática, sino los científicos y emprendedores quienes diseñen alguna solución tecnológica para combatir esta desigualdad biológica global que se nos avecina. Veamos que nos pueden decir *Elon Musk* o *Mark Zuckerberg* al respecto.

4.4. El derecho al trabajo

La inteligencia artificial tendrá un impacto trascendental para el derecho al trabajo que nos obligará a replantearnos su esencia o aspectos básicos²². En efecto, el dilema del derecho al trabajo en el siglo XXI será que hacer con todas las personas marginadas por los ordenadores cuánticos basados en inteligencia artificial, ¿qué podremos hacer los humanos conscientes cuando tengamos algoritmos no conscientes, pero ultrainteligentes capaces de realizar casi todo con una perfección imposible de alcanzar por nosotros?

Desde que aparecieron las máquinas estas solo competían con nuestra especie en capacidades físicas y bajo esa situación, las tareas cognitivas siempre fueron

²² Al respecto, el Tribunal Constitucional (2009) ha señalado que:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (STC N.º 2005-2009-PA, fundamento 3.3.1. Caso: EDGARD JORGE PERALTA ARAPA)

realizadas por los humanos. En consecuencia, las máquinas quedaron a cargo de las tareas manuales —algo que por cierto nos benefició enormemente— mientras que los humanos nos encargamos de las tareas que requerían habilidades cognitivas. Pero, «¿Qué ocurrirá cuando los algoritmos sean mejores que nosotros recordando, analizando y reconociendo pautas» (Harari, 2016, p. 350)? Si la inteligencia artificial comienza a reemplazar cada vez más a los humanos del mercado laboral y aparezca una elite minúscula que la controle, tarde o temprano se generará una desigualdad económica, política y social sin precedentes en la historia de nuestra civilización.

Y así, en este siglo XXI podremos asistir a una nueva y masiva clase no trabajadora que será como dice Noah Harari (2016, p. 357):

[...] personas carentes de ningún valor económico, político o incluso artístico, que no contribuyen en nada a la prosperidad, al poder y a la gloria de la sociedad. Esta clase inútil no solo estará desempleada sino será inempleable.

Es decir, ya no será la explotación el problema sino, ahora lo será la irrelevancia de las personas que se queden sin empleo. Sin embargo, el escenario puede no ser tan catastrófico, si recordamos que la IA no solo podrá destruir trabajos, sino que también los puede crear.

120

A nuestro parecer, la clave será olvidarnos de la estabilidad laboral —tal y como la conocemos— y concentrarnos ahora en la flexibilidad laboral, en donde la capacitación, la adaptación y la innovación permanentes serán fundamentales como parte del contenido básico o esencial del derecho al trabajo en su nueva reconfiguración en este siglo XXI.

4.5. El derecho a la educación

En la era de la tecnología, la ciencia y la innovación, que es la era del siglo XXI, el derecho a la educación²³ es uno de los derechos humanos mas impor-

²³ Así el Tribunal Constitucional (2019) ha señalado que:

El artículo 13 de la Constitución, establece que «[1]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana», mientras que el artículo 14, reconoce que, a través de ella, en general, se «promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte». El derecho a la educación es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto per-

tantes para que los individuos y las sociedades en general no queden relegadas. Como siempre señalamos: Es la revolución educativa la clave para que los Estados logren el desarrollo.

Sin embargo, cabría preguntarnos: ¿qué tipo de educación es la que se debe brindar para afrontar los grandes cambios que se avecinan para la humanidad? En efecto, en la actualidad demasiadas escuelas y universidades se centran en aprender de memoria la información, algo que en el siglo XXI ya no será de utilidad, puesto que ahora con el internet estamos saturados de una cantidad de información mucha de la cual es trivial o falsa. En consecuencia, los seres humanos necesitan que se les enseñe la capacidad de dar sentido a la información, la capacidad de interpretarla, entenderla y clasificarla entre lo que es y no es importante.

Al respecto, Harari (2018, p. 288) señala:

¿Qué tendríamos que enseñar? Muchos pedagogos expertos indican que en las escuelas deberían dedicarse a enseñar «las cuatro c»: pensamiento crítico, comunicación, colaboración y creatividad. De manera más amplia, tendrían que restar importancia a las habilidades técnicas y hacer hincapié en las habilidades de uso general para la vida. Lo mas importante de todo será la capacidad de habérselas con el cambio, de aprender nuevas cosas y de mantener el equilibrio mental en situaciones con las que no estamos familiarizados. Para estar a la altura del mundo de 2050, necesitaremos no solo inventar nuevas ideas y productos sobre todo necesitaremos reinventarnos una y otra vez.

121

Nosotros estamos de acuerdo plenamente con el profesor Noah Harari. En efecto, para sobrevivir en un mundo tan cambiante necesitamos mucha flexibilidad mental y equilibrio emocional: «*Aprender, desaprender y reaprender*», tendrán que formar parte del contenido esencial del derecho a la educación en el siglo XXI, sumados no solo al acceso a la educación, sino a la calidad de la misma. Hay que tener en cuenta que nos encontramos en una economía del conocimiento y como señala Oppenheimer (2010, p. 8):

mite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades [Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6]. Atendiendo a ello, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público (STC N.º 00538-2019-PA/TC. Fundamentos 3 y 4. Caso: JUAN RAFAEL VILELA HUAMÁN)

El mundo ha cambiado. Mientras en 1960 las materias primas constituían el 30 por ciento del producto bruto mundial, en la década del 2000 representaba apenas el 4 por ciento del mismo. El grueso de la economía mundial está en el sector servicios, que representa 68 por ciento y en el sector industrial, que representa 28 por ciento, según el Banco Mundial.

En ese sentido, en plena economía del conocimiento, es responsabilidad de los Gobiernos dar lineamientos claros a través de políticas públicas concretas de esta nueva forma de concebir y efectivizar el derecho a la educación para que los seres humanos puedan salir al nuevo mercado laboral tecnológico y puedan tener oportunidades dentro del mismo.

4.6. El derecho a la libertad de información

El derecho a la libertad de información es uno de los derechos más importantes dentro de las sociedades democráticas, pues constituye la garantía de las mismas²⁴.

²⁴ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional señala:

De allí que, aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. «La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos» (Javier Cremades, «La exigencia de veracidad como límite del derecho a la información», en AA.VV. Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruíz Rico, T. I, Madrid 1999, pág. 599). Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no solo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no solo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública. (STC N.º 0905-2001-AA/TC. Fundamentos 10 y 11. Caso: CAJA RURAL DE AHORRO Y CRÉDITO DE SAN MARTÍN)

Hoy en pleno siglo XXI, este derecho se enfrenta a un desarrollo sin precedentes, puesto que el flujo de información es inmenso como nunca antes lo ha sido. El auge de internet solo es una muestra de todo lo que esta por llegar. El ciberespacio ha invadido nuestra vida cotidiana y el internet se ha convertido en una zona libre casi sin ningún tipo de control que muchas veces llega a atentar contra la seguridad de los Estados y la privacidad de las personas.

En ese sentido, ¿qué pasara cuando el «flujo de información» sea indetenible y se llegue a un procesamiento de datos casi perfecto, denominado internet de las cosas? ¿quedaremos los humanos obsoletos? La libertad de información, que constituye una de los ideales básicos de las sociedades liberales puede cambiar de manos, es decir, ya no será una libertad de información de los humanos, sino de la propia información contenida en los superordenadores. Y en ese contexto, nosotros los humanos no podremos restringir su movimiento ni controlar su circulación.

¿Acaso tendremos que fusionarnos con los datos para formar parte del flujo de los mismos? ¿La nueva libertad de información pasara de ser un derecho humano, a ser un pilar de una nueva religión denominada: Dataísmo, o religión de los datos omnisciente y omnipotente? En el siglo XVIII, el humanismo dejo de lado a Dios al pasar de una visión teocéntrica del mundo a una visión homocéntrica del mismo. En el siglo XXI, el Dataísmo podría dejar del lado a los humanos para pasar de una visión homocéntrica a una visión datacéntrica. Y el ser humano, el mundo y el universo se reducirá a datos e información ilimitada.

Mientras eso ocurra, el derecho a la libertad de información debe procurar que todos los seres humanos, sin excepción podamos tener acceso a la información, una información que debe procurar en la medida de lo posible ser veraz, aunque conforme el «flujo de datos» siga avanzando e imponiendo su control sobre el mundo, será más difícil distinguir las noticias falsas y las mentiras que los datos nos proporcionen, eso será una responsabilidad personal y una nueva forma de configurar nuestra posverdad²⁵ para esta era, aunque siempre los seres humanos

²⁵ La posverdad, conocida también como mentira emotiva, implica la distorsión de la realidad primando las emociones y las creencias personales frente a los datos objetivos. El término posverdad es un neologismo que se refiere a la distorsión deliberada de una realidad, manipulando creencias y emociones con el objetivo de influir en la opinión pública y en las actitudes sociales, tal y como lo define la Real Academia Española de la Lengua (RAE). El concepto de posverdad, también conocido como mentira emotiva, implica que los hechos objetivos tienen menos impacto que los argumentos emocionales y las creencias personales de la persona que construye un discurso con la finalidad de crear y modelar la opinión de las personas que le escuchan e influir en su conducta. En: <https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-la-posverdad/>

nos hemos caracterizado por propalar una posverdad que nos ha ayudado a unirnos y cooperar *¿Podremos hacerlo ahora en el siglo XXI con el ciberespacio y el internet de las cosas?* El *Homo Sapiens* siempre ha creado su posverdad con base en ficciones, mitos y creencias. La incertidumbre gira en torno a cuáles serán los mitos y ficciones en la era de la IA y si es que servirá para unirnos o lo que es más peligroso: eliminarnos o extinguirnos.

4.7. El derecho al olvido

En agosto del presente año, nuestro Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia correspondiente al Expediente N.º 03041-2021-PHD/TC²⁶, reconoció el novísimo derecho al olvido en nuestro país²⁷.

Este derecho garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada con el nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo. Con este nuevo derecho se pretende conceder a quien se ve perjudicado por informaciones vetustas (que pueden haber sido ciertas en su momento) la posibilidad de evitar que esos datos puedan ser de conocimiento masivo, emulando la capacidad de olvidar propia de los seres humanos²⁸.

²⁶ Se trataba de una demanda de hábeas data exclutorio interpuesta por una persona contra un grupo de empresas y personas dedicadas a la difusión de información.

²⁷ En el año 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció el derecho al olvido a partir de la interpretación de un marco normativo relativo a la protección de datos personales. Con el paso del tiempo, muchos países de América Latina, incluyendo el Perú, han promulgado leyes que regulan el tratamiento de datos personales. La Dirección de Protección de Datos Personales del Perú, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, ha reconocido el ejercicio del derecho al olvido y ha ordenado la desindexación de contenido de motores de búsqueda. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22113/21464>

²⁸ En ese sentido, el Tribunal Constitucional (2021) señala:

En cuanto al que suele denominarse derecho al olvido, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales, puede afirmarse que este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor

Si bien en varios países —incluyendo el nuestro— este derecho se encuentra en pleno desarrollo en cuanto a su contenido y limitaciones, su reconocimiento es una necesidad indispensable porque, aunque el internet parezca ser un espacio democrático, en las sociedades actuales en la relación entre los procesadores y controladores de datos personales y los dueños de esos datos, existe una enorme asimetría de poder —que con la perfección de la IA se incrementara exponencialmente—. Esta asimetría de poder, podría ocasionar irreparables daños a otros derechos fundamentales tales como el honor, la autodeterminación, la imagen y la buena reputación, por el hecho de no poder solicitar o estar impedidos de pedir la remoción de nuestros datos. El derecho al olvido garantizaría la protección de los derechos de las personas gracias a que el usuario tendría un mayor control sobre sus datos personales.

4.8. Los neuroderechos

La biotecnología ha logrado con gran éxito la estimulación cerebral profunda mediante electrodos implantados en el cerebro para, por ejemplo, mejorar los síntomas de las personas que sufren de parkinson o epilepsia. En ese sentido, existen ambiciosos proyectos como el *Neuralink* de *Elon Musk*, que va un paso más allá: su objetivo es desarrollar una interfaz bidireccional capaz no solo de estimular partes del cerebro, sino también de recibir e interpretar las señales que provienen de él.

Una vez establecida esta conexión, y mediante el uso de inteligencia artificial, sería posible identificar emociones, controlar dispositivos o inducir estados. Algunos científicos consideran que una versión futura muy sofisticada de este sistema, u otro similar, podría leer los pensamientos de una persona, acceder a su memoria e, incluso, controlar ambos, lo que ven como un peligro potencial para la humanidad. El análisis de esta información por medio de técnicas de *big data* y la capacidad de influir en las personas proporcionaría herramientas para el llamado *neuromarketing*, induciendo a la realización de ciertas compras, algo que ya implica inmiscuirse en la toma de decisiones de las personas. Por ello, este tipo de tecnología también podría aplicarse a otros ámbitos más delicados, como la política, afectando al sentido del voto y vulnerando así derechos políticos como el derecho a elegir. Por estas razones los neuroderechos no son ciencia ficción del futuro, sino una necesidad real y presente.

y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental) (STC N.º 03041-2021-PHD/TC, fundamento 11. Caso: MIGUEL ARÉVALO RAMÍREZ)

Los neuroderechos²⁹ se pueden definir como un nuevo grupo de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad a medida que se produzcan avances en neurotecnología. El concepto ha sido desarrollado por la plataforma *NeuroRights Initiative*³⁰, liderada por la Universidad de Columbia en Nueva York e impulsada por una comunidad internacional de neurocientíficos³¹.

En los últimos años, la causa de los neuroderechos ha registrado avances en varios lugares del mundo. Chile fue el primer país del mundo en aprobar una modificación en su Constitución para incluir los derechos digitales y la protección de la «integridad mental» ante el avance de las neurotecnologías³². Muchos otros países están adoptando los ciberderechos en un contexto de transformación digital con el objeto de que dicho proceso ponga a las personas en el centro³³.

Asimismo, con el auge de tecnologías como el *Metaverso*³⁴, los neuroderechos —como derechos-garantías— serán fundamentales para proteger a los seres humanos en una serie de aspectos que tengan que ver consus libertades mas in-

²⁹ La plataforma *NeuroRights Initiative* establece los siguientes cinco neuroderechos: **Identidad personal, libre albedrío, privacidad mental, acceso equitativo y protección contra los sesgos**. En: <https://neurorightsfoundation.org/>

³⁰ La *NeuroRights Initiative*, por su parte, ha propuesto una especie de juramento hipocrático, similar al que pronuncian los médicos en todo el mundo con el compromiso de proteger a sus pacientes, pero aplicado a las empresas. El fin es conseguir un compromiso para que los avances digitales no interfieran con los neuroderechos y ha puesto el foco en la aceptación de dicho juramento por parte de las principales tecnológicas del mundo, como Facebook o Google, entre otras. En: <https://neurorightsfoundation.org/>

³¹ En: <https://www.iberdrola.com/innovacion/neuroderechos>

³² En 2021 el Senado chileno aprobó por votación unánime un proyecto de ley que modifica la Constitución para proteger los derechos del cerebro o «neuroderechos». La Cámara de Diputados revisó y votó esta legislación en septiembre de este año.

³³ Chile no es el único país que se ha inquietado por el vacío jurídico que rodea a las neurotecnologías. España, Estados Unidos, Francia y, más recientemente, Argentina ya han comenzado a estudiar el tema, e incluso las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos han puesto esfuerzos en ello.

³⁴ El *Metaverso* es un mundo virtual, al que nos conectaremos utilizando una serie de dispositivos que nos harán pensar que realmente estamos dentro de él, interactuando con todos sus elementos. Será como realmente teletransportarse a un mundo totalmente nuevo a través de gafas de realidad virtual y otros complementos que nos permitirán interactuar con él. En cuanto al concepto preciso de metaverso por el que apuestan Facebook y otras empresas. La idea sería la de crear un universo paralelo y completamente virtual, al que podremos acceder con dispositivos de realidad virtual y realidad aumentada, de forma que podamos interactuar entre nosotros dentro de él, y desde fuera con el contenido que tenemos dentro. En: <https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real>

herentes, que, de lo contrario, quedarían violentadas irremediablemente con estas tecnologías que nos trasladarían a realidades virtuales alternas que nos posean a tal punto de hacernos olvidar de la verdadera realidad con todo lo que ello implica³⁵.

4.9. El derecho a la felicidad

Epicuro y los filósofos estoicos señalaban que no existe vida después de la muerte y por ende, la felicidad es el único propósito que se tiene en esta vida. De la misma forma, el filósofo inglés Jeremy Bentham, declaró que el bien supremo es «la mayor felicidad para el mayor número» por ello, el único objetivo del Estado y la sociedad es alcanzar la felicidad global.

Asimismo, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 04 de julio de 1776, señala:

«Sostenemos como evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están **la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad**; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables,

³⁵ Piénsese en cómo es Internet ahora. Está lleno de comunidades virtuales, redes sociales a las que accedemos desde diferentes dispositivos. Interactuamos con más personas de forma virtual que de forma física. Pues el metaverso sería dar un paso más para estrechar el mundo físico y el virtual, mezclándolos ambos en un universo nuevo administrado por la empresa que consiga imponer su metaverso. En su visión, *Facebook* espera que el metaverso pueda ofrecer tantas oportunidades como el mundo físico real, con la posibilidad de crear nuestros propios avatares en él. También nos permitirá interactuar con personas que están físicamente lejos de una manera más realista, mirándonos a nuestros ojos virtuales y a nuestras gesticulaciones reproducidas por los sensores del casco de realidad virtual que llevemos. Podremos hablarnos, pasear por mundos virtuales, y no importará desde dónde nos conectemos. Incluso podremos expresarnos como realmente nos sentimos que somos, y no cómo somos físicamente. En: <https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real>

que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, evidencia el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y proveer de nuevas salvaguardas para su futura seguridad y su felicidad».

Por largo tiempo, más que un derecho la felicidad ha sido un ideal. Pero, en el siglo XXI gracias a los avances tecnológicos, parece que se convertirá en un auténtico derecho que a través de la tecnología se podrá alcanzar. Puesto que, si se logra conseguir el tan anhelado derecho a la inmortalidad: ¿quién quisiera vivir eternamente en la desgracia? La biología del *Sapiens* y nuestra evolución no ha diseñado nuestro cuerpo para una felicidad permanente o un placer constante, pero el uso de la tecnología aplicada a nuestra biología puede concretizar que la felicidad sea duradera y el placer acaso ilimitado. En ese sentido:

Habrá que cambiar nuestra bioquímica y remodelar nuestro cuerpo y nuestra mente. Así que ya estamos trabajando en ello. Se puede debatir si es algo bueno o malo, pero parece que el segundo gran proyecto del siglo XXI (garantizar la felicidad global) implicara remodelar al Homo sapiens para que pueda gozar del placer perpetuo. (Harari, 2016, p. 55)

128

V. DICTADURAS DIGITALES. QUIEN POSEE LOS DATOS POSEE EL PODER. ¿EL FIN DE LA DEMOCRACIA?

«El visualizar sociedades futuras nos obliga a cuestionar nuestra propia sociedad, buscando a través de un lente de tecnologías avanzadas que no existen hoy».

MICHIO KAKU

Desde el surgimiento de la democracia liberal y el capitalismo económico³⁶, se ha dado por sentada la idea de que los seres humanos somos sujetos autónomos cuyo libre albedrío nos permite tomar decisiones de manera constante a lo largo de nuestra existencia. Pero cuando la IA pueda decidir por nosotros, la vida humana

³⁶ Recordemos que en la política liberal es el individuo quien mejor sabe lo que le conviene y, en la economía liberal, es el cliente quien siempre tiene la razón. Ideas que surgen bajo la corriente de pensamiento liberal a finales del siglo XVIII y que se han extendido en gran parte del mundo, a la vez que se asumen como verdades irrefutables —en los aspectos políticos y económicos—, delineando el derrotero de nuestra historia en los últimos dos siglos.

dejará de ser un drama de toma decisiones y, en ese contexto, la democracia —que se basa en elecciones libres— y la economía de libre mercado tendrán ya poco o acaso ningún sentido. Por ello, Harari (2018, p. 78) señala:

Cuando la autoridad se transfiera de los humanos a los algoritmos, quizás ya no veamos el mundo como el patio de juegos de individuos autónomos que se esfuerzan para tomar las decisiones correctas. En lugar de ello, podríamos percibir todo el universo como un flujo de datos, concebir los organismos como poco más que algoritmos bioquímicos y creer que la vocación cósmica de la humanidad es crear un sistema de procesamiento de datos que todo lo abarque y después fusionarnos con él. Hoy en día ya nos estamos convirtiendo en minúsculos chips dentro de un gigantesco sistema de procesamiento de datos que nadie entiende en realidad.

En efecto, *¿qué pasara cuando la IA concrete ordenadores ultrainteligentes que sobrepasen las capacidades normales de un ser humano?* La autoridad podría cambiar de los humanos a los algoritmos. En ese sentido, así como la autoridad divina se encontraba legitimada por la religión o las creencias mitológicas y, posteriormente, esto cambió cuando la autoridad dejó de ser divina para ser humana —y su legitimización fue dada por ideologías tan cultivadas como el liberalismo—, en esta era de la revolución tecnológica la autoridad podría pasar a manos de las máquinas ultrainteligentes que no solo cambiarían las formas de gobierno tal y como las conocemos, sino que afectarían a todo tipo de estructuras políticas muy seriamente.

129

En efecto, el dataísmo que derivará de la inteligencia artificial hará que los flujos de datos actuales sean confiados a los superordenadores, cuya capacidad excede en mucho a los cerebros humanos. En otras palabras, «[l]os dataistas son escépticos en relación con el conocimiento y la sabiduría humanos, y prefieren poner su confianza en los datos masivos y los algoritmos informáticos» (Harari, 2016, p. 401). Si esto ocurre, ya no serán los humanos sino las máquinas ultrainteligentes quienes nos gobernarán a todo nivel. Con ello, la democracia podría estar en riesgo de desaparecer, puesto que muchas de sus instituciones inherentes como los partidos políticos, parlamentos y elecciones, terminarían quedando obsoletas producto de que no van a poder procesar los datos con la suficiente rapidez y eficiencia.

Alvin Toffler (1980, p. 290) hace 40 años ya había vislumbrado este futuro señalando la necesidad de reestructurar nuestra sociedad y, con ella, nuestras instituciones políticas:

Por encima de todo, significa dar comienzo ya a este proceso de reconstrucción, antes de que una mayor desintegración de los sistemas políticos existentes haga salir a las calles a las fuerzas de la tiranía e imposibilite una transición pacífica a la democracia del siglo XXI. Si empezamos ahora, nosotros y nuestros hijos podemos tomar parte en la existente reconstitución, no solo de nuestras anticuadas estructuras políticas, sino también de la civilización misma.

De hecho, el poder ahora no solo estará en manos de los que poseen la riqueza y la fuerza, sino sobre todo de los que poseen el conocimiento. En un futuro muy cercano, la lucha por el poder evolucionará hacia la distribución —no solo de la riqueza— sino sobre todo del conocimiento y del control y acceso al mismo, puesto que «[s]ino comprendemos como fluye el conocimiento y hacia quien lo hace, no podremos protegernos a nosotros mismos contra los abusos del poder ni crear esa sociedad, mejor y más democrática, que las tecnologías del mañana prometen». (Toffler, 1994, p. 144)

Ante este futuro inevitable, la democracia como forma de gobierno se debe reconfigurar con urgencia, de esto depende la garantía y eficacia de los derechos humanos frente a los avances tecnológicos. De lo contrario, la tecnología, la inteligencia artificial y el dataísmo arrasarán con la democracia constitucional de forma brutal, tal y como un gigantesco tsunami arrasaría una ciudad entera.

El profesor Salazar Ugarte (2006, p. 268), con respecto a la relación entre democracia y constitucionalismo, señaló lo siguiente:

En realidad, si se quiere preservar a la democracia, se debe aceptar que la legitimidad formal de las decisiones depende del respeto de algunos derechos fundamentales. La legitimidad democrática de una decisión siempre es una legitimidad formal, pero esta es solo viable cuando en el sistema constitucional se encuentran garantizados los derechos que sustentan a los procedimientos democráticos.

Consideramos que en el siglo XXI ya no solo se debe hablar de una legitimidad democrática, sino de una legitimidad tecnológica que se base, al igual que la democracia, en los derechos humanos.

De lo contrario, las dictaduras digitales terminarán imponiéndose tarde o temprano y, con ello, todo el poder quedará concentrado en una minoría o en una élite pequeña —sea superhumana o artificial—, que al manejar los macrodatos

y acceder a ellos, harán que la mayoría de las personas —humanos comunes y corrientes— terminen esclavizadas o en la irrelevancia absoluta.

Como diría Onfray, «[l]as dictaduras de esos tiempos funestos harán que las dictaduras del siglo XX parezcan comedias ligeras. Google trabaja hoy en ese proyecto transhumanista. La nada es un destino cierto». (2018, p. 563)

Nadie conoce de forma cierta qué nos reserva el futuro, si todo lo que nos ofrece la tecnología y la inteligencia artificial pueda ser positivo o negativo para la humanidad. Lo que debemos hacer es prepararnos para lo que se viene, imaginando y buscando soluciones que generen nuevos modelos de proceso decisional que se apliquen a niveles nacionales y transnacionales. Por tanto, la responsabilidad del cambio nos incumbe a nosotros y, con ello también, la lucha por la democracia y nuestros derechos humanos.

VI. ENTRE LA SINGULARIDAD Y EL OCASO: LA INCERTIDUMBRE DE UN FUTURO PRESENTE

«Si podemos evitar el desastre durante los dos próximos siglos, nuestra especie estaría a salvo extendiéndose por el espacio [...] Y, en cuanto establezcamos colonias independientes, todo nuestro futuro estará a salvo».

STEPHEN HAWKING

131

El destacado historiador Ian Morris (2010, p. 693) señala que el siglo XXI está marcado por una carrera entre la singularidad y el crepúsculo. En efecto, señala lo siguiente:

O bien iniciamos pronto —quizás antes del 2050— una transformación más profunda que la revolución industrial, que puede que convierta la mayoría de nuestros problemas actuales en irrelevantes, o nos tambaleamos hacia un hundimiento como no se ha visto antes [...] Eso quiere decir que los próximos cuarenta años serán los más importantes de la historia. Lo que tiene que hacer el mundo para evitar el crepúsculo no es ningún secreto. La principal prioridad es evitar una guerra nuclear total, y la forma de hacerlo es que las grandes potencias reduzcan sus armas nucleares.

Si bien el mundo marcha inevitablemente hacia la multipolaridad, ya no basta con apelar en el sistema internacional a lo que en la Guerra Fría se señalaba para frenar cualquier intento del uso de la fuerza militar a gran escala: «la destrucción mutua asegurada».

En el mundo actual, en medio de la globalización, la competitividad en la esfera política, económica y social se ha vuelto despiadada, aunque busquemos disimularla o negarla. Asimismo, los innumerables problemas que afronta la humanidad no solo son la amenaza de una guerra nuclear —como señala el profesor Morris—, sino también son amenazas latentes y problemas que requieren soluciones urgentes: el cambio climático, los Estados fallidos, la migración, la hambruna, las enfermedades, la escasez de recursos básicos, el terrorismo y la delincuencia en todas sus modalidades.

Si bien nunca antes en la historia, como hoy, existen normas e instituciones de alcance local, regional y mundial para detener la violencia que se puede derivar de todas estas amenazas, no es para nada errado señalar que en los últimos años la violencia en todos sus ámbitos ha crecido enormemente rebalsando todos los mecanismos ideados por el ser humano para detenerla y evitar nuestra autodestrucción.

¿Qué podemos aprender de la historia? El rumbo de la historia, como dice el geógrafo y escritor Jared Diamond, es demasiado complicado, puesto que es consecuencia de demasiadas variables independientes incontrolables y cambios imprevisibles como para que podamos aprender nada del pasado (2019, p. 479).

Frente a esto, el auge de la tecnología sin precedentes puede convertirse en una amenaza que pueda activar y repotenciar todas las demás. Somos como niños aprendiendo a jugar ajedrez, pero como dice Gribbin:

Estamos justo comenzando a hacer nuestros primeros intentos de jugar, con inventos tales como la ingeniería genética y la inteligencia artificial. Quien sabe lo que nos podrá deparar el futuro durante los próximos cinco siglos, por no hablar de los próximos cinco milenios (2002, p. 498).

Claro, siempre y cuando los seres humanos pasemos la singularidad y no caigamos en el ocaso que provoque nuestra extinción. En ese sentido, compartimos plenamente lo señalado por Alvin Toffler (1990, p. 470):

[...] Pero el tiempo apremia. No podemos permitirnos el lujo de lanzarnos a ciegas hacia el superindustrialismo. La política de control de la tecnología provocara graves conflictos en los días venideros. Pero con conflictos o sin ellos, la tecnología tiene que ser domesticada si queremos controlar el impulso acelerador. Y el impulso acelerador debe ser controlado si queremos evitar el «shock» del futuro.

Las estructuras políticas tradicionales deben reconfigurarse para estar a la altura de los retos que plantean los avances tecnológicos. Las actuales no servirán para procesar los macrodatos y la información a gran escala y la humanidad debe asumir el reto de modificarlas o, en su caso, crear instituciones políticas nuevas que puedan salvaguardar la democracia y, por ende, a los derechos humanos.

El reto será dominar la tecnología y no que ella nos termine dominando a nosotros, he ahí la clave y el nuevo dilema que le espera a la humanidad. Por lo tanto, nos queda claro que el control y el acceso a la tecnología, al conocimiento y a la información serán el punto crucial en la lucha por el poder en el mundo y que se entablará en cada una de las instituciones —políticas, sociales, jurídicas, económicas, etc.— creadas por el hombre. Este constituye el peligroso —pero a su vez excitante— cambio al cual nos enfrentamos, cuyas consecuencias podemos vislumbrar, pero de ninguna manera asegurar o determinar de forma inequívoca.

Los humanos seremos testigos de cosas con las cuales nadie en el pasado de nuestra civilización se topó, como máquinas superinteligentes, cuerpos modificados por la tecnología, algoritmos que pueden manipularnos con precisión y enormes cantidades de información que no podremos asimilar ni entender en su totalidad. De ahí que cobrarán real dimensión las preguntas: *¿quiénes somos?*, de manera general, y *¿quién soy?*, de manera particular.

133

En la actualidad, es preciso recordar y sobre todo ser consciente —ahora más que nunca— de lo que Anna Pintore señaló: «Nada puede resguardar a la humanidad de la locura o del suicidio» (2003, p. 129).

Por nuestra parte, queremos brindar una reflexión final: no se puede cerrar la llave del progreso tecnológico, esto es irreversible. Pero para evitar cualquier futuro apocalíptico que nos pueda poner fin como especie, al igual que a instituciones tan valiosas como la democracia y los derechos humanos, debemos comenzar a poner énfasis a nuestro desarrollo espiritual, que es nuestra esencia como seres humanos, y, de esta forma, podremos salvaguardar nuestra humanidad de cualquier avance tecnológico. Las máquinas, por muy inteligentes que puedan llegar a ser, no tienen ni tendrán conciencia —al menos en un futuro cercano— y eso hará que los humanos sigamos siendo diferentes y únicos. Como diría Nietzsche: «El hombre es algo que debe ser superado». Sí, pero para bien; de lo contrario, será el causante de su propia destrucción. Por tanto, por encima de cualquier mejora material, y más allá de cualquier despertar de las máquinas, es hora de despertar lo más importante y que hemos dejado a un lado: nuestro despertar espiritual, a través del cual nunca perderemos nuestra esencia humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, R. (2024, 15 de mayo). *Qué es un ordenador cuántico y en qué se diferencia de uno normal*. Hard Zone. <https://hardzone.es/reportajes/que-es/ordenador-cuantico/>
- BBC (2018, 20 de enero). *Qué es el transhumanismo y por qué muchos aseguran que es un futuro inevitable*. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-42751366>
- Bostrom, N. (2014). *Superinteligencia: caminos peligros, estrategias*. Teell Editorial.
- Darwin, C. (2014). *El origen de las especies*. Editorial Biblok.
- Diamond, J. (2019). *Crisis. Cómo reaccionan los países en los momentos decisivos*. Debate.
- Donnelly, J. (2022, 17 de junio). *¿Cuánto es un terabyte?* MASV. <https://massive.io/es/transferencia-de-archivos/cuanto-es-un-terabyte/#what>
- Fernández, Y. (s. f.). *Qué es el metaverso, qué posibilidades ofrece y cuándo será real*. <https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real>
- Franco, D. y Quintanilla, A. (2020). La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, (84), 271-414. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22113/21464>
- Gribbin, J. (2002). *Historia de la ciencia. 1543-2001*. Grandes Obras de la cultura.
- Huxley, A. (2020). *Un mundo feliz*. Edisur.
- Iberdrola (s. f.). *¿Qué son los neuroderechos y por qué son vitales ante los avances en neurociencia?* <https://www.iberdrola.com/innovacion/neuroderechos>
- Jabbour, G. (2022, 1 de abril). *¿Qué es un cyborg? Riesgos, retos y tecnologías*. Expansión. <https://n9.cl/i6sqm>
- Kaku, M. (2019). *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la Tierra*. Debate.
- Linares, S. (1977). *Tratado de la ciencia del derecho constitucional. Argentino y comparado* (t. 1). Plus Ultra.

- Maluenda, R. (s. f.). *Qué es un algoritmo informático: características, tipos y ejemplos*. Profile. <https://profile.es/blog/que-es-un-algoritmo-informatico/>
- Manes, F. y Niro, M. (2019). *El cerebro del futuro. ¿Cambiará la vida moderna nuestra esencia?* Planeta.
- Morris, I. (2010). *¿Por qué manda Occidente... por ahora? Las pautas del pasado y lo que revelan sobre nuestro futuro*. Ático del Libro.
- Navas, M. (2018, 1 de abril). *¿Qué es la ley de Moore y para qué sirve?*. Profesional Review. <https://www.profesionalreview.com/2018/04/01/que-es-la-ley-de-moore-y-para-que-sirve/>
- NetApp (s. f.). *¿Qué es la Inteligencia Artificial?* NetApp. <https://www.netapp.com/es/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence/>
- Nietzsche, F. (2014). *Así hablo Zaratustra*. Gredos.
- Noah harari, Y. (2013). *Sapiens. De animales a dioses. Una breve historia de la humanidad*. Debate.
- Noah Harari, Y. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Debate.
- Noah Harari, Y. (2018). *21 Lecciones para el siglo XXI*. Debate.
- Onfray, M. *Decadencia. Vida y muerte de Occidente*. (2018). Paidós.
- Opppenheimer, A. (2010). *¡Basta ya! La obsesión latinoamericana con el pasado y las 12 claves del futuro*. Debate.
- Oxfam (2020, 20 de enero) *Los millonarios del mundo poseen más riqueza que 4600 millones de personas*. Oxfam Internacional. <https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/los-millonarios-del-mundo-poseen-mas-riqueza-que-4600-millones-de-personas>
- Parra, S. y Torrens, M. (2017). *La inteligencia artificial. El camino hacia la ultra-inteligencia*. Colección: Ciencia y cerebro. National Geographic.
- Pintore, A. (2003). *El derecho de la democracia*. Laterza, Roma- Bari.
- Sagan, C. (2021). *Los dragones del Edén. Especulaciones sobre la evolución de la inteligencia humana*. Crítica.
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica.
- Toffler, A. (1980). *La tercera ola*. Ediciones Plaza & Janes.

Toffler, A. (1993). *El shock del futuro*. Ediciones Plaza & Janes.

Toffler, A. (1994). *El cambio de poder*. Ediciones Plaza & Janes.

Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N.º 01535-2006-PA/TC. <https://n9.cl/q8obj5>

Tribunal Constitucional. (2009). Expediente N.º 2005-2009-PA/TC. Tribunal Constitucional. <https://n9.cl/5b8y1>

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 2868-2004-PA/TC. <https://n9.cl/bf7cd>

Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 00009-2007-PI/TC. <https://n9.cl/t0cwa>

Tribunal Constitucional. (2009). Expediente N.º 2005-2009-PA/TC. <https://n9.cl/ezmiv0>

Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 00538-2019-PA/TC. <https://n9.cl/nnzhp>

136 Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 0905-2001-AA/TC. <https://n9.cl/buv0ko>

Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 03041-2021-PHD/TC. <https://n9.cl/vpa4i>

Unir Revista (2021, 27 de julio). *¿Qué es la posverdad y qué implicaciones tiene en la actualidad política?* <https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-la-posverdad/>

Inteligência artificial e direito do paciente: desafios éticos e jurídicos

*Artificial intelligence and patient rights:
ethical and legal challenges*

 ALINE ALBUQUERQUE*

137

Resumo

O uso de inteligência artificial (IA) em suas variadas aplicações na esfera dos cuidados em saúde é uma realidade na atualidade, verificando-se uma tendência em sua expansão. Particularmente, sob o prisma dos cuidados em saúde, a IA apresenta riscos para a deterioração das habilidades dos profissionais de saúde, incluindo a sua capacidade empática, o que se denomina de «perda de habilidades»; o «viés de automação», que consiste no excesso de confiança do profissional da IA, e, ainda, para que haja o excesso de tratamento ou de medicação. Ademais, a IA pode afetar significativamente os direitos dos pacientes, o que consiste no tema deste estudo. Trata-se de pesquisa teórica e documental, de natureza exploratória. O uso de IA nos cuidados em saúde deve ser balizado pelos avanços ético-jurídicos alcançados ao longo dos anos quanto ao enfrentamento do paternalismo e da desconsideração da voz do paciente. O protagonismo do paciente e a sua participação ativa devem ser premissas do emprego de tecnologias de IA nos cuidados em saúde, cuja finalidade não pode ser orientada pelos interesses das empresas ou das organizações de saúde, mas sim pelos direitos dos pacientes, haja vista que o uso de IA não descaracteriza a essência do cuidado em saúde, qual seja atender às necessidades do paciente.

* Aline Albuquerque. Magister en Derecho por la Universidad Federal do Rio de Janeiro, profesora del Programa de Pos-Graduação em Bioética de la Universidad de Brasília.

Palavras-chave

Inteligência artificial, direito, paciente, cuidado centrado no paciente, empatia

Abstract

Artificial intelligence (AI) in its varied applications in health care is a reality today, and there is a trend towards its expansion. Mainly, from the perspective of healthcare, AI presents risks for the deterioration of the skills of healthcare professionals, including their empathetic capacity, which is called «loss of skills»; the «automation bias,» which consists of the AI professional's overconfidence, and also, for there to be excessive treatment or medication. Furthermore, AI can significantly affect patients' rights, which is the topic of this study. This research is theoretical and documentary research of an exploratory nature. The use of AI in healthcare must be guided by the ethical-legal advances achieved over the years in confronting paternalism and disregard for the patient's voice. The role of the patient and their active participation must be premises for the use of AI technologies in healthcare, the purpose of which cannot be guided by the interests of companies or healthcare organizations but rather by the rights of patients, given that the use of AI does not distort the essence of healthcare, which is meeting the patient's needs.

Keywords

Artificial intelligence, right, patient, patient-centered care, empathy

Sumario

I. INTRODUÇÃO. II. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS CUIDADOS EM SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS. III. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO DIREITO DO PACIENTE. IV. OS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SOBRE OS DIREITOS DOS PACIENTES.

I. INTRODUÇÃO

O uso da Inteligência Artificial (IA) em suas variadas aplicações na esfera dos cuidados em saúde é uma realidade na atualidade, verificando-se uma tendência em sua expansão. Em distintos sistemas de saúde, tecnologias de IA¹, como IBM Watson, o qual usa mais de 15 milhões de páginas de literatura para aconselhar oncologistas em diagnósticos e planos de quimioterapia (Hoeren e Niehoff, 2018),

¹ Neste artigo serão empregados os termos «tecnologias de IA» e «sistemas de IA».

e o *DeepMind* do Google, cujas pesquisas propõem um sistema para determinar a acurácia de IA preditiva em um ambiente médico hipotético e quando esse sistema deve protelar a busca de um médico, vêm sendo paulatinamente introduzidos (Ploug e Holm, 2020). Nos Estados Unidos, a *US Food and Drug Administration* (FDA) tem aprovado inúmeros produtos baseados em IA (Gerke et al., 2019).

As tecnologias de IA na esfera da saúde são, usualmente, desenhadas por empresas, as quais vêm acumulando dados, incluindo aqueles de pacientes, o que lhes traz mais poder em relação aos governos, aos pacientes e aos profissionais de saúde (World Health Organization, 2021), bem como o domínio da agenda da IA na saúde. Dados apontam que o mercado dessas tecnologias aumentará em mais de \$34 bilhões de dólares, em todo mundo, no ano de 2025 (Cohen, 2020). Em decorrência de tal panorama, endossa-se que o uso da IA deve ser norteado por uma abordagem centrada nos seres humanos e não nas empresas ou em sua agenda mercadológica.

A literatura especializada alude aos benefícios do emprego da IA e à sua importância para avanços significativos nos cuidados em saúde, por exemplo, promete-se que pode incrementar a acurácia, a eficiência e a acessibilidade dos cuidados em saúde. Diante de tais expectativas, é crescente o número das organizações de saúde que vêm se planejando para implementar o uso da IA na prática clínica (Kolfschooten, 2022). Pode-se notar que há, em certa medida, na esfera da saúde, um «tecno-otimismo», que conduz a um exacerbamento dos efeitos positivos da IA e uma mitigação dos negativos. Por outro lado, no campo da Ética e do Direito, impactos negativos da IA na saúde são objeto de reflexão ética e jurídica, tais como a sua potencialidade para agravar as iniquidades distributivas das tecnologias em saúde e concorrer para a redução da força de trabalho (World Health Organization, 2021), bem como os relativos aos danos que podem causar aos pacientes e aos vieses dos algoritmos. Particularmente, sob o prisma dos cuidados em saúde, a IA apresenta riscos para a deterioração das habilidades dos profissionais de saúde (Högberg e Larsson, 2022) incluindo a sua capacidade empática, o que se denomina de «perda de habilidades»; o «viés de automação», que consiste no excesso de confiança do profissional na IA, e, ainda, o excesso de tratamento (Ploug e Holm, 2023) ou de medicação (Högberg e Larsson, 2022).

A IA poderá impactar milhões de pacientes em todo o mundo (Richardson et al., 2021) e afetar significativamente os direitos dos pacientes (Kolfschooten, 2022; Amann et al., 2020; Högberg e Larsson, 2022), o que consiste no tema deste estudo. Quanto a tal ponto, Kolfschooten (2022) chama atenção para o fato de que a nova legislação europeia sobre IA, «Artificial Intelligence Act» não é suficiente para salvaguardar os direitos do paciente, e isso conduzirá à sua desproteção quando o uso de IA se tornar uma prática disseminada.

Os direitos dos pacientes são normas ético-jurídicas, derivadas dos direitos humanos (European Commission, 2016), que estabelecem obrigações para os profissionais e organizações de saúde, e enunciados reivindicatórios para os pacientes, demarcando uma ética mínima nos cuidados em saúde (Albuquerque, 2023). Assim, os direitos dos pacientes, enquanto prescrições ético-jurídicas incidentes quando determinada pessoa se encontra sob cuidados em saúde, conformam uma ética adequada à demarcação do uso da IA em tal contexto. Essa afirmação ancora-se na concepção sustentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em seu documento sobre ética e governança da IA na saúde, de que exigências morais devem limitar e guiar o comportamento no uso da IA, as quais são expressas na linguagem dos direitos humanos, que consistem num referencial potente que obriga os Estados (World Health Organization, 2021). Desse modo, este estudo tem como objetivo analisar os impactos da IA sobre os direitos dos pacientes, particularmente os direitos de participar da tomada de decisão; direito ao consentimento informado; direito de recusa; direito à informação; direito à confidencialidade dos dados pessoais; direito ao cuidado seguro; direito de não ser discriminado e o direito de apresentar uma queixa e direito à reparação. Esses direitos foram escolhidos em razão de existir consenso na literatura especializada de que se encontram mais ameaçados pelo uso da IA.

Trata-se de pesquisa teórica e documental, de natureza exploratória, que se fundamentou nas formulações de Kolfshootten (2022), Ploug e Holm (2020) e Mittelstadt (2021) para analisar as articulações entre IA e direitos do paciente e de Albuquerque (2023) acerca do Direito do Paciente. Também se ancorou no documento da OMS, *Ethics and Governance of Artificial Intelligence for Health* (World Health Organization, 2021). Reconhece-se que o tema relativo aos impactos da IA sobre os direitos do paciente também apresenta desdobramentos em dois campos específicos do conhecimento «ética da IA» e «IA e Bioética». No entanto, este estudo não objetivou esquadriñar as reflexões que os dois campos vêm desenvolvendo sobre o uso da IA nos cuidados em saúde, cingindo-se aos impactos do uso da IA sobre os direitos dos pacientes. Igualmente, não se objetivou detalhar todos as consequências identificadas na literatura, mas sim apresentar reflexões abrangentes com o fito de demonstrar que é fundamental agregar o referencial do Direito do Paciente a qualquer discussão que envolva o uso da IA nos cuidados em saúde.

O presente artigo se encontra estruturado em três partes: considerações gerais sobre a IA nos cuidados em saúde; IA e fundamentos teóricos do Direito do Paciente; e os impactos da IA nos direitos dos pacientes.

II. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS CUIDADOS EM SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A IA é um conceito ainda em disputa, por esse motivo neste estudo optou-se pela demarcação conceitual feita OMS, qual seja: a IA se refere à performance levada a cabo por programas de computador de tarefas que são comumente associadas com seres inteligentes. Isto é, a IA busca tornar máquinas aptas a fazerem coisas que a mentes podem fazer (Boden, 2018).

A base da IA é composta por algoritmos, que são traduzidos em códigos computacionais, e conduzem instruções para análises rápidas e a transformação de dados em conclusões, informação e outros resultados. Um sistema de IA é um sistema baseado na máquina que pode, a partir de objetivos definidos pelo ser humano, realizar previsões, recomendações ou influenciar decisões reais ou em ambientes virtuais. Os sistemas de IA são projetados para operar com variados níveis de autonomia. Há vários tipos de tecnologias de IA, como aplicações de *machine learning*, tais como padrões de reconhecimento, processamento natural de linguagem, processamento de sinais e sistemas inteligentes. *Machine learning* pode ser categorizada, a partir de como aprende com base em dados, em aprendizado supervisionado, aprendizado não supervisionado e aprendizado por reforço. No aprendizado supervisionado, os dados usados para treinar os modelos são rotulados e o resultado variável é conhecido; no aprendizado não supervisionado, os dados não são rotulados, mas há a identificação de padrões de ocultos pela máquina; e o aprendizado por reforço se caracteriza por tentativa e erro para a consecução de um objetivo, no qual a máquina é «recompensada» ou «penalizada». Como se nota, essa breve descrição sobre a categorização de *machine learning* expõe o quanto o letramento tecnológico é importante para que os pacientes não sejam reféns da sua incorporação ao seu cuidado.

Na esfera dos cuidados em saúde, o uso da IA se encontra associado ao diagnóstico, diagnóstico preditivo, cuidado clínico, autocuidado, monitoramento da saúde, previsão de riscos e tecnologias desenhadas especificamente para pessoas com deficiência (World Health Organization, 2021). Em geral, os modelos de *machine learning* são treinados usando dados de pacientes para realizar diagnóstico e previsões (Kompa et al., 2022).

O uso da IA nos cuidados em saúde acarreta novos desafios para os profissionais de saúde, como a necessidade de que atualize suas habilidades para comunicar riscos, fazer previsões e discutir *trade-off* com os pacientes e expressar preocupações éticas e legais sobre tal uso. Portanto, o uso da IA nos cuidados em saúde e a sua análise há que ser interdisciplinar, porquanto suas consequências são complexas e multifacetadas.

III. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO DIREITO DO PACIENTE

O uso da IA nos cuidados em saúde apresentam desafios inéditos e complexos para o campo do Direito do Paciente, novo ramo jurídico. O Direito do Paciente é o ramo jurídico que trata da legislação, da teoria e da jurisprudência concernentes às normas que versam sobre os direitos dos pacientes e seus mecanismos de implementação. O Direito do Paciente tem como foco a proteção e o empoderamento do paciente na ambiência clínica, contrapondo-se a uma perspectiva paternalista de cuidado em saúde e de fomento da participação do paciente (Albuquerque, 2020). Esse novo ramo expressa uma linguagem ético-jurídica que incide sobre a experiência do adoecimento humano, que tem como elementos críticos o sofrimento (Oben, 2020) e a vulnerabilidade acrescida do paciente, bem como a assimetria de poder entre o paciente e o profissional de saúde.

Este artigo parte do entendimento de que o Direito do Paciente constitui um ramo autônomo jurídico que se alicerça, enquanto fundamentação teórico-prática, na empatia clínica e no Cuidado Centrado no Paciente². Essas abordagens encontram ampla aceitação no campo da saúde, sendo objeto de estudos ao longo do tempo (Albuquerque, 2022). Além do fato de serem abordagens consolidadas na esfera da saúde, essas são consideradas como fundamentos do Direito do Paciente em razão de justificarem a existência de direitos específicos titularizados por qualquer ser humano que se encontra sob cuidados em saúde. Desse modo, neste estudo, serão feitas considerações gerais sobre as articulações entre IA e os fundamentos teóricos do Direito do Paciente.

1. Considerações sobre empatia clínica e inteligência artificial

A relação entre o profissional e o paciente, essência do cuidado em saúde, possui características que se fundamentam nas capacidades e nas habilidades dos profissionais, particularmente na empatia clínica. O conceito de empatia clínica adotado neste estudo se ancora nas formulações de Howick, Rees (2018) e de Halpern (2014), em razão de ambos adotarem concepções multidimensionais da empatia clínica, que incluem seu componente emocional. Howick e Rees (2018) estruturam o conceito de empatia clínica a partir de três componentes: (a) enten-

² Entende-se que o Direito do Paciente também tem como fundamentos a vulnerabilidade acrescida e a participação do paciente, no entanto, neste artigo optou-se por tão somente analisar as articulações entre IA e Cuidado Centrado no Paciente e empatia clínica, por encontra sua maior recorrência na literatura sobre IA nos cuidados em saúde.

dimento da situação do paciente, seus sentimentos e perspectivas, reconhecendo as dificuldades de se colocar no lugar do paciente; (b) comunicação desse entendimento, checando a sua acurácia; (c) atuação de acordo com esse entendimento, de forma que ajude o paciente. Para tanto, os estudos sobre a temática apontam que os profissionais de saúde devem ter as seguintes condutas como norteadoras do cuidado empático: (a) adotar tempo suficiente para entender a história do paciente; (b) conversar sobre assuntos gerais; (c) oferecer encorajamento; (d) dar sinais verbais de que o paciente está sendo compreendido (hmm, ahh, etc.); (e) estar fisicamente engajado (por meio da adoção de determinadas posturas, gestos, contato visual, toque apropriado e outros); (f) ser acolhedor durante a consulta, desde o seu começo até o final. Portanto, há consenso na literatura especializada sobre o tema de que a empatia clínica é constituída por três componentes: (a) entendimento; (b) demonstração desse entendimento; (c) ação terapêutica com base no entendimento, após a verificação da sua acurácia (Howick et al., 2020).

A empatia clínica propicia maior compreensão do profissional das necessidades, perspectiva e emoções do paciente, que permeiam suas decisões. Exemplificando, uma paciente com câncer de mama precisa tomar decisões sobre qual tratamento adotar, e na consulta com o médico, diversos aspectos da sua vida emergem, como espiritual, psíquico, social e sexual, o que será tomado em consideração pelo profissional, em uma interação empática. Esse tipo de conexão não é possível no caso do processo de tomada de decisão apenas baseado em um sistema de IA, que não detém capacidade empática (Ploug e Holm, 2020), habilidade para escutar a história do paciente e suas preocupações profundas, bem como transmitir um genuíno senso de cuidado (Topol, 2023).

Kerasidou (2020) aponta que a empatia clínica é um componente valioso do cuidado em saúde e que deve se levar em conta as perdas advindas do uso de tecnologias de IA em tal contexto, mormente decorrentes da mitigação da importância da interação humana para a qualidade do cuidado e desfechos clínicos positivos. Mittelstadt (2021) acentua que as tecnologias podem inibir a comunicação de sinais e de emoções, prejudicando o estabelecimento de uma relação de confiança com o paciente e o distanciando do profissional. Aventa-se que no futuro será debatido o direito do paciente a um médico humano (Högberg e Larsson, 2022), o que embora ainda não seja realidade no presente, suscita que se traga à luz os benefícios da empatia clínica e da conexão humana nos cuidados em saúde. Por outro lado, alguns pesquisadores sustentam que a IA pode ajudar a restaurar a importância da interação humana nos cuidados em saúde, considerando que irá desempenhar tarefas outrora dos profissionais, deixando mais tempo para a sua interação com o paciente (Topol, 2023).

Não obstante se reconhecer os benefícios do uso da IA, a cautela deve preponderar, notadamente quanto aos efeitos positivos dos encontros face-a-face entre profissional e paciente e à compreensão dos estados mentais e da sua situação, que tão somente pode ser propiciada pela empatia clínica, isto é, dados tratados por um sistema de IA não fazem emergir essa compreensão advinda da interação empática, bem como não produzem informação contextual (Mittlestadt, 2021) e não apreendem o conhecimento experiencial do paciente (Albuquerque, 2023). Com efeito, Mittelstadt (2021) menciona o risco de descontextualização das informações nos cuidados em saúde, quando se tem apenas dados de aplicativos ou similares, que não acessam a informação contextual do paciente, acarretando uma redução da abordagem do cuidado da biopsicossocial para a biomédica, e a perda de controle por parte do paciente acerca de quais informações estão sendo consideradas pelo profissional de saúde para entender o seu caso.

2. Cuidado Centrado no Paciente e IA

O Cuidado Centrado no Paciente pode ganhar distintos contornos conceituais na literatura especializada, mas três temas podem ser encontrados na ampla gama de conceituações do Cuidado Centrado no Paciente, a saber: (a) participação e envolvimento do paciente; (b) relação entre o profissional de saúde e o paciente; (c) contexto no qual o cuidado em saúde é provido (Brickley et al., 2021). Desse modo, o comando ético que se extrai do Cuidado Centrado no Paciente, a ser observado pelos profissionais de saúde, os impele a situar os interesses e as necessidades do paciente acima dos demais atores no encontro clínico, na medida em que o cuidado versa sobre o corpo e a saúde do paciente (Epstein, 2017).

O paciente deve estar no centro de todas as decisões nos cuidados em saúde, e esse comando ético se encontra ameaçado pelo crescimento do uso da IA. Isso porque os médicos podem adotar posturas que os levam ao «viés de automação» e não considerar se a tecnologia de IA atende ou não às necessidades daquele paciente, em específico (World Health Organization, 2021). O Conselho da Europa demonstrou preocupação em relação ao «viés de automação» e recomendou que as aplicações de IA não substituam completamente o julgamento humano e que as decisões clínicas sejam sempre validadas por profissionais (Mittelstadt, 2021).

O uso da IA, alicerçado no Cuidado Centrado no Paciente, não pode mitigar ou desconsiderar os interesses dos pacientes no processo de tomada de decisão, de acordo com suas preferências informadas sobre a natureza da escolha a ser feita, seu significado e as consequências das alternativas. Assim, por exemplo, em determinado processo de tomada de decisão, podem ser ranqueadas opções

de tratamento para câncer de colorretal baseadas na maximização da vida útil, ao invés de se privilegiar a minimização do sofrimento, o que não se coaduna com as preferências do paciente, o qual valoriza sofrer menos (Kolfschooten, 2022).

As preferências dos pacientes que norteiam os processos de tomada de decisão não são apenas de cunho médico, ou seja, também abarcam preferências pessoais, como ser uma pessoa que valoriza mais viajar ou estar com a família. Essas preferências pessoais, comumente, não são registradas nos prontuários ou em outros sistemas dos quais se extraem dados a serem utilizados por tecnologias de IA, o que pode acarretar previsões apartadas das necessidades e preferências do paciente (Ploug e Holm, 2020), logo, não consentâneas com o Cuidado Centrado no Paciente.

Para que se preserve o Cuidado Centrado no Paciente e o seu comando ético no sentido de que esse cuidado se caracteriza pelo respeito às preferências, às necessidades e aos valores individuais do paciente e os garanta como norteadores das decisões clínicas, as tecnologias de IA não podem reconfigurar o paternalismo, substituindo a decisão unilateral dos profissionais por aquela tomada por algoritmos (Kerasidou, 2020). Por isso, o profissional deve mediar a interatividade entre o paciente e a tecnologia de IA, adotando o modelo da mediação, no qual o profissional atua como um tradutor da tecnologia para o paciente. Observa-se que quando não houver a presença do profissional, no caso de *chatbots*, o sistema de IA deve explicar de forma inteligível o processo de tomada de decisão e quando se tratar de sistema de IA opaco, no mínimo, espera-se que explique para o paciente o que é uma IA e como opera (Mittelstadt, 2021). Desse modo, o uso da IA na prática clínica deve ser guiado pelo Cuidado Centrado no Paciente, em consequência, propugna-se que o paciente não seja instrumentalizado pela tecnologia de IA ou otimismo em seu emprego ofusque o exame ético compulsório a ser feito pelos profissionais e organizações de saúde previamente ao emprego da tecnologia de IA.

IV. OS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SOBRE OS DIREITOS DOS PACIENTES

1. Inteligência Artificial e direitos do paciente

O Direito do Paciente engloba um elenco de direitos, internacionalmente acordados, que derivam dos direitos humanos aplicados ao contexto dos cuidados em saúde. Esse elenco é constituído pelos seguintes direitos: direito de participar da tomada de decisão; direito ao consentimento informado; direito à segunda opinião; direito de recusar tratamentos e procedimentos; direito à informação; direito de acesso

ao prontuário do paciente; direito à confidencialidade dos dados pessoais; direito ao cuidado em saúde com qualidade e segurança; direito de não ser discriminado e direito de apresentar uma queixa e direito à reparação (Albuquerque, 2023).

Sendo assim, o Direito do Paciente tem como função regular o uso da IA nos cuidados em saúde, de modo a assegurar que os pacientes tenham a habilidade e o conhecimento necessários para entender tal uso e assegurar que seja feito de forma consentânea com suas necessidades, preferências e segurança. Em consequência, o letramento em saúde deve envolver o letramento tecnológico, que permitirá o desenvolvimento da capacidade de entendimento do paciente acerca do uso da IA em seu cuidado (World Health Organization, 2021). Nesse sentido, os pacientes tendem a não confiar na IA, sendo considerada menos segura quando se coteja com os profissionais de saúde. Um dos principais fatores que concorre para a falta de confiança dos pacientes são a falta de habilidade da IA para ter emoções, a percepção de que o sistema de IA se descure das características particulares dos pacientes e seus sintomas e que a IA não compartilha os mesmos valores dos profissionais de saúde (Kolfschooten, 2022). Essa falta de confiança dos pacientes não pode ser desconsiderada pelos sistemas e organizações de saúde ao decidirem pelo uso de IA, ao revés, devem reconhecer que os pacientes apresentam vulnerabilidade acrescida, a qual é incrementada quando se trata da vulnerabilidade cognitiva, flagrante quando se trata do emprego de tecnologias de IA. Ainda, é papel dos Estados adotar legislação específica sobre o uso de IA nos cuidados em saúde fundamentada no direito do paciente, de modo a mitigar a assimetria de poder e de informação que caracteriza o cuidado em saúde, e é amplificada com o uso de IA, bem como de garantir sua autodeterminação e segurança.

1.1. Direito ao consentimento informado e o direito de recusa

O direito ao consentimento informado deve ser analisado sob a perspectiva do consentimento relativo ao próprio uso da IA e, também, a determinado curso de ação, no qual no processo decisional foi empregado a tecnologia de IA. Igualmente, o direito ao consentimento informado implica para a sua real configuração o direito à recusa do uso da IA, por esse motivo, ambos serão tratados no mesmo tópico.

A IA pode conduzir ao processo de tomada de decisão realizado por máquinas (World Health Organization, 2021), isto é, a tomada de decisão automatizada conduzida por IA é definida como procedimentos nos quais as decisões são, completa ou parcialmente, delegadas a um sistema de IA. Em geral, a tomada de decisão automatizada conduzida por IA é realizada por técnicas de *machine learning*, a qual se caracteriza pela análise de dados, encontrando padrões e tirando

conclusões, sem ter sido explicitamente programada para tanto, explicitando a sua autonomia. Ocorre que a autonomia da máquina não pode obstruir o exercício da autodeterminação do paciente e, conseqüentemente, o seu controle acerca das decisões concernentes à sua saúde. Isso inclui a decisão sobre usar ou não a IA em todas as etapas de cuidado.

Caso o paciente não entenda a natureza e as conseqüências da IA na tomada de decisão, isso pode impactar negativamente o processo de consentimento informado (Kolfshoeten, 2022). A dificuldade da explicabilidade de tecnologia de IA, mormente quando se trata da interpretação dos dados e suas complexas técnicas estatísticas, ocasiona desafios inauditos ao consentimento informado (Mittelstadt, 2021). Essa dificuldade se mostra mais problemática quando se trata de sistemas de IA opacos, cuja uso pode repercutir negativamente na relação entre o paciente e o profissional e na confiança necessária para que o consentimento informado possa se expresso de forma segura pelo paciente, haja vista que se torna receoso em aceitar um tratamento ou procedimento quando não confia no profissional (Amann et al., 2020). Isso traz sérias conseqüências para a adesão ao tratamento e desfechos clínicos positivos.

A previsão do uso de IA no diagnóstico, no prognóstico e no plano de cuidado deve ser incluída no processo de consentimento informado (World Health Organization, 2021). Desse modo, entende-se que o fato do paciente consentir com os termos de uso de um aplicativo ou *chatbot* não substitui o consentimento informado quanto aos cursos de ação no plano terapêutico que envolvam as tecnologias de IA.

No que tange ao direito de recusa, uma decisão automatizada que acarreta eventuais riscos para o paciente deve ser apresentada de forma que esse possa contestá-la, e reduzir os espaços de questionamento e de rechaçar o uso de IA se contrapõe ao respeito ao direito de recusa. Nessa direção, há que se reconhecer legalmente o direito do paciente se recusar decisões automatizadas (Kolfshoeten, 2022) ou o direito de não ser submetido a decisões baseadas tão somente em processos automatizados, conforme propugnam Ploug e Holm (2020), direito que se encontra expresso no artigo 22 do Regulamento Europeu de Proteção de Dados.

O direito de recusa do paciente ao uso de IA não é apenas um direito de natureza negativa, mas também positiva, porquanto impõe que se apresente alternativa para o paciente ao uso de IA, como o diagnóstico e a elaboração de plano de cuidado com a participação direta de um profissional de saúde. Pode-se aventar que cada vez mais será complicado para os pacientes refutarem o uso de IA em seu processo de diagnóstico, como, por exemplo, se dá no caso dos equipamentos de ECG, nos quais a funcionalidade da IA é uma parte integral (Ploug e Holm, 2020).

Quanto ao direito de recusa, entende-se que algumas informações são indispensáveis para que possa ser efetivamente exercido pelo paciente, a saber: (a) o a identificação do sistema de IA que faz uso dos dados; (b) os potenciais vieses do sistema de IA; (c) a performance do sistema de IA; (d) a divisão do trabalho entre o sistema de IA e o profissional de saúde (Ploug e Holm, 2023).

Uma vez que se dê a ampla introdução de tecnologias de IA destinadas ao diagnóstico e a tratamentos, o direito do paciente de recusá-las deve ser assegurado sem acarretar-lhe dispêndios financeiros ou a inexistência de alternativas. Os sistemas de saúde devem se estruturar para acolher pacientes que não desejam o uso de tecnologias de IA em tal contexto.

1.2. Direito de não ser discriminado

Os vieses dos algoritmos são amplamente discutidos na literatura sobre o uso de IA nos cuidados em saúde, pois podem ocasionar tratamentos discriminatórios de pacientes. Os algoritmos usados em diagnósticos e planos de cuidado podem ter vieses inerentes, favorecendo desde diagnósticos e tratamentos em excesso à falta de diagnóstico ou tratamento (Kerasidou, 2020). Exemplificando, as evidências sugerem que a adesão do paciente varia conforme a idade, sendo que aqueles com 60-70 anos apresentam maior adesão e os de meia idade apresentam menor. Caso a tecnologia de IA almeje maximizar os resultados em saúde, usando padrões dos pacientes com maior adesão, pode não oferecer o melhor tratamento para os pacientes de meia idade, acarretando um tratamento discriminatório em relação a esse grupo. Ainda, um sistema de IA pode prover diferentes orientações de tratamento para pacientes idosos e jovens, apresentando vieses e, eventualmente, conduzindo à discriminação, ou pode ser apenas um tratamento diferenciando justificado. Mas, caso não se possa entender como opera a IA, essa dúvida pode persistir e gerar desconfiança (Ploug e Holm, 2020).

Outros vieses são relatados na literatura relacionados ao uso de dados vinculados a fenótipos e genótipos, o que pode conduzir a falsos diagnósticos e gerar tratamentos inefetivos e mesmos danosos, como um sistema de IA de diagnóstico de câncer de pele treinado com dados de pacientes caucasianos, que terá menos acurácia quando se trata de pacientes afrodescendentes (Gerke et al., 2020). Demonstrou-se que um sistema de IA amplamente utilizado apresentou viés racial, o que aumentou a introdução de pacientes afrodescendentes em um programa de cuidado de alto risco na atenção primária de 17,7 % para 46,5 % (Ploug e Holm, 2023).

Um sistema de IA pode conduzir a decisões enviesadas, por isso é essencial que os profissionais de saúde o questionem criticamente, e analisem se podem efetivamente confiar nas orientações do sistema (Hoeren e Niehoff, 2018). É papel dos profissionais e das organizações de saúde assegurar que o uso da IA não contribua para aumentar iniquidades e provocar novas discriminações (Mittelstadt, 2021).

Caso os pacientes e familiares detectem vieses e tratamentos discriminatórios gerados pelo uso de uma IA, isso pode levá-los a não confiar no uso desse tipo de tecnologia, o que não é positivo para as organizações e os profissionais de saúde, bem como para os melhores desfechos clínicos, haja vista que a confiança é um fator preponderante na relação entre paciente e profissionais de saúde.

1.3. Direito à informação

O uso de tecnologias de IA não pode incrementar a assimetria de informação que se encontra presente nas interações dos cuidados em saúde (Högberg e Larsson, 2022), embora se reconheça que informar o paciente sobre o uso da IA acarreta para o profissional de saúde desafios adicionais, haja vista que o entendimento acerca de muitas tecnologias de IA é complexo, inclusive para o próprio profissional. Assim, tendo em conta a opacidade de certos sistemas de IA, nem sempre os profissionais poderão informar os pacientes sobre todos os passos do processo de tomada de decisão ou como operam os algoritmos. Os profissionais podem não ter conhecimento suficiente ou a informação ser demasiadamente complexa para o paciente. Para alguns especialistas, não é possível que os seres humanos entendam completamente como um sistema de IA chega a determinado resultado, porquanto os algoritmos estão sujeitos à constante mudança.

Há que se reconhecer a dificuldade para a maior parte dos pacientes de entender como funcionam as tecnologias de IA e alcançam decisões em saúde. Essa complexidade atinente ao entendimento do paciente acerca do uso da IA afeta a sua confiança no seu processo de cuidado. Esse problema se agrava quando o sistema de IA é opaco, o que é referido como o efeito «caixa-preta» da IA, isto é, não é sempre possível se determinar como um sistema de IA tomar certas decisões ou realiza previsões (Kolschooten, 2022). A emergência de mais sistemas de IA opacos no contexto da tomada de decisão nos cuidados em saúde leva à problemática acerca do quanto de informação um paciente necessita para tomar decisões e consentir ou não com tratamentos e procedimentos. No mesmo sentido, um sistema de IA opaco pode fomentar o paternalismo (Amann et al., 2020), na medida em que o cuidado do paciente será conduzido dissociado do seu entendimento e das suas necessidades e preferências.

No caso de um sistema de IA opaco, especialistas apontam que a sua explicabilidade deve se dar em algum nível, notadamente não quanto a como a IA alcança determinada decisão, mas sim no que concerne à sua acurácia, em termos de diagnóstico, por exemplo (Gerke et al., 2020). Uma alternativa para mitigar o problema da explicabilidade de sistemas de IA opacos, pode-se restringir o uso desses sistemas nos cuidados em saúde, permitindo apenas aqueles sistemas de IA que permitam aos profissionais de saúde que os entendam e possam explicá-los para o paciente (Mittelstadt, 2021). Essa vedação decorre da assunção de que o paciente é o centro do cuidado e tem o direito de saber o que se passa e de que nada seja decidido sem o seu envolvimento, o que é um imperativo também derivado do Cuidado Centrado no Paciente (Högberg e Larsson, 2022).

O direito à informação impele que os profissionais revelem para os pacientes que há o uso de IA, em todos os casos, e a extensão da informação sobre os riscos do uso da IA e como opera deve estar condicionada às preferências informacionais do próprio paciente, o que se coaduna com o Cuidado Centrado no Paciente e com o padrão informacional baseado no paciente. Particularmente, quanto à informação acerca do uso de IA, importante a ponderação de Cohen (2020) no sentido de que se o médico adota automaticamente a recomendação do sistema de IA, o seu dever de informar é mais forte quando tão somente a utiliza como mais um componente no seu processo de análise do caso do paciente. Além do direito à informação do paciente se dirigir ao profissional, também abarca as organizações de saúde, as quais vêm falhando na informação quanto ao uso de IA nos hospitais.

1.4. Direito à confidencialidade dos dados pessoais

A maior parte das tecnologias de IA nos cuidados em saúde processa, coleta e analisa dados pessoais sensíveis dos pacientes, o que inclui dados constantes dos prontuários e de imagens do corpo do paciente. A anonimização da quantidade volumosa de dados oriundos de prontuários tratados no bojo de uma tecnologia de IA nem sempre é possível, isso se dá em razão da natureza detalhada desse tipo de informação e do fato do risco de reidentificação estar presente (Kolfschooten, 2022). O uso progressivo de sistemas de IA nos cuidados em saúde demanda a criação de bases dados de pacientes para treinar e testar esses sistemas (Mittelstadt, 2021). No entanto, os pacientes, em geral, não estão cientes da extensão exata da quantidade de seus dados que são tratados pelas tecnologias de IA na saúde, o que repercute no seu direito de autorizar ou não o uso de seus dados pessoais.

O princípio da necessidade ou da minimização dos dados, presente em leis gerais de proteção de dados, aplicável à proteção dos dados pessoais tem o con-

dão de limitar a coleta, condicionando-a a um fim estabelecido e demarcado. No entanto, ocorre um sistema de IA demanda uma quantidade volumosa de dados para realizar suas funções e treinar os algoritmos (Kolfschooten, 2022). Portanto, a incorporação gradativa de sistemas de IA coloca em risco a confidencialidade dos dados dos pacientes, notadamente por meio da pressão para que terceiros não afetos à relação de cuidado possam acessar esses dados e pelo risco de disponibilizar os prontuários eletrônicos visando à coleta de dados para testar e desenvolver sistemas de IA, o que pode ser feito por do afrouxamento das leis gerais de proteção de dados (Mittelstadt, 2021).

1.5. Direito ao cuidado seguro

Os sistemas de IA comentem erros sistematicamente (Ploug e Holm, 2023) e uma série de riscos, como o design de sistema antiético, perda do controle humano, o exercício do poder digital irresponsável, são relatados na literatura. Ademais, quatro dos mais citados modelos de *machine learning*, publicados desde 2016, não têm mecanismos de abstenção quando há incerteza (Kompa et al., 2022).

Com efeito, os sistemas de IA apresentam diferentes níveis de risco para o paciente, que se condicionam à severidade do dano potencial e à probabilidade da sua ocorrência. Quanto à severidade do dano, essa depende da tarefa desempenhada pela IA, isto é, um robô-cirurgião pode causar um dano muito grave do que um sistema de IA que opera o gerenciamento das consultas médicas. No que tange à probabilidade, essa se correlaciona com o grau de autonomia no processo automatizado de tomada de decisão, de acordo com a quantidade de controle que permanece com os seres humanos. Assim, pode-se ter uma tomada de decisão assistida, mediante recomendações de saúde, e uma automação completa, como o exemplo do robô-cirurgião (Kolfschooten, 2022). Igualmente, um sistema de IA pode não captar um tumor em uma radiografia ou sugerir uma dose incorreta de medicamento ou um medicamento inadequado. O *IMB Watson for Oncology* foi criticado por recomendar, de forma insegura e incorreta, tratamentos para câncer (Gerke et al., 2020). Como se nota, o uso de IA nos cuidados em saúde não é desprovido de riscos de dano para o paciente, consequentemente, o campo da segurança do paciente deve se ocupar dessa temática, conjugando-se com o Direito do Paciente para estabelecer regramentos aptos a proteger o paciente.

O uso das tecnologias de IA nos cuidados em saúde não pode acarretar danos aos pacientes, logo, deve ser regulamentado e circunscrito por critérios normativos de segurança, acurácia e eficácia, bem como medidas que assegurem o controle de sua qualidade e a sua melhoria devem estar previstas no arcabouço

regulatório estatal (World Health Organization, 2021). Nesse sentido, quando o uso de uma tecnologia de IA implicar alto risco para o paciente, deve haver uma gestão adequada desse risco e a operação da IA deve ser transparente (Kolfschooten, 2022) para o paciente, de modo que possa compreender o risco e as alternativas existentes em seu caso.

Deve-se garantir que as tecnologias de IA performem suas tarefas e sejam usadas em condições apropriadas, consequentemente, pontos de supervisão por seres humanos devem ser estabelecidos, envolvendo profissionais, pacientes e designers, de modo que o algoritmo mantenha um caminho medicamento efetivo de desenvolvimento da *machine learning*, e que possa ser interrogado e ser eticamente responsável (World Health Organization, 2021).

Aponta-se que o uso de tecnologias de IA pode produzir efeitos deletérios nas competências dos profissionais de saúde, erodindo habilidades relacionadas à sua prática clínica (Högberg e Larsson, 2022). Nesse sentido, a OMS enfatiza a abordagem centrada na pessoa quando se trata do uso de IA nos cuidados em saúde, do que decorre o dever daquele que é responsável pelo seu emprego de que seja usada de modo que haja o incremento das habilidades dos profissionais, e não o revés, a sua deteriorando ou a substituição do profissional pela máquina. A perda de habilidades e o viés de automação apresentam riscos diretos ao paciente (Mittelstadt, 2021).

1.6. Direito à queixa e à reparação integral

O paciente tem direito de ser informado quando algo de errado ocorre no uso da tecnologia de IA, bem como tem direito a todos os componentes da reparação integral e do disclosure, como o direito ao pedido de desculpa, ao apoio psicológico e aos cuidados em saúde relativos ao dano. Da mesma forma, mecanismos apropriados para assegurar o seu direito de queixa e de reparação afetados por decisões informadas por algoritmos devem estar legalmente configurados.

No contexto dos cuidados em saúde, a indicação do responsável pelo dano ocasionado ao paciente advindo do uso da IA é complexa, isso se mantém indeterminado legalmente na maior parte dos países. Segundo a OMS, as organizações de saúde têm responsabilidade legal e dever de assumi-la quando se trata de decisões tomadas por algoritmos dos quais fazem uso, mesmo quando não é possível explicar em detalhes como os algoritmos produziram o resultado danoso (World Health Organization, 2021). Quanto aos profissionais de saúde, recomenda-se que aprendam como melhor usar as tecnologias de IA e interpretar seus algoritmos, bem como discernir sobre o quanto confiar nas suas recomendações (Gerke e Cohen, 2019).

O tema acerca do responsável pela reparação do dano causado por uma tecnologia de IA, atualmente, se encontra em debate. Não se tem, neste estudo, o desiderato de explorar temática de tamanha complexidade, mas é importante enunciar que não se encontra claro quem deve ser responsável, por exemplo, no caso de um diagnóstico errôneo, se o desenvolvedor do algoritmo, o provedor dos dados, a organização de saúde que adotou o sistema de IA ou o profissional que o utilizou (Kerasidou, 2020). Por isso, sustenta-se que se adote um sistema de reparação compensatória sem culpa, como foi implementado nos casos de danos derivados de vacinas. Nos Estados Unidos, as indústrias que produzem vacinas depositam valores em um fundo, e o risco é coletivizado, assim, as pessoas que sofrem danos associados a vacinas são reparadas. Gerke, Minssen e Cohen (2020) sugerem que as empresas de IA façam o mesmo na esfera da saúde, posição endossada neste estudo.

1.7. Direito de participar da tomada de decisão

No âmbito dos cuidados em saúde, o uso de IA se expressa muitas vezes em sistemas de apoio à tomada de decisão (SATD), auxiliando os médicos na realização do diagnóstico e nas decisões acerca do tratamento. Os SATD baseados em IA aplicam modelos de IA treinados com dados de pacientes que correspondem ao seu caso. Segundo Amann e colaboradores (2020), o uso de SATD possui um potencial inegável, mas seus desafios estão presentes, tais como os relacionados à sua explicabilidade³, que consiste na característica de uma IA em que se permite a uma pessoa refazer o caminho realizado pela IA para se chegar à determinada predição, e o risco do viés de automação. Esse se caracteriza, no contexto do uso de SATD, pelo excesso confiança do médico na IA e na substituição do seu próprio julgamento pela recomendação da IA. Ainda, há o risco de que o uso de SATD produza, com o tempo, a perda de habilidades dos médicos de tomada de decisão, reduzindo a sua autonomia e conhecimento. Estudo sobre a introdução do prontuário eletrônico demonstrou perda de habilidades de profissionais no âmbito da atenção primária (Ploug e Holm, 2023).

Os profissionais de saúde e pacientes, no processo de tomada de decisão, precisam de informação não apenas sobre os resultados alcançados pela IA, mas também acerca dos aspectos sobre os quais esses resultados se fundamentaram. Especificamente, quando se trata de um SATD opaco, ainda não se sabe como

³ Na literatura sobre IA, também se empregam transparência e interpretabilidade como sinônimos de explicabilidade.

as preferências e as necessidades do paciente são levadas em conta pelo modelo (Amann et al., 2020). Assim, nota-se desafios significativos no uso de um SATD conjugados com o direito do paciente de participar das decisões sobre a sua saúde.

Particularmente quanto à Tomada de Decisão Compartilhada (TDC), a revisão de escopo, realizada por Abbasgholizadeh e colaboradores (2022), verificou que o uso de IA na TDC ainda está iniciando. De qualquer modo, os pesquisadores identificaram que a literatura que trata da temática não tem enfatizado os valores e as preferências dos pacientes em tal contexto e são escassos os esforços na direção da explicabilidade das tecnologias de IA.

O direito do paciente de participar das decisões atinentes ao seu cuidado não pode ser mitigado pelo uso de SATD e outras tecnologias de IA aplicáveis à TDC. Esse direito pressupõe conversas abertas e espaços seguros para que o paciente possa expressar suas necessidades, vontade e preferências, bem como o seu entendimento acerca dos riscos e benefícios atrelados a cada curso de ação disponível em seu caso. Esses pressupostos do exercício do direito de participar podem ser ameaçados no caso do uso de um sistema de IA, como, por exemplo, um sistema que prima pela sobrevivência, ao passo que o paciente busca a redução do seu sofrimento, como visto.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, constata-se que a IA pode ser uma realidade incontornável e inexorável, entretanto, o que não pode ser compulsório é o seu uso nos cuidados em saúde sem regulação ético-jurídica destinada à proteção dos pacientes e, notadamente, à garantia de que seja centrado nas pessoas e não na máquina ou nos interesses mercadológicos associados. A IA pode impactar severamente os direitos dos pacientes, reduzindo a sua autodeterminação, mormente pelo fato de ser difícil para os pacientes entenderem como operam e da desconsideração das informações contextuais e do conhecimento experiencial do paciente no processo de tomada de decisão. Ainda, destaca-se que a relação humana é o cerne do cuidado em saúde, na qual a empatia do profissional possui benefícios inigualáveis para o paciente e o próprio profissional. Não se deve mitigar o risco das interações entre a IA e o paciente, principalmente de afastá-lo do profissional e do seu poder curativo. Por isso, as interações entre os pacientes e a IA há que serem mediadas pelo profissional, cujo papel não pode ser substituído pela máquina, assim, o seu caráter acessório nessa aliança terapêutica deve ser demarcado. O uso de IA nos cuidados em saúde deve ser balizado pelos avanços ético-jurídicos alcançados ao longo dos anos quanto ao enfrentamento do paternalismo

e da desconsideração da voz do paciente. O protagonismo do paciente e a sua participação ativa devem ser premissas do emprego de tecnologias de IA nos cuidados em saúde, cuja finalidade não pode ser orientada pelos interesses das empresas ou das organizações de saúde, mas sim pelos direitos dos pacientes, haja vista que o uso de IA não descaracteriza a essência do cuidado em saúde, qual seja atender às necessidades do paciente.

REFERÊNCIAS

- Abbasgholizadeh Rahimi, S., Cwintal, M., Huang, Y., Ghadiri, P., Grad, R., Poenaru, D., Gore, G., Zomahoun, H. T. V., Légaré, F., & Pluye, P. (2022). Application of Artificial Intelligence in Shared Decision Making: Scoping Review. *JMIR medical informatics*, 10(8), e36199. <https://doi.org/10.2196/36199>
- Albuquerque, A. (2023). *Empatia nos Cuidados em Saúde: comunicação e ética na prática clínica*. Manole.
- Albuquerque, A. (2022). Direito do Paciente: fundamentos teóricos do novo ramo jurídico. *Revista Derecho y Salud*, 6(7), 47-63.
- Albuquerque, A. (2020). *Manual de Direito do Paciente*. CEI.
- Amann, J., Blasimme, A., Vayena, E., Dietmar, V. & Madai, I. (2020). Explainability for artificial intelligence in healthcare: a multidisciplinary perspective. *BMC Med Inform Decision Making*, 20(310).
- Andorno, R. (2019). Dignity in Psychotherapy. In: M. Trachsel, J. Gaab, N. Biller-Andorno, Ş. Tekin, J. Z. Sadler (Eds.) *The Oxford Handbook of Psychotherapy Ethics*. Oxford University Press.
- Boden, M. A. (2018). *Artificial Intelligence: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Brickley, B., Williams, L.T., Morgan, M., Ross, A., Trigger, K. & Ball, L. (2021). Putting patients first: development of a patient advocate and general practitioner-informed model of patient-centred care. *BMC Health Services Research*, 21(261).
- Cohen, G. (2020). Informed Consent and Medical Artificial Intelligence: What to tell the patient? *Georgetown Law Journal*, 108, 1425-1469.
- Epstein R., Fiscella K., Lesser C.S. & Stange K.C. (2017). Why the Nation Needs a Policy Push on Patient-Centered Health Care. *Health Affairs*, 29(8), 1489-1495. 10.1377/hlthaff.2009.0888

European Commission. (2016). *Patients' Rights in the European Union Mapping eXercise*. Publications Office of the European Union.

Gerke, S., Minssen, T., & Cohen, G. (2020). Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare. *Artificial Intelligence in Healthcare*, 295-336. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-818438-7.00012-5>

Gerke, S. & Cohen, G. (2019). Potential Liability for Physicians Using Artificial Intelligence. *Journal of the American Medical Association*, 322(18), 1765-1766. 10.1001/jama.2019.15064

Google Deep Mind (17 julho 2023). *Developing reliable AI tools for healthcare*. <https://deepmind.google/discover/blog/codoc-developing-reliable-ai-tools-for-healthcare/>

Halpern, J. (2014). From idealized clinical empathy to empathic communication in medical care. *Med Health Care and Philosophy*, 17(2), 301-311 10.1007/s11019-013-9510-4

Hoeren, T., & Niehoff, M. (2018). Artificial Intelligence in Medical Diagnoses and the Right to Explanation. *European Data Protection Law Review*, 4(3), 308-319. <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/3/9>

156

Högberg, C. & Larsson, S. (2022). AI and Patients' Rights: Transparency and information flows as situated principles in public health care. In K. de Vries, & M. Dahlberg (Eds.), *De Lege - Yearbook Uppsala Faculty of Law 2021: Law, AI & Digitalization* (pp. 401-429). Iustus förlag.

Howick, J., Mittoo, S., Abel, L., Halpern, J., & Mercer, S. W. (2020). A price tag on clinical empathy? Factors influencing its cost-effectiveness. *Journal of the Royal Society of Medicine*, 113(10), 389-393. <https://doi.org/10.1177/0141076820945272>

Howick, J., Bizzari, V., Dambha-Miller, H., & Oxford Empathy Programme (2018). Therapeutic empathy: what it is and what it isn't. *Journal of the Royal Society of Medicine*, 111(7), 233-236. <https://doi.org/10.1177/0141076818781403>

Howick, J., & Rees, S. (2017). Overthrowing barriers to empathy in healthcare: empathy in the age of the Internet. *Journal of the Royal Society of Medicine*, 110(9), 352-357. <https://doi.org/10.1177/0141076817714443>

Kerasidou A. (2020). Artificial intelligence and the ongoing need for empathy, compassion and trust in healthcare. *Bulletin of the World Health Organization*, 98(4), 245-250. <https://doi.org/10.2471/BLT.19.237198>

- Kolfschooten, H. (2022). EU Regulation of Artificial Intelligence: challenges for Patients' Rights. *Common Market Law Review*, 1, p. 81-112.
- Kompa, B., Snoek, J., & Beam, A. L. (2021). Second opinion needed: communicating uncertainty in medical machine learning. *NPJ digital medicine*, 4(1), 4. <https://doi.org/10.1038/s41746-020-00367-3>
- Mittelstadt, B. (2021). *The impact of artificial intelligence on the doctor-patient relationship*. Council of Europe.
- Oben, P. (2020). Understanding the Patient Experience: A Conceptual Framework. *Patient Experience Journal*, 7(6) 906-910.
- Ploug, T. & Holm, S. (2023). The right to a second opinion on Artificial Intelligence diagnosis – Remediating the inadequacy of a risk-based regulation. *Bioethics*, 37, 303-311.
- Ploug, T., & Holm, S. (2020). The right to refuse diagnostics and treatment planning by artificial intelligence. *Medicine, health care, and philosophy*, 23(1), 107-114. <https://doi.org/10.1007/s11019-019-09912-8>
- Richardson, J. P., Smith, C., Curtis, S., Watson, S., Zhu, X., Barry, B., & Sharp, R. R. (2021). Patient apprehensions about the use of artificial intelligence in healthcare. *Digital Medicine*, 4(1), Article 140. <https://doi.org/10.1038/s41746-021-00509-1>
- Topol, EJ. (2023). Machines and empathy in medicine. *The Lancet*, 402(10411). [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(23\)02292-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(23)02292-4)
- World Health Organization. (2021). *Ethics and Governance of Artificial Intelligence for Health*. Word Health Organization.

Las nuevas tecnologías y el daño al derecho a la autodeterminación informativa y derechos conexos.

La IA como una nueva amenaza para los derechos fundamentales

The new technologies and the harm to the right to informational self determination an related rights.
AI as a new threat to fundamental rights

159

 LUIS ANDRÉS ROEL ALVA^{*}
EDUARDO JESUS CHOCANO RAVINA^{**}
PILAR MILAGROS SALAZAR PARIONA^{***}

-
- ^{*} Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Director fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de derecho constitucional, de derecho procesal constitucional y de derechos humanos. Congresista de la República para el periodo 2020-2021.
- ^{**} Estudiante de Derecho en la Universidad de Lima (10.º ciclo) y de Filosofía en la Universidad TECH (segundo año). Actualmente es asistente de investigación del Mg. Luis Andrés Roel Alva y practicante en el Estudio Vidaurre SCRL. Autor de artículos publicados sobre temas de filosofía y de derecho en medios nacionales. Asimismo, es autor del libro *El café de cada mañana*. Ha realizado ponencias respecto de desarrollo de proyectos sociales y filosofía en diversos grupos académicos, así como universidades peruanas.
- ^{***} Estudiante de Derecho en la Universidad de Lima (8.º ciclo) y comisionada en el Círculo de Derecho Constitucional de la misma casa de estudio. Actualmente es asistente del Mg. Luis Andrés Roel Alva.

Resumen

El presente artículo nace con el objetivo de explicar cómo la inteligencia artificial (IA) representa una amenaza para el derecho a la autodeterminación informativa y los derechos conexos a esta, como son los derechos a la imagen, a la identidad personal, al nombre, y a la protección de datos personales. En específico, se analiza la falta de control que existe frente al uso de la IA para transformar imágenes e información, y de esta forma alterar la realidad de las cosas. Esta investigación, proveniente del apoyo mutuo e interacción académica entre dos jóvenes estudiantes de derecho y un destacado abogado constitucionalista, se realizó con el fin de unir nuevas ideas y perspectivas sobre una situación actual, como es la IA frente a los derechos constitucionales, con énfasis en cómo el derecho procesal constitucional se encuentra en capacidad de poder defender a dichos derechos.

Palabras clave

Inteligencia artificial, autodeterminación informativa, imagen, identidad personal, nombre, datos personales, Nuevo Código Procesal Constitucional, hábeas data

Abstract

The purpose of this paper is to explain how artificial intelligence (AI) a threat to the right to informational self-determination and related rights is, such as the right to image, personal identity, name and personal data protection due to the lack of control over its use to transform images and information, and thus alter the reality of things. This paper comes from the mutual support and academic interaction between two young law students and a prominent constitutionalist. This union is made in order to unite new ideas and perspectives on a current situation such as AI against constitutional rights and how constitutional procedural law is able to defend these rights.

Keywords

Artificial intelligence, informative self-determination, image, personal identity, name, personal data, New Constitutional Procedural Code, hábeas data

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO Y GLOBALIZACIÓN. III. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. IV. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA. V. LOS RIESGOS DE LA IA PARA EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y CONEXOS. VI. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS IA, EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS DATA. VII. IMPORTANCIA DEL DEBATE SOBRE LA MATERIA. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías evolucionan a un ritmo que muy pocos hubiesen esperado. En la actualidad, es posible crear textos con suma facilidad por medio de herramientas como ChatGPT e, inclusive, se puede asistir a restaurantes asistidos por meseros robot. Suena a una situación maravillosa en la cual el desarrollo de la sociedad sería impresionante. No obstante, no toda innovación resulta beneficiosa para las personas implicadas y/o situaciones en que se produce.

Recientemente se difundió una noticia respecto de un conjunto de alumnas que denunciaron que, en su centro educativo, St George's College, sus rostros fueron insertados en el cuerpo de otras mujeres desnudas mediante la inteligencia artificial (IA). Dichas imágenes fueron compartidas y comercializadas (Espinoza, 2023). Una situación similar aconteció en Argentina, en la Universidad Nacional de San Juan, donde un estudiante fue denunciado por sus compañeras por presuntamente desnudarlas por medio de IA y subir las fotos a una página pornográfica. Resulta especialmente preocupante la facilidad para realizar estos actos, debido a que las imágenes utilizadas como base provenían de redes sociales cotidianas como Instagram y Facebook (Redacción LaVoz, 2023).

Precisamente, en este artículo se analiza el uso de la IA como medio para vulnerar la imagen y otros derechos de las víctimas. Para lograrlo, se comenzará desarrollando la relación entre el derecho y la globalización. Posterior a ello, se explica el Estado constitucional de derecho en el cual vivimos, con énfasis en la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales.

Asimismo, se aborda el tema del derecho a la autodeterminación informativa y sus derechos relacionados, como lo son el derecho a la imagen, a la identidad personal, al nombre y la protección de datos personales. Se continúa con la explicación de cómo el proceso de hábeas data resulta idóneo para la protección a los derechos mencionados. Finalmente, se expone la importancia del debate de lo planteado junto con las conclusiones.

Antes de comenzar, queremos mencionar que este artículo se realiza conjuntamente por los tres coautores mencionados en el inicio debido a dos grandes razones.

La primera, la visión de dos jóvenes estudiantes con interés en derecho constitucional y derecho procesal constitucional, se basa en ideas innovadoras y un enfoque moderno sobre estas ramas del derecho. Además, al encontrarse más cercanos y familiarizados con las nuevas tecnologías y la IA, su participación como coautores es sumamente valiosa.

Por otro lado, la segunda razón consiste en que ambos jóvenes son guiados por un experto en las materias mencionadas, como lo es Luis Andrés Roel Alva, quien con su vasta experiencia, como investigador jurídico, docente universitario y abogado constitucionalista, ha contribuido en la estructuración de las ideas de la presente ponencia con el objetivo de brindarle un alto contenido académico y promover el debate de esta materia en la comunidad jurídica.

II. DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

El derecho en la actualidad se nutre de múltiples fuentes. Antiguamente, cada Estado buscaba ser el más fuerte en comparación al resto, buscando que su cultura se sobrepusiera a las demás. Sin embargo, en la actualidad acontece una situación contraria. La interacción constante entre los Estados y los ciudadanos, debido a la creciente globalización, genera un intercambio cultural entre las partes.

Para comenzar, debemos comprender el concepto de la globalización. Pese a que es un término complicado de definir, veamos lo dicho por Alberto Romero (2022):

[...] existen rasgos comunes a todas las interpretaciones, en el sentido de ver en la globalización una etapa avanzada de la división internacional del trabajo, la cual se caracteriza por una mayor interacción e interdependencia de los factores y actores que intervienen en el proceso del desarrollo mundial. (p. 9)

De lo citado se comprende que esta «mayor interacción e interdependencia» afecta al desarrollo de las diversas ramas del conocimiento humano, de tal forma que es un término aplicable a muchos campos, tales como la economía, la política, la filosofía, la sociología, la informática y el derecho, por mencionar algunas ciencias (Copelli Ortiz, 2018, p. 58).

Respecto de las pautas principales para relacionar a la globalización con el derecho, nos remitimos a analizar la relación del ordenamiento jurídico nacional con el derecho internacional. Sobre esto, Alberto Borea (2007) desarrolló la siguiente idea:

La soberanía del Estado está en entredicho. Primero por la creciente interrelación entre las naciones. Siempre las más poderosas podían influir bajo diversos mecanismos sobre las más débiles, pero hoy este peligro crece por la aparición de estos nuevos actores que ya no son estados, pero que controlan una cantidad de resortes que inducen a dichos estados a actuar de la manera por ellos prevista.

Por lo que se comprende que ya no solo influye en el desarrollo del Estado la propia soberanía de este. Aconteciendo que, a consecuencia de la globalización, diversos Estados posean poder sobre un Estado.

Además, podemos afirmar en relación con lo expuesto que también poseen poder los nuevos actores no estatales, siendo la mayor manifestación de la globalización en el derecho peruano la incorporación de los tratados internacionales en el Estado peruano por medio de la Constitución Política del Perú de 1993¹²³⁴. Además, el propio Tribunal Constitucional reconoció el rango constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH)⁵.

¹ La Constitución Política del Perú señala en su artículo 55 que «[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 55).

² La Constitución Política del Perú señala en su artículo 56:

«Artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución». (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 56)

³ La Constitución Política del Perú señala en su artículo 57 que:

«Artículo 57.- El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de este». (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 57)

⁴ La Constitución Política del Perú señala en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que:

«Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria)

⁵ El Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 01458-2007-PA/TC indicó lo siguiente:

«Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre

Una vez comprendida la relación entre el derecho y la globalización, veamos lo referente al Estado constitucional de derecho⁶, lo cual expondremos en el siguiente apartado.

III. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Con base en lo expuesto, se comprende a la globalización como un elemento vital de la formación del Estado peruano en la actualidad. Esta toma como elementos para su desarrollo tanto los valores predominantes dentro del mismo Estado como de los que acontecen en el resto de las naciones, siendo en la actualidad el modelo de Estado existente en el Perú el *Estado constitucional de derecho*, el cual procederemos a desarrollar.

Antes de llegar al Estado constitucional de derecho, se vivía con base en un Estado legal de derecho, y antes de ese tipo de Estado, nos encontrábamos en un Estado absoluto. Respecto de este último, se le puede comprender con base en lo dicho por Ramiro Ávila Santamaria (2009):

En el estado absoluto, la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una

derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)». (Sentencia emitida en el Expediente 01458-2007-PA/TC, fundamento 3)

⁶ Es importante mencionar que estas interrelaciones, dentro de una comunidad internacional, los obliga a respetar ciertas obligaciones jurídicas respecto de los acuerdos que suscribe, los cuales pueden obligarlos a modificar su ordenamiento jurídico o programas políticos y sociales, las cuales de no respetarse generan en los Estados responsabilidades internacionales por parte de la comunidad internacional y sus órganos jurisdiccionales.

Esta situación termina generando modificaciones en el Estado, siendo una de sus principales manifestaciones el sistema político. De tal forma que, con el objetivo de comprender mejor esta idea, veamos lo siguiente:

«[...] uno de los sistemas al que más golpea o que más modifica la globalización es el sistema político. La pretendida igualdad e independencia de los estados es traspasada por las decisiones que se adoptan por entes que no pertenecen necesariamente a la comunidad en donde se van a aplicar las decisiones. Es más, muchas de ellas ni siquiera tienen una comunidad de referencia tomada en los términos estatales, sino que trasciende a todas o forman parte de varias. Esos nuevos actores no tienen como fin o como propósito, ni siquiera en su definición de objetivos, en el bienestar general de la sociedad y la gente que se beneficia o se perjudica con sus decisiones no tiene tampoco nada que decir al respecto de esas decisiones que se adoptan, ni cuentas que tomar a quienes ni siquiera forman parte del colectivo al que pertenecen». (Borea Odría, 2007)

persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el Estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad. (p. 777)

Este primer modelo de Estado llegó a su fin por culpa de los abusos cometidos por los monarcas (García Ricci, 2011, p. 21). Dando de esta forma el paso al Estado legal de derecho, el cual se puede comprender como el tipo de Estado en el cual:

[...] la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento.

Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia). El modelo que triunfó es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. (Ávila Santamaría, 2009, p. 777)

165

Como se puede entender de lo citado, el Estado legal posee como principal característica el imperio de la ley. Esto puede entenderse como «[...] una expresión que denota la absoluta necesidad de que en las sociedades humanas se obedezca las leyes legítimamente expedidas, como requisito indispensable para la justa, pacífica y civilizada convivencia entre sus miembros» (Primer Reporte, s. f.).

Sin embargo, este modelo de Estado culminó por culpa de los abusos que se cometían por medio de la ley para beneficiar a las mayorías y dejar fuera a las minorías. Esta situación fue comprendida por Gustavo Zagrebelsky (s. f.) así: «La ley —en este punto de su historia— ya no es la expresión “pacífica” de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social» (p. 15).

Asimismo, el autor precitado señaló que: «La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad» (Zagrebelsky, s. f., p. 16). Por lo que, en búsqueda de un mejor modelo de gobierno, nace el Estado constitucional de derecho.

En tal sentido, debemos afirmar que el Estado peruano en la actualidad es un Estado constitucional de derecho. Esto parte de la teoría kelseniana que planteó a la Constitución como norma suprema y un órgano jurisdiccional que sea especializado, autónomo e independiente del resto de órganos en el Estado, siendo este órgano el Tribunal Constitucional (Roel Alva, 2021, p. 255).

Respecto del primer punto, esto significa que la Constitución es la norma con mayor jerarquía en el Estado peruano y por lo tanto ninguna norma puede ir en contra de ella. Esto último se desarrollará a continuación.

1. La Constitución Política y su supremacía normativa

Continuando con lo mencionado en el apartado anterior en respecto de la supremacía de la Constitución Política de Estado, es importante conocer lo dicho por Eduardo García de Enterría (1979), quien expuso lo siguiente: «[...] La Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, le superior [...] es la primera de las «normas de producción», la norma normarum, la fuente de las fuentes». (p. 299)

Con base en estas líneas, entendemos el rol fundamental de la Constitución, siendo así la norma madre y fundante de las demás normativas, la primigenia sobre todas ellas. Siguiendo con lo mencionado por el precitado autor, Robert Alexy (2002) también se expresó sobre la supremacía constitucional, alegando lo siguiente:

Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del Legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. (p. 22)

De esta forma, se comprende que la Constitución protege lo que se considera necesario para la existencia del Estado, siendo que parte de los contenidos de la Constitución peruana son los derechos fundamentales.

Asimismo, resulta importante observar cómo la propia Constitución peruana reconoce su supremacía en el Estado peruano por medio del artículo 51: «[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 51). Como se observa, la Constitución es superior a cualquier otra norma legal en el Estado peruano. Con el fin de ahondar en lo dicho, el Tribunal Constitucional

comentó lo siguiente: «[...] en un Estado constitucional democrático los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella» (Sentencia emitida en el Expediente 0006-2006-PC/TC, fundamento 44).

Es imprescindible en esta sección citar lo mencionado por el Tribunal Constitucional respecto de la supremacía de la norma constitucional, es así como en la Sentencia del Expediente N.º 00006-2008-PI/TC dispuso lo siguiente:

Este precepto contiene el principio de jerarquía normativa que nos dice que cualquier otra norma con rango menor está sometida a la supremacía de la Constitución resultando que una norma con rango de ley será válida solo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma suprema; en consecuencia, el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución. (Sentencia emitida en la Sentencia del Expediente 00006-2008-PI/TC, fundamento VII.3)

Por consiguiente, es preciso señalar que, con base en el principio de jerarquía normativa, cualquier ley con rango menor a esta se somete a la supremacía de la Carta Constitucional y será válida siempre y cuando sea compatible a la norma suprema, siendo esto así también un rasgo del control constitucional.

167

Igualmente, una de las principales razones por las cuales la Constitución Política es la norma suprema es porque en ella se contienen los derechos fundamentales, aquellos derechos más importantes, inherentes y básicos del ser humano; a continuación, se precisará con más detalle respecto de ello.

2. Derechos fundamentales y efectos horizontales

Ahora bien, es importante recalcar que la Constitución, que es la norma suprema en el Estado peruano, como se indicó anteriormente, se divide tanto en una parte dogmática como una orgánica⁷. Respecto de la parte dogmática, recoge un catálogo de derechos fundamentales, entre los cuales se hace presente el derecho a la autodeterminación informativa.

⁷ Sobre la parte dogmática y orgánica de la Constitución Política:

Parte dogmática (se le denomina así porque su contenido constituye un «dogma de fe», algo que no está en discusión jamás) que contiene los derechos fundamentales, constituyendo la parte invariable, la parte intocable, el «núcleo duro» de todo texto constitucional. Parte orgánica que incluye toda la organización y estructura del Estado. (Calderón Sumarriva, 2020, p. 2)

En materia de derechos fundamentales, es menester citar a César Landa (2017), quien señaló lo siguiente: «[l]os derechos fundamentales son los derechos básicos de la persona que se basan en su dignidad y que, a su vez, se constituyen como fundamento del Estado y de la sociedad en su conjunto» (p. 11). Con base en lo citado, se comprende que los derechos fundamentales son aquellos derechos primordiales e inherentes a la persona, los cuales demarcan las bases fundamentales de respeto que tanto el Estado como los demás ciudadanos deben seguir.

En relación con lo anterior, el Tribunal Constitucional, citando a Peces-Barba, declaró lo siguiente sobre los derechos fundamentales:

El concepto de derechos fundamentales comprende: «tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica». (Sentencia emitida en el Expediente 1417-2005-AA/TC, fundamento 2)

168

Entonces, podemos concluir que los derechos fundamentales tienen dos componentes: el primero, que se enmarca en un presupuesto ético y moral donde le otorga relevancia a la protección de la dignidad humana; y el segundo componente, que consiste en su relevancia jurídica, la cual determinará que los derechos fundamentales son las normas básicas dentro del ordenamiento jurídico y que son imprescindibles para el óptimo desarrollo del ser humano en la sociedad.

Asimismo, los derechos fundamentales tienen efectos e influencias que determinan los límites del alcance de los propios derechos fundamentales, que son necesarios para la interrelación de los ciudadanos, tanto entre el Estado y los privados como la interrelación entre privados.

Respecto de esta interacción de los derechos fundamentales entre los privados, es importante conocer a lo que se denomina el efecto horizontal de los derechos fundamentales. Sobre esto, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

Los derechos fundamentales de la persona humana detentan un efecto horizontal o inter privados (Cfr. STC, Exp. 1124-2001-PA/TC, entre otros). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de «respetar» y

«cumplir» la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (artículos 1º y 3º de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada.

[L]os derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos no deben contradecir a la Constitución tratándose de los derechos fundamentales de la persona humana. (Sentencia emitida en el Expediente 02049-2007-PA/TC, fundamento 3)

Sobre lo mencionado por el Tribunal Constitucional, se comprende que el efecto horizontal de los derechos fundamentales se refiere a la limitación de la relación entre privados, efecto que se deriva de la obligación de respetar y cumplir la Constitución Política, así como del principio de dignidad donde el valor central del ser humano también es regulado en el ámbito de la autonomía privada. De manera que ningún espacio social se encuentra fuera del control constitucional.

Ahora que hemos comprendido la importancia de los derechos fundamentales y el respeto que se merecen por parte del Estado como de los privados, es momento de pasar al derecho que será eje de la presente ponencia: el derecho a la autodeterminación informativa.

169

IV. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Es importante mencionar que para esta ponencia la comprensión del derecho a la autodeterminación informativa es vital. Este derecho está previsto en la Constitución Política del Perú en su artículo 2 inciso 6) de la siguiente manera: «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2 inciso 6).

Tomando como guía lo señalado por el articulado de la norma suprema, la autodeterminación informativa busca resguardar la intimidad no solo personal, sino también familiar, ante cualquier mecanismo que pueda transgredir el derecho a la intimidad y que le genere un perjuicio; en referencia a los mecanismos como los medios electrónicos o las tecnologías de la información o la comunicación (TICS) que se encuentran al alcance de todos hoy en día.

También, con el fin de comprender mejor este derecho, veamos lo expresado por Karina Castro Cruzatt (2008), quien desarrolla el significado de la autodeterminación informativa al señalar lo siguiente:

El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. (p. 272)

En relación con lo expresado anteriormente, el Tribunal Constitucional peruano también se pronunció respecto de este derecho y dispuso lo siguiente:

El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.

Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad personal o familiar, ya que mientras este protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. (Sentencia emitida en el Expediente 4739-2007-PHD/TC, fundamentos 2 y 3)

Siguiendo la línea de ideas de Castro Cruzatt y del Tribunal Constitucional, podemos concluir que este derecho fundamental, que faculta a todos los ciudadanos el dominio de su información privada y personal, incluye a todos aquellos derechos concernientes conexos a ella y en todos los ámbitos, tanto personales como sociales.

Es importante precisar que no debe ser confundido con el derecho a la intimidad, ya que, mientras este último busca proteger la vida privada del individuo, la autodeterminación informativa busca que el ciudadano tenga la potestad de ejercer el control de su propia información presente en cualquier tipo de registro con el fin de evitar el mal uso de esta.

Aparte de lo mencionado, es necesario ver lo dicho por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández (2020) respecto de lo que busca este derecho: «[p]ara tal efecto, faculta a su titular controlar aquella información que le es propia, razón por la cual, es necesario que el titular de este demuestre, aunque sea mínimamente, tal titularidad» (p. 248).

Otro punto importante para tratar sobre el derecho a la autodeterminación informativa es que no es igual que el derecho a la imagen o a la identidad personal, sino que cada uno es un derecho autónomo. Con el fin de comprender lo dicho, veamos lo expresado por el Tribunal Constitucional peruano en la siguiente jurisprudencia:

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2 de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad. Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad. (Sentencia emitida en el Expediente 1797-2002-HD/TC, fundamento 3)

171

De esta forma, se entiende que el derecho a la autodeterminación informativa se diferencia del derecho a la imagen debido a que busca proteger la disposición que tiene el individuo sobre sus datos. Además, también se diferencia del derecho a la identidad personal dado que este último protege la proyección social de la propia personalidad.

Resulta importante mencionar que la autodeterminación informativa es un derecho compuesto por otras libertades, como las mencionadas a la imagen y a la identidad personal. Por lo tanto, con el fin de entender lo señalado, veamos lo dicho por César Augusto Orrego (2013):

El derecho de autodeterminación informativa es un esfuerzo del derecho contemporáneo, que protege la dignidad del ser humano que se va expuesto a los riesgos que constituyen los adelantos en los sistemas informáticos computarizados, cuando se almacena, procesa y difunde información y que al no

contar con la calidad exigida, afecta entre otros, los derechos a la intimidad, personal y familia, imagen e identidad.

Este derecho fundamental nos garantiza un haz de facultades, colocándonos en la posibilidad jurídica de controlar la información que sobre nuestra propia persona se está tratando en distintos bancos de datos públicos o privados, protegiendo una serie de derechos fundamentales. De allí que se releve la característica relacional del derecho de autodeterminación informativa, pues como hemos sostenido se encuentra vinculado a la protección de otros derechos constitucionales. (p. 329)

Entonces, se comprende que el derecho a la autodeterminación informativa protege un conjunto de garantías debido a que se encuentra vinculado a otros derechos constitucionales como la imagen, nombre, identidad personal y protección a los datos personales; sin negar la opción de que otros derechos se encuentren tutelados también por la autodeterminación informativa.

1. Derecho a la imagen

172

Como se señaló, uno de los derechos relacionados a la autodeterminación informativa es el derecho a la imagen. El cual se encuentra presente en la Constitución Política del Perú, en el artículo 2 inciso 7) de esta forma:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2, inciso 7)

Como se puede observar, el artículo citado menciona que toda persona tiene derecho a su imagen. Este derecho continúa su desarrollo en el Código Civil en su artículo 15, así:

Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden. (Presidencia de la República del Perú, 1984, Artículo 15)

Con base en lo dicho por la Constitución y el Código Civil, se comprende que el derecho a la imagen busca proteger el uso que cada uno posee sobre su propia imagen. De tal forma que no se puede utilizar la imagen de cada uno sin su consentimiento, de ser una situación de índole privado.

Respecto de este derecho, Juan Morales Godo (2005) comprendió la importancia de su protección con estas palabras:

Hay necesidad de brindar protección a la imagen de una persona, porque la misma puede ser captada con mucha facilidad en lugares públicos o privados, incluyendo recintos íntimos, sin consentimiento de la persona.

También puede captarse la Imagen de la persona en cualquier lugar en actitudes, gestos o posiciones indecorosos, cuya captación afecta la sensibilidad de la persona, con mayor razón si estas son divulgadas. (p. 150)

Por lo tanto, se entiende que la protección del derecho a la imagen nace de la facilidad con la que se puede tomar/capturar imágenes de una persona en situaciones en las cuales se afecte la sensibilidad de esta.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional comprendió este derecho con estas palabras:

El derecho reconocido en el inciso 7) del artículo 2, de la Constitución que protege básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la acotada, [...]

Pero el derecho a la imagen también es un derecho autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que no afecte la esfera personal de su titular, no lesionen su buen nombre ni den a conocer su vida íntima, salvaguardándolo de un ámbito propio y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás.

Por ello su titular tiene la facultad para evitar su difusión de su aspecto físico, ya que es el elemento configurador de todo individuo, en cuanto a su identificación, que proyecta al exterior para su reconocimiento como persona. (Sentencia emitida en el Expediente 1970-2008-PA/TC, fundamentos 8 y 9)

Lo dicho por el Tribunal Constitucional permite subsumir lo señalado anteriormente. En tal sentido, el derecho a la imagen protege la capacidad que tiene cada persona tanto de prohibir el uso de su imagen si es que esta no tiene su consentimiento de ser utilizada como de permitir el uso de esta.

Finalizamos este apartado indicando, con base en lo dicho por Fabricio Sánchez y Alexandra Espinoza (2021), lo siguiente sobre la relación del derecho a la imagen con la autodeterminación informativa:

[...] el derecho a la imagen, este se encuentra relacionado con la autodeterminación informativa en tanto garantiza que las personas dispongan y controlen el tipo de datos que sobre él o ella se haya registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

174

De tal forma que el derecho a la imagen se relaciona con la autodeterminación informativa, debido a que el primero busca la protección de los datos que formen parte de un registro.

2. Derecho a la identidad personal

Por otro lado, el derecho a la identidad personal se encuentra presente en la Constitución Política en su artículo 2, inciso 1), de la siguiente forma: «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2 inciso 1).

Así, en el mencionado artículo e inciso, se observa que toda persona tiene derecho a su identidad. Con el fin de comprender qué significa ello, veamos lo expresado por Alejandro Alberto Moriconi (2011), con base en las ideas de Carlos Fernández Sessarego (2002):

[...] la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. A este concepto, quisiera agregar que la identidad no solo hace referencia a una estructura natural del hombre, sea esta en su esencia biológica, física y fisiológica, sino que

se extiende a su estructura cultural de la que forma parte y es protagonista. La identidad hace que la persona se sienta parte de una historia reciente, conociendo de donde viene y hacia dónde va. (p. 67)

De lo dicho se comprende que la identidad personal es un derecho que busca proteger los conjuntos de atributos y características que individualizan a un individuo del resto de personas en la sociedad. Citando directamente a Carlos Fernández Sessarego (2020), él comprendió este derecho con las palabras expresadas a continuación: «[...] el conjunto de atributos y características tanto estáticas como dinámicas que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro» (p. 223).

Es así como comprendemos a este derecho como la identificación personal que posee cada persona y la diferencia sobre el resto. Respecto del derecho a la identidad personal, el Tribunal Constitucional menciona:

Este Tribunal considera que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es.

Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). (Sentencia emitida en el Expediente 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21)

De lo dicho por el intérprete supremo de la Constitución, se interpreta que el derecho a la identidad resulta parte esencial de los derechos de las personas, debido a que implica la protección para que a cada persona se le reconozca por lo que es y por el modo como es.

Otro apartado importante a mencionar es la relación de este derecho con la autodeterminación informativa. Para ello, citamos las siguientes palabras de Fabricio Sánchez y Alexandra Espinoza (2021):

[...] respecto a la identidad personal, en tanto el control de la información que identifica a las personas permite, a su vez el control sobre la proyección de su propia personalidad, y que esta no sufra interferencias o distorsiones a causa de atribución de ideas, opiniones o comportamientos que pueden ser expuestos en la información que lo identifica o hace identificable.

A partir de ello, se entiende que la relación entre el derecho a la identidad personal y el derecho a la autodeterminación informativa recae en que este último busca la protección de la información que cada persona considere concerniente y de acuerdo con lo que busca transmitir de ella dentro de los bancos de información.

3. Derecho al nombre

El derecho al nombre, a diferencia de los anteriores, no posee un reconocimiento en la Constitución Política; no obstante, se interpreta que sí tiene reconocimiento como derecho constitucional debido a su relación con el derecho a la identidad. Sobre esto, el Tribunal Constitucional desarrolló lo siguiente:

[...] el artículo 2.1° de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre —conocer a sus padres y conservar sus apellidos—, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica. (Sentencia emitida en el Expediente 4444-2005-PHC/TC, fundamento 4)

Este derecho tiene como finalidad proteger la denominación de una persona con el fin de que pueda ser reconocida en la sociedad. Respecto de lo dicho, el Código Civil en su artículo 19: «[t]oda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos» (Presidencia de la República del Perú, 1984, Artículo 19). Además, su protección también se presenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual señaló lo siguiente respecto de dicho derecho:

Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales. (Sentencia emitida en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, fundamento 182)

Es de esta forma que, con base en lo dicho por el Tribunal Constitucional, y junto con lo señalado en el Código Civil y lo expresado por la Corte IDH, se comprende el reconocimiento de este derecho en el Estado peruano.

Aparte de lo mencionado, es importante comprender que la relación de este derecho con la autodeterminación informativa proviene de que el derecho al nombre se extiende del derecho a la identidad personal, y este derecho es uno de los protegidos por el derecho a la autodeterminación informativa.

4. Derecho a la intimidad

En cuanto al derecho a la intimidad, este se presenta en la Constitución Política en el artículo 2 inciso 7 de la siguiente manera: «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2 inciso 7).

Como se observa, el citado artículo reconoce que todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar. Con base en lo dicho, Iván Alfredo Fajardo Bernal (2006) indica sobre la justificación de la existencia de este derecho lo siguiente:

En la época contemporánea se impone como prioritaria la preservación de una esfera reservada de la vida de los individuos, en un mundo en el que cada vez, como se ha anotado, son más reducidos los espacios vitales aislados del conocimiento ajeno. El individuo tiene derecho a tener una vida privada, cuyo núcleo esencial se encuentra en lo íntimo, aquello esencial o consubstancial al ser humano que lo hace único y diferente de los demás y le permite desarrollar autónomamente su propia personalidad, como expresión auténtica de su ser. (p. 194)

177

Es así como comprendemos que el derecho a la intimidad nace con el objetivo de proteger la vida privada de las personas en su ámbito más personal, de tal forma que esta es la que genera el desarrollo de su forma de ser.

Por otro lado, es importante observar y comprender lo desarrollado por la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional respecto de este derecho:

[...] se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en la cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad: Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. (Sentencia emitida en el Expediente 6712-2005-HC/TC, fundamento 38)

Ciertamente, es de esta forma que el Tribunal Constitucional peruano reconoció la importancia de la protección del ámbito privado de la vida de las personas, esto con la finalidad de que se pueda desarrollar libremente la personalidad.

Por último, en este apartado, es importante reconocer la relación que posee este derecho con el derecho a la autodeterminación informativa, debido a que la autodeterminación informativa protege el control de la información que una persona posea en sus bancos de datos, la cual de ser liberada libremente generaría perjuicios en el individuo.

5. Derecho a la protección de datos personales – nueva denominación mismo derecho

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 6) de la Constitución Política, anteriormente citado, y posee un desarrollo amplio en la Ley N.º 29733, *Ley de Protección de Datos Personales*, la cual en su artículo 1 señala lo siguiente:

La presente Ley tiene el objeto de garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen. (Congreso de la República del Perú, 2011, Artículo 1º)

178

La mencionada Ley en su artículo 2 define varios conceptos relacionados a la protección de los datos personales. Entre ellos, explica el término datos personales con estas palabras en su inciso 4): «[t]oda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados» (Congreso de la República del Perú, 2011, Artículo 2 inciso 4). Con el fin de comprender la relación de este derecho con la autodeterminación informativa, veamos lo dicho por el Tribunal Constitucional:

Los datos personales son el objeto de protección del derecho a la autodeterminación informativa, como indicó en su oportunidad este Colegiado, este derecho, reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución, consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. (Sentencia emitida en el Expediente 02481-2019-HD/TC, fundamento 15)

Así, el máximo intérprete de la Constitución comprende que la protección de los datos personales proviene del derecho a la autodeterminación informativa.

V. LOS RIESGOS DE LA IA PARA EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y CONEXOS

Lo siguiente a tratar en la presente ponencia es como la IA dañó el derecho a la autodeterminación informativa y las garantías protegidas por este derecho. Para comenzar, se debe entender que es una IA. Se comprende de diferente forma dependiendo cuál sea el autor que se lea.

En esta oportunidad, nos basaremos en un enfoque de la IA como herramienta que puede ser utilizada por los humanos, comprendiendo su objetivo principal: «replicar o simular la inteligencia humana en las máquinas» (Data Scientist, 2022). Es así como, por ejemplo, observamos que el aplicativo Photoshop ahora puede ser reemplazado por el aplicativo FaceSwapper.

Ambos logran la misma meta que es alterar imágenes; por ejemplo, colocando mi rostro en el rostro de otra persona, solo que la gran diferencia es que con Photoshop uno tiene que realizar el procedimiento completo y todo el esfuerzo; mientras que con FaceSwapper solo realizas pasos sencillos como añadir las fotos que vayas a utilizar y un par de clicks para lograr el objetivo.

La intención inicial de la IA es facilitar el desarrollo de la vida de los humanos. Esta idea se comprende de la siguiente forma: «[...] en la actualidad se sabe que la IA no busca reemplazar a los humanos, sino contribuir al desarrollo de sus capacidades y contribuciones. Sus diferentes aplicaciones tienen como meta mejorar tanto el desempeño como la experiencia de sus usuarios». (Tableau)

No obstante, como se pudo comprender con las noticias mostradas al inicio de la presente ponencia, también posee la capacidad de dañar la vida de otras personas. Con el fin de demostrar lo señalado, analizaremos estos casos recientes.

1. Caso de 15 escolares en el centro educativo St George's College

Tomemos inicialmente como ejemplo la siguiente situación referente a lo acontecido en el centro educativo St George's College:

Una madre de familia de las afectadas comentó que su hija está «aterrada», no quieren asistir al colegio ni comer desde que se dio a conocer el caso.

«¿Mamá, mis fotos se verán en el futuro? ¿Mis hijos verán esas fotos?», son algunas de las preguntas que las alumnas hacen a sus madres.

Son 15 las escolares afectadas directamente por la situación y serían presuntas víctimas de sus propios compañeros de clase. (Espinoza, 2023)

El mal uso de la IA, en este caso, generó que 15 menores de edad sufrieran daños que perdurarán a lo largo de su vida. Por lo que es importante reflexionar sobre cómo es que un acto como el mencionado vulnera los derechos anteriormente mencionados, como el derecho a la imagen, autodeterminación informativa y el de la identidad.

Esta situación proviene de los riesgos que nacen junto con la intervención de la IA en nuestra sociedad, veamos algunos de ellos con base en lo indicado por Bernard Marr (2023):

3. Preocupación por la privacidad

Las tecnologías de IA suelen recopilar y analizar grandes cantidades de datos personales, lo que plantea problemas relacionados con la privacidad y la seguridad de los datos. Para mitigar los riesgos para la privacidad, debemos abogar por una normativa estricta de protección de datos y prácticas seguras de tratamiento de los mismos [...]

5. Riesgos para la seguridad

A medida que las tecnologías de IA se vuelven cada vez más sofisticadas, también aumentan los riesgos de seguridad asociados a su uso y el potencial de uso indebido. Los piratas informáticos y los actores maliciosos pueden aprovechar el poder de la IA para desarrollar ciberataques más avanzados, eludir las medidas de seguridad y explotar las vulnerabilidades de los sistemas [...]

10. Retos jurídicos y normativos

Es crucial desarrollar nuevos marcos jurídicos y normativos para abordar los problemas específicos que plantean las tecnologías de IA, como la responsabilidad y los derechos de propiedad intelectual. Los sistemas jurídicos deben evolucionar para seguir el ritmo de los avances tecnológicos y proteger los derechos de todos [...]

13. Desinformación y manipulación

Los contenidos generados por IA, como los deepfakes, contribuyen a la difusión de información falsa y a la manipulación de la opinión pública. Los esfuerzos para detectar y combatir la desinformación generada por la IA son fundamentales para preservar la integridad de la información en la era digital.

Con base en lo señalado, podemos observar estas prácticas acontecen de múltiples formas en la sociedad peruana. Observamos que, empleando la IA, resulta sencillo encontrar imágenes e información de diferentes personas por medio de las redes sociales y, desde allí, empezar a modificar o falsear la información obtenida.

Es de esta forma que aumentan los riesgos para la protección de los datos personales de las personas, por cuanto su información es de fácil acceso y la IA es una herramienta sumamente eficiente para ello. Por tanto, la IA estaría facilitando la difusión de información falsa o inexacta.

Asimismo, veamos lo acontecido en el caso señalado y las consecuencias de este:

[...] caso de ciberacoso y violencia digital que se registró en el St. George's College, en el que algunos de sus alumnos manipularon las fotografías que sus compañeras publicaban en las redes sociales y venderlas como material sexual explícito, la institución se expresó mediante un comunicado. (RE-DACCIONES PERÚ 21, 2023)

El acto realizado de manipular las fotografías de las chicas para venderlas como material sexual explícito genera que se cree una imagen errónea de ellas frente a la sociedad. Se está utilizando información de ellas con el fin de tergiversar su imagen y dañarlas con este actuar. Esto se debe a que la imagen que ellas tienen de sí mismas y que buscan transmitir a la sociedad no está relacionada al mundo sexual. Como resulta evidente, esta práctica comporta una grave vulneración a dicho derecho.

181

2. Caso de las estudiantes de la Universidad de San Juan

Ahora, veamos lo acontecido en el caso nombrado con anterioridad de la Universidad de San Juan. El hecho de que por medio de la IA desnudasen imágenes de sus compañeras claramente representa un daño al derecho a la autodeterminación informativa y los derechos relacionados a la misma.

Esto se debe a la causal de que se desnudó la imagen de las jóvenes sin el consentimiento de las afectadas. Esto implica un uso indiscriminado de su imagen por medio de la IA. El daño aumenta debido a la facilidad del internet para ampliar el rango de divulgación de las imágenes modificadas por la IA.

Para comprender lo dicho, veamos lo señalado por Raúl Huamani Benites (2021):

[...] que el internet viene a ser la parte fundamental para acceder a todo tipo de información, es así que a través de ello se accede a las redes sociales, como bien sabe que su aparición comenzó a partir del año 1994, pero su difusión y uso a todos los rangos de edades empezó a partir del año 2000, para adelante, generando una gran importancia y uso, dando valor a la voz, pero, por otro lado, haciéndose mal uso de la imagen a través de difusión de imágenes en las redes sociales. (p. 35)

Es de esta manera como el uso incorrecto de la IA termina vulnerando el derecho de los afectados. Aparte de lo acontecido en el caso mostrado, también se puede vulnerar colocando a un individuo en un lugar donde no estuvo en realidad o generando que parezca que estaba realizando acciones que en realidad no hizo. Siendo así que se le pueden imputar acciones que nunca realizó.

3. Caso de María de Jesús Gonzáles

Otro caso en el cual se vulneró el derecho a la autodeterminación informativa es el acontecido en contra de la periodista María de Jesús Gonzáles. Lo que ocurrió fue lo siguiente:

182

Está circulando en redes sociales un video falso donde presuntamente yo estoy animando a la gente a que haga inversiones por medio de una plataforma. Es terrible. lo más preocupante es que sale perfectamente la imagen del canal donde trabajo. (Ramírez, 2023)

La vulneración al derecho a la autodeterminación informativa se presenta debido a que están utilizando información, en este caso los vídeos, perteneciente a un registro de datos. Estos videos son transformados por medio de la IA para incentivar el ingreso a un negocio sin que la propia conductora de televisión haya grabado lo dicho en la promoción. El daño no solo quedaría en el derecho mencionado con sus relacionados, sino que inclusive llegaría a calificarse como daño al consumidor por publicidad engañosa, tema que no se desarrollará en la presente ponencia, pero se deja a la reflexión.

4. Caso de Maite Vizcarra

Esta situación resulta importante para explicar cómo por medio de la IA ocurre una situación similar a la de María de Jesús Gonzales. Lo que ocurrió en contra de Maite Vizcarra fue lo siguiente: «Está circulando un video donde supuestamente

yo promuevo un negocio vinculado a la compra de criptomonedas, e indico que, si usted con poco dinero entra a un enlace, va a hacerse millonario. Esto obviamente es una estafa» (Ramírez, 2023).

De lo ocurrido, se observa una vulneración al derecho a la autodeterminación informativa debido a que utilizaron información que pertenece a un registro de datos, con la finalidad de transformarla por medio de una IA para engañar a la gente, haciéndolas creer que Maite Vizcarra promocionaba un negocio que en realidad desconocía.

Cabe mencionar que estos dos últimos casos expuestos comparten la misma vulneración, así como resulta una constante en el caso de figuras públicas, aunque esto no descarta que suceda en el caso del resto de los ciudadanos.

VI. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS IA, EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS DATA

Como se pudo observar, se mostraron diversas situaciones en las cuales la intervención de las IA en las nuevas tecnologías generó vulneración al derecho a la autodeterminación informativa y los derechos conexos a la misma, vale mencionar que estos no son los únicos que llegan a ser vulnerados por actos como los explicados, pero fueron los que se consideraron para esta ponencia. Por lo que es importante saber cómo se puede actuar frente a estas situaciones.

Para ello debemos recurrir a los procesos constitucionales. Este tipo de procesos resultan diferentes a los procesos ordinarios debido a que su base proviene del derecho constitucional y no de la teoría general del proceso. Para comprender esta idea, veamos lo dicho por el Tribunal Constitucional:

[...] si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional.

Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. (Sentencia emitida en el Expediente 4903-2005-PHC/TC, fundamento 3)

Es así como el Tribunal Constitucional reconoció que los procesos constitucionales apuntan a la protección de los derechos fundamentales y, por lo tanto, se aleja de la teoría procesal general. De tal forma que el Tribunal Constitucional continuó el desarrollo de esta idea con lo siguiente:

El alejamiento del Derecho Procesal Constitucional de las categorías clásicas del Derecho Procesal se basa en que las distintas áreas del Derecho tienen un ámbito sustantivo y adjetivo en paridad de condiciones, tal como sucede, por ejemplo, en el Derecho Civil, donde la regulación procesal tiene la misma jerarquía que la existente a la sustantiva, pues tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil tienen el rango de ley. Esto no sucede, por el contrario, en el ámbito constitucional, el Código Procesal Constitucional debe procedimentalizar la solución de cuestiones sustantivas que se encuentran en la Constitución, norma que tiene claramente un nivel jerárquico superior. (Sentencia emitida en el Expediente 07873-2006-PC/TC, fundamento 7)

184

De esta manera, se comprende que los procesos constitucionales —y, por tanto, el derecho procesal constitucional— resultan el medio idóneo para la protección de los derechos vulnerados en los casos mencionados y situaciones similares. Es así como debemos recurrir al Nuevo Código Procesal Constitucional con el fin de analizar qué proceso constitucional sería el adecuado.

Entre los procesos constitucionales existentes, se considera para el caso del derecho a la autodeterminación informativa al proceso de hábeas data. Es necesario conocer que el proceso de hábeas data se encuentra presente en la Constitución Política del Perú con estas palabras:

Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

[...]

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución» (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 200 inciso 3)

Es así que observamos que entre los derechos que tutela el proceso de hábeas data se encuentra la autodeterminación informativa. Este tipo de proceso posee un listado de los derechos que protege en el artículo 59 del Nuevo Código Procesal

Constitucional, entre los cuales se encuentra la autodeterminación informativa, yendo así acorde a la Constitución⁸.

Respecto de este proceso constitucional, es importante observar lo dicho por el Tribunal Constitucional sobre su campo de aplicación en relación con el derecho a la autodeterminación informativa:

Asimismo con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos

⁸ El Nuevo Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

«Artículo 59. Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa del derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución.

También procede en defensa del derecho a la autodeterminación informativa, enunciativamente, bajo las siguientes modalidades:

- 1) Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.
- 2) A conocer y supervisar la forma en que la información personal viene siendo utilizada.
- 3) A conocer el contenido de la información personal que se almacena en el banco de datos.
- 4) A conocer el nombre de la persona que proporcionó el dato.
- 5) A esclarecer los motivos que han llevado a la creación de la base de datos.
- 6) A conocer el lugar donde se almacena el dato, con la finalidad de que la persona pueda ejercer su derecho.
- 7) A modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa.
- 8) A incorporar en el banco de datos información que tengan como finalidad adicionar una información cierta pero que por el transcurso del tiempo ha sufrido modificaciones.
- 9) A incorporar información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado.
- 10) A incorporar al banco de datos una información omitida que perjudica a la persona.
- 11) A eliminar de los bancos de datos información sensible que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona.
- 12) A impedir que las personas no autorizadas accedan a una información que ha sido calificada como reservada.
- 13) A que el dato se guarde bajo un código que solo pueda ser descifrado por quien está autorizado para hacerlo.
- 14) A impedir la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, con la finalidad de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.
- 15) A solicitar el control técnico con la finalidad de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual han sido almacenados.
- 16) A impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.» (Congreso de la República del Perú, 2021, Artículo 59°)

que justificaron su registro o, incluso tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados. (Sentencia emitida en el Expediente 1797-2002-HD/TC, fundamento 4)

Entonces, con base en lo dicho por el Tribunal Constitucional, y lo señalado por el Nuevo Código Procesal Constitucional, se fundamenta el uso del proceso de hábeas data para la protección del derecho a la autodeterminación informativa en los casos en los que la IA sea utilizada con el fin de vulnerar este derecho debido a la función que tiene este proceso constitucional.

VII. IMPORTANCIA DEL DEBATE SOBRE LA MATERIA

La intervención de la IA es totalmente inevitable en todos los campos de desarrollo de la sociedad. La encontramos desde los campos de redacción, como ChatGTP o Escribelo.ai; de corrección de estilo, como Grammarly o el corrector ortográfico de Trinka; de modificación de imágenes, como el mencionado FaceSwapper o Playground AI, o incluso crear pinturas artísticas, como lo realiza Dream by Wombo.

Esta situación implica que las nuevas tecnologías que toman como impulso para su desarrollo a la IA pueden ser utilizadas tanto para el bien como para el mal, después de todo son creadas por humanos y para uso de ellos. Debido a ello, es importante pensar en mecanismos para enfrentar de forma rápida y efectiva las posibles vulneraciones a los derechos constitucionales que puedan acontecer por culpa de las IA, como se mostró y desarrolló en los casos expuestos.

La propuesta actual toma como base los contenidos establecidos en el Nuevo Código Procesal Constitucional debido a que este cuenta con la suficiente capacidad de responder a los retos actuales que se presentan en contra del derecho a la autodeterminación informativa y relacionados.

Por lo tanto, cabe mencionar que el proceso constitucional de hábeas data resulta el medio procesal más idóneo y efectivo para garantizar las libertades que forman parte del derecho a la autodeterminación informativa, las mismas que pueden verse vulneradas por el mal empleo (delictivo) de la IA.

VIII. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto en la presente ponencia, debemos comprender que el Perú se encuentra bajo un Estado constitucional de derecho, lo que implica que la Constitución Política es la norma suprema y que sus contenidos deben poseer la máxima capacidad de respuesta posible.

Es en esta situación que los procesos constitucionales aparecen como medio idóneo para brindar una protección adecuada a los derechos fundamentales. En la actualidad, estos derechos afrontan nuevos riesgos frente al empleo indebido de la IA, en muchas ocasiones incluso con el objetivo de dañar a las personas.

En la presente ponencia se desarrollaron cuatro casos en los cuales la IA afectó tanto a grupos juveniles como a una periodista, verificando en todos ellos que se produjo un grave daño a las personas.

Asimismo, se explicó cómo el proceso constitucional de hábeas data resulta el medio idóneo para la protección del derecho de la autodeterminación informativa y relacionados por medio de la IA. Es así como señalamos que el Nuevo Código Procesal Constitucional ya cuenta con mecanismos suficientes para brindar una correcta tutela de los derechos constitucionales mencionados.

Siendo el propósito de la presente ponencia lograr reflexiones sobre cómo la IA llegó para quedarse en la sociedad y que solo queda adaptar el sistema jurídico con el fin de responder de forma adecuada a las complicaciones que puedan acontecer.

I BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2022). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, (66), 13-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>
- Ávila Santamaría, R. (2009). *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho y justicia*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV.
- Borea, A. (2007). *El sistema democrático constitucional peruano en la era de la globalización y los derechos humanos*. Gaceta Jurídica.
- Calderón, A. (2020). Una nueva lección: La Constitución. *El abc del Derecho*. <https://egacal.edu.pe/wp-content/uploads/2020/10/suplemento8.pdf>
- Castro, K. (2008). El derecho fundamental a la protección de datos personales: aportes para su desarrollo en el Perú. *Revista Ius*, (37), 260-276. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12229/12795/0>
- Copelli, G. (2018). La globalización económica del siglo XXI. Entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, (191), 58-80. <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048/54596>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República del Perú. (2011, 3 de julio). Ley N.º 29733, Ley de Protección de datos personales. Diario oficial *El Peruano*.

Data Scientist. (2022). *Inteligencia artificial: definición, historia, usos y peligros*. <https://datascientest.com/es/inteligencia-artificial-definicion>

Díaz Díaz, M.-P. G. (2020). Los nuevos retos del derecho a la identidad en el Perú: desde la heteroasignación hacia la autodeterminación. *Persona Y Familia*, (9), 221-242. <https://doi.org/10.33539/peryfa.2020.n9.2340>

Espinoza, C. (2023, 29 de agosto). *Fiscalía inició investigación por venta de fotos alteradas con IA de alumnas de colegio de Chorrillos*. Infobae. <https://www.infobae.com/peru/2023/08/29/fiscalia-inicio-investigacion-por-venta-de-fotos-alteradas-con-ia-de-alumnas-de-colegio-de-chorrillos/>

188

Fajardo Bernal, I. A. (2016). Aproximación conceptual al derecho a la intimidad. *Derecho y Realidad*, 4(7). https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/5185

Fernández Sessarego, C. (2002). *Derecho y Persona*. Grijley

Moriconi, A. (2011). La identidad personal. Un derecho que aguarda su pleno ejercicio. *In Iure*, 1.

Fernández Sessarego, C. (2006). *La Constitución Comentada* (vol. 2). Gaceta Jurídica.

García Ricci, D. (2011). *Estado de Derecho y Principio de Legalidad* Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://corteidh.or.cr/tablas/r28801.pdf>

Huamani Benites, R. (2021). *El derecho a la imagen: aspectos legales de la difusión de fotografías en redes sociales* [tesis de maestría, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco]. https://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12918/6253/253T20211100_TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Muñoz Hernández, G. C. (2020). La salvaguarda de los derechos fundamentales de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa en

- el Perú en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En L. R. Sáenz, *El Hábeas Data en la Actualidad*. Centro de Estudios Constitucionales (p. 248). <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/El-Habeas-Data-en-la-actualidad-1-1.pdf>
- Marr, B. (2023). Estos son los 15 mayores riesgos de la IA. *Forbes10years*. <https://forbes.es/tecnologia/316482/estos-son-los-15-mayores-riesgos-de-la-ia/>
- Morales Godo, J. (2005). Artículo 2. En W. Gutiérrez, *La Constitución Comentada* (t. 1). Gaceta Jurídica. <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/constitucion-politica-comentada-gaceta-juridica-tomo-i.pdf>
- Nogueira Alcalá, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Revista Ius Et Praxis*, 13(2), 245-285. <https://n9.cl/6kcgw>
- Orrego, C. (2013). Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19, 311-330. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r32202.pdf>
- Perú 21 (2023, 29 de agosto). Colegio se pronuncia tras caso de ciberacoso: alumnos implicados no asistirán hasta finalizar investigaciones. *Perú21*. <https://n9.cl/l0v0e>
- Presidencia de la República del Perú. (1984). *Decreto Legislativo N.º 295 de 1984. Código Civil*. Diario Oficial *El Peruano* del 25 de julio de 1984.
- Primer Reporte. (s. f.). *El imperio de la ley en el Ecuador actual*. <https://primerreporte.com/el-imperio-de-la-ley-en-el-ecuador-actual/>
- Ramírez Mendoza, S. (2023, 10 de octubre). Clonan rostros de conductoras peruanas de TV para usarlos en la publicidad engañosa: nuevo caso de deepfake y qué medidas de prevención tomar. *El Comercio*. <https://n9.cl/dq3ad>
- Redacción LaVoz. (2023, 25 de agosto). Un grupo de chicas denunció a un compañero que usó IA para «desnudarlas» y subir contenido pornográfico. *LaVoz*. <https://n9.cl/al086>
- Romero, A. (2002). *Globalización y empresa*. Ediciones Unariño. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25216.pdf>
- Roel Alva, L. A. (2021). El Tribunal Constitucional y su importancia en el Estado constitucional de derecho peruano. En E. Alvites Alvites. (Coord.), *La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría*

en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado Maestría en Derecho Constitucional. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/176295/Texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez, F. y Espinoza, A. (2021). *Protección de Datos Personales 2.0. La autodeterminación informativa y tratamiento de datos en redes sociales.* Ius 360. <https://n9.cl/jgerk>

Tableau. (s. f.). *Qué es la inteligencia artificial: definición, historia, aplicaciones y futuro.* <https://www.tableau.com/es-mx/data-insights/ai/what-is>

Tribunal Constitucional. (2003). Expediente N.º 1797-2002-HD/TC. Lima, Sesión de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 4444-2005-PHC/TC. Lima, Sesión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04444-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 6712-2005-HC/TC. Lima, Sesión del Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 1417-2005-AA/TC. Lima, Sesión del Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 4903-2005-PHC/TC. Lima, Sesión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04903-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC. Lima. Sesión del Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N.º 07873-2006-PC/TC. Lima, Sesión de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07873-2006-AC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 01458-2007-PA/TC. Lima, Sesión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01458-2007-AA.html>

- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 0006-2006-PC/TC. Lima, Sesión del Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 4739-2007-PHD/TC. Lima, Sesión de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04739-2007-HD.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 3052-2007-HD/TC. Lima, Sesión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03052-2007-HD.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N.º 0006-2008-PI/TC. Lima, Sesión del Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N.º 02049-2007-PA/TC. Lima, Sesión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02049-2007-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2011). Expediente N.º 1970-2008-PA/TC. Lima, Sesión de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01970-2008-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 02481-2019-HD/TC. Lima, Sesión del Pleno Jurisdiccional.
- Zagrebel'sky, G. (s. f.). *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/03/del-estado-de-derecho-al-estado-constitucional-gustavo-zagrebel'sky.pdf>

SECCIÓN MISCELÁNEA

Medidas cautelares en el proceso constitucional peruano

Precautionary measures in the Peruvian constitutional process

 KARINA FIORELLA APAZA DEL CARPIO*

195

Resumen

En esta oportunidad, consideramos necesario reflexionar acerca de todos aquellos temas que se deben conocer respecto a las medidas cautelares en el proceso constitucional peruano. Con tal objetivo, sintetizamos las discusiones doctrinales relacionadas y comentamos la normativa vigente, teniendo en cuenta la realidad de la cuestión a través de la jurisprudencia especializada. Iniciamos por una precisión básica y fundamental, relacionada con la especial naturaleza de los procesos constitucionales. Luego, continuamos con el análisis específico en relación con las medidas cautelares, como su importancia, evolución, características, vigencia, requisitos, particularidades por cada proceso constitucional, procedencia de costos y costas. Culminamos con la actuación inmediata de sentencia, que, si bien es tratada como una figura independiente, dada su naturaleza cautelar, se incorpora en este trabajo.

* Abogada y bachiller en Ciencias de la Comunicación, especialidad en Relaciones Públicas, por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Egresada del doctorado en Derecho y Maestría en Derecho Civil en la misma Universidad. Actualmente, desempeña el cargo de jueza especializada del Juzgado Constitucional de Arequipa, Perú. Correo electrónico: kadelc@gmail.com.

Palabras clave

Proceso constitucional, protección de derechos constitucionales, medida cautelar

Abstract

On this occasion, we have considered it necessary to reflect on all those issues that should be known regarding precautionary measures in the Peruvian constitutional process, synthesizing the related doctrinal discussions and commenting on current regulations; taking into account, also, the reality of the issue through specialized jurisprudence. Thus, we will begin with a basic and fundamental precision, related to the special nature of constitutional processes; and then continue with the specific analysis in relation to precautionary measures, such as their importance, evolution, characteristics, validity, requirements, particularities for each constitutional process, origin of costs and costs; to culminate with the immediate action of sentence, which although it is treated as an independent figure, given its precautionary nature, is incorporated into this work.

Keywords

Constitutional process, protection of constitutional rights, precautionary measure

Sumario

I. UNA CUESTIÓN QUE DEBE TENERSE PRESENTE: LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES SON DIFERENTES A LOS PROCESOS ORDINARIOS. **II.** LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL. **III.** EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL PERUANO. **IV.** CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL. **V.** REQUISITOS DE FORMA PARA LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES. **VI.** REQUISITOS DE FONDO PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES. **VII.** REGLAS EXPRESAS DE IMPROCEDENCIA EN EL PROCESO CAUTELAR. **VIII.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS DE AMPARO, *HÁBEAS DATA* Y CUMPLIMIENTO. **IX.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE ACCIÓN POPULAR. **X.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. **XI.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO COMPETENCIAL. **XII.** COSTOS Y COSTAS EN PROCESO CAUTELAR. **XIII.** VIGENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XIV.** CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XV.** EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XVI.** IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XVII.** UN CASO ESPECIAL: LA EJECUCIÓN ANTICIPADA O ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA. **XVIII.** CONCLUSIONES.

I. UNA CUESTIÓN QUE DEBE TENERSE PRESENTE: LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES SON DIFERENTES A LOS PROCESOS ORDINARIOS

Antes que nada, es importante tener en cuenta que dentro de un Estado constitucional de derecho debe garantizarse la existencia y efectividad de los procesos constitucionales, puesto que estos se encuentran diseñados para proteger bienes jurídicos fundamentales, como son los derechos constitucionales.

Ahora bien, recordemos que al referirnos a estados constitucionales, aludimos a sistemas jurídicos-político que tienen las siguientes características: **a)** son sistemas que tienen una constitución rígida o formal, en la que se advierta la suprallegalidad de la Constitución; **b)** la Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos, es decir, asume los valores del constitucionalismo como ideología, y **c)** la Constitución, con las características antes señaladas, además tiene que ser practicada, usada desde los parámetros del constitucionalismo (Aguiló, 2001).

Esta última característica —la exigencia de una Constitución suprallegal que se hace viva con la práctica— pone en primer orden a los procesos constitucionales, al diferenciarlos de todos los demás procesos a cargo del Poder Judicial.

197

Así, entonces, para el análisis de cualquier figura jurídica que se pretenda aplicar al proceso constitucional —en este caso la medida cautelar—, debe partirse de la siguiente premisa, que debe preceder a cualquier análisis: el proceso constitucional es diferente a cualquier otro proceso judicial. Por tanto, debe ser tratado y considerado en atención a esta particularidad.

En palabras del máximo intérprete de la Constitución peruana:

La consagración de los procesos constitucionales en la Norma Fundamental otorga a estos un especial carácter que los distingue nítidamente de los procesos ordinarios, cuando menos en cuatro aspectos: **1)** Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional, ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; **2)** Por el rol del Juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; **3)** Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del

proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales, y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no solo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso, a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00607-2009-PA/TC)

Estas diferencias, por tanto, nos obligan a no estandarizar las medidas cautelares, así como alejarnos de una aplicación meramente formal y mecánica que se sustente en la aplicación supletoria del proceso civil al proceso constitucional.

De esta manera, pese a que la propia norma remita al Código Procesal Civil en todo lo que no se encuentre previsto con relación a medidas cautelares, debe tenerse en cuenta en cada caso concreto que la disposición contenida en el artículo IX, segundo párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional señala expresamente que los códigos afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria, siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional.

198

Entonces, no será posible aplicar de manera mecánica las normas de códigos afines, por lo que es indispensable el análisis respecto a si las disposiciones creadas para procesos ordinarios favorecen al proceso en la protección de derechos constitucionales.

II. LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Respecto a la tutela cautelar, Calamandrei (1945) señaló lo siguiente: «[...] es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia» (Calamandrei, 1945). Así también, Ledesma (2008) expresa sobre la cautela:

[...] está vinculada a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. En ciertos casos, se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es,

que la sentencia no sea ineficaz en razón de que al haber transcurrido un tiempo ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

Sobre el particular, ha señalado el Tribunal Constitucional peruano:

«Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta». (Tribunal Constitucional, 2006)

A partir de lo anterior, debemos precisar que las medidas cautelares, como herramientas de la tutela cautelar, son mecanismos que, en protección de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, permiten evitar perjuicio irreparable para la parte demandante, en la espera de pronunciamiento firme por el órgano jurisdiccional.

199

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales —reconocidos por la Constitución, la Ley o dicha Convención—, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

En nuestro país, este denominado recurso de defensa de derechos constitucionales está constituido por los procesos constitucionales, los que, conforme al artículo 200 de la Constitución Política del Perú, están clasificados de la siguiente manera: hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular y cumplimiento (denominados de **defensa de la libertad**); así como, de inconstitucionalidad (**de control orgánico**). Asimismo, se tiene como proceso constitucional al proceso competencial, que desarrolla la atribución asignada al Tribunal Constitucional en el artículo 202.3 de la Constitución.

Además, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional peruano, son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales

reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa.

El Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que, la efectividad de la tutela atraviesa, *prima facie*, todos los contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional y se constituye en uno de sus elementos indispensables, no solo en lo que se refiere al proceso de amparo, sino subsidiariamente en el procedimiento cautelar, dado su carácter instrumental en la consecución de una resolución que realice los fines comunes a todos los procesos constitucionales: proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía jurídica de la Constitución. (Tribunal Constitucional, 2006)

De esta manera, si se tiene en cuenta que, conforme se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad (caso Proceso de inconstitucionalidad contra el D.U. N.º 055-2001, y la Ley N.º 27684, 2004), la posibilidad de incorporar dentro de la estructura del proceso constitucional a la interposición de medidas cautelares se constituye como un mecanismo efectivo que coadyuva en la consecución de los fines de los procesos constitucionales, garantizando que la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado no se convierta en irreparable.

Por tanto, la importancia de las medidas cautelares en el proceso constitucional radica en que, con ellas, la parte agraviada con la vulneración o amenaza de derechos constitucionales puede obtener protección rápida y efectiva que permita suspender el acto vulneratorio o sus consecuencias, o evitar que este se consuma.

III. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL PERUANO

El 07 de diciembre de 1982, se expide la Ley N.º 23506 o *Ley de hábeas corpus y amparo* que, si bien no contiene disposiciones específicas respecto a medidas cautelares, en su artículo 31 establecía que, «[a] solicitud de parte y en cualquier momento, el Juez podrá disponer la **suspensión del acto que dio (lugar) al reclamo**, cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere procedentes». Esta suspensión del acto reclamado constituye en sí una medida cautelar tendiente a asegurar que, por el paso del tiempo, no se pierda eficacia en la protección del derecho objeto de protección.

Luego, el 31 de mayo de 2004 se publica la Ley N.º 28237 – Código Procesal Constitucional que, dentro del Título I, dedica en los artículos 15 y 16 disposiciones sobre medidas cautelares.

Actualmente, desde el 23 de julio de 2021, se encuentra vigente la Ley N.º 31307 que, dentro del Título I, Capítulo II, artículos 18 a 20, contiene disposiciones referidas a medidas cautelares en procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Así también, en los artículos 93 y 110, se tienen disposiciones respecto a medidas cautelares en procesos de acción popular y competencial.

Entre el antiguo y el nuevo Código Procesal Constitucional no existen diferencias sustanciales respecto al tratamiento de medidas cautelares, pues se mantiene la misma técnica legislativa, salvo si la pretensión estuviese dirigida a dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de la aplicación de la legislación regional o municipal, tema respecto del cual la norma derogada establecía un procedimiento diferenciado que exigía traslado de la medida cautelar a la parte afectada y participación del Ministerio Público¹.

Sobre esto último, cabe recordar que el Tribunal Constitucional validó este procedimiento especial, declarando infundada una demanda de inconstitucionalidad que planteó la Defensoría del Pueblo, señalando entre otros fundamentos que tiene por finalidad evitar que se interpongan medidas cautelares que dificulten la actuación de los gobiernos locales y regionales, así como que su establecimiento representa la existencia de mecanismos que garantizan una tutela cautelar razonable, en cuanto buscan persuadir a los justiciables de la presentación excepcional de los respectivos pedidos de medida cautelar, en el caso del cuestionamiento a los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales. (Tribunal Constitucional, 2006)

Coincidiendo con la crítica (Abad, 2009), consideramos que el procedimiento especial señalado generaba una diferenciación injustificada en el tratamiento de medidas cautelares, más aún que, para el caso de actos administrativos relacionados con leyes o reglamentos (amparo contra normas), no se establecía el alcance de dicho procedimiento especial. Además, en la práctica, en ninguno de los casos de medidas cautelares respecto de actos administrativos relacionados con legislación municipal o regional se apersonó el Ministerio Público.

¹ El artículo 15 del derogado Código Procesal Constitucional tenía el siguiente texto en el extremo analizado: «[c]uando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad».

De esta manera, consideramos acertada la decisión de eliminar dicho procedimiento especial, discrepando con las voces que llaman la atención por su no incorporación. (Beaumont, 2022)

Cabe hacer mención de que con la expedición de la Ley N.º 31583, del 05 de octubre de 2022, se ha retornado al procedimiento excepcional; esta vez, para los supuestos de medidas cautelares respecto de procesos de selección de obras públicas o de la ejecución de estas, en los cuales se exige, además de la presentación de una carta fianza, y bajo sanción de nulidad, que se traslade la medida cautelar a la parte demandada por el plazo de 10 días; para luego, la Sala Superior² resolver la oposición en el plazo de 05 días. Dada la trascendencia de este tipo de medidas cautelares, resulta prudente realizar un procedimiento especial. Sin embargo, pueden presentarse problemas respecto al tiempo que demore el procedimiento; por ejemplo, si la ejecución de la obra requiere ser paralizada de inmediato porque vulnera derechos constitucionales. Sobre este punto, sería mucho más práctico establecer la posibilidad de audiencia en la que los sujetos procesales puedan debatir y exponer sus argumentos directamente ante el juez, lo que ayudaría no solo a resolver más rápido, sino que también propiciaría la rapidez en la ejecución de la medida, en tanto que, terminada la audiencia, ya sería ejecutable, lo que ayudaría mucho en casos particularmente sensibles en los que sí se advierta vulneración.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Es importante destacar que el Nuevo Código Procesal Constitucional, siguiendo a su predecesor, ha establecido la aplicación supletoria de las reglas que, sobre esta materia, recoge el Código Procesal Civil, en el Título IV de la Sección Quinta, denominado proceso cautelar.

En este sentido, resulta de importancia tener en cuenta que la medida cautelar que se trabe en el proceso constitucional importa un prejuzgamiento, es provisoria, instrumental y variable, como lo prescribe el artículo 612 del Código Procesal Civil.

Es provisoria, en tanto que su vigencia está supeditada a la sentencia firme expedida en el proceso principal y definitivo al cual está subordinado el proceso cautelar (Carnelutti, 1959).

² Recuérdese que, en los supuestos mencionados, es competente para conocer el proceso principal la Sala Superior Constitucional o Civil.

Así, una vez se decida el fondo del asunto de manera definitiva en forma favorable a la parte demandante, la medida cautelar desaparece como tal, convirtiéndose en medida ejecutiva.

Sin embargo, si la sentencia definitiva desestima la demanda, la medida cautelar se extingue de manera automática, quedando sin efecto todo lo actuado en el cuaderno incidental en el que se tramitó.

Es instrumental y accesoria, porque sirve a la eficacia del proceso principal del cual depende, «constituye de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva que, a su vez, es el medio elegido para la actuación del derecho» (Ottolenghi, 1946). De allí que, como veremos más adelante, sea un requisito para la concesión de medida cautelar en el proceso constitucional la adecuación de la medida.

Es variable, lo que implica que, en tanto cambien las circunstancias que motivaron su expedición, existe la posibilidad de que sea modificada por el órgano jurisdiccional. Ello, porque la resolución que concede una medida cautelar no genera la calidad de cosa juzgada, por lo que es permisible su sustitución total o parcial, claro está, siempre y cuando los nuevos hechos o elementos de convicción hagan necesaria la decisión y permitan justificarla.

V. REQUISITOS DE FORMA PARA LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. Juez competente

En aplicación supletoria del primer párrafo del artículo 608 del Código Procesal Civil, será competente el juez de la demanda principal, esto es, quien se encuentra habilitado para conocer las pretensiones de la demanda.

Por ejemplo, si la demanda se presentó ante el Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, será este órgano jurisdiccional el único ante quien podrá presentarse solicitud de medida cautelar.

2. Previa presentación del escrito de demanda

Como se desprende del último párrafo del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en el proceso constitucional solo son procedentes las medidas cautelares dentro de proceso, lo que genera una primera inquietud respecto a la oportunidad para presentar una solicitud de medida cautelar.

Una primera tesis, siguiendo las normas del proceso civil, exigirá como requisito de admisibilidad de la solicitud cautelar la existencia previa de auto que admite a trámite la demanda. Ello, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 640 del Código Procesal Civil, a la solicitud cautelar debe agregarse copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Así, dentro de la práctica judicial, algunos consideran que la parte solicitante debe esperar a que se le notifique con el auto que admite a trámite la demanda para encontrarse habilitada a presentar una solicitud cautelar.

Una segunda tesis —que postulamos— sostiene que podrá interponerse de manera simultánea el escrito de demanda y la medida cautelar, a efecto de evitar el perjuicio que podría ocasionar en la parte solicitante y el tiempo que tome la calificación de la demanda, el que por más breve que sea, puede generar irreparabilidad. Así, sostenemos que, en aplicación del principio de adecuación³, el órgano jurisdiccional constitucional puede resolver la solicitud de medida cautelar, inmediatamente después de que califique la demanda positivamente.

3. Contracautela excepcional

204

Bajo una mirada formalista, podría considerarse que, al no haberse excluido por el artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional la aplicación de los artículos 610.4 y 613 del Código Procesal Civil, referidos a la contracautela, debería exigirse la misma con la presentación de la medida cautelar.

Sin embargo, nuevamente, atendiendo a la naturaleza del proceso constitucional y a los principios de adecuación y gratuidad, consideramos que el ofrecimiento de contracautela debe ser un requisito excepcional, pero no la regla general. Ello, porque en el proceso constitucional no se decide sobre contenido patrimonial, sino sobre la protección de derechos constitucionales. Por tanto, será el órgano jurisdiccional, en cada caso concreto, el que establecerá la necesidad o no de contracautela, motivando su necesidad al declarar la inadmisibilidad de la medida cautelar, de considerarla necesaria.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el pleno jurisdiccional constitucional señalando que la imposición de contracautela debe ser excepcional y proporcional, es decir, solo para materias que tengan contenido patrimonial y en los casos que el

³ Artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional: «[...] el juez y el Tribunal Constitucional **deben** adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales».

juzgador creyere pertinente. Además, es fundamento de esta posición lo decidido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 607-2009-PA/TC, que está referida a la actuación inmediata de sentencia, para la que no se requiere contracautela.

Es de precisar que con la modificación del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante Ley N.º 31583, en el caso de medida cautelar sobre selección de obras públicas o de ejecución de estas, es obligatoria la presentación de contracautela consistente en una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento en favor del Estado, con una vigencia no menor de 6 meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad con clasificación de riesgo B o superior autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar considerados en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. Al respecto, repetimos la necesidad de prudencia respecto a este tipo de medidas cautelares, pero la misma obligaba también a ponerse en el supuesto de que exista manifiesta vulneración de derecho constitucional y se requiera la expedición de la medida, pero no se cuenta con carta fianza; por lo que consideramos que debieron permitirse supuestos de excepción de este requisito.

4. Cuaderno incidental

Una vez presentada la solicitud de medida cautelar se generará un cuaderno incidental, en el cual se emitirán todos los actos procesales correspondientes, en tanto que el proceso cautelar mantiene autonomía del proceso principal, lo que también se reconoce en el artículo 635 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso constitucional.

Por ello, es importante, primero, que se presente la solicitud cautelar en un escrito diferente al de la demanda; y, segundo, que cuando se presente un escrito relacionado con la medida cautelar, se verifique, por quien presente el escrito, que este sea ingresado en el cuaderno cautelar. Ello, a efecto de evitar dilaciones innecesarias en el trámite del proceso cautelar.

Es muy importante tener en cuenta que la admisión de una demanda de proceso constitucional no implica la suspensión del acto que se considera vulnera o amenaza el derecho constitucional objeto de protección. Por tanto, si existe urgencia de protección constitucional, la defensa de la parte demandante deberá presentar una medida cautelar. Esta es una obligación y responsabilidad de la defensa de la parte demandante.

En nuestra experiencia, hemos visto muchos casos en lo que, erróneamente, los abogados consideran que la sola admisión de la demanda implicará el cese del acto vulnerador. De este modo, no presentan al órgano jurisdiccional el escrito de medida cautelar, responsabilizando al órgano jurisdiccional por los perjuicios que se ocasionen, si es que el derecho constitucional materia de proceso se convierte en irreparable.

5. ¿Es posible dictar medida cautelar de oficio?

El Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) establece que el proceso constitucional debe desarrollarse teniendo presente el principio de adecuación o «flexibilización», por el cual el órgano jurisdiccional tiene el **deber** de adecuar la exigencia de formalidades previstas en el Código, al logro de los fines de los procesos constitucionales⁴.

La norma adjetiva constitucional comentada regula las medidas cautelares, en los artículos 18 y 19, sin que se establezca de manera expresa y, como requisito obligatorio, su presentación por escrito.

206

Por tanto, si bien por regla general y en aplicación supletoria del Código Procesal Civil las medidas cautelares deben ser interpuestas por escrito, consideramos que, en aplicación del principio de adecuación y por razones debidamente justificadas, la justicia constitucional puede actuar de oficio en la concesión de medidas cautelares.

En nuestra experiencia en la judicatura tuvimos la oportunidad de conocer el caso 421-2023-0-0401-JR-DC-01, sobre persona en estado de vulnerabilidad por tener enfermedad autoinmune, la misma que, pese a haber solicitado realizar teletrabajo amparada en la Ley N.º 31572, no recibió respuesta a su solicitud y, a pesar de que la propia Ley establecía que la falta de respuesta tenía consecuencias de silencio positivo, era obligada a trabajar presencialmente, pese a los ajustes razonables que debía realizarse por su condición de salud. En dicho caso, se levantó acta en la que la persona beneficiaria del proceso solicitaba se adopten por el Juzgado las medidas necesarias en protección de derechos constitucionales y en la que señaló que no tenía las condiciones económicas para contar con defensa privada y con necesidad de atención por la justicia constitucional, así como que,

⁴ Conforme al artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa.

al acudir a la defensa pública y consultorios jurídicos gratuitos, se le informó que podría ser asesorada u orientada, mas no llevar su caso, porque ellos «no ven ese tipo de casos»⁵.

Cabe señalar que la beneficiaria del proceso acudió al Juzgado Constitucional de Arequipa, con su estado de salud realmente deprimido, cojeando y con los dedos de las manos totalmente contraídos como resultado de la actividad de una enfermedad autoinmune, pidiendo teletrabajar para no tener que ser vista en ese estado por sus compañeros de trabajo.

VI. REQUISITOS DE FONDO PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES

Están consignados en el Artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional y coinciden con los que requiere la teoría general del proceso para toda medida cautelar (apariencia de derecho, peligro en la demora y adecuación). Sin embargo, ello no nos debe llevar a una mirada formalista, tal y como recalca el Tribunal Constitucional:

El desarrollo civilista realizado de la tutela cautelar debe ser leído desde la Constitución, de lo contrario estaríamos ante una medida cautelar vacía de contenido constitucional sustantivo, propia de un modelo de Estado de Derecho formalista y ritualista, donde el legislador regulaba los procesos de forma abstracta, avalorativa y neutral frente a la Constitución. Sin embargo, en el Estado Democrático y Social de Derecho, la Constitución, y no la ley, es la fuente del derecho; pero no cualquier noción de Constitución —normativa, avalorativa y formal—, sino una Constitución que adquiere fuerza normativa en el cumplimiento de los fines y deberes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, sobre la base del respeto de la persona humana. En consecuencia, la medida cautelar es un instituto procesal, pero al igual que existen procedimientos especiales, también resulta legítimo que se diferencie por la naturaleza de los bienes a cautelar.

Cabe advertir que, para la expedición de medida cautelar, debe verificarse la concurrencia de todos los requisitos; de tal manera que, a falta de uno solo de ellos, la consecuencia será la denegación de la solicitud. Además, debe de analizarse la irreversibilidad, el orden público y el perjuicio que se puede ocasionar.

⁵ Análisis aparte merece la situación de la defensa pública en procesos constitucionales, la que no se viene efectivizando a pesar de lo que dispone el Nuevo Código Procesal Constitucional.

1. Apariencia del derecho

Se refiere a lo que la teoría del proceso denomina *fumus bonis iuris*, que en el proceso constitucional debe ser entendido como la probabilidad de que el solicitante sea objeto de vulneración o amenaza de derechos constitucionales por la parte demandada.

Nótese que enunciamos «probabilidad» y no simplemente «posibilidad», porque las medidas cautelares que se solicitan en el proceso constitucional son de tutela anticipada (de innovar o de no innovar), de modo que, el análisis de apariencia debe ser más riguroso en estos casos. Además, porque en el artículo 18 del Nuevo Código Procesal Constitucional se señala que las medidas cautelares deben limitarse a garantizar el contenido de la pretensión constitucional.

Para entender esto último, debemos precisar que la doctrina identifica dos tipos de tutela cautelar. Una asegurativa (la anotación de demanda, por ejemplo), que busca mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente se desarrollen los efectos de la sentencia principal, se hagan sin obstáculos y con toda plenitud; para cual se requiere un análisis de simple verosimilitud del derecho, entendiendo lo verosímil como «posiblemente cierto» (Rivas, 2000).

Otra tutelar cautelar es la anticipatoria, que procura una satisfacción del derecho de fondo, a pesar de no tener una condena expresa y con certeza, ya que el objeto de la cautela se identifica con el objeto de la pretensión, existiendo coincidencia entre lo reclamado y lo anticipado. La reposición en el cargo, en un amparo laboral; la restitución de la pensión suspendida, en el amparo previsional; la suspensión de los efectos del acto administrativo cuestionado; son ejemplos de este tipo de tutela, respecto de la cual los presupuestos serán de mayor intensidad, requiriéndose juicio de probabilidad. (Ledesma, 2018)

Asimismo, es importante precisar que el análisis de apariencia del derecho debe realizarse a partir de los argumentos enunciados y elementos de convicción acompañados en la solicitud cautelar. En este sentido, viene resolviendo el Juzgado Constitucional de Arequipa (2021), que se pronuncia con las siguiente palabras:

Estando a que se trata de medida cautelar innovativa, en la que se requiere la modificación de la realidad existente, solicitado en buena cuenta —la reposición de la demandante a su anterior puesto de trabajo—, debe verificarse no solo que los hechos alegados tengan apariencia de constituir vulneración de derecho constitucional, sino, además, que, los recaudos acompañados permitan advertir, en grado de apariencia, que dichos hechos sean verdaderos

De esta manera, se destaca la necesidad de que se realice una labor de verificación entre los hechos alegados y los elementos de convicción acompañados a la medida cautelar.

2. Peligro en la demora

El Nuevo Código consigna como otro requisito de la medida cautelar el que «exista certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable».

Huelga hacer mención de que la técnica legislativa utilizada no es la adecuada, en tanto que se solicita «certeza razonable», lo cual resulta incongruente; primero, porque la certeza no tiene posibilidad de ser razonable o irrazonable y segundo, porque en el proceso cautelar no es posible hablar de certeza. Cabe señalar que esta mala redacción ya ha sido objeto de crítica, en cuanto a la aparente contradicción al exigirse certeza en un escenario cautelar. (Espinoza-Saldaña, 2021)

Se entiende que lo que se quiso abordar con esta mala redacción, es lo que la doctrina denomina *periculum in mora* o peligro en la demora, supuesto para el que debe analizarse la «justificación del peligro que representa el perjuicio que, de no acordarse la suspensión de la ejecución del acto cuestionado con el proceso constitucional, se ocasionaría al demandante» (Tribunal Constitucional, 2006).

Se trata de luchar contra el tiempo, a efecto de evitar la irreparabilidad del derecho objeto de protección. Así, por ejemplo, frente a personas en estado de vulnerabilidad, la medida cautelar asegura la protección del derecho constitucional evitando mayor perjuicio.

3. Adecuación de la medida

El Código exige que el pedido deba ser adecuado o razonable. Ello significa que la pretensión cautelar debe estar relacionada con la pretensión principal; «debe existir correlación entre el pedido cautelar concreto y la situación de la que es objeto aquel». (Monroy, 2004)

En palabras del Tribunal Constitucional, este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue. (Caso proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28237, 2006).

De esta manera, cuando el órgano jurisdiccional califique una solicitud de medida cautelar, deberá verificar que el petitorio cautelar, esté relacionado con la pretensión principal a la que está subordinado. Así, también lo reconoce el Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa cuando señala: «las medidas cautelares se dictan para asegurar la pretensión principal y atendiendo a que lo que se pide como ampliación de medida cautelar, no forma parte de la pretensión principal, sería imposible para este Despacho, autorizar una medida cautelar que no garantice ninguna medida que pueda dictarse en el expediente principal» (Caso Edmundo David Monteverde Valverde, 2020).

VII. REGLAS EXPRESAS DE IMPROCEDENCIA EN EL PROCESO CAUTELAR

Como señalamos anteriormente, el proceso constitucional se distingue de los demás procesos y, por tanto, pese a que sigue las reglas del Código Procesal Civil, en forma supletoria, existen prohibiciones expresas que se consignan en el último párrafo del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Así tenemos:

1. No procede la medida anticipada

La norma adjetiva constitucional establece prohibición expresa para el proceso constitucional, del artículo 618 del Código Procesal Civil, que prevé la medida anticipada, entendida como aquella que se dicta por la judicatura, a efecto de evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. Así, se tiene que, en el proceso civil, si se hubiera ejecutado una medida cautelar sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore con el tiempo u otra causa, puede ordenarse su enajenación previa citación a la parte contraria. Asimismo, el dinero que se obtenga mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad.

Al respecto, es de tener en cuenta que, como el proceso constitucional no tiene fines indemnizatorios, carecería de objeto que en él se traben medidas cautelares respecto de bienes perecibles o que pierdan su valor.

2. No proceden medidas cautelares fuera de proceso

En el proceso civil, se prevé la posibilidad de solicitar tutela cautelar antes de la interposición de la demanda, lo cual no es aplicable al proceso constitucional, en tanto que existe prohibición de aplicación del artículo 636 del Código Procesal Civil. Por tanto, no debe olvidarse que, si se considera necesario solicitar una medida cautelar, deberá presentarse previamente una demanda.

Pese a esta disposición expresa que establece la norma, muchos abogados de la defensa vienen presentando medidas cautelares fuera de proceso que son declaradas improcedentes, con el perjuicio de tiempo y oportunidad que significa para la parte demandante esta mala práctica⁶.

3. No procede el embargo

De manera genérica, el Nuevo Código Procesal Constitucional establece que no son de aplicación al proceso constitucional los artículos 642 al 672 del Código Procesal Civil, que son precisamente los que establecen las reglas del embargo.

En tal sentido, no son procedentes en el proceso constitucional: el secuestro y el embargo, en forma de inscripción, de retención, de intervención en recaudación, de intervención en información, así como de administración de bienes.

VIII. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS DE AMPARO, CUMPLIMIENTO Y HÁBEAS DATA

El artículo 18 del Nuevo Código Procesal Constitucional —repetiendo la redacción del artículo 15 de la norma adjetiva constitucional que lo precedió— establece que se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 17 de este código. Dicho de otro modo, establece la procedencia de medidas cautelares en estos procesos constitucionales.

Una **primera** cuestión que surge respecto a la redacción del artículo citado es que pareciera que se pretende diferenciar entre medidas cautelares y de suspensión del acto reclamado. Coincidimos con quienes afirman que, en realidad, se utiliza la expresión «suspensión del acto reclamado», para «reconducir a la figura tradicional conforme ha sido concebida en los ordenamientos de México y Argentina y recogida en la versión original del artículo 31 de la Ley 23506» (Mesía, 2004).

⁶ Solo en el Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, por ejemplo, se emitió pronunciamiento de casi 20 solicitudes de medidas cautelares fuera de proceso, en los expedientes: 166-2020-72-0401-JR-DC-01, 170-2020-9-0401-JR-DC-01, 13-2020-28-0401-JR-DC-01, 828-2019-90-0401-JR-DC-01, 827-2019-53-0401-JR-DC-01, 804-2019-11-0401-JR-DC-01, 815-2019-19-0401-JR-DC-01, 586-2019-96-0401-JR-DC-01, 223-2019-98-0401-JR-DC-01, 219-2019-51-0401-JR-DC-01, 136-2019-81-0401-JR-DC-01, 94-2019-97-0401-JR-DC-01, 37-2019-66-0401-JR-DC-01, 891-2018-66-0401-JR-DC-01, 840-2018-95-0401-JR-DC-01, 400-2016-6-0401-JR-DC-01.

Paréntesis aparte, estos casos pueden servir de insumo para un estudio de investigación que permita revelar la necesidad de capacitación en materia procesal constitucional de nuestros abogadas y abogados.

Un **segundo** punto es la remisión errada al artículo 17 como límite en la concesión de medidas cautelares, en tanto que, si acudimos a dicha disposición, podremos advertir que está relacionada con la responsabilidad del agresor, que debe ser materia de pronunciamiento en la sentencia. En otras palabras, no tiene relación alguna con limitaciones a la medida cautelar. Ahora bien, revisando el artículo 15 del antiguo Código Procesal Constitucional, tenemos que la limitación está relacionada con los supuestos de amparo en contra de la norma. Por tanto, la remisión en el Nuevo Código Procesal Constitucional debió estar consignada con remisión al artículo 8 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Grave error de redacción, que tristemente no es el único que se ha podido advertir en este cuerpo normativo que tiene vigencia desde julio de 2021.

En **tercer** lugar, entrando en materia, es necesario analizar qué medidas cautelares pueden solicitarse en el proceso constitucional. Recordemos que el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: «las medidas cautelares están destinadas a neutralizar la posible ineficacia del proceso principal, **a fin de garantizar la conservación o modificación** de la situación jurídica existente según el contenido de la pretensión» (Caso Municipalidad Distrital de Barranco, Lima - Auto de Medida Cautelar, 2021).

212

En este sentido, teniendo en cuenta lo anterior y la autorización para acudir al Código Procesal Civil que realiza el Nuevo Código Procesal Constitucional en su artículo 19, último párrafo, podemos afirmar que las medidas cautelares que pueden interponerse en el proceso constitucional son las siguientes:

1. Medida cautelar de innovar

Conforme al artículo 682 del Código Procesal Civil, proceden ante la inminencia de un perjuicio irreparable, y están destinadas a **reponer** un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es, el sustento de la demanda. Se resalta su excepcionalidad, por lo que solo se concederán cuando no resulte aplicable otra medida prevista en la ley.

Asimismo, su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y el adecuado aseguramiento de la decisión final a cuyos extremos deberá limitarse.

Como ejemplo de estas medidas, tenemos los casos de amparo laboral por despido nulo, practicado en contra de la mujer por su estado de embarazo. En estos casos, se solicita medida cautelar con el objeto de que el órgano jurisdiccional

reponga en sus labores a la solicitante, más aún que el despido genera la imposibilidad de gozar de las prestaciones de los servicios de salud que brinda ESSALUD o EPS, lo que resulta primordial ante el estado de gestación.

Como vemos, con las medidas innovativas se pretende cambiar la situación existente al momento de la solicitud. Así, en el ejemplo propuesto, concedida la medida cautelar, la parte demandante cambiará su condición de «despedida» a «repuesta» en su trabajo.

2. Medida cautelar de no innovar

Conforme al artículo 687 del Código Procesal Civil, proceden ante la inminencia de un perjuicio irreparable, están destinadas a **conservar** la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda. Su concesión es también excepcional; esto es, cuando no resulte de aplicación otra medida cautelar prevista en la Ley.

En la disposición citada, el Código Procesal Civil agrega que este tipo de medidas debe encontrarse relacionada con las personas y bienes comprendidos en el proceso.

Así, por ejemplo, constituye medida de no innovar la solicitud de suspensión de los efectos de las resoluciones administrativas, cuya nulidad es objeto de la pretensión principal en proceso de amparo.

Luego, la suspensión del acto violatorio constituye, en realidad, una medida cautelar de no innovar, pues «la suspensión encierra en rigor, una orden de no innovar en forma de mandamiento de prohibición. El destinatario de esa orden —sea autoridad o particular— debe paralizar su actividad, debe dejar de hacer. No se le impone nada positivo, sino algo negativo: abstenerse». (Bidart, 2018).

3. Inscripción de demanda

Aunque en la práctica no es una medida muy solicitada —a diferencia de los procesos civiles, en los que es la más requerida—, nada impide que pueda ser utilizada en el proceso constitucional, en aplicación supletoria del artículo 673 del Código Procesal Civil, que establece que, cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo; siendo que, para su ejecución, el órgano jurisdiccional remitirá partes

al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

Un ejemplo para la aplicación de esta medida lo tenemos en los casos en que, en protección del derecho de propiedad, se interpone proceso de amparo, solicitando la reversión de propiedad del bien inscrito a nombre del Estado cuando se realizó sin procedimiento de expropiación.

4. Medidas cautelares específicas en procesos de hábeas data

El artículo 58 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece para el proceso de hábeas data las siguientes medidas cautelares adicionales:

- Que mientras dure el proceso, se inscriba en el registro o banco de datos que, la información cuestionada está sometida a un proceso constitucional.
- Disponer el bloqueo o la suspensión provisional de la difusión del dato o de la información sometida al proceso, cuando sea manifiesto su carácter discriminatorio, falso, inexacto o si contiene información sensible o privada cuya difusión pudiese causar un daño irreparable.
- La colocación de sellos de seguridad en los ambientes de las entidades, la incautación por parte del juez y la verificación o reproducción de la información, cuando el juez aprecie riesgo de su ocultación, desaparición o destrucción.

En **cuarto** lugar, es importante realizar algunas reflexiones respecto al **trámite** de la medida cautelar en los procesos materia de análisis, las cuales, por razones de espacio, sintetizamos en los siguientes puntos:

- Se conceden a solicitud de parte, no de oficio; a excepción de las medidas específicas en hábeas data que, conforme al artículo 58 del Nuevo Código Procesal Constitucional, también pueden imponerse de oficio.
- Se conceden sin traslado a la parte demandada (*inaudita parte*)
- Con la resolución que concede la medida cautelar, también notificarse a la parte demandada con la solicitud cautelar y sus anexos. En garantía del derecho de defensa, teniendo en cuenta que las medidas que se conceden son de innovar y de no innovar, en su mayoría.
- La parte demandada tiene posibilidad de oponerse a la medida cautelar, para que el propio Juez que la dictó la deje sin efecto.

IX. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

El artículo 93 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que, en el proceso de acción popular, sí procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado.

Asimismo, se precisa que el contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.

Sobre este punto, cabe advertirse que resulta justificada la restricción para la presentación de la medida cautelar en proceso de acción popular, consistente en que deberá esperarse a la existencia de pronunciamiento de primera instancia, atendiendo a la inaplicación general de la norma reglamentaria que tiene como consecuencia la estimación de la demanda en este tipo de proceso constitucional.

X. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Nuevo Código Procesal Constitucional no establece, de manera expresa, posibilidad de emisión de medida cautelar en proceso de inconstitucionalidad, pero tampoco la niega.

215

Un dato curioso es que, en el dictamen recaído en los proyectos de ley que dieron lugar a la Ley N.º 31307 – Nuevo Código Procesal Constitucional, no se justifica la razón por la que se decidió dejar de consignar el texto del artículo 105 del antiguo Código Procesal Constitucional, en el que se negaba expresamente la admisión de medidas cautelares en el proceso constitucional.

Ante el silencio de la norma, será el máximo intérprete de la Constitución el que, a través de la jurisprudencia, establezca los criterios que permitirán o no la procedencia de medida cautelar en proceso constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que, conforme a la legislación vigente, nada impide que se decante por la posibilidad de conceder medidas cautelares en procesos de inconstitucionalidad, suspendiendo, por ejemplo, la vigencia de la norma hasta que se emita la sentencia definitiva (suspensión del acto violatorio como medida de no innovar). Debe considerarse en este punto que, en casos de evidente inconstitucionalidad de la norma, cada día de su vigencia es una agresión al Estado constitucional de derecho.

No compartimos la tesis del profesor y magistrado Figueroa (2013), cuando justificando la improcedencia de medidas cautelares en proceso de inconstitucionalidad al señalar lo siguiente:

Dicha improcedencia se debe a que estamos frente a un proceso de control concentrado en puridad a cargo del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. No existe, bajo esa lógica, otra instancia de reexamen de esta decisión, salvo la jurisdicción supranacional. Sin embargo, esta ciertamente no es competente respecto de medidas cautelares, sino de decisiones de fondo y siempre que se cumplan las condiciones predeterminadas, entre otras, de decisión denegatoria en sede nacional, que exista responsabilidad del Estado peruano y que se recurra al sistema interamericano en el plazo de seis meses de concluida la controversia en sede nacional.

Y es que la concesión de medidas cautelares no encuentra justificación o rechazo solo teniendo en cuenta el órgano que debe emitirlas, sino a la necesidad de protección urgente e inaplazable de los derechos constitucionales objeto de proceso. Por tanto, reiteramos que, vía jurisprudencia, deben establecerse los supuestos de procedencia específicos para la emisión de medidas cautelares en procesos de inconstitucionalidad.

XI. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO COMPETENCIAL

El nuevo Código Procesal Constitucional permite la procedencia de medida cautelar en proceso competencial. Así, en su artículo 110 establece que el demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Esto es, la decisión que se emite por el Poder Ejecutivo, Gobierno Regional, Gobierno Municipal, Poder del Estado u órgano constitucional, que la parte demandante considera que contiene afectación de competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otra entidad.

Asimismo, la misma disposición procesal constitucional señala que cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, este podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la norma adjetiva constitucional condiciona la aprobación de la medida cautelar en proceso competencial a la conformidad en la votación de cinco de los siete magistrados que conforman el Tribunal Constitucional. Esto quiere decir que la concesión de medida cautelar en proceso competencial requiere mayoría absoluta.

XII. COSTOS Y COSTAS EN PROCESO CAUTELAR

Corresponde su imposición únicamente si en el proceso principal no se reconoce el derecho reclamado por el demandante a quien se concedió medida cautelar, debiéndose proceder a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. Así lo dispone el artículo 20, segundo párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional, que repite exactamente la redacción del artículo 16, tercer párrafo, del derogado Código Procesal Constitucional.

Además, la norma establece que, además de los costos y costas, el afectado puede promover la declaración de responsabilidad, solicitando la indemnización correspondiente. Si el órgano jurisdiccional estima la petición, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal.

Asimismo, se prescribe que la resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo, la cual establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.

Dos son los aspectos sobre los que queremos poner atención en cuanto al tema en análisis. El primero, en cuanto a que, en el texto del antiguo y el nuevo Código Procesal Constitucional, se copia la fórmula diseñada en el artículo 621 del Código Procesal Civil. Sin embargo, el último párrafo del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que no es aplicable al proceso constitucional dicho artículo del Código Procesal Civil. Otro más de los errores de redacción de los que adolece la actual normatividad adjetiva constitucional.

El segundo, es un cambio de paradigma, pues hemos repetido hasta el cansancio que el proceso constitucional no tiene fines indemnizatorios; sin embargo, la norma establece un supuesto de indemnización en el proceso cautelar, aspecto que nos debe llevar a reflexionar, en próximas investigaciones, sobre la posibilidad y/o necesidad de incorporar medidas de reparación indemnizatorias también en el proceso principal.

XIII. VIGENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

El artículo 20, primer párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional, es idéntico al artículo 16, primer párrafo, del antiguo Código Procesal Constitucional, en cuanto al siguiente texto: «[1]a medida cautelar se extingue

de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada».

La cuestión problemática que aquí se presenta es qué sucede con la medida cautelar si es que la Sala Superior, pronunciándose sobre el recurso de apelación, revoca la sentencia emitida por el Juez Especializado que declaró fundada la demanda, y se encuentre pendiente de pronunciamiento el recurso de agravio constitucional por el Tribunal Constitucional. Existen dos posibles respuestas.

La primera consistente en que los efectos de la medida cautelar deben mantenerse a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que conforme al artículo 16 del Nuevo Código Procesal Constitucional es el único que genera cosa juzgada. A lo que se agrega que en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo se prohíbe la aplicación del artículo 630 del Código Procesal Civil, el cual establece como regla general para el proceso civil que si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Si esta disposición no es aplicable al proceso constitucional, entonces, en el proceso constitucional, la medida cautelar no queda cancelada con la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda.

218

Una segunda respuesta, en el sentido de que la medida cautelar debe cancelarse, tiene como sustento el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2020), el cual establece que una vez revocada la sentencia de primer grado, no será posible disponer ni continuar su ejecución, porque ha perdido virtualidad; de lo que podría interpretarse que la apariencia del derecho también ha perdido virtualidad, más aún cuando la medida cautelar está subordinada al proceso principal, lo que llevaría a dejar sin efecto la medida cautelar.

Pareciera que la primera solución es la que debe interpretarse del texto normativo en análisis. Ello atendiendo a la protección de derechos constitucionales, que es el fin del proceso constitucional, teniendo en cuenta, además, que no son pocos los casos en los que el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, aún cuando la primera o la segunda instancia desestimaron la misma.

XIV. CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Una vez que la sentencia que declara fundada la demanda adquiera firmeza, la medida cautelar se extingue, pero para convertirse en medida ejecutiva, conforme al artículo 20 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

De este modo, la medida cautelar conserva sus efectos hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

XV. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

En cuanto a la ejecución de la medida cautelar, debe tenerse en cuenta que el artículo 638 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, establece que, por el mérito de la recepción de la medida cautelar, el funcionario o la autoridad policial quedan **obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional**.

De esta manera, el afectado con la medida debe cumplir lo dispuesto por el órgano jurisdiccional, aún cuando se oponga o impugne la decisión cautelar. En otras palabras, no existe forma de quede exento de cumplir lo ordenado en medida cautelar, quedando expuesto ante su resistencia a los apercibimientos de multa que dicte el órgano jurisdiccional o, incluso, a la investigación penal por delitos de resistencia a la autoridad y/u omisión de actos funcionales referidos en los artículos 368 y 377 del Código Penal, respectivamente.

XVI. IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

219

Al respecto, se deben tener en cuenta las siguientes particularidades:

- a. Por regla general, la resolución que concede la medida cautelar se concede sin efecto suspensivo, es decir, se ejecuta, aunque fuera impugnada, elevándose cuaderno de apelación al superior en grado. La excepción a esta regla se configura en los casos de medidas cautelares que disponen la inaplicación de normas legales autoaplicativas en el caso concreto, supuesto en el que la apelación se concede con efecto suspensivo; en otras palabras, la medida cautelar no se ejecuta sino hasta que el superior en grado se pronuncie confirmando la medida.
- b. El Nuevo Código Procesal Constitucional no ha establecido disposición sobre cuál es el efecto en que debe concederse la impugnación de medida cautelar desestimada (improcedente o infundada). Para efectos prácticos, como no existe nada que ejecutar, no existe impedimento para que el expediente cautelar se eleve al superior en grado, por lo que la apelación debiera concederse con efecto suspensivo, en aplicación supletoria del artículo 371 del Código Procesal Civil, en tanto que se trata de una resolución que da por concluido el proceso cautelar.

- c. No es procedente el recurso de agravio constitucional (RAC) en contra de resoluciones de segundo grado que desestiman medidas cautelares, teniendo en cuenta que el artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional precisa que este recurso es procedente contra resoluciones de segundo grado que desestiman la «demanda», mas no el auto de medida cautelar.

Al respecto, no pasa inadvertido que en el Tribunal Constitucional se pronunció por la procedencia del RAC (caso Empresa Centro Medic Ayacucho S.R.L., 2014) (caso Cooperativa de ahorro y crédito «Fianzas y Garantías» L.T.D.A., 2014); y, en periodos diferentes, por la improcedencia del mismo (caso Karin Dora Salomé Barzola, 2013), (caso Carlos Mario Rojas Arce, 2021).

Como vemos, el criterio más reciente está relacionado con la denegatoria del RAC en contra de resoluciones que desestiman medidas cautelares.

XVII. UN CASO ESPECIAL: LA EJECUCIÓN ANTICIPADA O ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA

El artículo 26 del Nuevo Código Procesal Constitucional contempla lo siguiente:

220

La sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata si el juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado. Es independiente de la apelación que se interponga contra ella y se solicita ante el juez que emitió la resolución. La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso.

Se trata de proteger los derechos objeto de proceso antes que emita pronunciamiento final que tenga la calidad de cosa juzgada. Por tanto, podríamos decir que la actuación inmediata o ejecución anticipada tiene naturaleza cautelar, pero tiene características propias que permiten su análisis independiente.

Cabe reconocer que, respecto a este tema, se ha mejorado la redacción del derogado Código Procesal Constitucional, que en sus artículos 22 y 59 mostraba cierta contradicción que no permitía concluir si la sentencia de primera instancia debía actuarse de inmediato o si debía esperarse a que transcurran 2 días para que adquiriera firmeza. Fue el Tribunal Constitucional el que estableció los presu-

puestos y particularidades de la actuación inmediata de sentencia que aparecen ya positivizados en el citado artículo 26 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Así, el máximo intérprete de la Constitución señaló:

[...] la ejecución de una sentencia, aún provisional, aparece como una necesidad imperiosa de cara a la protección efectiva de los derechos involucrados en la litis. [...] [E]ste Tribunal no puede sino concluir que, **la actuación inmediata de la sentencia estimatoria constituye una institución procesal de suma importancia y utilidad para la efectiva concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como quiera que ella se dirige a conjurar daños irreparables, a evitar el abuso procesal de la institución de la apelación y a (re)asignar al juez de primera instancia un rol protagónico y estratégico en la cadena de protección de los derechos fundamentales.** (MONROY GÁLVEZ, Juan: «La actuación de la sentencia impugnada», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo V, junio del 2002, p. 218) [...]» (Tribunal Constitucional, 2010).

Así, pues, tenemos ante nosotros una importante herramienta de protección de derechos fundamentales que debe hacerse efectiva a través de la debida motivación.

XVIII. CONCLUSIONES

1. No es posible para el proceso constitucional aplicar de manera mecánica las normas del Código Procesal Civil. Es indispensable el análisis respecto a si las disposiciones creadas para procesos ordinarios favorecen al proceso en la protección de derechos constitucionales.
2. La importancia de las medidas cautelares radica en que, con ellas, la parte agraviada con la vulneración o amenaza de derechos constitucionales puede obtener protección rápida y efectiva que permita suspender el acto vulnerador o sus consecuencias, o evitar que este se consuma.
3. Los artículos referidos a medidas cautelares en el Nuevo Código Procesal Constitucional son, en su mayoría, una copia del texto de los artículos 16 a 18, 94 y 111 del antiguo Código Procesal Constitucional.
4. La medida cautelar en el proceso constitucional, igual que en el proceso civil, tiene como características que es provisoria, instrumental y variable.
5. Existen requisitos de forma y de fondo de la medida cautelar, así como reglas expresas de improcedencia, que son específicas para el proceso constitucional.

6. De manera expresa, el Nuevo Código Procesal Constitucional permite la procedencia de medidas cautelares en procesos de amparo, cumplimiento, hábeas data, acción popular y competencial. Sin embargo, no la consigna expresamente para el proceso de inconstitucionalidad, aunque tampoco la niega, por lo que será la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que determinará su procedencia.
7. Solo procede liquidación de costos y costas en proceso cautelar, cuando habiéndose concedido la medida cautelar se desestime la demanda del proceso principal. Además, puede promoverse declaración de responsabilidad, siendo que el Juez puede analizar la imposición de una multa no mayor de 10 URP.
8. La medida cautelar en el proceso constitucional tendrá vigencia hasta que se expida pronunciamiento firme con calidad de cosa juzgada, luego de lo cual se convertirá en medida ejecutiva. Asimismo, se debe ejecutar de forma inmediata, exacta e incondicional y es impugnabile, por regla general, sin efecto suspensivo.
9. La ejecución anticipada o actuación inmediata de sentencia es una importante herramienta de protección de derechos fundamentales, que debe hacerse efectiva a través de la debida motivación.

I BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, S. (2009). La difícil trayectoria de la medida cautelar en el proceso de amparo peruano. Los cambios recientes. En E. Ferrer Mac-Gregor y L. de Zaldívar (Eds.), *Aspectos del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (pp. 93-112). Idemsa.
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *DOXA*, (24), 429-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Ariano Deho, E. (2013). Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad objetiva del juzgador: un tema para el debate. *Athina. Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, (10), 107-125. <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1155>
- Beaumont Callirgos, R. (2022). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Bidart Campos, G. (2018). *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*. Ediar.

- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Bibliográfica Argentina.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Ejea.
- Cipriani, F. (2005). El procedimiento cautelar entre Eficiencia y Garantías. *Derecho & Sociedad*, (25), 53-64.
- Espinoza-Saldaña Barrera, E. (2021, 1 de junio). Nuevo Código Procesal Constitucional? Balance y perspectivas sobre la justicia constitucional rumbo al bicentenario. En A. Crispín Sánchez (Entrevistador), *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (t. 163). Gaceta Jurídica.
- Figuroa Gutarra, E. (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional* N.º 18, 199-222.
- Expediente N.º 253-2020-70-0401-JR-DC-01. (2020, 28 de setiembre). Caso Edmundo David Monteverde Valverde. Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa.
- Ledesma Narváez, M. (2018). *La tutela cautelar y de ejecución - Medidas cautelares* (t. 1). Gaceta Jurídica.
- Mesía Ramírez, C. (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional* (Vol. 1). Gaceta Jurídica.
- Monroy Palacios, J. (2004). *La tutela procesal de los derechos*. Palestra.
- Ottolenghi, M. (1946). *Medidas precautorias*. Ediar.
- Rivas, A. (2000). *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Rhodas.
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 00051-2020-Q/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.º 00198-2012-Q/TC-Lima. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.º 00074-2012-Q/TC-Ayacucho. Ayacucho, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N.º 00607-2009-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2013). Expediente N.º 00083-2012-Q/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). Expediente N.º 00001-2021-PCC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Expediente N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Expediente N.º 00023-2005-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Expediente N.º 04404-2018-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Invisibilización de los derechos fundamentales en afrodescendientes

Invisibilization of the fundamental rights of Afro-descendants

 MONIKA GIANNINA NAVARRO CUIPAL *

225

Resumen

El presente artículo aborda como tema central la vulneración de derechos fundamentales de los afrodescendientes en el Perú. Este hecho tiene su antecedente histórico en la esclavitud, que representa fuente de la discriminación racial, el mismo que se ha reforzado por patrones socioculturales y perjuicios en la sociedad, muy arraigados en pleno siglo XXI, y que a la fecha persisten. Siendo ello así, se produce la anulación de los derechos y libertades fundamentales de dicho grupo vulnerable. En ese marco es que aparece y es una de las razones la discriminación estructural, concepto que se desprende de los pronunciamientos del Sistema Americano de los Derechos Humanos, que la abordan ampliamente en cuanto al fondo de las controversias que conocieron, para dar un matiz y resaltar la labor del Estado frente a la vulneración de sus derechos por parte de los afrodescendientes.

Palabras clave

Derechos fundamentales, discriminación, afrodescendiente

* Magíster en Derecho Civil y Comercial. Abogada en ejercicio profesional.

Abstract

This article addresses as central to the violation of fundamental rights of Afro-descendants in Perú, its historical background in slavery that represents a source of racial discrimination, the same that has been reinforced by socio-cultural patterns and damages in society deeply rooted. to a full 21st century and that to date persist, this being the case, the annulment of their rights and fundamental freedoms is produced, this vulnerable group being mostly affected, that is where structural discrimination appears and is one of the reasons, a concept that emerges of the pronouncements of the American Human Rights System that broadly address it in terms of the merits of the controversies that were known, to give a nuance and highlight the work of the State against the violation of their rights by said vulnerable group, the Afro-descendant.

Key Words

Fundamental rights, discrimination, afro-descendant

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL PERUANO. III. LA INVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AFRODESCENDIENTES EN PERÚ. IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Debemos partir del concepto básico de **afrodescendiente**, que implica diversas formas de autoidentificación para las personas de ascendencia africana. En América, corresponde en su mayoría a descendientes de personas africanas esclavizadas en el marco de trata trasatlántica. Así, se adoptaron una diversidad de términos para referirnos a ellos, como «negro», «moreno», «zambo», «preto». En Brasil, se les dice «quilombolas»; en Colombia, «palenqueros o palenqueras», y, en México, «mascogos».

Ahora, la presencia negra en el Perú se remonta aproximadamente a más de 484 años. Conforme los antecedentes históricos que dejaron constancia de ello, desde África occidental, al cruzar el Atlántico, fueron traídos en condiciones deplorables, como cargas. Tras desembarcar en los puertos de Cartagena de Indias (Colombia) y Portobello (Panamá), fueron bautizados y luego enviados al Puerto del Callao para su comercio (Defensoría del Pueblo, 2011, p. 31).

La situación jurídica era de un bien real, o una «res», puesto que se les podía vender, alquilar, hipotecar, dar en prenda o regalar. Al ser cosas, podían ser

embargables, sometidos a servidumbre y esclavitud. En la «época colonial» del Perú y en América Latina, se dependió del trabajo del esclavo africano, pero en condiciones infrahumanas; mientras que en la época del Virreinato el escenario no distó mucho del anterior y continuo en el proceso del trabajo del esclavo africano para el crecimiento y desarrollo.

En la época Republicana, en 1854, bajo la presidencia de Ramón Castilla, se decretó la *Libertad de esclavos*; sin embargo, no fueron incluidos en la república, debido a las guerras de la independencia, lo que causó su descenso por las tasas alta de mortalidad y expectativas de vida baja en la que se encontraban.

Finalmente, la situación actual de los afrodescendientes **se enmarca en un contexto de exclusión social y discriminación, que ha enfrentado históricamente**. En la actualidad, la concreción de sus derechos en su dimensión materia denota la problemática que afrontan estas personas en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales, *tan básicos como la salud, educación, falta de reconocimiento adecuado a su cultura e identidad, la discriminación racial, entre otros*. Los afrodescendientes todavía se encuentran invisibles, pues no gozan del ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, y el Estado ha invisibilizado a dicho grupo.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL PERUANO

Los derechos fundamentales de la persona son inherentes a la dignidad humana, puesto que de ella dimanar todos y cada uno de estos derechos. No solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que además constituye la base de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin la cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

Así, la dignidad humana es fuente directa de los derechos fundamentales, pero no se agota ahí, ya que también es fuente residual de cualquier derecho imperfecto. Por tanto, los derechos fundamentales:

[...] son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la

condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (Ferrajoli, 2001, p. 37)

Los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, y sin el reconocimiento de tales derechos quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad humana de la persona.

1. El valor positivo de los derechos fundamentales

[...] el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1 de la Constitución. (Exp. N.º 1417-2005-AA /TC)

228

La identificación de los derechos fundamentales de la persona en el orden constitucional comprende dos aspectos. La primera, *el valor positivo de los derechos fundamentales*, consiste en el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales de la persona por la Constitución. Tales derechos son presupuestos de exigibilidad que van a limitar la actuación del Estado y de los particulares. Mientras tanto, la segunda comprende *el valor axiológico de los derechos fundamentales*.

2. El valor ético y axiológico de los derechos fundamentales

El valor ético y axiológico de los derechos fundamentales reconoce «la dignidad de la persona humana» como valor material central de la norma fundamental del cual derivan un amplísimo reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y una multiplicidad de garantías. La dignidad humana es preexistente al orden estatal y se proyecta como el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Cabe reiterar que la dignidad de la persona humana es la fuente directa de la que la dimanen todos y cada uno de los derechos de la persona. Además, no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

III. LA INVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AFRODESCENDIENTES EN PERÚ

1. Razones de vulneración de derechos fundamentales en afrodescendientes

Para comprender el origen de la vulneración de derechos fundamentales en afrodescendientes, es necesario buscar las verdaderas causas del porqué han sido relegados, además de sujetos de discriminación, así como de cualquier otra forma de abuso y afectación del goce de dichos derechos. Por un lado, tenemos a) la discriminación racial; y, por otro, b) la discriminación estructural.

Los antecedentes históricos develan cómo fue el recorrido de la *trata transatlántica*: entre Europa, África y América, lugares donde el tráfico comercial de negros estaba reglamentado, es decir, se pagaban por ellos impuestos de ingreso como cualquier otra mercancía. Esto significó una barbarie en la historia de la humanidad debido a su magnitud, su carácter organizado y, especialmente, por la negación de la esencia de las víctimas como personas, al ser reducidos a cosas, lo que ha sido fuente de racismo, discriminación racial y otras formas de intolerancia. Los africanos y afrodescendientes, asiáticos y de pueblos indígenas fueron las víctimas de tales actos, y continúan padeciendo sus consecuencias.

229

1.1. Discriminación racial

Estas circunstancias han dado lugar a la existencia de la **discriminación racial**, la cual puede ser definida conforme lo establece el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

[...] denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Por tanto, la discriminación contra los afrodescendientes se ha mantenido en el tiempo mediante la transmisión intergeneracional de pautas socioculturales o hábitos discriminatorios hacia este grupo vulnerable. Así, sus consecuencias han generado la discriminación racial y violencia contra ellos. Baste como ejemplos las prácticas que reproducen estereotipos en función de criterios de origen étnico-racial, color, linaje u origen nacional o étnico y la limitación o restricción al uso del

idioma, cultura, costumbres afrodescendientes en actividades públicas o privadas. Todos esos actos tienen como efecto la vulneración de los derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones.

Es un hecho innegable que **la discriminación racial** y cualquier forma de abuso contra los afrodescendientes se originó en el legado de esclavitud. La discriminación y afectación desproporcional se advierte en los diversos informes ante la Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), en la que se han formulado observaciones finales que arriban a que la «discriminación racial es percibida como hecho objetivo, quienes a la actualidad siguen siendo víctimas de racismo y discriminación».

Y es que la discriminación contra los afrodescendientes es una problemática, junto con otras formas de discriminación, que se ve reforzada mediante su normalización en los medios de comunicación. En estos espacios se reafirman prejuicios culturales, lo que afecta la dignidad humana de modo negativo en la identidad de los afrodescendientes y que no contribuyen a la comprensión de los diferentes grupos que integran la sociedad pluricultural y multilingüe del Perú.

230

Ahora bien, otra de las formas de *discriminación es contra la mujer*. Actualmente, en el artículo 1 de la Convención, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se define así:

La expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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.

Entonces, la discriminación contra la mujer constituye toda diferencia de trato por motivos de sexo en relación con el hombre, que la coloca en un estado de subordinación y discriminación. Se trata de una realidad muy difundida.

[...] dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. (Naciones Unidas, 1995)

En la sociedad pueden observarse con mayor claridad las modalidades de discriminación, como, por ejemplo, las expresiones peyorativas que abundan en el lenguaje que la gente usa comúnmente. Los sobrenombres o apodos resultan naturales, incluso se encubren tras supuestas expresiones de afecto. Una carga agresiva de rechazo social y discriminación sentida es la discriminación por criterio de género, racial, étnico, entre otros. De este modo, se pone de manifiesto que, en la socialización y el aprendizaje tradicional de relacionarnos, la raza negra es considerada como inferior y subordinada, y que por ser diferente debe maltratarse, con lo que se impide el goce y ejercicios de derechos y libertades fundamentales.

1.2. Discriminación estructural

Es aquella que incorpora datos históricos que explican desigualdades de hecho o derecho, como resultado de una situación de exclusión social o sometimiento de grupos de vulnerabilidad por otros, en forma sistemática y debido a prácticas sociales, prejuicios y de creencias discriminatorios en su contra.

La discriminación estructural, en el caso de los afrodescendientes, es uno de los principales problemas que los viene afectando. Esta se manifiesta desde un doble legado: esclavitud y colonialismo. Los grupos históricamente excluidos comparten un rasgo común que los identifica, existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, los cuales son reforzados por estereotipos y perjuicios de género, que disminuye la posibilidad de defensa de sus intereses.

No existe información estadística sobre el número de personas afrodescendientes, su ubicación geográfica o situación socioeconómica, lo que impide el diseño de políticas públicas y reafirma la invisibilidad con relación a otros grupos de la sociedad.

Frente a ello, en la Conferencia de Durban (2001), se destaca que la pobreza también resulta ser un rasgo característico de la población afrodescendiente, por lo que resalta la «discriminación geo-étnica» hacia dicho grupo. Por tanto, hay una estrecha vinculación entre la discriminación racial y la situación socioeconómica. Con ausencia de servicios básicos, acceso a una infraestructura, este grupo vulnerable viene siendo afectado (Naciones Unidas, 2001).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derecho Humanos se pronunció sobre la discriminación estructural, como se aprecia en el caso Campo Algodonero. Esta institución resalta el análisis no al amparo del concepto y estándares de una

«discriminación estructural», sino que, al momento de expresarse en la sección de reparaciones de la sentencia, se determina en forma expresa que en atención *a la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos y reconocida por el Estado Mexicano* (Corte IDH, 2009).

En esa línea, el mencionado caso presenta características que son propias de una situación de «discriminación estructural», puesto que el grupo vulnerado y afectado, mujeres y niñas, tiene como fuente la discriminación histórica. Como bien señala Engels (2002, p. 52), en su obra *Origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, esta se originó por causas económicas y no naturales. Al negarle sus derechos a la mujer, la colocamos en un estado de subordinación en relación con el hombre, por lo que es objeto de discriminación, marginación y violencia, lo que ha perdurado en el tiempo. La proclamación de la inferioridad de la mujer, de que esta por naturaleza es inferior y por ello debe someterse al hombre, es transmitida mediante prácticas socioculturales a la mujer y que hoy todavía persiste (Engels, 2002, p. 52).

En otro pronunciamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció precedentes jurisprudenciales (2012) sobre el concepto de «discriminación estructural» en el caso *Átala Riffo y Niñas & Chile*. La Corte determinó la discriminación por orientación sexual en violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, indicó la existencia de una discriminación histórica contra grupos vulnerables minoritarios LGTBI (Corte IDH, 24 de febrero de 2012).

2. Vulneración de derechos fundamentales de afrodescendientes

Cabe mencionar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere sobre la igualdad:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 55)

Pese a todo el avance del desarrollo normativo nacional e internacional de lo que significa el derecho a la igualdad y no discriminación, las personas perciben

una doble moral en cuanto al concepto o valor de la igualdad, debido a que resulta siendo apenas una expresión más, sin significado concreto. La discriminación no es abordada como se debe. Hay un descontento frente a la indiferencia que no quiere reconocer actitudes y comportamientos discriminatorios que se practican hoy en día, como, por ejemplo, en el caso de los afrodescendientes.

2.1. Derecho a la salud

Es el derecho a disfrutar lo más posible de salud física y mental. Por eso, es un derecho fundamental, esencial para el ejercicio de otros derechos que tienen relación con él, como alimentación, vivienda o de naturaleza similar. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho de salud, el cual no solo es entendido como ausencia de enfermedades, sino también como un completo bienestar físico y mental. La jurisprudencia interamericana ha tenido en cuenta cuatro elementos esenciales como parte de su contenido: a) disponibilidad, b) accesibilidad, c) adaptabilidad y c) calidad.

Hay que mencionar que en aquellos lugares donde se ubican mayormente los afrodescendientes no es suficiente la atención médica ante situaciones de enfermedad o accidentes. Ello se relaciona con la deficiente calidad de servicios y falta de accesibilidad, y que es entendida como lo contrario al derecho a contar con atención en salud sin discriminación.

233

2.2. Derecho a la educación

Este derecho es el medio para el logro de una vida digna, el cual comprende igualdad de oportunidades. Sin embargo, se aprecia que la población afrodescendiente aparece ubicada en la costa principalmente, donde no participa en el sistema educativo —o una minoritariamente—. Hay una gran cantidad de afrodescendientes no matriculados y el acceso al sistema universitario es también mínimo, menor al promedio nacional.

2.3. Derecho al acceso a la justicia

La Defensoría del Pueblo observa una baja tasa de acceso o reclamo a la justicia por afrodescendientes. Se aprecia la existencia de renuncia para denunciar hechos ilícitos en su agravio, pues muchos de ellos estiman que es difícil acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, porque son discriminados y estigmatizados, aparte de que hay costos de tiempo y dinero, y no creen en la justicia que pueda repararlos.

2.4. Derecho al reconocimiento de la cultura y la identidad afroperuana

En cuanto a este derecho, también se aprecia que el grupo étnico de afrodescendientes son valorados como esclavos que obtuvieron su libertad. No se hace mención alguna sobre su aporte a la historia y cultura del Perú. Además, fue un grupo relegado a tener la condición de cosas, lo que se ha mantenido y reforzado para lesionar sus derechos y libertades fundamentales.

IV. REFLEXIONES FINALES

- La discriminación se puede manifestar por motivos de nacionalidad, origen étnico-racial, edad, sexo, orientación sexual, identidad y/o expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra índole, cuya finalidad es anular o impedir el ejercicio de derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones.
- El Sistema Interamericano de Derechos Humanos señala que existen patrones para que un trato diferenciado, basado en el origen étnico-racial, pueda configurarse como discriminación o, por el contrario, el reconocimiento de prerrogativas especiales hacia ciertos grupos étnicos no sea entendido como un acto discriminatorio. Sobre ello se basa la existencia de una igualdad formal y una igualdad material: la *primera* implica la exigencia de criterios razonables y objetivos para prohibir tratos diferenciales arbitrarios, mientras que la *segunda*, la igualdad material, reconoce que hay grupos poblacionales que requieren de medidas afirmativas como forma de equiparación, aquellos expuestos a especiales condiciones de vulnerabilidad como los afrodescendientes.
- Los afrodescendientes han sido víctima de racismo, discriminación racial, esclavitud y de relegación histórica de sus derechos. Como resultado de perjuicios y discriminaciones sociales, encuentran obstáculos que aún prevalecen, pues no gozan de sus derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones. Siguen siendo un grupo vulnerable; y, aunado a ello, factores como la pobreza, la marginación o la exclusión social contribuyen a la persistencia de prácticas racistas. Así, se aprecia la invisibilidad del ejercicio de sus derechos en relación al promedio poblacional, y el Estado guarda silencio en sus políticas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Naciones Unidas. (1995, del 4 al 15 de septiembre). Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, China. <https://n9.cl/w4smt>
- Naciones Unidas. (2001, del 31 de agosto al 7 de septiembre). Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia. Durban, Sudáfrica. <https://n9.cl/d8evi9>
- Corte IDH. Caso Átala Rifo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero del 2012. Serie C N.º 239.
- Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre 2009. Serie C N.º 205.
- Defensoría Pueblo. (2011). Informe de Adjuntía N.º 003-2011-DP/ADHPD, Perú.
- Engels, F. (2002). Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Perú: Ediciones Cultura Peruana
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta.
- Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 55. Condición Jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados.
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 1417-2005-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional.

Aproximación crítica a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito del caso Barrios Altos

*Critical approach to the jurisdictional competence
of the Inter-American Court of Human Rights.
The case of barrios altos*

237

 ARSENIO ORÉ GUARDIA*
LIZ CHIPA AVILA**

Resumen

El presente trabajo analiza la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el contexto del caso Barrios Altos. Asimismo, se destaca cómo la CIDH ha influido en el derecho penal nacional y se critica la decisión de la Corte Suprema de Perú de anular una sentencia firme, ya que vulnera derechos fundamentales como el derecho a no ser juzgado nuevamente y a un proceso en un plazo razonable. Por otra parte, se menciona la tensión entre la jurisprudencia de la CIDH y las decisiones nacionales, así como la necesidad de equilibrar la protección de derechos humanos con la soberanía judicial. El texto

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Oré Guardia Abogados. Director ejecutivo del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

** Abogada. Egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

también aborda la evolución de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos en este contexto.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso barrios altos, sentencias, crímenes de lesa humanidad

Abstract

This paper analyzes the jurisdictional competence of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in the context of the Barrios Altos case, highlighting how the IACHR has influenced national criminal law. It criticizes the decision of the Peruvian Supreme Court to annul a final judgment, which violates fundamental rights such as the right not to be retried and the right to a trial within a reasonable time. The tension between IACHR jurisprudence and national decisions is mentioned, as well as the need to balance the protection of human rights with judicial sovereignty. The text also discusses the evolution of the interpretation of the American Convention on Human Rights in this context.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights, case barrios altos, rulings, crimes against humanity

Sumario

I. COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE IDH. II. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR. III. SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ.

Desde inicios de la década pasada, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), se observa una tendencia a interpretar las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) en concordancia con normas del derecho internacional, particularmente del derecho penal internacional. En la práctica, la Corte ha venido ampliando su ámbito de competencia, al declarar que determinadas violaciones a los derechos humanos constituyen, a su vez, crímenes de lesa humanidad, así como al exigir el cumplimiento de ciertas medidas de reparación que se explican por la entidad de esas violaciones.

Esta tendencia de la Corte IDH no ha estado exenta de cuestionamientos, por sus implicancias en las decisiones de los jueces penales nacionales, quienes son los únicos que tienen competencia para declarar la comisión de un delito, que, por lo demás, debe estar previsto con anterioridad en la ley penal. En ese

contexto se enmarca el debate suscitado a raíz de la expedición de la ejecutoria suprema de 20 de julio de 2012, en la que magistrados de la máxima instancia judicial nacional, en contra de lo sostenido por la Corte IDH, mostraron su negativa a calificar los hechos delictivos cometidos por el Grupo Colina como crímenes de lesa humanidad¹.

Para la Corte IDH, esta decisión de los magistrados de la Corte Suprema es incompatible con la obligación asumida por el Estado peruano en las sentencias de los casos Barrios Altos (2001) y La Cantuta (2006), de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Así lo ha expresado en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, del 7 de septiembre de 2012. En dicha resolución, la Corte IDH agregó además que tal decisión entra en contradicción con lo resuelto anteriormente por la propia Corte Suprema en el caso Fujimori, así como también con otras decisiones nacionales y con su jurisprudencia constante, en las que se ha calificado estos hechos como crímenes de lesa humanidad. Y, finalmente, que con ello se impide alcanzar una verdad jurídica unificada respecto a las circunstancias en que se cometieron las graves violaciones a los derechos humanos.

En vista de los cuestionamientos formulados por la Corte IDH, en lo que sigue, hacemos referencia brevemente a la competencia contenciosa de este organismo internacional, especialmente a su competencia para pronunciarse sobre la calidad de crímenes de lesa humanidad de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Grupo Colina y al grado de vinculatoriedad de dicho pronunciamiento para los órganos de administración de justicia de nuestro país. También abordamos las razones que justificarían la reducción de la pena impuesta a los condenados y por qué con este fallo no se ha incumplido la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los delitos cometidos por esta agrupación paramilitar.

¹ Conviene precisar que los magistrados de la Corte Suprema llegaron a esa conclusión, al resolver el Recurso de Nulidad N.º 4104-2010, pero con base en distintos fundamentos. En efecto, dos de los magistrados de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Villa Stein y Pariona Pastrana) concluyeron que los hechos delictivos por los que fueron condenados los acusados no configuraban crímenes de lesa humanidad, pues no se cumplía el elemento «ataque a la población civil»; mientras que los otros tres (Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez), en sus fundamentos adicionales, concluyeron que tales hechos sí constituirían crímenes de lesa humanidad, sin embargo, como no se formuló denuncia ni acusación por ese delito, no podía ser incluido en la sentencia de condena, pues de lo contrario se vulneraría el principio acusatorio y el derecho de defensa de los procesados.

I. COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE IDH

La Corte IDH es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Posee una competencia contenciosa y una consultiva. En virtud de su competencia contenciosa, la Corte puede conocer cualquier caso que se someta a su decisión, en lo concerniente al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), como lo establecen los arts. 33 y 62.3 de este cuerpo normativo; así como también de otros tratados internacionales que expresamente confían a ese órgano su control, a saber: el Protocolo de San Salvador (art. 19.6), la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. XIII) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 8).

En ese sentido, y como se desprende de los arts. 44, 62.3 y 63.1 CADH, la Corte IDH está facultada para determinar si un Estado parte ha violado alguna disposición de la CADH o alguna de las disposiciones de los otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que reconocen expresamente la competencia contenciosa de este órgano. Conviene precisar que las disposiciones contenidas en estos tratados de derechos humanos contemplan obligaciones internacionales para los Estados partes, que son básicamente las de respetar y garantizar los derechos y libertades allí consagrados. De ahí que, frente a la inobservancia o vulneración de algunas de estas disposiciones, se pueda declarar la responsabilidad internacional de un Estado.

Ahora bien, de verificarse la violación de alguno de los derechos o libertades reconocidos en la CADH o en los otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH deberá disponer que el Estado adopte todas las medidas que permitan garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcado y, de ser el caso, que repare las consecuencias provocadas por la vulneración de esos derechos y que indemnice a la parte lesionada (art. 63.1 CADH).

En lo que respecta a los alcances de la condena a reparación, dada la imprecisión misma del término reparación y de que esta no se agota con la indemnización patrimonial, no queda claro qué es lo que puede o no ordenar la Corte IDH al Estado condenado. De ahí que en la jurisprudencia se observen diversas formas de reparaciones, a saber: la publicidad del fallo que condena al Estado (caso Yatama vs. Nicaragua²) o la publicación de libros censurados (caso Palamara vs. Chile)³.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas (párr. 252), 23 de junio de 2005.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas (párrs. 250-251), 22 de noviembre de 2005.

En los casos de graves violaciones a los derechos humanos protegidos por la CIDH, incluso la Corte IDH ha llegado a establecer como medio de reparación que se investiguen las conductas violatorias, que los familiares de las víctimas desaparecidas tengan la posibilidad de conocer la verdad de lo sucedido, dónde se encuentran sus restos y que se juzgue y sancione a los responsables de estas graves violaciones⁴. Este tipo de medidas tienen por objeto que no se vuelvan a cometer violaciones contra los derechos humanos allí consagrados.

La Corte IDH es además competente para hacer el seguimiento del cumplimiento de sus sentencias. Así lo establece expresamente el art. 63 de su Reglamento, dispositivo adicionado en enero de 2009. Cabe precisar, sin embargo, que la Corte ya desde hace buen tiempo atrás realiza este seguimiento, pues, inicialmente, enviaba comunicaciones a los Estados y presentaba informes anuales a la Asamblea General de la OEA. Posteriormente, a partir del año 2002, la Corte adoptó la modalidad de emitir resoluciones de supervisión del cumplimiento de sus resoluciones, instando al Estado condenado a adoptar las providencias necesarias para cumplir con cada una de las medidas ordenadas como reparación a la víctima, bajo apercibimiento de mantener abierto el procedimiento de supervisión hasta que no se cumplan los puntos pendientes.

Concluida esta rápida revisión del marco normativo de la competencia contenciosa de la Corte IDH, vamos a referirnos a continuación a las críticas que se vienen formulando a este órgano jurisdiccional, por el marcado activismo judicial que se observa en su jurisprudencia. Resultan de particular interés aquellas formuladas por algunos miembros del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, cuyos trabajos fueron publicados en la obra colectiva *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, entre los años 2010 (tomo I)⁵ y 2011 (tomo II)⁶.

Desde hace poco más de diez años, la Corte IDH viene creando nuevas reglas, tanto respecto a los derechos de la persona, como respecto a su propia competencia y funciones. Así pues, en su jurisprudencia se observa —como destaca Malarino (2013)— que, a partir de un procedimiento que excede los parámetros de una interpretación admisible, la Corte IDH modifica el texto de la CADH, incorpora nuevas normas no pactadas por los Estados y suprime otras que sí están expresamente pactadas (p. 45). Resulta ilustrativa, al respecto, la tendencia a reconocerle

⁴ Véase, entre otras, Sentencia de reparaciones y costas, caso: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (párrs. 33-35), 21 de julio de 1989; Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: Almonacid Arellano y otros vs. Chile (párrs. 148 y 150), 26 de septiembre de 2006.

⁵ Véase http://www.kas.de/wf/doc/kas_23685-1522-4-30.pdf?121011223148.

⁶ Véase http://www.kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-4-30.pdf?121011223223.

nuevos derechos a la víctima (p. ej., derecho a la verdad, a la justicia y al castigo de los agresores), que no están incluidos en el texto de la CADH ni se derivan de una interpretación de sus disposiciones, pero que terminan derogando o restando eficacia a los derechos fundamentales o garantías de las personas acusadas, los que sí aparecen consagrados en la Convención (p. ej., plazo razonable, *ne bis in idem*, prohibición de retroactividad de la ley penal).

Esta tendencia a modificar el texto de la CADH para brindar mayor protección a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, evitar la impunidad e impedir que se vuelvan a cometer esas violaciones ha llevado a la Corte IDH a exceder los límites de su competencia, restringida al control del cumplimiento de las disposiciones de la CADH y de otros instrumentos internacionales que así lo autorizan. En efecto, la creación o modificación de normas de la Convención, ya sea para incluir nuevos derechos o limitar el goce y ejercicio de otros derechos o garantías, es una atribución exclusiva de los Estados partes de la Convención, no de la Corte IDH (arts. 31, 76 y 77 CADH). De allí que se afirme que este órgano viene resolviendo sin seguir las reglas de la CADH (Malarino, 2023, pp. 29-45).

Con respecto a las reparaciones, la Corte IDH ordena con frecuencia a los Estados condenados por graves violaciones a los derechos humanos (que para la Corte constituyen también crímenes internacionales), que adopten medidas que inciden en esferas que son de exclusiva competencia estatal (Malarino, 2013, pp. 49-60), así: ordena al poder legislativo que reforme o derogue una ley, de acuerdo con lo establecido en su sentencia⁷; a los tribunales nacionales, que dejen sin efecto o anulen sentencias definitivas (de condena o absolución), que reabran procesos o investigaciones archivadas, sin poder oponer prescripción, amnistía, cosa juzgada u otros obstáculos que impiden el juzgamiento y sanción de los responsables⁸; y al ejecutivo, la realización de ciertas políticas públicas, por ejemplo: mantener y mejorar el sistema de comunicación vial en la comunidad afectada por la violación de derechos humanos reconocidos en la CADH⁹.

⁷ Véase, entre otras, Sentencia de reparaciones y costas, caso: Loayza Tamayo vs. Perú (párrs. 161-164 y numeral 5 de la parte resolutive), 27 noviembre de 1998.

⁸ Véase, entre otras, Sentencia de fondo, caso: Barrios Altos vs. Perú (párrs. 41, 48 y numeral 5 de la parte resolutive), 14 de marzo de 2001; Sentencia de reparaciones y costas, caso: Loayza Tamayo vs. Perú (párrs. 170-171 y numeral 6 de la parte resolutive), 27 de noviembre de 1998, y Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: Masacre de La Ronchela vs. Colombia (párrs. 287-295), 11 de noviembre de 2007.

⁹ Véase, entre otras, Sentencia de reparaciones y costas, caso: Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (numeral 9 de la parte resolutive), 19 de noviembre de 2004.

La Corte IDH, además, en sus resoluciones de supervisión, exige a los Estados condenados que dispongan lo necesario para hacer efectivas las medidas de reparación ordenadas, removiendo cualquier obstáculo que lo impida. Conviene precisar, que, pese a los esfuerzos realizados por la Corte IDH, el grado de cumplimiento de sus decisiones es aun bastante bajo¹⁰. Ello, probablemente, se explica por los excesos en que incurre este órgano jurisdiccional al ordenar determinadas medidas que inciden en ámbitos de exclusiva competencia estatal.

De otro lado, con respecto a los pronunciamientos de la Corte IDH acerca de la existencia de crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, de que este tipo de conductas no pueden ser objeto de amnistía ni de prescripción y que no están sujetas a las reglas de la irretroactividad, cosa juzgada, *ne bis in idem*, plazo razonable u otras excusas similares que impidan investigar, juzgar y sancionar a sus responsables; se han formulado las siguientes observaciones:

En primer lugar, se discute si la Corte IDH tiene competencia para declarar la comisión de crímenes de lesa humanidad, atendiendo que este es un crimen internacional y, por consiguiente, pertenece al ámbito del Derecho penal internacional. Al respecto, cabe precisar que, como se señaló al inicio, la Corte solo tiene competencia para constatar si un Estado ha violado alguna norma de la CADH o de otros tratados internacionales que reconocen expresamente su competencia. No puede controlar el cumplimiento de obligaciones que emergen de otros tratados ni aplicar disposiciones que emergen del Derecho internacional (Dondé Matute, 2010, pp. 217-221).

A ello se debe agregar, que el objeto del proceso internacional ante la Corte IDH es distinto al del proceso penal (internacional o nacional). En efecto, en el primero, se declara la responsabilidad del Estado por violar disposiciones de la CADH; mientras que en el segundo, se declara la responsabilidad de un individuo por violar una ley penal. De esa diferencia se derivan también las distintas exigencias probatorias: en un proceso penal, la comisión de un crimen de lesa humanidad debe comprobarse más allá de toda duda razonable; en un proceso internacional, en cambio, la comprobación de la violación de un derecho humano es menos estricta¹¹.

¹⁰ Véase BASCH y otros, *La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, http://www.surjournal.org/esp/contenidos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo_02.htm, y AYALA CORAO, *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaa-no_5_1_hm/la_ejecucion5_1-2007.pdf.

¹¹ Véase Sentencia de reparaciones y costas, caso: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (párr. 135), 21 de julio de 1989. En esta Sentencia, la Corte IDH señaló que las exigencias probatorias en uno y otro proceso son distintas.

Además, en el proceso internacional se admite el allanamiento del Estado sin exigir más comprobaciones y no interviene el individuo que habría violado los derechos humanos, puesto que en este proceso no se discute su responsabilidad (Malarino, 2010, pp. 54-57).

En segundo lugar, se cuestiona el concepto de crímenes de lesa humanidad utilizado por la Corte IDH, pues no se toma en cuenta que el tipo penal de este crimen internacional ha sufrido varios cambios desde su regulación en el Estatuto del Tribunal de Núremberg (1945) hasta que fue recogido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).

Efectivamente, como destaca Dondé Matute (2011, pp. 221-224), en el Estatuto de Núremberg no se hacía mención a los elementos contextuales: ataque generalizado o sistemático, pero sí se incluían los elementos adicionales: móvil discriminatorio y conexión con un conflicto armado. En 1993, cuando se elaboró el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, este concepto de crímenes de lesa humanidad, con esos elementos, aún seguía vigente. Posteriormente, por la vía jurisprudencial, se incorporaron los dos primeros y se eliminaron los dos últimos.

244

Como se puede advertir, en ninguno de los casos en los que la Corte IDH se pronunció sobre la existencia de crímenes de lesa humanidad se determinó qué concepto de crimen de lesa humanidad estaba vigente en el momento de comisión de las violaciones a los derechos humanos, ni se analizaron los elementos constitutivos del tipo penal de este crimen internacional. Lo que hizo la Corte fue sujetarse al concepto actualmente vigente y aplicarlo retroactivamente para establecer si esas graves violaciones constituían también, a su juicio, crímenes de lesa humanidad.

En tercer lugar, se plantea la cuestión acerca de la relevancia de que la Corte IDH se pronuncie sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad. Conviene precisar, que en las tres únicas ocasiones en las que la Corte declaró que se habían cometido estos crímenes (*Almonacid Arellano vs. Chile* [2006], *Penal de Castro Castro vs. Perú* [2006] y *La Cantuta vs. Perú* [2006]), fijó como consecuencia jurídica de tal declaración la obligación del Estado condenado de investigar, procesar y sancionar a los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos en esos casos, así como la inaplicabilidad de las leyes de amnistía, prescripción, irretroactividad, cosa juzgada, *ne bis in idem* y otras excusas similares (Dondé Matute, 2011, pp. 214-216).

Sin embargo, mucho antes de emitir esas tres sentencias, la Corte IDH ya había señalado que el Estado condenado por graves violaciones a los derechos humanos tenía la obligación de investigar y sancionar a los responsables de esos hechos, y que ninguna medida podía oponerse al cumplimiento de esa

obligación¹². A ello se debe agregar, que con posterioridad, la Corte no ha tenido necesidad de declarar la existencia de crímenes de lesa humanidad para establecer esas consecuencias jurídicas, aun cuando se han presentado casos similares a los que dieron lugar a dicha declaración¹³. Así por ejemplo, en el caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009), sobre la desaparición forzada de una persona en la misma época y contexto en que ocurrieron los hechos de los casos Castro Castro y La Cantuta, la Corte IDH no volvió a pronunciarse sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad¹⁴.

En suma, y a tenor de lo expuesto, se puede concluir que existen serios reparos en lo concerniente al uso del concepto crímenes de lesa humanidad por parte de la Corte IDH. A ello se debe agregar, la falta de relevancia práctica de su utilización, pues basta invocar la existencia de graves violaciones a los derechos humanos para derivar las mismas conclusiones asociadas por la Corte IDH a esos crímenes.

II. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR

En la sentencia de fondo emitida por la Corte IDH en el caso Barrios Altos¹⁵, se estableció como medida de reparación la obligación de investigar los hechos para determinar quiénes eran los responsables de las violaciones de los derechos humanos de que trata esta sentencia. La Corte IDH también señaló que en casos como este, de graves violaciones a los derechos humanos, son inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y otras excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables¹⁶.

¹² Véase Sentencia de fondo, caso: Barrios Altos vs. Perú (párr. 41), 14 de marzo de 2001.

¹³ Si bien la Corte IDH no ha vuelto a pronunciarse sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad en sus sentencias, en el caso Cepeda Vargas vs. Colombia, señaló que recurrirá al concepto crímenes de lesa humanidad solo para determinar el contexto de las violaciones, esto es, para explicar los alcances y consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado. Tal declaración, como ya se ha visto, parece innecesaria, pues en otros casos, la Corte IDH no necesitó recurrir a este concepto para derivar las mismas consecuencias jurídicas.

¹⁴ En línea, véanse también, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: Masacre de La Ronchela vs. Colombia, 11 de noviembre de 2007; Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, 27 de noviembre de 2008; Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 24 de noviembre de 2009; Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 01 de septiembre de 2010; y Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: Masacres de Río Negro vs. Guatemala, 04 de septiembre de 2012.

¹⁵ Sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001.

¹⁶ Sentencia de fondo, caso: Barrios Altos vs. Perú (párr. 41 y numeral 5 del fallo), 14 de marzo de 2001.

En cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH, en el año 2001, se reabrió el proceso contra los implicados en el operativo denominado «Barrios Altos», en el que fueron asesinadas 15 personas y otras cuatro resultaron heridas; que había sido archivado en 1996, en virtud de las leyes de amnistía emitidas un año antes. Asimismo, se abrió proceso contra otros implicados no comprendidos en la investigación inicial, como fue el caso del expresidente Alberto Fujimori.

Cabe señalar, además, que la Corte IDH emitió una nueva sentencia contra el Estado peruano en el año 2006, por el caso La Cantuta. Operativo en el que fueron intervenidos y asesinados nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta, hecho en el que estaban implicados gran parte de los responsables de las violaciones a los derechos humanos en el caso Barrios Altos. En esta sentencia, la Corte IDH estableció nuevamente como medida de reparación la obligación del Estado de completar y concluir, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales que se encontraban en trámite; así como abrir los que sean necesarios para sancionar a los responsables.

En esta sentencia, además, la Corte IDH, declaró que las violaciones a los derechos humanos por las que condenaba al Estado peruano constituían igualmente crímenes contra la humanidad (o, como también los llama: crímenes de lesa humanidad) y, en consecuencia, que esos hechos eran imprescriptibles, que no podían ser comprendidos dentro de una amnistía y que no se podía invocar irretroactividad, prescripción, cosa juzgada, *ne bis in idem*, plazo razonable u otra excluyente de responsabilidad que impida la investigación y sanción de estos hechos. Previamente, basándose en gran medida en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003), analizó e identificó los elementos contextuales de ese delito que se presentaban en este caso, identificando al Grupo Colina como una organización formada por el gobierno para atacar a cierto sector de la población designado como subversivos¹⁷.

Como se puede observar, en ambas sentencias, la Corte IDH estableció como consecuencia jurídica de las violaciones graves a los derechos humanos la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de esas violaciones, y de remover cualquier obstáculo que impida cumplir lo ordenado. Precisamente, en estricto cumplimiento de esa obligación es que se tramitaron varios procesos penales, además de los ya señalados; gran parte de ellos ya concluidos con resolución firme.

¹⁷ Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso: La Cantuta vs. Perú (párrs. 80, 225 y 226), del 29 de noviembre de 2006.

Así, con respecto a los hechos del caso La Cantuta, se emitieron dos sentencias: en la primera, la Sala Penal Superior condenó a los implicados en este caso por los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y desaparición forzada¹⁸. Esta sentencia fue confirmada en parte por la Sala Penal de la Corte Suprema, que, en el extremo referido a la condena contra Julio Salazar Monroe, resolvió rebajar de treintaicinco a veinticinco años la pena privativa de la libertad impuesta¹⁹.

En la segunda, la Sala Penal Superior condenó a dos de los implicados, Wilmer Yarlequé Ordinola y Alberto Pinto Cárdenas, quienes no fueron juzgados en el proceso anterior por encontrarse en calidad de reos ausentes, por los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y desaparición forzada²⁰. Esta sentencia fue objeto de impugnación ante la Sala Penal de la Corte Suprema, que resolvió confirmar la condena del primero y declarar nula la condena del segundo de lo nombrados, ordenando que se realice un nuevo juicio²¹.

En el caso de Alberto Fujimori, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema lo condenó al hallarlo responsable de la comisión, entre otros, de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves por los hechos de los casos Barrios Altos y La Cantuta. En la misma sentencia, además, la Sala calificó esos hechos como crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad²². Esto es, a partir de la verificación de la concurrencia de los elementos contextuales de esta clase de crímenes, que son las circunstancias que confieren a determinados hechos tal carácter, concluyó que los delitos de homicidio calificado y lesiones graves, en dicho contexto, constituían crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, que le eran aplicables las consecuencias jurídicas que prevé el derecho internacional para tales crímenes (improcedencia de la prescripción, necesidad imperativa de castigo, etc.).

¹⁸ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Sentencia recaída en el Exp. N.º 03-2003, 08 de abril de 2008.

¹⁹ Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 3198-2008, Lima, 27 de abril de 2009.

²⁰ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Sentencia recaída en el Exp. N.º 09-2008, 03 de julio de 2008.

²¹ Véase la Resolución de supervisión del cumplimiento de la sentencia del caso La Cantuta vs. Perú, del 20 de noviembre de 2009, que, en su párrafo 8, cita el resultado del recurso de nulidad planteado por Yarlequé Ordinola y Pinto Cárdenas.

²² Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Sentencia recaída en el Exp. N.º A.V. 19-2001 (párrs. 710-717), 07 de abril de 2009.

Ahora bien, del texto de la sentencia contra Fujimori se desprende que lo que realizó la Sala fue una doble subsunción o tipificación de los hechos: primero, en el Código Penal (para determinar el tipo penal y la sanción aplicable) y, después, en la norma internacional consuetudinaria (para aplicar determinadas medidas que limitan o restringen los derechos del acusado o condenado). El problema de recurrir a este mecanismo —aun con los reparos que se pueden formular por debilitar el principio de legalidad²³— es que obliga al juez a constatar que la norma consuetudinaria que invoca efectivamente existía en el momento de comisión de los hechos. Y, precisamente, como destacan diversos autores, desde su creación, no ha existido mucha claridad con respecto al contenido del tipo penal del crimen de lesa humanidad (o crimen contra la humanidad)²⁴.

En efecto, como se ha señalado en la primera parte de este trabajo, desde su incorporación al Estatuto del Tribunal de Núremberg hasta su consagración en el Estatuto de Roma, el concepto y contenido del crimen de lesa humanidad ha variado en más de una oportunidad. Basta recordar aquí que los elementos contextuales (ataque generalizado o sistemático) fueron incorporados recién a partir de la jurisprudencia generada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, creado en 1993.

De ahí que, en la sentencia contra Fujimori, se pueda advertir ese problema en el razonamiento de la Sala Penal. En efecto, al no haber establecido cuál era la norma consuetudinaria aplicable a los hechos de los casos Barrios Altos y La Cantuta (y, además, si sus elementos estaban determinados con anterioridad al momento de su comisión), la Sala intenta construir un tipo penal (consuetudinario)

²³ Véase Velásquez Velásquez, *La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad*, http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf; y Malarino, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos*, <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>

²⁴ Véase Malarino, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos*, <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>; Y DONDE MATUTE, en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, pp. 221- 224. Resulta ilustrativo el comentario de Otto Triffterer, quien señala que aun en la conferencia de Roma no había consenso en torno a los elementos contextuales (chapeau) que debía contener el artículo 7 del Estatuto de Roma (*Commentary on the Rome Statute...*, citado por DONDE MATUTE, en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, p. 224).

a partir de diversas disposiciones legales, resoluciones de tribunales nacionales e internacionales y fuentes doctrinarias, no siempre claras y que no necesariamente guardan coincidencia.

En realidad, y como parece advertirse del texto de la resolución, si con la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad se persiguen dos objetivos: *i)* destacar que estos hechos constituyen violaciones graves o muy graves a los derechos humanos y *ii)* que en estos casos son aplicables disposiciones que limitan o restringen derechos fundamentales del acusado; ese pronunciamiento de la Sala resulta innecesario. En efecto, como ya se ha señalado, la Corte IDH estableció en la sentencia del caso Barrios Altos, sin necesidad de declarar la comisión de crímenes de lesa humanidad, que la gravedad de las violaciones a los derechos humanos obliga al Estado condenado a eliminar cualquier obstáculo que impida la investigación y sanción de los responsables. Esto es, que en esos casos no son aplicables la amnistía, la prescripción u otras excluyentes de responsabilidad²⁵.

En cuanto al recurso de nulidad planteado contra esta sentencia, la Sala Penal de la Corte Suprema confirmó la condena y la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad. Los argumentos vertidos por esta Sala para llegar a esa conclusión son básicamente los mismos que aparecen en la sentencia impugnada, salvo un error: la Corte IDH no calificó los hechos del caso Barrios Altos vs, Perú como crímenes de lesa humanidad²⁶. De manera que los cuestionamientos a la sentencia contra Fujimori son extensibles a esta resolución de la Sala.

Con respecto al proceso donde se emitieron los fallos que motivaron el presente análisis, conviene precisar, que la Sala Penal Superior emitió sentencia, entre otros, por los hechos del caso Barrios Altos el 01 de octubre de 2010. Allí, además de condenar a gran parte de los implicados en los hechos de ese caso por la comisión de los delitos de homicidio calificado, lesiones graves, secuestro agravado y asociación ilícita para delinquir, la Sala también calificó esos hechos como crímenes de lesa humanidad²⁷. Ahora bien, dado que la Sala se remite a la sentencia contra Fujimori para sustentar su decisión de otorgarle tal calificación jurídica a esos hechos, le son extensibles también a ella los cuestionamientos allí formulados.

²⁵ Sentencia de fondo, caso: Barrios Altos vs. Perú (párrs. 41-44 y 48), 14 de marzo de 2001.

²⁶ Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 19-01-2009 A. V. (p. 108), 30 de diciembre de 2009.

²⁷ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, sentencia recaída en el Exp. N.º 28- 2001 (pp. 126-135), 01 de octubre de 2010.

En cuanto al recurso de nulidad planteado contra esta sentencia, la Sala Penal de la Corte Suprema confirmó en parte dicha resolución. Así, con respecto a la calificación de los hechos del caso Barrios Altos como crímenes de lesa humanidad, la Sala señaló que es posible aplicar normas de derecho internacional para perseguir este tipo de crímenes internacionales; sin embargo, a diferencia de las otras salas penales, concluyó que en este caso no se cumplen todos los elementos que configuran el crimen de lesa humanidad²⁸. La Sala señaló, además, que la calificación jurídica de los hechos como crímenes de lesa humanidad no fue objeto ni de denuncia fiscal ni de instrucción, sino que se incluyó recién en la acusación fiscal²⁹ y ³⁰.

Ahora bien, independientemente del interés académico que puedan suscitar algunas de las afirmaciones vertidas en dicha resolución con respecto a los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad, por ejemplo, quiénes pueden ser incluidos dentro del concepto población civil, en contextos de lucha antisubversiva; dado que allí también se admite la posibilidad de otorgar la calificación de crímenes de lesa humanidad a hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos, les son extensibles los mismos cuestionamientos formulados al analizar la sentencia contra Fujimori.

²⁸ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N.º 4104-2010 (fundamentos 133-164), 20 de julio de 2012.

²⁹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N.º 4104-2010 (fundamento 164), 20 de julio de 2012.

³⁰ Conviene precisar, que la mera afirmación o declaración de que los hechos por los que se acusa a los procesados constituyen crímenes de lesa humanidad, sin explicar las razones por las que se llega a esa conclusión, no satisface las exigencias de un debido proceso. En efecto, la determinación del precepto penal que resulta aplicable al hecho descrito en la acusación implica valorar la relevancia jurídica de ese hecho, a fin de establecer si corresponde subsumirlo o encuadrarlo en algunas de las figuras delictivas previstas en la ley penal (nacional o internacional). Corresponde al fiscal realizar ese proceso de subsunción al promover la acción penal, y al juez, controlar su corrección a lo largo del proceso penal. La defensa también puede controlar este proceso de subsunción, pero si —como sucede en este caso— al acusado solo se le atribuye una calificación jurídica, sin determinar en forma clara, circunstanciada y específica a qué hechos les corresponde esa calificación; se vulneran sus derechos y garantías, a saber: el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la prohibición de declarar contra sí mismo, entre otros. Véase Sancinetti, *Análisis Crítico del caso «Cabezas»*, t. II, pp. 261 y ss.; y sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 03987-2010-PHC/TC (fundamentos jurídicos 38-47 del voto singular de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda), caso: Alfredo Sánchez Miranda y otros.

Con relación a la Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 2012, son objeto del presente análisis otros dos temas: la vulneración del principio acusatorio en la condena por un delito no denunciado y la atenuación de la pena por vulneración del plazo razonable.

En cuanto a la vulneración del principio acusatorio, conviene precisar, que, al reabrirse la instrucción por los hechos del caso Barrios Altos, la Fiscal designada por la Fiscalía de la Nación formuló denuncia ampliatoria contra otros implicados en estos hechos, pero solo por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves³¹; no obstante ello, dado que, en el relato fáctico de su denuncia, la Fiscal incluyó ciertos hechos que bien podrían encuadrarse en el tipo penal del delito de agrupación ilícita³², la Juez Penal, de oficio, mediante resolución de 07 de abril de 2001, decidió ampliar el auto de abrir instrucción, también por este delito³³.

Esta decisión de la Juez Penal no fue cuestionada por la Fiscal, por el contrario, esta última solicitó que otros imputados sean procesados también por el delito de «asociación ilícita» para delinquir³⁴. De allí que la instrucción haya continuado su curso, también por este delito, sin que la Fiscal haya formulado denuncia por aquel. La irregular introducción de este título de imputación fue advertida posteriormente, cuando el Fiscal Superior recibió los actuados de dicha instrucción. Es por ello que, en su dictamen de 26 de febrero de 2004, este último, además de solicitar la ampliación del plazo de la investigación, pidió que se declare nulo el auto ampliatorio del 07 de abril de 2001. Esta solicitud del Fiscal Superior fue declarada improcedente por la Sala Penal Superior, pues, a juicio de este órgano, este vicio era subsanable³⁵.

Después de conocer la decisión de la Sala, la Juez emitió una resolución disponiendo que se integre el auto ampliatorio del 07 de abril de 2001, para que se entienda que se amplía la instrucción también por el delito de agrupación ilícita. El nuevo Fiscal Provincial, por su parte, al emitir su informe final, advirtió que

³¹ La denuncia fiscal ampliatoria fue formulada por Flor de María Alba López, fiscal provincial penal especializada, el 06 de abril de 2001.

³² En su versión original, el art. 317 del Código Penal recogía la fórmula «el que forma parte de una agrupación», esa versión estuvo vigente hasta la modificación del 06 de octubre de 2004 (Ley N.º 28355), en que se introdujo la fórmula «el que forma parte de una organización».

³³ El Auto ampliatorio recaído en el Exp. N.º 32-2001 fue emitido por Victoria Sánchez Espinoza, Juez del Quinto Juzgado Penal, el 07 de abril de 2001.

³⁴ Véase la Resolución del 10 de abril de 2001, emitida por la Fiscal Provincial Especial.

³⁵ Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Resolución del 10 de marzo de 2004.

dicho auto ampliatorio no contenía una correcta tipificación de los hechos, por lo que completó este extremo calificando los hechos en la segunda parte del art. 317 del Código Penal³⁶.

Dado que este auto de integración no fue aceptado por el Fiscal Superior, la Juez tuvo que devolver los actuados al Fiscal, para que este corrija la omisión, y, a continuación, emitió un auto de convalidación del auto ampliatorio de 07 de abril de 2001³⁷, con lo que se dio por superado el problema.

Finalmente, el Fiscal Superior formuló acusación por el delito de asociación ilícita para delinquir, sobre la base de los hechos definidos, de oficio, por la Juez como tales, en el auto de 07 de abril de 2001. La Sala Penal, por su parte, emitió el auto de enjuiciamiento, entre otros, por este delito, y, luego de las sesiones de juicio, emitió sentencia condenatoria también por este delito³⁸.

Después de revisar brevemente cómo abordaron este problema los jueces y fiscales del caso, corresponde analizar si se vulneró o no el principio acusatorio; pero antes, vamos a hacer algunas precisiones: en primer lugar, este principio exige que sea el Ministerio Público, como titular del ejercicio público de la acción, quien formule la solicitud de apertura o ampliación de la instrucción al juez penal, siempre que estime que determinados hechos revisten carácter delictivo. De manera que, como es el fiscal quien propone y fija los hechos que serán objeto del proceso, a él le corresponde describir en forma clara y específica todos los hechos y circunstancias de lugar, tiempo y modo que permitan identificar el hecho imputado con precisión, a fin de proporcionarle al acusado un conocimiento detallado de la conducta atribuida. (Jauchen, 2005, p. 369).

De ello se deriva, como lógica consecuencia, que el juez penal no está autorizado para abrir o ampliar de oficio la instrucción. Desde luego, nada impide que, una vez formulada la denuncia, él ejerza su poder de control del proceso de subsunción realizado por el fiscal, para determinar si la calificación jurídica de los hechos es correcta o no y, de ser el caso, modificar el título de imputación o comprender un delito no advertido en la denuncia.

³⁶ Informe Final emitido por el Fiscal Provincial Penal Especializado, 06 de julio de 2004.

³⁷ Resolución emitida por Antonia Saquicuray Sánchez, Juez del Quinto Juzgado Penal Especial, el 04 de febrero de 2005.

³⁸ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Auto de enjuiciamiento del 13 de julio de 2005.

Conviene precisar, sin embargo, que este poder de modificar o ampliar el título de imputación no es ilimitado. En efecto, se puede ejercitar siempre que con ello no se termine alterando el hecho imputado, esto es, que no se altere el núcleo esencial del hecho que constituye el objeto del proceso, el mismo que viene propuesto ya desde la denuncia fiscal. En ese sentido se sostiene que el Juez puede variar la calificación jurídica propuesta por el fiscal en su denuncia, siempre que se respete la homogeneidad del bien jurídico. Así, por ejemplo, si el fiscal denuncia lesiones graves, el juez puede abrir instrucción por homicidio calificado en grado de tentativa, pero no podría hacerlo por robo agravado, pues el bien jurídico en este último delito: el patrimonio, es diverso y exige la concurrencia de otros hechos que no necesariamente formaron parte de la imputación fiscal (Azabache, 1999, pp. 315-316).

En el caso objeto de este análisis, aun cuando la Fiscal describió en su denuncia ampliatoria hechos que manifiestamente podrían subsumirse en el tipo penal del delito de asociación ilícita para delinquir, lo cierto es que ella formuló denuncia por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves, cuyos bienes jurídicos no guardan relación de homogeneidad con el bien jurídico de ese delito contra la tranquilidad pública. De allí que no pudiera, la Juez Penal, ampliar de oficio el auto de apertura de instrucción para incluir ese delito.

253

A ello se debe agregar, además, que la Fiscal no delimitó los hechos que constituirían el delito de agrupación (o asociación) ilícita en ninguna de sus denuncias ampliatorias; esto es, no cumplió con su obligación de describir en forma clara, concreta, circunstanciada y específica a qué hechos les correspondería tal calificación jurídica (Sancinetti, 2002, p. 361). Es por eso que la instrucción se desarrolló sin precisar, por ejemplo, qué hecho permite determinar el surgimiento de esta organización y qué otro, su disolución o decadencia, datos necesarios para constatar uno de los elementos de este delito: la «estabilidad y permanencia» de la organización. La indeterminación de estos hechos se pone de manifiesto, por ejemplo, cuando en una resolución emitida durante la fase de instrucción se señala que el último acto de esta agrupación data de 1993³⁹; mientras que en la sentencia de condena, la Sala sostiene que esta agrupación se disolvió en noviembre de 1992⁴⁰.

³⁹ Resolución emitida por Victoria Sánchez Espinoza, Juez del Quinto Juzgado Penal, el 06 de agosto de 2001.

⁴⁰ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, sentencia recaída en el Exp. N.º 28-2001, 01 de octubre de 2010.

En esa misma línea, se advierte también, que, en el auto ampliatorio del 07 de abril de 2001, no se precisó en cuál de los dos párrafos del art. 317 del Código Penal se subsumían los hechos. Al término de la instrucción, recién, la Juez, a solicitud de la Fiscalía, señaló que la norma penal aplicable era el segundo párrafo del citado art. 317⁴¹. De más está señalar que los hechos de este caso no guardan ninguna relación con ese supuesto del delito de agrupación ilícita. Este error fue corregido por el Fiscal Superior, en su acusación escrita.

De lo expuesto, se puede concluir que, en este proceso, no solo se vulneró el principio acusatorio al haberse condenado a los acusados por un delito que no fue objeto de denuncia fiscal, sino, además, los derechos y garantías del imputado, como el derecho a ser correctamente informado de la acusación (o imputación) y el derecho de defensa.

Pasando al otro tema de interés, la atenuación de la pena por vulneración del plazo razonable, conviene precisar, que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus presentada por Julio Salazar Monroe, al haberse acreditado la vulneración de su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en este proceso penal⁴². En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declaró además que la afectación del derecho al plazo razonable le era imputable a las juezas de la Sala Penal emplazada, en la medida que incumplieron su deber de actuar con celeridad en la resolución de esta causa, puesto que, primero ordenaron la acumulación de varios procesos y, un año después, su desacumulación. Asimismo, porque la fase de juzgamiento se extendió por más de cinco años.

No obstante que el Tribunal Constitucional concluyó que la Sala Penal Superior vulneró el derecho del demandante a ser juzgado en un plazo razonable, esta Sala no adoptó ninguna medida para resarcir el daño causado, se limitó a condenar a este procesado, como a otros de sus coimputados, a veinticinco años de pena privativa de la libertad. La Sala Penal de la Corte Suprema, por el contrario, estimó pertinente aplicar la medida de atenuación de la pena como compensación por la excesiva duración del proceso, no solo en el caso de Julio Salazar Monroe, sino también de los otros condenados.

⁴¹ En el segundo párrafo del art. 317 del Código Penal, vigente al momento de la comisión de los hechos, se establecía «Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y al orden constitucional, la pena será».

⁴² Exp. N.º 05350-2009-PHC/TC (fundamentos 40-53), caso: Julio Salazar Monroe, el 10 de agosto de 2010.

Como se puede advertir, la Sala Penal de la Corte Suprema, al resolver el recurso de nulidad planteado contra la sentencia del 01 de octubre de 2010, concluyó, como ya lo había hecho un año y nueve meses antes el Tribunal Constitucional, que este proceso se desarrolló sin observar el derecho de los acusados a ser juzgados en un plazo razonable, al haber transcurrido más de diez años desde que se reabrió la causa (mediante auto de fecha 04 de abril de 2001), espacio de tiempo que excede el que sería justificable atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Y, para resarcir el daño causado, aplicó una de las consecuencias jurídicas establecidas en la doctrina y jurisprudencia como compensación por la excesiva duración del proceso, la atenuación de la pena⁴³.

Este remedio paliativo permite al órgano jurisdiccional tener en cuenta la indebida prolongación del proceso al momento de la individualización de la pena concreta que recaerá sobre quien es declarado culpable en la sentencia (Pastor, 2009, pp. 510-514) En ese sentido, se puede concluir, que la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de rebajar la pena impuesta a los condenados se encuentra justificada, por la naturaleza del derecho vulnerado (derecho fundamental expresamente reconocido en el art. 8.1 de la CADH).

III. SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ

La Corte IDH emitió una nueva resolución de supervisión del cumplimiento de la sentencia del caso Barrios Altos el 20 de septiembre del presente año, con el objeto de determinar si la Ejecutoria Suprema del pasado 20 de julio, que resolvió el recurso de nulidad planteado contra la sentencia que condenaba a gran parte de los implicados en las violaciones a los derechos humanos que dieron lugar a esa

⁴³ Véase Lanzarote Martínez, *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, pp. 49-54; Roxin, *La excesiva duración del proceso penal en la nueva jurisprudencia alemana*, <http://es.scribd.com/doc/93356968/Confer-en-CIA-de-Roxin-Excesiva-Duracion-Del-Proceso-Penal>; pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, pp. 174 y ss. En el ámbito de la jurisprudencia nacional, se pueden citar algunos casos en los que los órganos jurisdiccionales han aplicado esta consecuencia jurídica al contemplar una excesiva duración del proceso: en un caso, el proceso se había extendido por más de trece años, por causas imputables al Estado (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N.º 4674-2005, Lima [considerando quinto], 28 de febrero de 2007); en otro, el proceso se había prolongado por más de ocho años, desde la incoación hasta el juzgamiento (Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, sentencias recaídas en los exp. n.º 098-2009, [pp. 305-306], 20 de diciembre de 2010); y Exp. N.º 004-2001, (pp. 430), 09 de febrero de 2010).

sentencia, era una medida idónea para satisfacer el mandato de investigar, juzgar y sancionar a los responsables en este caso.

En su resolución, la Corte IDH concluyó que dicha Ejecutoria Suprema entra en contradicción con otras decisiones nacionales, en cuanto a la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad, y con el previo reconocimiento estatal de responsabilidad por las graves violaciones a los derechos humanos en este caso; asimismo, que ella impide alcanzar una verdad judicial unificada, que satisfaga el interés de las víctimas y de la sociedad en su conjunto en el esclarecimiento de los hechos violatorios, a fin de evitar que se vuelvan a repetir. La Corte cuestionó además la decisión de rebajarle la pena a los condenados en este caso, por no ajustarse a la gravedad de las violaciones⁴⁴.

Con respecto a la calificación jurídica de los hechos, a lo largo de este trabajo, hemos expresado las razones por las cuales consideramos que los pronunciamientos de la Corte IDH sobre la existencia de crímenes de lesa humanidad son cuestionables, a saber: la falta de competencia material de este órgano para declarar su comisión; las imprecisiones en el uso de este concepto, que llevan a pensar que este se utiliza como sinónimo de hecho muy grave o gravísimo; y, lo más grave, la irrelevancia de tal calificación jurídica.

Efectivamente, la Corte IDH sostiene que de la calificación de estos actos como crímenes de lesa humanidad se derivan determinadas consecuencias jurídicas, a saber: prohibición de amnistía, de alegar prescripción, irretroactividad, cosa juzgada, *ne bis in idem*, plazo razonable u otra excluyente de responsabilidad que impida la investigación y sanción de los responsables⁴⁵. Esa afirmación, sin embargo, es inexacta. Como se ha señalado, mucho antes de comenzar a pronunciarse por la comisión de crímenes de lesa humanidad, la Corte IDH ya había establecido como medida de reparación la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, y de ella se habían derivado las mismas prohibiciones⁴⁶. A ello se debe agregar que solo en tres casos (*Almonacid Arellano vs. Chile*, *La Cantuta vs. Perú* y *Castro Castro vs. Perú*, todos resueltos en el 2006), la Corte declaró que

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de supervisión del caso *Barrios Altos vs. Perú* (párrs. 45-48 y 55-57), 07 de septiembre de 2012.

⁴⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de supervisión del caso *Barrios Altos vs. Perú* (párr. 34), 07 de septiembre de 2012.

⁴⁶ Véanse Sentencia de fondo, caso: *Barrios Altos vs. Perú* (párr. 41 y numeral 5 del fallo), 14 de marzo de 2001; y Sentencia de reparaciones y costas, caso: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (párrs. 33-35), 21 de julio de 1989.

se había cometido este crimen internacional. Posteriormente, en casos similares, que motivaron a que se calificaran los hechos como crímenes de lesa humanidad, no se ha necesitado subsumir los hechos en esta figura delictiva para establecer la misma medida de reparación y derivar de ella las mismas prohibiciones.

Con respecto a las conclusiones formuladas en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, acerca de la comisión de crímenes de lesa humanidad por miembros de las fuerzas armadas en el periodo de la lucha antisubversiva; y en las sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren a la configuración de este tipo de crímenes internacionales⁴⁷; conviene precisar que el único órgano que tiene la facultad de declarar, en un caso concreto, si un hecho encuadra o no en un tipo penal de crimen de lesa humanidad es un tribunal penal, nacional o internacional. No otro órgano.

Conviene recordar, además, que por los hechos del caso La Cantuta se siguieron dos procesos penales. El primero, contra varios de los implicados en ese caso⁴⁸, concluyó después que la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resolviera el recurso de nulidad planteado contra la sentencia de primera instancia, confirmando la absolución de uno de los acusados y la condena de los otros, aunque rebajando la pena a uno de los encausados de 35 a 25 años de pena privativa de libertad⁴⁹. El segundo proceso, contra dos de los implicados en este caso⁵⁰, concluyó con la decisión de la Corte Suprema, en el recurso de nulidad planteado contra la sentencia condenatoria, de confirmar la condena de uno de los acusados y ordenar un nuevo juicio respecto del otro⁵¹.

En ninguno de esos dos procesos judiciales las Salas Penales se pronunciaron sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad. Es decir, a diferencia de la sentencia del caso Fujimori, del recurso de nulidad que la confirma y de la sentencia de primera instancia del caso Colina, no se otorgó tal calificación jurídica a los hechos

⁴⁷ Exp. N.º 4677-2005-PHC/TC, Lima (fundamentos 28-30), caso: Juan Rivero Lazo, 12 de agosto de 2005; Exp. N.º 2798-04-HC/TC, Lima (fundamentos 25-27), caso: Gabriel Orlando Vera Navarrete, 09 de diciembre de 2004.

⁴⁸ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Sentencia recaída en el Exp. N.º 03-2003, 08 de abril de 2008.

⁴⁹ Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 3198-2008, Lima, 27 de abril de 2009.

⁵⁰ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, sentencia recaída en el Exp. N.º 09-2008, 03 de julio de 2008.

⁵¹ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso La Cantuta vs. Perú (párr. 8), 20 de noviembre de 2009.

por los que fueron condenados los encausados. Incluso, la propia Corte IDH, en su resolución de supervisión del caso La Cantuta, de 20 de noviembre de 2009, no valoró negativamente estas decisiones judiciales como medida de reparación, no las consideró un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos violatorios de los derechos humanos en este caso, ni exigió que esas resoluciones sean anuladas por no haber declarado que los hechos constituirían crímenes de lesa humanidad y, además, por rebajar en diez años la pena de uno de los principales acusados.

En suma, no se puede afirmar —como lo hace la Corte IDH— que la Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 2012 entre en contradicción con otras decisiones nacionales, encunto a la calificación de los actos del Grupo Colina como crímenes de lesa humanidad: en primer lugar, porque solo los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal pueden declarar si se cometió o no un delito o crimen de esa naturaleza, no el Tribunal Constitucional ni la Comisión de la Verdad y Reconciliación; y, en segundo lugar, como se ha visto, porque no en todos los procesos penales seguidos contra los implicados en los casos Barrios Altos y La Cantuta se ha otorgado a los hechos esa calificación jurídica.

258

Cabe agregarse que ni la propia Corte IDH ha mantenido una posición uniforme en su jurisprudencia, pues en casos similares no volvió a pronunciarse sobre la existencia de crímenes de lesa humanidad sino hasta el 2010, año en que empleó ese concepto para caracterizar las violaciones cometidas en el caso Cepeda Vargas vs. Colombia; además, en la resolución de supervisión del caso La Cantuta, no cuestionó las decisiones judiciales por la falta de calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad ni por la reducción de la pena, en diez años, de uno de los condenados⁵².

Por otro lado, no se debe perder de vista que el proceso penal tiene como objetivo la investigación de un hecho que reviste carácter delictivo y la averiguación de su autor, a fin de declarar su responsabilidad penal e imponerle las consecuencias jurídicas que la ley establece. En ese sentido, no parece exigible al juez penal que califique los hechos como crímenes de lesa humanidad, con base en una norma consuetudinaria internacional (no suficientemente determinada), si la ley no le autoriza a imponer ninguna consecuencia jurídica, y solo para coincidir con lo opinado por otras autoridades nacionales o internacionales. En efecto, el juez penal, en su sentencia de condena, no puede, por ejemplo, prohibirle al Parlamento que emita una ley de amnistía o a otro juez que admita un pedido de prescripción.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de cumplimiento de la sentencia del caso La Cantuta vs. Perú (párr. 8), 20 de noviembre de 2009.

De lo anterior, se puede colegir que los cuestionamientos formulados por la Corte IDH en la resolución de supervisión de 27 de septiembre de 2012 no son atendibles; por el contrario, constituyen una injerencia indebida en la esfera de competencia de los jueces penales. En efecto, la Corte IDH, actuando como una suerte de instancia de revisión, exige que se deje sin efecto la Ejecutoria Suprema de 20 de julio de este año e impone a los jueces una única solución acorde —según su particular interpretación— con el texto de la CADH, para tener por cumplida la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones cometidas.

Esta medida, indudablemente, no respeta la independencia judicial, pues ella presupone, como destacan diversos instrumentos internacionales orientados a promover y garantizar la independencia judicial, que el juez ejerza «su función de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón»⁵³.

Lamentablemente, en este caso —en vista del rechazo mostrado hacia la Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 2012 por la Corte IDH, por algunos sectores de la sociedad civil e, incluso, por el propio Ejecutivo—, los jueces de la Corte Suprema estimaron conveniente —atendiendo a las observaciones formuladas en la resolución de supervisión del caso Barrios Altos— declarar de oficio la nulidad de dicha ejecutoria. Esto es, se dejó sin efecto una resolución firme que ya tenía la calidad de cosa juzgada sin más justificación que en cumplimiento del mandato de la Corte IDH de resolver en determinado sentido. Conviene precisar que esta decisión recayó también sobre aspectos que no fueron cuestionados por ese órgano, por ejemplo, sobre la absolución de Jorge Pinto Cárdenas⁵⁴.

⁵³ Código de Bangalore, Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, Valor 1, Independencia, aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, 2002. En ese sentido, también: Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, arts. 1 al 8, aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, República Dominicana, 21 y 22 de junio de 2006; y Código de Bangalore, Estatuto Universal del Juez, art. 1, Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, Taiwan, 17 de noviembre de 1999.

⁵⁴ Resulta ilustrativa, al respecto, la situación del acusado Jorge Pinto Cárdenas (exjefe del Servicio de Inteligencia del Ejército), condenado en primera instancia por los hechos de los casos La Cantuta, Pedro Yauri Bustamante y Pobladores del Santa, pero absuelto por la Corte Suprema, al no hallarlo responsable de los delitos por los que fue condenado. Así pues, en mérito a la Ejecutoria de 20 de julio último, resolución definitiva e inimpugnable, por tener la calidad de cosa juzgada, el acusado fue puesto en libertad. Sin embargo, dos meses después (27 de septiembre de 2012), dicha resolución fue anulada de oficio por la misma Sala de la Corte Suprema que la emitió, en cumplimiento del mandato de la Corte IDH. En esta

Como se puede advertir, esta decisión se adoptó sin tener en consideración los derechos y garantías de los acusados (cosa juzgada, debida motivación, principio de legalidad, plazo razonable, entre otros), reconocidos en la Constitución y en la propia CADH, que —a diferencia de lo sostenido por la Corte IDH— no parece autorizar la eliminación o limitación del goce o ejercicio de los derechos allí reconocidos (art. 29, literales a y b)⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. y Böhm, L. (2011). Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz? En K. Ambos, E. Malarino y P. Elsner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (vol. 2). Konrad Adenauer Stiftung.
- Ayala Corao, C. (2007). La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/la_ejecucion5_1-2007.pdf
- Azabache Caracciolo, C. (1999). Sobre el auto de inicio de instrucción. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, (3), 311-322.
- Basch, F. F. (2010). La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones. Sur, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 7(12), 37-56. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r26663.pdf>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). *Informe Final* (vols. 6 y 7).
- Dondé Matute, J. (2011). Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En K. Ambos,

resolución también se ordenó la detención de Pinto Cárdenas, quien ahora deberá permanecer en prisión a la espera de un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema.

Como se puede observar, esta decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema parece desconocer los derechos y garantías a favor de los procesados. A título de ejemplo, se puede citar: el derecho del acusado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a un nuevo juicio, pues, en este caso, se anula el extremo de la resolución que absuelve a Pinto Cárdenas y se dispone que se emita un nuevo fallo, entre otros, contra aquel; así como también, el derecho del inculcado a que el proceso se realice en un plazo razonable, pues, en este caso, el proceso se ha prolongado por más de diez años.

⁵⁵ En ese sentido, véase MALARINO, en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, pp. 49 y 59.

E. Malarino y P. Elsner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional* (vol. 2). Konrad Adenauer Stiftung.

Jauchen, E. (2007). *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni.

Lanzarote Martínez, P. (2005). *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*. Comares.

Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En K. Ambos, E. Malarino y P. Elsner (Eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional* (vol. 1). Konrad Adenauer Stiftung.

Malarino, E. (2009). *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos*. <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>

Pastor, D. (2002). *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*. Ad-Hoc.

Roxin, I. (2012). *La excesiva duración del proceso penal en la nueva jurisprudencia alemana*. <http://es.scribd.com/doc/93356968/Confer-en-CIA-de-Roxin-Excesiva-Duracion-Del-Proceso-Penal>

Sancinetti, M. (2002). *Análisis crítico del caso «Cabezas»* (vol. 2). Ad-Hoc.

Velásquez, F. (2012). La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. <https://n9.cl/1im0w>

Hermenéutica judicial y juicio de ponderación de los derechos fundamentales

Una mirada a través de la jurisprudencia constitucional latinoamericana

Judicial hermeneutics and judgment of weighing fundamental rights
A look through Latin American constitutional jurisprudence

263

 JESÚS ÁNGEL CADENA ALCALÁ*

Resumen

Este texto analiza el contenido sustantivo de las constituciones contemporáneas desde un acercamiento al constitucionalismo de los principios y a las cualidades que esta teoría implica. Asimismo, se hace un especial hincapié en el juicio de ponderación como metodología o herramienta argumentativa e interpretativa para resolver conflictos entre derechos fundamentales y principios constitucionales. Para ello, se realiza un análisis jurisprudencial de cómo algunos tribunales constitucionales en América Latina emplean dicha metodología o herramienta para resolver casos, en concreto, que deriven de tensiones normativas e interpretativas entre normas de contenido sustantivo.

* Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo, España) y la Universidad de Pisa (Italia). Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México y de las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente, secretario técnico de mando superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. País de origen: México. Correo electrónico: jesus.cadena@te.gob.mx. ORCID: 0000-0002-6676-6880

Palabras clave

Constituciones rematerializadas, derechos fundamentales y principios constitucionales, constitucionalismo principialista, hermenéutica judicial, juicio de ponderación y discrecionalidad judicial

Abstract

This text analyzes the substantive content of contemporary constitutions from an approach to the constitutionalism of principles and the qualities that this theory implies. Likewise, special emphasis is placed on weighting as a methodology or argumentative and interpretive tool to resolve conflicts between fundamental rights and constitutional principles. For which a jurisprudential analysis is made of how some Constitutional Courts in Latin America use this methodology or tool to resolve specific cases that derive from normative and interpretative tensions between norms of substantive content.

Keywords

Rematerialized constitutions, fundamental rights and constitutional principles, principlist constitutionalism, judicial hermeneutics, weight judgment and judicial discretion

Sumario

264

I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS. III. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y LA HERMENÉUTICA EN AMÉRICA LATINA. UN ACERCAMIENTO TORAL E INDISPENSABLE. IV. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL JUICIO DE PONDERACIÓN. V. LA HERMENÉUTICA JUDICIAL Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN. ANTIFORMALISMO O DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. VI. LA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS. UNA MIRADA A LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LATINOAMÉRICA. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las cualidades normativas de las constituciones en el *constitucionalismo principialista*, especialmente de aquellas relacionadas con la producción de elementos sustantivos o axiológicos que tienden a reconocer un catálogo detallado de derechos, libertades, principios y valores.

Además, ante la clara producción normativa de orden sustantivo que contemplan los textos constitucionales contemporáneos, la interpretación y argumentación empleada, sobre todo en el ámbito de la función jurisdiccional, para resolver los posibles conflictos o tensiones normativas entre derechos y principios debe configurarse de una manera diferente, de ahí la aplicación y vigencia del juicio de ponderación.

En ese sentido, examiné las condiciones operativas del juicio de ponderación como un método o técnica que nos sirve para resolver esos conflictos de orden normativo-interpretativo, con el objeto de ofrecer una solución al caso en concreto planteado, analizando las premisas normativas —contenido esencial de los derechos en juego o colisión—, fácticas y probatorias. Así también, detallando un concepto práctico y puntual —debatible—, el cual tiende a resolver las siguientes interrogantes: ¿por qué es relevante la hermenéutica?, ¿qué es la ponderación?, ¿qué tipo de conflictos normativos-interpretativos resuelve o dirime?, y ¿cómo debe de ser empleada en la función judicial?

Así, resulta necesario advertir, a través del análisis de diversas sentencias constitucionales, cómo los tribunales constitucionales en América Latina emplean el juicio de ponderación para resolver casos de colisión entre derechos fundamentales y principios constitucionales, al señalar los resultados a los que arriban mediante la regla de la concretización. En la inteligencia de que su aplicación a la judicatura constitucional presencia diversas concepciones, todas ellas equidistantes de los elementos que integran al juicio de ponderación, entre las cuales se encuentran el contenido esencial de los derechos o principios en colisión; el beneficio y grado de interferencia que se presentan en algunos casos en concreto, y la seguridad de las premisas, en torno a la posible afectación que se generaría al preferir uno de los derechos o principios en contienda.

265

En suma, el ejercicio de observación realista, es decir, mediante la utilización de sentencias constitucionales, permite presenciar cómo los tribunales constitucionales en América Latina han diseñado un juicio de ponderación propio y aplicable para los casos en concreto que se les van presentando, los cuales se ven orillados a ofrecer una solución jurídica debidamente coherente, razonada y argumentada.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS

La teoría constitucional de los principios guarda varios aspectos relevantes en cuanto al contenido de los textos constitucionales en el derecho occidental y latinoamericano. Sin lugar a duda, uno de los más importantes es aquel que se refiere al contenido sustantivo, es decir, a la *rematerialización*¹ del compendio

¹ Al respecto, Luis Prieto Sanchís (2013, p. 26) sostiene que existe una rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimientos destinados a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos a los que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente.

constitucional que presupone la inclusión no solo de cláusulas formales, sino también sustantivas, que reconocen una serie de derechos, libertades, principios y valores con elementos eminentemente abstractos, bajo la noción que estos deberán ser delimitados principalmente por la actividad jurisdiccional.

Ronald Dworkin (2019, p. 14) sostiene que las cláusulas constitucionales que protegen a individuos y minorías del gobierno «deben de ser entendidas de la forma que más naturalmente sugiere su redacción: se refieren a principios morales abstractos y los incorpora por referencia, como límites al poder del gobierno». De esta forma, se concibe una dicotomía existente entre los principios constitucionales que fungen como elementos o barreras sustantivas para los poderes públicos, y el actuar determinado que estos deben de tener para su debida protección —deberes, obligaciones o prohibiciones—.

Dichas cláusulas sustantivas presuponen una visión del *constitucionalismo* cercana a la tutela integral de los derechos fundamentales, como un imperativo que le es vinculante al Estado y, por virtud del cual, se actualiza su obligación de salvaguardarlos en las relaciones públicas —eficacia vertical— y también en aquellas de derecho privado —eficacia horizontal—².

266

En esa tesitura, la teoría de los principios —*constitucionalismo principialista*— tiene tres objetivos primordiales: i) atender la calidad de las normas que reconocen derechos fundamentales, realizando una separación entre reglas y principios; ii) dimensionar la conexión entre derecho y moral, como un aspecto de su contenido esencial de naturaleza ético-político, y iii) generar la aplicación de garantías secundarias por parte de los jueces y la interpretación constitucional que el quehacer requiere, a través de metodologías contemporáneas como lo es el juicio de ponderación.

Para comprender el sentido de lo expuesto, es necesario precisar cada uno de los objetivos referidos. En cuanto a la diferencia entre reglas y principios, esta se actualiza debido a que las primeras (reglas) tienen una aplicación cerrada, cuya validez genera que sean realizadas o no —cumplimiento obligatorio—; mientras que los principios se establecen de manera abierta y, en tal virtud, son susceptibles

² La eficacia horizontal nace con los efectos *erga omnes* de los derechos fundamentales y puede ser concebida de la forma siguiente: la función de una constitución no solo es regular las relaciones entre ciudadanos y poderes públicos, sino también adecuar las relaciones sociales. Asimismo, no tiene sentido proteger un derecho frente al Estado y, al mismo tiempo, dejarlo sin alguna tutela frente a los particulares. (Guastini, 2018, pp. 519-520).

de realización en diferentes grados, propiciando su eventual conflicto normativo que debe ser resuelto por la ponderación³.

Es por lo que la concepción principalista implica «la concepción de normas constitucionales sustanciales, y en particular de los derechos fundamentales, no como reglas, sino como principios, objeto de ponderación y no de aplicación, como las reglas» (Ferrajoli, 2014, p. 108). De manera que dicha producción normativa implica el reconocimiento de libertades básicas para que la persona acceda a un disfrute integral, eficaz y eficiente propio de las condiciones favorables del principio de dignidad humana.

Por otro lado, es claro que en el *constitucionalismo principalista* existe una relación objetiva entre el derecho y la moral, la cual parte del supuesto en el que los derechos fundamentales como principios de orden constitucional se vinculan con valores como la dignidad humana, la equidad, la igualdad, la justicia y la paz; además, siendo elementos *metajurídicos* poseen una dimensión moral-objetiva, que resulta conveniente para establecer la naturaleza indeterminada de los derechos fundamentales que admite al juicio de ponderación como una metodología para diseñar una solución en caso de tensión o conflicto normativo entre derechos o principios que operan como mandatos de optimización —cumplimiento en diferentes grados—.

267

Finalmente, la generación de condiciones apropiadas para la aplicación de garantías secundarias o jurisdiccionales constituye un imperativo categórico, toda vez que, ante un eventual menoscabo en el ejercicio de derechos fundamentales o principios constitucionales, debe activarse el deber de reparación⁴, por parte del Estado, principalmente a través de la función judicial, mediante el compromiso inherente de proteger, promover y garantizar la estabilidad y adecuada aplicación de la parte sustantiva de los textos constitucionales, a través del uso de nuevas herramientas o metodologías interpretativas.

³ Luis Prieto Sanchís (2001, p. 213) sostiene que en la ponderación siempre hay razones en pugna o bienes en conflicto, es decir, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión.

⁴ Miguel Carbonell sostiene que la «reparación que en cada caso se determine debe ser idónea y congruente. La idea es que las medidas reparatorias sean adecuadas tomando en cuenta el tipo de afectación de que se trate, se determinarán las oportunas medidas reparatorias». (2016, p. 34)

III. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y LA HERMENÉUTICA EN AMÉRICA LATINA. UN ACERCAMIENTO TORAL E INDISPENSABLE

Ahora bien, en el *constitucionalismo principialista* de América Latina se denota la gran influencia de occidente en la consolidación de normas sustantivas, toda vez que sus textos constitucionales⁵ abonan a la inclusión de catálogos bien definidos, propensos a reconocer el ejercicio de derechos fundamentales o principios constitucionales con el fin de proteger totalmente el principio de dignidad de la persona.

Dicho principio —dignidad humana— fue acuñado (en sede doméstica) por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual determinó, al emitir la sentencia de la Segunda Sala —2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69— del 15 de diciembre de 1970, que este principio es inalienable y que conlleva la prohibición de su modificación constitucional en el orden jurídico alemán (Schwabe, 2009, pp. 53-54).

Asimismo, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC 53/1985, definió ese principio como un «elemento que debe permanecer inalterado cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre» (Llorente, 1995, p. 72). En otras palabras, su vigencia es absoluta en aras de proteger los elementos mínimos de carácter sustantivo de los que debe gozar una persona.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCNJ) sostuvo lo siguiente en cuanto a la dignidad humana:

No es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida esta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada⁶.

⁵ Según De Dienheim (citado en Bagni, 2017), existe una «capacidad innovadora de los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, [...] el cual se caracteriza por buscar medidas que puedan dar soluciones a sus particulares problemas. Ello ha hecho que se hayan introducido en algunos casos instituciones *sui generis* como en el caso de las Constituciones venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009. [...] Catálogos de derechos fundamentales explícitos más o menos amplios y detallados que combinan derechos humanos individuales, colectivos y nuevos derechos [...]». (pp. 828-829)

⁶ Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.). Décima Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, agosto de 2016, p. 633.

Entonces, se asienta que la conducción de las autoridades y de los particulares —doble dimensión— debe ajustarse al respeto de la dignidad de todas las personas, pues este principio configura el núcleo esencial del desenvolvimiento o configuración de los derechos, libertades y principios fundamentales.

En ese sentido, el *constitucionalismo principialista*, en América Latina, no puede entenderse sin la producción normativa de derechos fundamentales y principios constitucionales que emanan del principio de dignidad humana y que buscan, en esencia, establecer una serie de bienes o prerrogativas del más alto nivel jerárquico —constitucional—, con el objeto de ser promovidas, atendidas, protegidas y respetadas.

Además, este *constitucionalismo principialista* presenta a los textos constitucionales desde una visión innovadora⁷, en la cual los derechos fundamentales y los principios constitucionales juegan un papel primigenio, pero a su vez requieren de una serie de garantías especialmente jurisdiccionales⁸, presentadas como mecanismos para restituir en el goce de los derechos o principios constitucionales ante una eventual transgresión por parte de las autoridades o de los particulares a las garantías primarias —deberes, obligaciones y prohibiciones constitucionales—, establecidas en el orden constitucional; bajo el imperio de una nueva conducción o convergencia interpretativa, propia de las nuevas exigencias imperantes en el *constitucionalismo rematerializado*.

269

Esta visión contemporánea de las constituciones en América Latina comprende no solo la inclusión de derechos y principios abstractos de orden constitucional, sino también la aplicación de diversas herramientas o metodologías para solucionar los conflictos normativos-interpretativos, principalmente a través de la ponderación y la proporcionalidad, en aras de proteger la vigencia normativa de la Constitución y su aplicación directa por parte de los jueces⁹, así como controlar el poder político, principalmente del legislador democrático.

⁷ Como una Constitución normativa que genera de manera directa derechos y obligaciones para el Estado que le son inmediatamente exigibles. Por ende, existe una eficacia directa e inmediata de la más alta jerarquía, que no requiere de ninguna voluntad legislativa para cobrar vigencia y aplicabilidad normativa. (Prieto Sanchís, 2001, p. 205)

⁸ Por garantías secundarias se entiende lo siguiente: «La previsión normativa de sanciones por actos ilícitos y de anulación para los actos inválidos, la existencia de organismos encargados de su aplicación, el poder y el deber de actuar a tal fin en juicio; en una palabra, la justicia-bilidad de las violaciones jurídicas de las expectativas y de los correlativos imperativos que forman sus garantías deónticas». (Ferrajoli, 2015, p. 165)

⁹ Sussana Pozzolo (1994, pp. 340-342) indica que la preponderancia de los jueces se debe en esencia a la formulación de la tesis favorable para la creación judicial o jurisprudencial, por lo que el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vinculadas a los elementos sustantivos que en el caso se pretenden proteger.

Aunado a ello, el factor de la hermenéutica como una forma de dotar de contenido a los derechos, principios y valores del ordenamiento constitucional es un elemento fundamental para la correcta administración de justicia, de acuerdo con que el ejercicio de control judicial siempre deberá tomar como referencia el principio pro persona, tanto en una vertiente de interpretación más benéfica o menos restrictiva como en un criterio de selección normativa, cuyo imperativo consiste en recoger la normas que potencialicen el derecho en juego.

Pero, ahora, podríamos preguntarnos: ¿por qué resulta relevante la hermenéutica?, dando como respuesta su papel protagónico al potencializar los derechos a través de las interpretaciones judiciales, y presentándose como un factor determinante para definir el contenido esencial y los límites a los derechos fundamentales, los cuales serán posteriormente objeto de ponderación dada su naturaleza conflictiva o su evidente tráfico en las relaciones entre particulares, que, sin más, provoca su colisión.

IV. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL JUICIO DE PONDERACIÓN

270

El debate constitucional contemporáneo sobre la ponderación es sumamente álgido y de muchas aristas, tanto normativas como filosóficas, que buscan en algún sentido justificar que la actividad jurisdiccional se encuentra legitimada, para determinar la vigencia y aplicación de derechos o principios que entran en conflicto o colisión a través del estudio de casos en concreto.

Al respecto, Robert Alexy (1993, p. 89) sostiene que cuando dos derechos o principios entran en colisión, uno de los dos tiene que ceder ante el otro, así se dice que los principios en juego tienen pesos diferentes y que prima el principio con mayor peso específico.

Para determinar lo anterior, Jorge Portocarrero (2016, pp. 28-29), siguiendo el pensamiento de Alexy, se da a la tarea de establecer tres elementos que integran al juicio de ponderación: el peso en abstracto de los derechos o principios en conflicto; el grado de interferencia y de importancia de estos, y la seguridad de las premisas en el caso concreto, analizando la fiabilidad de cuán intensa será la interferencia en caso de elegir uno de los derechos o principios en tensión. Por su parte, Carlos Bernal Pulido (2003, p. 6) estima que la ponderación «es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización».

En ese sentido, la llamada *ley de la colisión*¹⁰ establece una relación de precedencia condicionada —no absoluta—, en la que los derechos o principios, al constituirse como mandatos de optimización¹¹, son susceptibles de entrar en colisión en casos en concreto, determinándose al efecto cuál de los dos tiene un mayor peso que obligue al diverso a ceder para resolver la tensión existente (Silva García, 2012, pp. 93-94). Este fenómeno en el que principalmente los jueces deben determinar el peso en concreto (específico) de los derechos o principios en tensión se denomina *juicio de ponderación*.

Sobre esas premisas, es que claro que existe una diferencia entre ponderar¹² y concretizar (Guastini, 2010, p. 179), ya que el primer ejercicio o juicio de naturaleza normativa-interpretativa determina, a través del análisis del contenido *prima facie* de los derechos en juego o colisión, cuál de los dos debe prevalecer para otorgar una respuesta no desproporcionada al conflicto presentado; mientras que la concretización implica el acto conclusivo, por virtud del cual el órgano jurisdiccional, a través de un razonamiento lógico y no deductivo, aplica el derecho o principio que haya triunfado en el caso conducente, generándose una regla (no expresa) en concreto.

Lo conducente no implica que el derecho o principio que haya cedido en el caso concreto pierda su vigencia normativa o contenido *prima facie*, únicamente que, al construirse como un mandato de optimización, debe doblegarse ante la preferencia del derecho o principio con el que pugna.

Por lo precisado, puede sostenerse que el juicio de ponderación, además de constituirse como una herramienta contemporánea argumentativa-interpretativa para resolver conflictos entre derechos y principios de orden constitucional y convencional, funge como un elemento sustractor de la discrecionalidad y objetividad a la función judicial, dado que contempla la obligación del órgano de fundar y

¹⁰ Alexy (1993, p. 90) detalla a través de la ley de la colisión que en la ponderación de lo que se trata es de determinar cuál de los intereses abstractamente del mismo rango posee un mayor peso en el caso en concreto.

¹¹ Los principios en el momento que operan como mandatos de optimización, se confirman como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes, por lo cual, se cumplen en grados diferentes. (Silva García, 2012, p. 5)

¹² Marina Gascón Abellán (2014, p. 303) señala que el juicio de ponderación consiste en evaluar el peso o la importancia de las normas (o principios) que entran en conflicto, con el fin de buscar una solución armonizadora que en definitiva optimice la realización de uno de los principios a costa del sacrificio del otro.

motivar debidamente la resolución o sentencia constitucional, al grado de adquirir una legitimación convincente y lógica, que deje satisfechas a las partes implicadas por el ejercicio de sus derechos fundamentales o principios constitucionales.

V. LA HERMENÉUTICA JUDICIAL Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN. ANTIFORMALISMO O DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Sin duda, la hermenéutica jurisdiccional y el juicio de ponderación representan un vínculo indisoluble cuando se trata de resolver conflictos normativos-interpretativos entre derechos y principios que emanan o gozan de la misma posición normativa en abstracto.

Dicho vínculo no puede ser entendido sino bajo la vigencia de la teoría relativa del contenido esencial o *prima facie* de los derechos fundamentales, la cual nos indica que «es admisible constitucionalmente que en un caso concreto se realice una intervención que suponga un cierto grado de desplazamiento del derecho fundamental en una situación en concreto, siempre que se pueda justificar constitucionalmente» (Silva García, 2012, p. 23). De esta manera, su contenido no se fija como una medida preestablecida —teoría absoluta—, en cambio, depende de la propia determinación de la norma que reconoce el derecho fundamental en conexión con la justificación constitucional de su intervención en un caso en concreto.

En otras palabras, la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales requiere de la actividad jurisdiccional para delinear su contenido *prima facie* y, a su vez, determinar a través del análisis de casos en concreto cuando un cierto grado de intervención o interferencia normativa se encuentra legitimado desde el punto de vista constitucional.

Esa actividad argumentativa e interpretativa jurisdiccional, también denominada discrecionalidad judicial¹³, requiere del estudio de las premisas fácticas, normativas y probatorias para determinar el contenido de los derechos fundamentales o principios constitucionales en tensión, a través de la interpretación creativa o evolutiva¹⁴, que busca, con base en exigencias sociales, adaptar el contenido normativo constitucional y legal de un Estado.

¹³ La interpretación constitucional de los jueces, sin lugar a duda da lugar a la discrecionalidad y sobre todo cuando se trata de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. (Ferrer Mac-Gregor, 2013, p. 166)

¹⁴ Guastini (2018, p. 121) señala que la interpretación creativa o creación de derecho, consiste en atribuir un texto un *nuevo significado*, es decir uno no comprendido entre los identificables desde la interpretación cognitiva.

Tomaré lo antes referido para realizar un análisis diferenciado entre lo que representa la discrecionalidad judicial y sus cualidades respecto del antiformalismo judicial.

En un inicio, la discrecionalidad judicial se puede concebir como la tarea interpretativa realizada en sede jurisdiccional, mediante la cual los jueces realizan una labor descubridora o declarativa de normas previamente establecidas, con el objeto de que a través de estas se logre una pauta fundamental para adoptar una decisión, que ha de convertirse eminentemente en un precedente judicial (Abellán Gascón, 2014, p. 241).

Por otro lado, hablar de antiformalismo presenta *per se* una visión productora por parte del juez, en la que la actividad judicial no resuelve los casos planteados a partir del derecho preexistente, sino que lo crea o configura autónomamente y, por ello, su margen de acción no es susceptible de control racional (Abellán Gascón, 2014, pp. 238-239). Lo conducente se afirma en razón de que las decisiones judiciales en el antiformalismo se guían en mayor grado por las pasiones o ideológicas de los jueces, dando lugar a una decisión arbitraria o conveniente (no racional), imposible de convalidar en un Estado constitucional de derecho.

Asumiendo lo anterior, puede sostenerse que la discrecionalidad judicial, como una concepción racional de la tarea interpretativa que realizan los jueces, encuentra su legitimación racional en la custodia de los derechos fundamentales y principios constitucionales, como un deber de protección sustantiva que emana del propio texto constitucional, obligando a la construcción de argumentos válidos y legítimos que convaliden el quehacer de los órganos jurisdiccionales.

273

Por tanto, la discrecionalidad judicial representa una concepción fundada y de conciencia, en donde los jueces, además de realizar una labor interpretativa lógica, racional y argumentativa, se constituyen en auténticos guardianes de la Constitución ante las posibles injerencias arbitrarias de los poderes públicos y privados.

En función de lo categorizado, la discrecionalidad judicial comprende tres estadios importantes: i) el perfil del juez y su legitimación en el Estado constitucional de derecho; ii) la diferencia entre casos fáciles y difíciles en la delimitación de contenido sustantivo —derechos fundamentales y principios constitucionales—, y iii) la interpretación judicial y los métodos o herramientas interpretativas-argumentativas de orden constitucional.

Respecto del primer punto, comenzaré indicando que el juez constitucional representa el factor más preponderante en el Estado constitucional de derecho, pues se encarga de perfilarse como un contrapeso a los poderes públicos y también privados, actuando para establecer la validez de los actos que estos emiten o generan.

En tal virtud, los propios jueces constitucionales «son y deben ser la imagen de la confianza social, y de que sigamos teniendo esperanza de recibir justicia cuando se afecten nuestros derechos más preciados» (Caballero, 2019, p. 42). Adquiriendo, así, la legitimación de su actuación en la propia tutela integral de los derechos fundamentales y principios de orden constitucional que reconoce cada Estado.

Desde una perspectiva sustantiva, el juez constitucional es un agente racional que debe actuar de manera objetiva, imparcial y pormenorizada en el estudio de cada caso y, sobre todo, en aquellas que impliquen la transgresión o menoscabo en el ejercicio de un derecho o principio constitucional.

Por ello, los jueces constitucionales, además de contar con una base sólida de profesionalismo y ética conductual, deben concebirse como filósofos del derecho, ya que las decisiones a las que arriben en su gran mayoría guardan relación con una visión moral política, que predomina en los textos constitucionales (Dworkin, 2014, p. 58).

Pudiéndose concluir que el juez constitucional, además de un experto en el conocimiento pleno de la Constitución, debe de poseer valores integrales propios de una visión ética-profesional, así como una postura filosófica pormenorizada frente a la solución de casos con relación a valores o principios morales objetivizados en las normas sustantivas de los Estados constitucionales de derecho.

Por otra parte, el juez constitucional debe analizar la naturaleza o grado de dificultad del caso en concreto, para determinar si estamos frente un caso sencillo o fácil o, incluso, frente a uno difícil en virtud de la carga interpretativa o argumentativa necesaria por ser empleada.

Neil MacCormick (2018, pp. 248-249) especifica una distinción relativamente simple, en la que expone que los casos sencillos se pueden resolver con una decisión a partir de reglas establecidas claramente —deducción—, mientras que los casos difíciles se enfrentan, en un primer momento, a problemáticas sobre interpretación, relevancia y clasificación, en los que se requieren argumentos consecuencialistas y/o de principios.

Es permitido sostener que en los conflictos o tensiones entre derechos fundamentales y principios constitucionales estaremos frente a casos difíciles, dado a la necesidad de acudir a la argumentación con base en principios para obtener una respuesta jurídicamente coherente, consistente, justificada, racional y sensible¹⁵.

¹⁵ Alfonso Figueroa García (2014, p. 319) precisa que la decisión judicial debe constituirse de manera coherente, es decir, sujeta a una exigencia de racionalidad.

Finalmente, determinado el grado de dificultad del caso concreto, el juez debe adentrarse en el panorama de la interpretación judicial¹⁶ y de los métodos o herramientas interpretativas-argumentativas. Sobre esa premisa, se precisan los métodos o herramientas adquiridas desde una nueva dimensión o renovación propia de las condiciones de un constitucionalismo rematerializado.

En tal virtud, es indiscutible que el juez constitucional debe allegarse de esas metodologías contemporáneas para justificar su actuación y legitimar las resoluciones o sentencias a las que arriba. Todo mediante la aplicación de metodología o de las herramientas apropiadas, previo a decantarse sobre la solución del caso en concreto, en la medida en que esa elección dependa el éxito por alcanzar en la sentencia o resolución que emita.

VI. LA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS. UNA MIRADA A LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LATINOAMÉRICA

Abordar el tema relativo a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales y principios constitucionales, así como sus implicaciones, denotaciones y consecuencias normativas, no es una tarea sencilla; sin embargo, resulta de la mayor importancia o relevancia al interior de los Estados constitucionales de derecho, debido a que la interpretación constitucional va delimitando el *contenido prima facie* de los derechos y principios susceptibles de tensión normativa, buscando establecer, a través de casos en concreto, su vigencia y peso específico —concreto—.

275

En esa tesitura, realizaré un análisis de diversas sentencias constitucionales emitidas por tribunales constitucionales en América Latina, con el objeto de determinar cómo utilizan o aplican el juicio de ponderación para resolver conflictos normativos-interpretativos entre derechos fundamentales y principios constitucionales.

1. Derecho a la identidad vs. derecho a la privacidad de la información genética

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México —en adelante, SCJN— ha utilizado en diversas ocasiones el juicio de ponderación para resolver los conflictos normativos que he referido.

¹⁶ Rodolfo L. Vigo (2017, p. 91) precisa que la tarea interpretativa judicial desde una perspectiva operativa tiene por objeto dar razones explicatorias y justificatorias al derecho que es aplicado en un caso en concreto.

En la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 2944/2017, la Primera Sala de dicho Tribunal¹⁷ analizó el conflicto normativo que se presentaba entre el derecho a la identidad y el derecho a la privacidad de la información genética, derivado de la necesidad de acreditar el vínculo de consanguinidad para conocer el origen biológico de una persona a través de la prueba pericial en genética molecular.

Al tenor de lo planteado, en un inicio se verificó si el contenido *prima facie* de ambos derechos fundamentales realmente se encontraban en conflicto o colisión, estableciéndose al efecto una interrogante para demostrar su existencia: ¿la admisión y la orden de desahogo de la pericial en material genético, en un juicio de reconocimiento de paternidad, incide en el derecho a la privacidad de la información genética de una persona?

En tal sentido, la Primera Sala de la SCJN estableció la existencia de una tensión entre el derecho a la identidad y el derecho a la privacidad de la información genética, que debía resolverse para determinar cuál de los dos derechos fundamentales debía prevalecer en un caso en concreto. Para ello, puntualizó sobre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales en juego. En cuanto al derecho a la identidad, indicó que comprende el derecho de toda persona a saber quién es, en su propia conciencia y en la opinión de los otros, tomando en cuenta como se proyecta en sí mismo y frente a la sociedad, gozando de una doble eficacia, tanto psicológica como jurídica. Por otro lado, respecto del derecho a la privacidad genética, sostuvo que se encuentra protegida por el derecho a la intimidad al constituir datos sobre el cuerpo humano que permiten la identificación inequívoca de la persona.

Determinando su contenido *prima facie*, se dedicó a establecer el grado de eficacia de los derechos fundamentales en conflicto, estableciendo respecto al derecho a la identidad, el significativo impacto en su protección, en razón de la admisión y orden de desahogo de la prueba pericial en genética molecular, pretendiendo proteger el ejercicio integral de este derecho, a lo largo de la actualización de un vínculo biológico que genera un grado de filiación. De igual forma, en cuanto al derecho a la privacidad genética, si bien su protección es relevante desde la perspectiva constitucional, es imperioso que deba doblegarse cuando se enfrenta al derecho a la identidad, con el objeto de establecer vínculos de filiación.

La severidad de la afectación en el derecho a la privacidad genética es moderada, puesto que únicamente se analiza la huella genética de la persona y no la

¹⁷ Resuelto en sesión del 7 de marzo de 2018, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consultada en el siguiente enlace electrónico: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=215827>

totalidad de la información que podría desprenderse del mapa genético —ADN—. Además, dicha información será protegida por el órgano jurisdiccional, evitando su difusión, venta o almacenamiento arbitrario, en razón de encontrarse destinada a comprobar la existencia de un vínculo biológico.

Por ende, sobre el caso planteado, la admisión y desahogo de la prueba pericial en genética molecular brinda una protección intensa al derecho a la identidad, y el grado de afectación que resiente el derecho a la privacidad es moderado y proporcional, por lo que debe de consentirse para resolver el conflicto normativo-interpretativo.

2. Derecho a la educación vs. principio de autonomía universitaria

Otro caso relevante es el resuelto por la Corte Constitucional colombiana —en adelante, Corte Constitucional— al emitir la sentencia T-933/05¹⁸, donde analiza el conflicto normativo-interpretativo entre el derecho fundamental a la educación y el principio de autonomía universitaria.

En el caso, el problema jurídico sometido a conocimiento de la referida Corte Constitucional establecía la afectación del derecho a la educación por parte de la Universidad de Manizales, al negarle a una persona la entrega de su título de abogado, en tanto no pagara las cuotas de la matrícula correspondiente al último semestre, con base en el principio de autonomía universitaria.

En un inicio se determinó el contenido esencial y límite del principio de autonomía universitaria, indicando que se encuentra establecido en el artículo 69 de su Carta Política, el cual reconoce que las universidades gozan de un alto grado de libertad jurídica y capacidad de decisión que, vista desde una perspectiva académica y filosófica, les permite a tales instituciones asegurar, para la sociedad y para los individuos que la integran, un espacio libre e independiente en las áreas del conocimiento, la investigación científica, la tecnología y la creatividad¹⁹.

La aplicación de dicho principio goza de dos principales vertientes. Por una parte, la autorregulación académica; por otra parte, la autorregulación administrativa o funcional, mismas que representan una libertad para los establecimientos educativos, sin que posea un carácter absoluto e ilimitado.

¹⁸ Resuelta en sesión del 7 de septiembre de 2005, por la Corte Constitucional Colombiana. Consultada en el siguiente enlace electrónico: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-933-05.htm>

¹⁹ Visible en el numeral 4: «Autonomía universitaria: contenido y límites. Criterios jurisprudenciales» de la sentencia que se analiza».

En tal contexto, la expresión de la autonomía universitaria, mediante la aplicación de un reglamento universitario —interno—, no puede imponerse frente a la efectividad del derecho a la educación, constituyente de un *derecho-deber* por parte del Estado y respaldado en términos del artículo 67 de su Constitución Política.

Por tanto, la Corte Constitucional estableció que los planteles educativos universitarios, si bien pueden exigir requerimientos al educando, no pueden condicionar el derecho a la educación al cumplimiento de ciertas obligaciones.

Concluyendo que los derechos fundamentales pueden ser regulados y canalizados en sus diversas expresiones, pero nunca desconocidos o desnaturalizados. En tal caso, el derecho a la educación puede estar sujeto a la aplicación de diversos reglamentos con ciertos requisitos o formalidades para su ejercicio integral, mas no deben adoptarse medidas restrictivas de manera injustificada, desproporcionada o arbitraria, haciendo nugatorio su contenido esencial.

Como consecuencia, en el caso se evidencia la prevalencia del derecho a la educación frente a un eventual conflicto económico, derivado del derecho del plantel educativo universitario a obtener el pago por el servicio de enseñanza —autonomía universitaria—. No obstante, es necesario otorgar al primero de los descritos una condición preferencial, sin que ello implique desconocer la existencia del derecho de la institución educativa ni la posibilidad de hacerlo efectivo a través de los medios jurídicos existentes, es decir, en un proceso judicial ajeno y diferente a la sanción académica decidida a imponer.

Máxime que la Universidad de Manizales instauró la acción ejecutiva para el cobro de la obligación económica incumplida, por lo que la sanción académica resulta desproporcionada y onerosa, vulnerando, con ello, el contenido esencial del derecho fundamental a la educación.

3. LIBERTAD DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA VS. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En la sentencia 01619-2020²⁰, la Sala Constitucional de Costa Rica —en adelante, Sala Constitucional— resolvió el conflicto presentado entre el derecho fundamental a la objeción de conciencia y el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Lo anterior, relacionado con un caso concreto en el que

²⁰ Resuelta en sesión del 24 de enero de 2020, por la Sala Constitucional de Costa Rica. Consultada en el siguiente enlace electrónico: [file:///C:/Users/jjcad/Desktop/ensayos%20para%20libros%20y%20revistas%20especializadas/Sala%20Constitucional%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/jjcad/Desktop/ensayos%20para%20libros%20y%20revistas%20especializadas/Sala%20Constitucional%20(2).pdf)

se reclamó que el criterio DJ-AJ-207-2019 de la Dirección Jurídica y el acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en sesión 60-19 del 4 de julio de 2019, vulneraron los derechos de las personas funcionarias judiciales al impedir el ejercicio de la objeción de conciencia en las gestiones que involucren relaciones de personas del mismo sexo.

Se presentaba una tensión entre la libertad de objeción de conciencia y el principio de igualdad y no discriminación, que debía ser delimitado por la Sala Constitucional. En cuanto al contenido esencial de la libertad de objeción de conciencia, la Sala Constitucional precisó que se presenta como un corolario de la libertad ideológica, religiosa y de culto, y se manifiesta como una libertad operante, en caso de surgir un conflicto entre una norma imperativa o de la pretensión de un particular, que va en contra de creencias o convicciones personales.

Cabe precisar que la libertad de conciencia²¹ no es un derecho fundamental absoluto y, por tanto, es susceptible de imponerse límites justificables y razonables, como cuando su práctica o ejercicio transgrede una disposición legal o un deber jurídico, o bien impide el disfrute de otro derecho de igual rango por parte de terceros, como el derecho a la no discriminación y el acceso a la justicia²².

Por otro lado, en relación con la función jurisdiccional de la libertad de conciencia, la Sala Constitucional, con el objeto de no vaciar su contenido esencial, determinó que, para aceptar el ejercicio de este derecho fundamental en la impartición de justicia, el Poder Judicial tiene el deber jurídico de sustituir al servidor público que realice el ejercicio de tal derecho, dentro de un plazo perentorio, de forma tal que el sistema estructurado dé a la persona usuaria condiciones de eficacia, eficiencia e igualdad, brindándose un acceso integral a la justicia y a la tutela judicial efectiva sin discriminación alguna.

Por tanto, el Poder Judicial está en el deber de dar un trato igual a las personas heterosexuales y homosexuales en cuanto atención, trámite, tiempo de respuesta, resolución y ejecución de los asuntos²³. Estimando la Sala Constitucional que es posible ejercer la libertad de objeción de conciencia en la función jurisdiccional, siempre y cuando el Consejo Superior del Poder Judicial brinde a las parejas del mismo sexo un acceso integral a la justicia y una tutela judicial efectiva en las mis-

²¹ En la diversa Resolución 2012-10456, la Sala Constitucional se pronunció sobre la libertad de objeción de conciencia, con relación especial en la educación.

²² Visible en el punto 7 de la sentencia que se analiza.

²³ Visible en la fracción «VII.- Sobre el caso concreto» de la sentencia que se analiza.

mas condiciones y tiempos de respuesta que les da a las personas heterosexuales. Conciliándose, así, ambos derechos fundamentales y protegiendo su contenido esencial, en aras de no vaciarlos sustantivamente.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR

La Corte Suprema de Argentina —en adelante, Corte Suprema—, en la sentencia 342:1777²⁴, solventó un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, derivado de un procedimiento ordinario sobre daños y perjuicios.

Dicho asunto parte de las manifestaciones realizadas por José Carlos Martínez a la prensa respecto del desempeño de Virgilio Martínez de Sucre como Fiscal de Estado, y que sostiene el último le causan un deterioro o transgresión en su derecho al honor. En ese sentido, la Corte Suprema debía determinar si dichas manifestaciones gozan de tutela constitucional o si, por el contrario, ellas se encuentran más allá del ámbito de protección constitucional y convencional.

Es por lo que debe verificarse la veracidad de la información y si la misma representa un tópico de interés público²⁵. Cabe precisar que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y su protección constitucional se da debido al reconocimiento del artículo 14 de la Constitución Nacional de Argentina²⁶.

Por otro lado, el derecho al honor, en cuanto a su contenido esencial, constituye en sí mismo un derecho fundamental, connatural e inherente de la persona humana, desde que importa «la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona»²⁷.

Precisando lo anterior, en el caso, era indispensable ofrecer una solución jurídica a la luz del juicio de ponderación, a través del cual la Corte Suprema precisó que la libertad de expresión goza de una mayor protección constitucional —con relación al derecho al honor—, cuando: i) se inserta en una cuestión de relevancia

²⁴ Resuelta en sesión del 29 de octubre de 2019, por la Corte Suprema de Argentina. Consultada en el siguiente enlace electrónico: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7559671&cache=1595457758329>

²⁵ Es indispensable señalar que la Corte Suprema mencionó que no toda información falsa, es decir, dañina para el derecho al honor, genera responsabilidad civil. Visible en la página 10 de la sentencia que se analiza.

²⁶ Visible en las páginas 8-9 de la sentencia que se analiza.

²⁷ Visible en la página 26 de la sentencia que se analiza.

o interés público; ii) se refiera al desempeño o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública; iii) se utilicen frases, términos, voces o locuciones que guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión; iv) cuente, en su caso, con una base fáctica suficiente que dé sustento a la opinión o juicio crítico o de valor al que se halle estrechamente vinculada, y v) contribuya a la formación de una opinión pública necesaria para la existencia de un pluralismo político en una sociedad democrática²⁸.

En tal sentido, se estimó que las declaraciones impugnadas no pueden considerarse difamatorias, en virtud de que representaban una severa crítica al rol que desempeñaba un funcionario público en temas que comprometían la defensa del erario público provincial; por tanto, dado que tales manifestaciones no exceden el grado de tolerancia que es dable esperar de quien desempeñe un alto cargo gubernamental, cuando se le cuestiona en su esfera de actuación pública, en el caso concreto debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión.

5. DERECHO DE PROPIEDAD VS. DERECHOS DE LOS NIÑOS Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

El Tribunal Constitucional de República Dominicana —en adelante, Tribunal Constitucional RD— al resolver el caso TC/0109/13²⁹, atendió un conflicto entre los derechos de propiedad, a la familia y el interés superior del menor. En el caso, los elementos fácticos se centran en que el presente conflicto se origina por la no devolución del Ministerio Público, del arma de fuego que fue entregada por Juan Carlos Terrero Peña, en ocasión de varias denuncias presentadas en su contra por violencia intrafamiliar.

Determinándose la colisión entre el contenido esencial de los referidos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional RD, procedió a explicar la prevalencia en el caso en concreto del interés superior del menor y de la protección a la familia.

En un comienzo, explicó que el contenido esencial del derecho de propiedad emana del artículo 51 de la Constitución dominicana, que reconoce y garantiza el derecho de toda persona de gozar, disfrutar y disponer de sus bienes.

²⁸ Visible en la página 30 de la sentencia que se analiza.

²⁹ Resuelta en sesión del 3 de julio de 2013, por el Tribunal Constitucional de República Dominicana. Consultada en el siguiente enlace electrónico: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7533/sentencia-tc-0109-13-c.pdf>

Por otro lado, sostuvo que el contenido esencial del derecho a la familia emana del artículo 55 del referido texto constitucional, haciendo hincapié en que dicho derecho fundamental protege a la familia como fundamento de la sociedad y del espacio básico para el desarrollo integral de las personas, entre ellos, de los niños, niñas y adolescentes, que deben de gozar de una protección superior³⁰ para el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, tal como lo prevé el artículo 56 de la citada Constitución.

Es así que, en aras de armonizar el ejercicio de los derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afectara su contenido esencial —como tampoco, más de lo necesario, su máxima efectividad—, el Tribunal Constitucional de RD determinó en el caso concreto la prevalencia del interés superior del menor y de la protección a la familia, dado que el señor Juan Carlos Terrero Peña había entregado voluntariamente el arma de fuego y, por ende, la retención o incautación por parte del Ministerio Público se encontraba justificada por el hecho de que existe un proceso penal abierto en contra de este último, por hechos relacionados con violencia intrafamiliar³¹.

Precisando que dicha incautación o retención del arma de fuego gozaba de carácter provisional hasta que culmine el proceso penal llevado en su contra y se determine sobre su situación jurídica. Por tanto, dependiendo del resultado de este, entonces, se levantaría dicha incautación (en caso de descargo o extinción de la acción) o se tornaría en definitiva (en caso de condena)³².

6. DERECHO AL TRABAJO VS. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

En el caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia —en adelante, Tribunal Constitucional Plurinacional— emitió la sentencia 27530-2019-56-AAC³³, en la que se le planteó la colisión o tensión entre el derecho al trabajo (trabajador) y el derecho al debido proceso (empleador).

³⁰ Para lo cual el Tribunal Constitucional de República Dominicana realizó un diálogo jurisprudencial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citados los casos «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala; Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, y Furlan y Familiares vs. Argentina. Así como la opinión consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del año 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

³¹ Visible en la página 16, inciso s), de la sentencia que se analiza.

³² Visible en la página 16, inciso u), de la sentencia que se analiza.

³³ Resuelta en sesión 15 de noviembre de 2019, por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Consultada en el siguiente enlace electrónico: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(udvrplpcoyviovceqnq304w\)\)/WfrJurisprudencia.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(udvrplpcoyviovceqnq304w))/WfrJurisprudencia.aspx)

En un inicio delimitó el contenido esencial de los derechos fundamentales en pugna; por una parte, precisó que, en el caso del debido proceso, todas las resoluciones deben estar debidamente fundamentadas y emerger de un procedimiento que respete las formalidades mínimas y esenciales, ya que en caso contrario podríamos estar ante decisiones arbitrarias; por otro lado, denotó que los derechos laborales implican el reconocimiento de los principios de protección de los trabajadores, primacía de la relación laboral, así como de continuidad y estabilidad laboral, por lo que antes de acudir a una aplicación mecánica de esta exigencia (debido proceso) debe acudirse a los principios referidos, cuando se trate de conminatorias de reincorporación laboral.

Así, en términos del artículo 48.II de su Constitución Política, puntualizó que las normas sustantivas del ámbito laboral deben de interpretarse y aplicarse a favor de los trabajadores, como principal fuerza productiva de la sociedad, atendiendo su protección integral y buscando que la relación laboral con el empleador prime, continúe y genere una estabilidad laboral.

Por ende, el Tribunal Constitucional Plurinacional, interpretó sistemáticamente el 10.IV del DS 28699 en concordancia con el artículo 48 de su Constitución Política, es decir, a la luz de los principios constitucionales indicados, para establecer que, una vez emitida la conminatoria de reincorporación por estabilidad laboral, esta debe cumplírsela a la brevedad posible y sin reparos en resguardo a los derechos primordiales del trabajador y su familia, con independencia de que existan o no posibles lesiones al debido proceso³⁴.

En suma, en el caso concreto, deben prevalecer los derechos laborales del trabajador sobre el derecho al debido proceso del empleador. Tomando en consideración, además, como lo sostiene el Tribunal Constitucional Plurinacional, que el empleador tiene abierta la posibilidad de cuestionar la validez de la conminatoria en las instancias administrativas y/o judiciales laborales, en el fondo, así como en la forma de su emisión, para luego si ve por conveniente acudir a la jurisdicción constitucional, en reclamo de sus derechos que posiblemente hubieran sido lesionados³⁵.

³⁴ Visible en la página 14 de la sentencia que se analiza.

³⁵ Visible en la página 15 de la sentencia que se analiza.

VII. CONCLUSIONES

Para una mejor comprensión de los aspectos finales o de cierre en el presente trabajo, es necesario puntualizar que haré especial énfasis en cuatro aspectos: i) la inclusión de normas sustantivas en los textos constitucionales rematerializados; ii) la hermenéutica como ejercicio que permite dotar de contenido a los principios del ordenamiento; iii) la conformación del juicio de ponderación como metodología o herramienta para resolver conflictos normativos entre derechos fundamentales y principios constitucionales, y iv) la función hermenéutica del juez constitucional desde una perspectiva preponderante en la custodia de bienes o elementos sustantivos.

En cuanto al primer elemento, es claro que las constituciones rematerializadoras, que nacieron a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, poseen una gran carga axiológica que se construye a la luz del reconocimiento de múltiples derechos, libertades, principios y valores dotados de la más alta jerarquía normativa. Lo anterior posiciona a los textos constitucionales como elemento baluarte en la protección de normas de producción sustantiva.

284

Ante dicho evento, propio de las condiciones en las que se desarrollan e instituyen los elementos mínimos para el respeto integral de la dignidad de las personas, se hace necesario la consolidación de metodologías o herramientas constitucionales diversas e innovadoras, que coadyuven en la solución de eventuales conflictos o tensiones que se presenten en el ejercicio de derechos fundamentales o principios constitucionales, de ahí el gran mérito del juicio de ponderación.

Como se mencionó, esta metodología o herramienta ofrece una solución a casos en concreto cuando se presenten antinomias parciales bilaterales entre derechos o principios que gocen de la misma jerarquía normativa, con el objeto de otorgar una solución jurídica, por virtud de la cual opere la regla de la concretización. Dicho ejercicio —como se dijo— normativo-interpretativo es realizado principalmente por el juez constitucional.

En esa tesitura, el juez constitucional adquiere una legitimación constitucional propia de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales o principios constitucionales, que lo sitúa en una posición preferente como un bastión para evitar la generación de actos o enunciados normativos que resulten arbitrarios o injustificados por parte de los poderes públicos y privados.

La posición preferente de la que goza el juez constitucional lo obliga *per se* a justificar a través de la hermenéutica y de una manera coherente, racional, así como técnica, las decisiones que tome, sobre todo, tratándose de casos difíciles en

donde tendrá que apoyarse de una interpretación consecuencialista y principialista, que si bien de inicio denota discrecionalidad judicial, de ninguna manera puede ser concebida como arbitrariedad o abuso en el poder dentro de la función judicial.

El juez constitucional, en esencia, debe responder a la protección pormenorizada que le solicitan las personas, sobre todo en aquellos casos donde se discuta el contenido, elementos y límites al ejercicio de derechos fundamentales o principios constitucionales, adquiriendo así una autenticación hermenéutica que le permite un marco de actuación integral y objetivo, mismo que garantizará el dictado de sentencias o resoluciones congruentes, racionales, imparciales y sobre todo sensibles.

En suma, la función de la judicatura constitucional se centra en la determinación de congruencia y exhaustividad en el dictado de sentencias constitucionales que sean capaces de legitimarse por sí solas, es decir que puedan dejar satisfechas a las partes y, a su vez, otorgar una estabilidad y salvaguarda integral al contenido sustantivo que emerge de los textos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán Gascón, M. (2014). Concepciones de la interpretativo y problemas interpretativos. En M. Abellán Gascón (Coord.), *Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Abellán Gascón, M. (2014). Particularidades de la interpretación constitucional. En M. Abellán Gascón (Coord.), *Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, (26), 225-238.
- Caballero González, E. S. (2019). *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los tribunales constitucionales y regionales*. Miguel Ángel Porrúa.
- Carbonell, M. (2016). *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. Miguel Ángel Porrúa.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- De Dienheim Barriguet, M. C. (2017). Algunos apuntes sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En S. Bagni, G. A. Figueroa Mejía y G. Pavani

(Coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*. Tirant Lo Blanch.

Dworkin, R. (2014). *Derechos, libertades y jueces*. Editorial del Centro de Estudios Jurídicos Carbonell.

Dworkin, R. (2019). *La lectura moral de la Constitución norteamericana*. Palestra.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta.

Ferrajoli, L. (2015). *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). *Panorámica de derecho procesal constitucional comparado*. Marcial Pons.

Figueroa García, A. (2014). ¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación. En M. Abellán Gascón (Coord.), *Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch.

Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos*. Derecho Global.

286 Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Universidad del Externado de Colombia.

Guastini, R. (2018). *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Zela.

Llorente Rubio, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel.

MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Palestra.

Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (5), 201-228.

Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía Jurídica*. Trotta.

Portocarrero, J. (2016). *Ponderación y discrecionalidad*. Universidad del Externado de Colombia.

Pozzolo, S. (1994). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, (21), 339-353.

Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*. Konrad Adenauer Stiftung.

Silva García, F. (2012) *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*. Miguel Ángel Porrúa.

Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Tirant Lo Blanch.

Páginas web consultadas:

Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>.

Corte Constitucional colombiana. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-933-05.htm>

Sala Constitucional de Costa Rica. [file:///C:/Users/jjcad/Desktop/ensayos%20para%20libros%20y%20revistas%20especializadas/Sala%20Constitucional%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/jjcad/Desktop/ensayos%20para%20libros%20y%20revistas%20especializadas/Sala%20Constitucional%20(2).pdf)

Corte Suprema de Argentina. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7559671&cache=1595457758329>

Tribunal Constitucional de República Dominicana. <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7533/sentencia-tc-0109-13-c.pdf>

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(udvrplpcovyviovcxnq304w\)\)/WfrJurisprudencia.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(udvrplpcovyviovcxnq304w))/WfrJurisprudencia.aspx)

SECCIÓN HOMENAJE
Manuel Aguirre Roca



Manuel Aguirre Roca
(Lima, 1927 – Lima, 2004)

La Razón Principal del Fracaso del TGC*

 MANUEL AGUIRRE ROCA**

293

Son muchas las razones que explican la pobrísima actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC o Tribunal) a través de sus decepcionantes nueve años de vida; y ya es un lugar común, en efecto, decir que el Tribunal, como cuerpo colegiado, ha resultado un estrepitoso fracaso. Entre las razones que más han gravitado en la decepcionante ejecutoria del Tribunal, sobresale una muy poco conocida y que, justamente, es la que motiva esta nota, ya que resulta la peor de todas —se trata, como se verá más adelante, del aberrante manejo del instituto de la «casación»—. Antes de abordar el tema, empero, pasaremos rápida revista a las causas del fiasco más conocidas, empezando por la del funesto sistema de los nombramientos de los miembros del TGC.

* El presente artículo también ha sido publicado en: AGUIRRE. M. (1991). «La Razón Principal del Fracaso del TGC» En: *Themis* Segunda Época N.º 20, pp. 7-12. La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* cumple con reconocer los créditos y agradece a THÉMIS-Revista de Derecho y su Consejo Ejecutivo por su plena disposición para que el trabajo sea publicado en el presente número. El texto del artículo se ha reproducido como aparece en la obra original.

** Abogado. Exmagistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Los nombramientos

Una de las razones del fiasco radica en que el sistema de designación de sus miembros se presta fácilmente al favoritismo político o compadronero, a influencias inconvenientes y a manipulación. Por ese camino, en efecto, han llegado al Tribunal muchos que no debieron llegar y no lo han hecho, en cambio, muchos con sobrados méritos y capacidad para actuar en él. Se cumple, pues, respecto del Tribunal, aquello de «[n]o son todos los que están, ni están todos los que son». Hace ya algunos años —de paso sea dicho— que la mayor parte de sus magistrados son correligionarios de un mismo partido político —por lo menos ideológica e históricamente, ya que no pueden ser magistrados y miembros activos o militantes—, sin que sea difícil imaginar la peligrosa influencia que ello ha debido de tener en la conducta del alto organismo y, sobretodo, en la mayoría de sus pronunciamientos, tan criticados como, en verdad, lamentables.

Las 50 000 firmas

Es sabido que el requisito de las cincuenta mil firmas (50 000) para habilitar las demandas de inconstitucionalidad hace prácticamente imposible que se escuchen en ese recinto las voces del pueblo. En efecto, en nueve años —que se cumplirán el entrante 19 de noviembre— nadie ha podido recolectar ese absurdo número de rúbricas, que más parece —y como tal ha oficiado— una barrera que una puerta. Javier Valle Riestra ha comentado que, p.e., ni el partido aprista, pese a su enorme clientela política y a su notable organización, pudo conseguir esas firmas para formular la célebre demanda que originó el famosísimo caso de los votos nulos y blancos; asimismo, en tal coyuntura, se tuvo que hacer malabares para conseguir, con el apoyo de la variopinta gama ideológica del Congreso de la República, las sesenta (60) firmas de la Cámara Baja que hicieron posible la iniciación del correspondiente juicio.

Atribuciones raquíticas

No se ignora, tampoco, la inconveniente limitación de las atribuciones (desconcertantemente raquíticas) del Organismo, reducidas a solo casaciones y declaraciones de inconstitucionalidad, cosa que restringe enorme y torpemente el posible ámbito de sus funciones —que, como se sabe, en otros lares son mucho más amplias, abarcando, entre otras cosas, facultades para dirimir competencias entre Poderes Públicos, y también, por ejemplo, para ventilar los juicios políticos de los más alos funcionarios—.

No hay dirimientes

Existen, por cierto, muchas otras deficiencias que contribuyen a esterilizar o menoscabar el trabajo del TGC. Para abreviar, ahora señalaremos solo algunas más, comenzando por la del fatal requisito de los cinco votos para resolver los recursos de casación, así como la de los seis para sentenciar las demandas de inconstitucionalidad. Un impresionante número de casos ha quedado sin resolver por culpa de tan exageradas exigencias, y, a mayor abundamiento, habida cuenta de la ausencia del mecanismo —ecuménico e indispensable en derecho procesal— del voto dirimente en el TGC (otra absurda e inexcusable deficiencia de la Ley N.º 23385). Ha habido, en efecto, cualquier cantidad de acciones de amparo y hábeas corpus no resueltas por la falta de los cinco (5) votos concordantes; y, en lo que se refiere a las demandas de inconstitucionalidad, ¿quién puede olvidar que la epónima causa de los votos nulos y blancos, y aquella, no menos importante, del llamado «voto preferencial», no pudieron resolverse —lo mismo que dos demandas más— por la falta de los seis votos concordantes? (solo una de las seis acciones que se vieron, mientras yo estuve en el TGC, alcanzó la anhelada suma, y pudo, pues, ser sentenciada).

Ambigüedades e imprecisiones

295

La mencionada Ley N.º 23385 o *Ley Orgánica del TGC* (LOTGC), promulgada el 19 de abril de 1982, contiene, además, lo mismo que la de Hábeas Corpus y Amparo (de enorme gravitación, evidentemente, en los pronunciamientos del TGC), imprecisiones y ambigüedades paralizantes o provocadoras de discrepancias aún no dilucidadas, y que, obviamente, tampoco facilitan el cumplimiento de los objetivos del Tribunal (piénsese, p.e., en la interminable polémica en torno a los incisos 1 y 2 del artículo 6 de la *Ley de hábeas corpus y amparo*, N.º 23506, promulgada el 07 de diciembre de 1982, y relativos a los «procedimientos judiciales regulares», y a la denominada «irreparabilidad» del derecho constitucional lesionado, o en el régimen del artículo 28, especialmente inciso 2, de la misma Ley N.º 23506; o, para abreviar, en los artículos 3, 4, 9, 16, y 47 de la Ley N.º 23385, generadores, también, de hondas controversias y de problemas funcionales, jurisdiccionales y administrativos, sumamente importantes y graves).

¿El gato dispensero?

Y, para colmo de males, tres de los magistrados del TGC son nombrados por la Corte Suprema (Sala Plena, claro está), a pesar de que cerca del 99 % de los casos que llegan al alto organismo se trata nada menos que de fiscalizar y

anular («casar») las resoluciones de la Corte Suprema, es decir, expedidas por quien nombra al tercio de los miembros del Tribunal. ¿No hay aquí un problema del tipo «gato despensero»? Mi larga experiencia como magistrado del Tribunal (1982-1989) me dice que sí, que sí lo hay, y que mientras la sicología del ser humano no cambie radicalmente, seguirá habiéndolo, sobre todo en tanto subsista la posibilidad de la reelección por la misma Suprema. En efecto, nadie ignora que todos los magistrados elegidos por dicha Corte (y también algunos no designados por ella, sino por otro elector) pretendieron —excepto uno—, al término de sus mandatos, ser reelegidos por ese cuerpo colegiado. El aferramiento al cargo fue tal que por lo menos uno de ellos no tuvo inconveniente en invocar (¡y de ello hay prueba escrita!), como fundamento de sus aspiraciones, sus votos a favor de las resoluciones de la Suprema cuestionadas, precisamente, ante el TGC: ¡Como si el cometido de este organismo no fuese el de fiscalizar a la Suprema, sino, al contrario, el de defenderla, avalando o bendiciendo sus resoluciones! ¿Y, lo reelegió la Corte Suprema? Por supuesto que sí; y sin convocar a concurso; y entre gallos y media noche; y con velocidad supersónica y ostensible complacencia (y haciendo, además, la vista gorda —de paso sea dicho— del fraudulento sorteo de los miembros del TGC, llevado a cabo, clandestinamente, en Arequipa, el primero de febrero de 1985, y que luego fuera, como se sabe, anulado, en ejemplar decisión, por el Congreso de la República).

Suprema «complaciente»

Puede uno preguntarse si los magistrados que pretendieron ser reelegidos por la Corte Suprema (y de los cuatro que lo pretendieron, tres lo lograron, pues solo el principal autor del sorteo fraudulento —mencionado en el párrafo precedente— no lo consiguió, pese a sus intensas gestiones para lograrlo) se habrían decidido a hacerlo, si no hubiesen estimado que se habían «portado muy bien con ella», es decir, que habían sido especialmente «considerados» en materia de casación. Y también puede uno preguntarse si es concebible que, de haber sido severos y «casaderas» —es decir, «antipáticos»—, la Corte los hubiese reelegido, tal como sí lo hizo, con la sola excepción anotada (y valiéndose, para ello, y más de una vez, de procedimientos criticables, según es del dominio público). Estas razones —y algunas otras— han conspirado, evidentemente, contra el rendimiento del Tribunal. Pero, con una excepción, todas ellas son bastante conocidas y algunas han sido señaladas y criticadas públicamente, *ad nauseam*, en diarios, revistas y órganos especializados, sobretodo por los expertos en estas materias (excepción hecha, lamentablemente, de la que se origina en la harto peligrosa

designación de tres magistrados por la Corte Suprema, que, empero, es tal vez la más deletérea de todas las reseñadas —tanto más cuanto que la Suprema, según se ha indicado, puede reelegir—, y de la que esperamos poder ocuparnos, en profundidad, en otra ocasión).

La Razón principal

Aquí no insistiremos, ahora, según ya se anticipó, en tales razones, sino que vamos a señalar una más; pero una que, a nuestro juicio, es la principal, la que más ha pesado en la triste y decepcionante ejecutoria del TGC, y aquella sin la cual, en verdad, pese a los demás factores negativos, la labor del Tribunal pudo haber sido eficaz, provechosa —y dentro de su limitado ámbito hasta luminosa, por qué no decirlo—. Nos estamos refiriendo a una razón que es total y exclusivamente imputable al errado y funesto criterio de la mayoría de sus magistrados, y que, sin embargo, no parece haber sido advertida por los expertos, sino acaso de pasada, muy esporádicamente, y sin que jamás, infelizmente, se haya puesto en el tema el énfasis que su tremenda importancia merecía y merece. Esta especie de miopía de la crítica especializada duplica —a mi entender— la enorme importancia que reviste el estudio de la materia. En algunas notas sueltas, aparecidas en diarios y revistas, y especialmente en las de carácter polémico que me he visto obligado a publicar, a lo largo de los últimos años, con frecuencia para defenderme de las salpicaduras y los lodos procedentes de ataques indiscriminados, y muchas veces descomedidos y lo infundados, suscritos por comentaristas superficiales e irrespetuosos, respecto del Tribunal (aunque no de mis votos singulares —es cierto— sino de los pronunciamientos de las mayorías del TGC); he tenido que señalar y comentar el asunto que ahora trataré con mayor extensión y profundidad.

¿Cuál es, pues, la razón principal del estrepitoso fracaso del TGC?

Aclaremos, *ab initio*, que en este artículo nos vamos a referir solo a la función casatoria del TGC, ya que ella se ha debido ejercitar en cerca del 99 % de los casos llegados a su jurisdicción. Las demandas de inconstitucionalidad han sido escasísimas y apenas representan el uno o el dos por ciento de los asuntos que ha conocido el Tribunal. En otra ocasión nos ocuparemos de ellas. La razón estriba, sencillamente, en una obstinada obcecación de las mayorías sucesivas de sus magistrados, que consisten en no comprender —o en un no querer entender— que su misión es casatoria, y que tal cometido es muy distinto del que consiste en emitir resoluciones de mérito, es decir, entre otras cosas, muy diferente del que corresponde, todo considerado, al Poder Judicial. Obnubilación, esta, tanto

más reproachable y grave, cuanto que, como se sabe, la diferencia entre esas dos funciones es enorme —abisal, en verdad—, y no solo con arreglo a la esencia jurídica e histórica del instituto casatorio, sino, específicamente, de conformidad con la LOTGC (especialmente artículos 43 y 46) y con la propia Constitución Política que creó el TGC.

Las acciones de garantía

Puedo dar fe, no sin pena, de que durante siete largos años traté (casi siempre en vano, por desgracia) de explicar a mis excolegas que en los casos de amparo y hábeas corpus (que representan cerca del 99 % de las causas vistas) no podían actuar como cuarta instancia, sino como órgano de casación, es decir, que no les tocaba pronunciarse sobre los fundamentos, la procedencia o la bondad de las demandas de amparo y hábeas corpus, sino sobre el mérito y la solidez de las sentencias o resoluciones judiciales recurridas (casi siempre, aunque no necesariamente siempre, procedentes de la Corte Suprema). Creo que muy pocos lo entendieron. ¿O será, como reza el dicho, que «no hay peor sordo que quien no quiere o ir»? Había, inclusive, quienes casi siempre incurrían en el gravísimo e inexcusable dislate (desnaturalizador —precisamente desnaturalizador— de la misión del TGC) de pronunciarse, virtualmente en forma directa (y a veces sin el menor disimulo o escrúpulo), sobre las demandas de amparo y hábeas corpus, y no, como lo manda la ley, sobre la resolución judicial elevada por el correspondiente recurso de casación, es decir, sobre lo que constituye su materia propia, en verdad, su razón de ser. Y, para mal de males, tales magistrados lograban, también casi siempre, el apoyo cuasimecánico de una mayoría que solo parecía interesada en soluciones fáciles y cómodas, de esas que no obligan a revisar cuidadosamente las resoluciones recurridas en casación ni, por tanto —y aquí puede estar la «madre del cordero»—, a enmendarle la plana a la Corte Suprema, gran elector, y reelector complaciente, del tercio de los miembros del TGC.

La Sanfasón

Varios de mis excolegas (la mayoría) jamás dieron muestras de haber desarrollado el sano hábito de examinar los expedientes (algunos tenían la costumbre, antes bien, de evitar, inclusive, su lectura). Recuerdo que, ante mis observaciones y llamadas de atención, y como haciéndose portavoz de todos ellos, uno de los más caracterizados del grupo con tan escasa vocación por el estudio y la lectura, tuvo la sanfasón de alegar que el examen de los legajos —y aun su lectura— no

era necesario para los «jueces experimentados», ya que, por ejemplo, a él le bastaba la exposición del ponente para formar opinión y votar las causas (!!). Lo que olvidó tan «talentoso» magistrado es que muchos ponentes, con harta frecuencia, apenas resbalaban sobre los expedientes, sin examinarlos con la acuciosidad que Dios manda —o, de lo contrario, sin entenderlos—, como pude comprobarlo, no sin asombro y hasta con vergüenza, en múltiples ocasiones.

El liderazgo de los «iluminados»

En este orden de cosas, «destacaban» dos magistrados que trataban siempre de poner fin a los debates suscitados por los recursos de casación (debates que rara vez se producían, porque la mayoría, o no estudiaba los expedientes, o, sencillamente, siempre estaba predispuesta a votar por «la no casación»), exhortando a sus colegas a determinar, antes que nada —como quien corta el nudo gordiano—, si las demandas de amparo o de hábeas corpus estaban bien fundadas, es decir, si realmente se apoyaban en la violación —o amenaza de violación— de algún derecho constitucional (!!). Con aires de descubridores de la pólvora o de «iluminados», esos excolegas sostenían, tozudamente, que si la respuesta a tal interrogante era negativa, la casación estaba de más. Los «iluminados» olvidaban, desgraciadamente, lo más importante, o sea, que la finalidad del TGC, en lo que se refiere a los recursos de casación, no es pronunciarse sobre las acciones de amparo y hábeas corpus, sino sobre las resoluciones supremas recurridas y, claro está, sobre la corrección del procedimiento seguido ante el Poder Judicial, desde el momento de la formulación de la correspondiente demanda, según con toda claridad y meridiana precisión lo mandan los artículos 43, 46 y concordantes de la LOTGC.

El enfoque fatal o *quid pro quo*

Pero fue así, dejándose guiar por ese planteamiento «genial», tan simplista como desnaturalizador de su función, como el TGC avalaba fallos judiciales (casi siempre supremos) aberrantes, como si —tremendo e inexcusable despropósito— su misión consistiera en «mandar al tacho» las acciones de garantía que, a su propio criterio, carecieran de fundamento suficiente, y no —como la ley lo exige— en fiscalizar las resoluciones recurridas, así como la corrección formal de los procesos constitucionales correspondientes. Este es el terrible *quid pro quo* que tanto daño ha hecho —y parece que sigue haciendo— al TGC, y que, en verdad, ha pervertido su conducta funcional y ha dado al traste con su cometido, y con las correspondientes esperanzas de los justiciables y del país mismo. ¿Cómo es posible —me lo pregunto una y otra vez— que la crítica no lo haya detectado?

El esquema silogístico

La tan peregrina como errada óptica podría sintetizarse diciendo que la mayoría del TGC solía discurrir, *grosso modo*, con arreglo al siguiente esquema silogístico: a) Las acciones de garantía (demandas de amparo y hábeas corpus) tienen por objeto la defensa de los derechos constitucionales; b), por tanto, si en ellas no se prueba la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, procede desestimarlas; y c), en consecuencia, —¡oh terrible y nefasta «consecuencia»!— las resoluciones llegadas en casación no deben revocarse («casarse»), cuando en los autos correspondientes no se demuestre el atentado (violación, lesión o amenaza) contra algún derecho constitucional, aun cuando en dichas resoluciones recurridas aparezcan las causales de casación que contempla la Ley Orgánica del TGC. Este deplorable y aberrante razonamiento ha llevado al TGC a no casar —traicionando, así, lo más importante de su finalidad— numerosísimas resoluciones supremas que debieron casarse, ya por contener «violaciones de ley», ya por incurrir en ‘falsa o errónea aplicación de la ley», ya por avalar «infracciones de procedimiento» ocurridas en los correspondientes expedientes de amparo o de hábeas corpus; no obstante que, en tales cuatro supuestos, los artículos 43 y 46 de la Ley Orgánica del TGC exigen categóricos pronunciamientos casatorios, sin que interese, para tal efecto, saber si las correspondientes demandas de amparo o hábeas corpus están o no bien fundadas, porque, como se sabe, el TGC no nació para resolver demandas de hábeas corpus y amparo, sino para fiscalizar a la Corte Suprema, según fluye, sin lugar a ninguna duda, del correspondiente debate constitucional, para no hablar ya del apodíctico y meridiano texto de su categórica ley orgánica.

Consecuencias deplorables

La consecuencia de esta orientación (o, mejor dicho, desorientación) no pudo ser más negativa, puesto que, por tal camino, el TGC como que se «liberaba» de la gravísima obligación de fiscalizar a la Corte Suprema y de generar la correspondiente jurisprudencia, en torno, precisamente, a los requisitos que deben satisfacer las resoluciones judiciales (especialmente si proceden de la Suprema y recaen en procedimientos constitucionales), so pena de incurrir en violaciones de la ley o de la Constitución que las anulen y las priven de toda eficacia jurídica. Y así fue como el Tribunal, claudicando, resultó no un severo fiscal, sino un dócil sacristán, y defraudó constantemente las esperanzas depositadas en él por tantos litigantes como allí llegaron, quejándose, tantas veces y con tanta razón, de fallos inaceptables del Poder Judicial, y reclamando, solo y exclusivamente, el respeto de sus derechos constitucionales y de las garantías del «debido proceso», tan frecuentemente conculcados en los fallos de la propia Corte Suprema.

El daño es enorme

La situación es más grave de lo que se piensa, ya que tan insólito «criterio» no solo provocaba el incumplimiento del cometido «nomofiláctico» y permitía, según se ha indicado, dejar incólumes a numerosas resoluciones supremas que exigían fallos casatorios (frustrando, de paso, las justas expectativas de tantos maltratados justiciables y permitiendo, y aun fomentado, la formación incontrolada de una jurisprudencia judicial insalubre y corruptora), sino que inducía a penetrar, como cuarta instancia (y cuando, por la naturaleza del caso, ello no correspondía ni siquiera en forma indirecta, ni era lícito), en el examen de los fundamentos de las acciones de garantía, y a declarar —casi siempre equívocamente, o sin fundamento atendible y/o debidamente sustentado, o, aun, dogmáticamente y sin argumentación alguna— que no se había acreditado, en los autos de amparo o hábeas corpus correspondientes, la violación o la amenaza de violación de derecho constitucional alguno (cuando, como se sabe, esta facultad le está reservada al Poder Judicial, y solo, pues, puede ser ejercitada por el TGC en la medida de lo indispensable para fiscalizar el fallo eventual que, sobre ese punto y esa materia, emita la Suprema, y cuando lo emita). Por tan torcido y degradante sendero, el TGC no solo defecionaba y usurpaba atribuciones del Poder Judicial, sino que generaba, él mismo, una jurisprudencia miasmática que, desgraciada e incomprensiblemente, la crítica especializada («tegecista») no ha advertido, no parece interesada en corregir, o, tal vez, no se ha preocupado en calibrar, pese a su tremenda dimensión y a su tan ostensible como escandalosa presencia.

301

El error al revés: otro error

Curiosamente, y al revés, así como esta autodestructora actitud, de «cuarta instancia», con frecuencia conducía a no casar lo que debía casarse; a veces inducía a casar lo que no debía casarse, o, mejor dicho, a casar lo que debía serlo, pero por las razones incorrectas. Me explico: por ejemplo, en los célebres casos que enfrentaron a) a la Compañía Cervecera del Sur S.A. con el Consejo Provincial del Cusca (la sentencia casatoria del TGC se expidió el 2 de diciembre de 1985, y se publicó en *El Peruano*, el 16 de diciembre de 1985); y b) al entonces Fiscal Supremo, Dr. César Elejalde Estenssoro, con el entonces Contratar de la República, Ing. Cussianovich (la sentencia del TGC se expidió el 13 de febrero de 1986, y se publicó en *El Peruano* el 18 de marzo de 1986); en esos dos célebres casos, digo, pese a que la Suprema desestimó ambas acciones de amparo —calificándolas, indebidamente, cierto es, de «improcedentes»—, aduciendo

que los demandantes no hablan cumplido con agotar la vía previa; la mayoría del TGC casó las resoluciones supremas, pero lo hizo entrando en el estudio del fondo, es decir, en el aspecto del problema que la Suprema no había siquiera examinado (por considerar, precisamente, «improcedentes» las respectivas demandas), y declaró, por si y ante si, que sí se habían vulnerado los derechos constitucionales invocados en ambas acciones, usurpando, pues, descaradamente, funciones propias de la Corte Suprema, y actuando, consecuentemente, como cuarta instancia judicial, y no como órgano de casación.

Dejé constancia

En mis votos singulares, en ambos casos, tuve que dejar constancia de mis profundas discrepancias con tan desdichados fallos; hice ver que el pronunciamiento del TGC usurpaba —en ambos casos— funciones del Poder Judicial; y recordé que si la Suprema no había conocido de la pretensión misma, por considerar «improcedente» la acción —es decir, sin título para acogerse a la vía constitucional del amparo—, lo más que podía hacer el TGC era disponer que la Suprema, tomando conocimiento de dicha pretensión, se pronunciara sobre ella; pero jamás pronunciarse, él mismo, sobre dicha pretensión, y menos antes de que lo hiciera la Suprema, pues el Tribunal es juez de las resoluciones supremas, antes que de acciones o casos. Y hubo, como se recordará, otro Magistrado que se adhirió a mi criterio: uno que había sido juez de carrera toda su vida, y que había llegado a desempeñar la presidencia de la Corte Suprema hasta en dos oportunidades. Este magistrado, que también fue presidente del TGC, solía dejarse arrastrar por el enfoque funesto que se expone y critica en esta nota; pero frente a pronunciamientos tan clamorosamente inaceptables como los dos que acabamos de glosar, su sentido común, por lo visto, lo llamó al orden. Lástima que ello ocurriera solo muy de vez en cuando.

Los votos singulares

Por esta razón, en una elevada proporción de las causas de hábeas corpus y amparo, según es ya bien 11 conocido, el suscrito se vio precisado, a lo largo de más de siete (7) años, a emitir, sistemáticamente, votos singulares y discrepantes (en tal vez más del 90 % de ellas) de los de las mayorías del TGC; votos en los cuales siempre recordaba y recalaba que la tarea del Tribunal no es de cuarta instancia, sino de casación. Hubo, es justo señalarlo (aunque, lamentablemente, en distintas épocas), algunos otros magistrados que entendieron la misión y que,

consecuentemente, emitieron, con alentadora frecuencia —aunque, en algunos casos, y sobre todo al principio de sus funciones, con algunas vacilaciones—, bien fundados votos singulares y casatorios. No doy nombres para no incurrir en injustas omisiones, indeseadas e indeseables; pero entre ellos no puede dejarse de mencionar a Jaime Diez Canseco Yáñez, infatigable defensor de los fueros del TGC.

Los «críticos especializados»

De lo dicho, se desprende lo mucho que, en la pobrísima, y tantas veces no solo estéril sino contraproducente actuación del TGC, ha influenciado la orientación, muy poco acuciosa y nada perspicaz, de buena parte de la llamada «crítica especializada», que (salvo honrosas excepciones, obviamente) ha parecido frecuentemente más interesada en repartir palos indiscriminados, a diestra y siniestra, que en analizar los pronunciamientos con espíritu científico y constructivo. Hay comentaristas que inclusive se suelen tomar la libertad de agraviar con generalizaciones carentes de *sindéresis*, en lugar de darse el trabajo de analizar los votos de los magistrados, para estar, así, en condiciones de distinguir la paja del trigo y de opinar con autoridad, así como de contribuir, consecuentemente, a enrumbar, en el buen sentido, la labor del TGC.

303

Los «tegecistas» decepcionan

Si los comentaristas hubiesen hecho lo que debían: examinar a fondo los fallos y, sobre todo, señalar aciertos y errores, estoy seguro de que los magistrados del TGC —aun los más ideologizados, politizados, y menos preparados— habrían terminado por escuchar, corregirse y enmendar derroteros. Lejos de ello, desgraciadamente, la mayoría de nuestros jurisperitos «tegecistas» (algunos más catones que zoilos, pero otros más zoilos que catones) parecen más interesados en su propio lucimiento y en grandilocuencias y frases lapidarias y huecas que en darse el trabajo de descender del Olimpo de la *prosopopeya* al llano de la realidad, es decir, del juego de la *pirotecnia verbal* y de los lugares comunes al análisis objetivo, técnico y constructivo de las resoluciones del TGC, y, sobre todo, al examen de los votos singulares de sus miembros que, al discrepar de los enfoques y análisis *desnaturalizadores* y *adocenados* de las correspondientes mayorías —y poner, así, el dedo en la llaga, destacando, por contraste, el exacto perfil del problema—, dan las pautas precisas e indispensables y sientan los precedentes jurisprudenciales que deben servir para encauzar, en el sentido correcto y fecundo, la labor del Tribunal.

Lástima, pero hay remedio

Es deplorable, en efecto, que, salvo tal vez las honrosas excepciones de una que otra glosa del colega Domingo García Belaunde y de algún apunte de algunos otros expertos en la materia (a quienes prefiero no nombrar, para no incurrir en alguna injusta e indeseable omisión), la crítica no haya sabido apreciar ni destacar la labor esforzada y sistemática de los magistrados diligentes que, con sus votos singulares, han ido creando una jurisprudencia tan importante como constructiva, perfectamente apta —indispensable, en verdad— para entender lo que ocurre en el TGC y para trazar el derrotero correcto que debe seguir dicho organismo.

¡Colmo de colmos!

No estará de más, a estas alturas y antes de poner punto final al presente artículo, recordar que —¡colmo de los colmos!— hay, entre los colegas «tegecistas» o muy dados a escribir y a pontificar sobre el TGC, algunos que han llegado a criticar y atacar, como expresión negativa (¡!), los votos singulares que, discrepando del enfoque fatal y desnaturalizador de los fallos de las mayorías, han sabido cumplir, pese a quien pese y duela a quien duela, con la augusta función «nomofiláctica» y de fiscalización de las resoluciones del Poder Judicial, incluyendo, por cierto, a las de la Corte Suprema. Y es que ya es el colmo de los colmos y de la injusticia que esos «expertos» se lamenten de la falta de «trabajo de equipo» (falta que dizque reflejan los votos singulares que tanto los «perturban») cuando lo que lamentablemente ha sobrado en el TGC son no solo los «equipos», sino también las «patotas», desaprensivas y descarriadas, tan proclives —ya lo dice la misma estadística— a avalar y santificar las resoluciones supremas, aun muchas de las más impresionantemente vulnerables o aberrantes. Y lo que ha faltado, en cambio, ha sido, precisamente, menos «equipo», es decir, más independencia de criterio, más celo profesional, más preparación y sensibilidad jurídica, más diligencia, más sentido de responsabilidad, más vocación por el estudio y afición a la lectura de los expedientes, y más —muchos, pero muchos más— votos singulares. Considérese, por otro lado, que todo ataque a los votos singulares —así sea el indirecto que se inspira en el afán de promover un trabajo «de equipo»—, aparte de la enorme injusticia intrínseca que entraña, y de la inexcusable miopía que trasunta, indirectamente avala (o crea, fatalmente, la fea impresión de hacerlo) las inconsecuencias, las torpezas y los despropósitos de las resoluciones de las mayorías que, precisamente, hemos señalado en este artículo, y que constituyen la causa principalísima del fracaso y de la imperdonable defección del Tribunal.

Todo tiene remedio

Esperemos que las cosas cambien pronto —pues todo tiene remedio—, así como que se aprovechen y potencialicen los valiosísimos aportes de esas voces que claman en el desierto. Allí, en efecto, mucho más que en los comentarios de tantos expertos y «expertos», están —según se ha indicado— las semillas del buen funcionamiento y de la cabal justificación del TGC en el marco jurídico nacional. Y ojalá que nuestros jurisperitos «tegecistas» se decidan a abordar la materia examinada en esta nota —sobre todo, a darle la importancia enorme que tiene—, y que, difundiendo el mensaje y analizando el tema, logren enmendarle el funesto derrotero al TGC, haciendo ver a sus magistrados que ellos no son cuarta instancia, sino órgano de casación; y, por tanto, deben casar las resoluciones judiciales recurridas, siempre que en ellas se den los supuestos de los artículos 43, 46 y concordantes de la *Ley de hábeas corpus y amparo*, aunque no se hayan acreditado, a su juicio, en las correspondientes acciones de garantía, las violaciones o las amenazas de violación de los derechos constitucionales en juego. Mientras ello no ocurra, el TGC seguirá siendo una tremenda y muy triste decepción. Y no se justificará, ni con mucho, el enorme gasto que su existencia y funcionamiento le significa al erario nacional. Salvo mejor parecer.

Lima, 18 de junio de 1991.

Nacimiento, vía crucis y muerte del TC*

 MANUEL AGUIRRE ROCA**

307

I. LOS PROBLEMAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) DEL PERÚ

1. Introducción

Los problemas del TC comenzaron con una ley defectuosa (hecha a la medida para impedir el cumplimiento de su principal función y, antes bien, invertirla y desnaturalizarla) y continuaron a) por un inadecuado sistema de elección de sus miembros (utilizado por la mayoría oficialista para introducir a jueces «amigos») y b), para abreviar, por el nombramiento de algunos magistrados no solo políticamente identificados con el régimen, sino también probadamente «dóciles» —por decir lo menos— y, además, poco idóneos para el cargo, desde el punto de vista profesional y técnico.

* El presente artículo también ha sido publicado en: AGUIRRE, M. (1997). «Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú». En: *Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-jurisprudencia)*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 13. Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 115-145. (Se hicieron todos los esfuerzos para comunicar la presente publicación a la Comisión Andina de Juristas).

** Abogado. Exmagistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Los factores indicados, unidos al indeclinable afán continuista del actual régimen, a la obsesión reeleccionista de su presidente y a la nefasta gravitación que semejante contexto —especialmente aquella obsesión— ha tenido en la marcha del TC, culminaron —en una primera etapa, por lo menos— en la inconstitucional y prepotente «destitución»¹ de tres magistrados que no se doblegaron ante las presiones y, aun, ante el insólito chantaje de la mayoría oficialista del Congreso. Como se sabe, mediante una amenazante carta notarial, dicho órgano quiso conseguir, a todo trance, que los tres magistrados retiraran sus votos de apoyo a un fallo del TC —entonces ya conocido, aunque aún no publicado— que privaba de sus efectos reeleccionistas, clamorosamente inconstitucionales, a una llamada «Ley de interpretación auténtica» (Ley N.º 26657), según la cual Fujimori podría pretender un tercer periodo constitucional consecutivo, mediante una segunda reelección inmediata en el proceso general entrante del año dos mil (2000)².

Quien escribe estas líneas es uno de los tres (3) magistrados «destituidos», pero advierte que no lo hace con el hígado y que no teñirá el artículo que usted tiene ante sus ojos, estimado lector, con pasiones o intereses subjetivos; sencillamente, ha pensado que era conveniente consignar, en la introducción de esta modesta contribución académica, datos históricos que ponen de relieve el dramático impacto de una de las causas principales del fracaso del TC, verbigracia, la enorme injerencia política que ha querido convertirlo en un instrumento al servicio del continuismo del actual régimen, y del propósito de perpetuación de su presidente.

II. DEFICIENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DEL TC (LOTG)

Entre las disposiciones principales de la LOTG, hay tres que son ostensiblemente inconstitucionales y especialmente funestas, a saber, las de los artículos 4, 39 y 55. La situación se agrava si se consideran las concordancias de estos

¹ Se pone el término entre comillas, porque es evidente y hasta clamorosa, la nulidad de la resolución legislativa del Congreso que dispone dicha «destitución», y porque, consecuentemente, los «destituidos» seguimos considerándonos magistrados del TC, y, además, tenemos interpuestas sendas demandas de AMPARO en que, precisamente, solicitamos que el Poder Judicial declare la inaplicabilidad —por nulidad— de tales resoluciones, y ordene nuestra reposición.

² El artículo 112 de la vigente Constitución no permite sino una reelección inmediata. Para tener derecho a una segunda, esto es, a un tercer periodo consecutivo, Fujimori, con su abrumadora mayoría parlamentaria, hizo dar una ley, llamada de «interpretación auténtica», según la cual sí podría pretender una segunda reelección consecutiva, es decir, un tercer periodo presidencial. Más adelante se trata ese punto.

artículos con otros de la misma LOTC, y, especialmente, con los numerales 31.1, 37 y 39, según se verá.

Dice, en efecto, el artículo 4:

El quórum del Tribunal es de seis de sus miembros.

El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes).

De producirse empate para la formación de una resolución, el Presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.

Entonces, por inconstitucional que sea la norma legal (o de rango legal) impugnada en una demanda de inconstitucionalidad formulada ante el TC, basta que uno de los seis (6) magistrados que integren el quórum requerido vote en contra de la demanda (o, simplemente, se abstenga³) para que la norma sea «confirmada» como constitucional, conforme lo manda el concordante y precitado artículo 39 de la misma LOTC, y para que, según ese mismo numeral, todos los jueces deban aplicarla (lo cual, como se barrunta, hace utópico el llamado «control difuso»⁴).

³ El TC ha admitido la posibilidad de que sus magistrados se «abstengan» de votar, pero sin retirarse del proceso, toda vez que, al existir la obligación de resolver los casos, pero no habiendo, en el TC, ni suplentes ni dirimientes, y siendo el quórum mínimo de seis de los siete magistrados, las inhibiciones —léase: abstenciones— no pueden obligar a los magistrados a apartarse del proceso, pues ello impediría el cumplimiento de la grave obligación de sentenciar, al dejar sin quórum al cuerpo colegiado.

⁴ El «control difuso» obliga a todos los órganos jurisdiccionales a preferir, en caso de conflicto, la norma constitucional a la de menor jerarquía; sin embargo, según el citado artículo 39, cuando el TC declara infundada queda «confirmada», esto es, «constitucionalizada» y ya todos los jueces, aunque la estimen inconstitucional o incompatible con la normatividad constitucional, deben aplicarla. Ello significa, en la práctica, que el voto de un solo magistrado del TC —aun contra la opinión de los cinco restantes del quórum— no solo puede

III. EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

De acuerdo el artículo 55 LOTC, la jurisprudencia del TC no puede ser modificada sino con seis (6) votos concordantes, cosa que, como se adivina, vuelve a dejar la suerte del TC, de las demandas de inconstitucionalidad, de las leyes y normas de rango legal y de la Constitución, en manos de uno solo de los seis (6) miembros del quórum. Además, como quien vota en contra de una demanda votará, obviamente, en contra del correspondiente cambio de jurisprudencia, el TC quedará, *per seculum seculorum*, en manos de un mismo magistrado (o de dos, respecto de las causas que se vean con siete [7] magistrados).

En efecto, el citado artículo 55 de la LOTC, tiene el siguiente tenor:

Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes.

Por otro lado, los artículos 31, 35 y 37 agravan enormemente la situación descrita, según fluye de sus propios textos, cuyas partes pertinentes se reproducen en seguida para una mejor comprensión de la materia.

310

Textos (partes pertinentes):

Artículo 31. «Interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve sobre su admisión, dentro de un plazo que no puede exceder de diez días [...]. También puede declararse la inadmisibilidad si el Tribunal hubiere ya desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo [...].

Artículo 35. Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación [...].

Artículo 37. [...] la sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional [...].

«constitucionalizar» leyes «inconstitucionales», sino también arrebatar a todo el Poder Judicial y demás órganos jurisdiccionales, la potestad constitucional de preferir la regla constitucional a la legal o de jerarquía legal (!).

IV. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Nada mejor, para ilustrar el caos creado en el TC por la absurda (inconstitucional y antiprocesal) regla incorporada, al lado de otras aceptables, en el artículo 4 LOTC que exige seis (6) votos conformes para «[...] dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley», que reseñar el destino corrido por las cinco (5) primeras demandas de inconstitucionalidad incoadas ante él.

1. Las cinco primeras demandas y sus fallos

Lo que sigue es una breve reseña de la suerte corrida por las cinco (5) primeras demandas de inconstitucionalidad, y de la gravitación que en ello tuvo la insólita «regla» de los seis votos, la misma que, a la postre, sería la causante⁵ de la «destitución» de tres magistrados del TC (uno de los cuales es el autor de este artículo) y, en verdad, de la muerte jurídica del mismo.

Antes de concluir, recordémoslo, se hará un breve comentario sobre el deplorable sistema de elección de los magistrados del TC, y sobre la designación de los «allegados», ya que estos factores también influyeron, de modo decisivo, en el fracaso del TC, como así se señaló en la introducción de este artículo.

311

2. El difícil nacimiento del TC

El Tribunal Constitucional (TC) creado por la actual Constitución (Const.), que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1993, quedó constituido e instalado, e inició su funcionamiento, el día 24 de junio de 1996. El largo tiempo de los dos años y medio corridos entre su creación (art. 201 de la Const.) y la fecha de su instalación se debió, de un lado, a que la ley orgánica que debía regular su funcionamiento (LOT) se promulgó solo el día seis (6) de enero de 1995 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de ese mismo mes, y entró en vigencia, según su Disposición Transitoria 10.^a solo el once de enero de 1995); y, de otro, a la falta

⁵ «Causante», en la medida en que generó los problemas de que se valieron los «allegados» para acusar falsamente a los «destituidos», y dio ocasión a los congresistas de la mayoría para emitir las resoluciones —írritas e inconstitucionales— de destitución. Pero, en último término, la «causa» fue la venganza política del fujimorismo contra los tres magistrados que respaldamos, con nuestros votos, el fallo de la «inaplicabilidad» de la ley reeleccionista. Ello queda demostrado, por ejemplo, por el hecho de que los cuatro que se abstuvieron de votar en dicha causa, siguen —como premiados— en el TC.

de deseo de ponerlo en marcha de la mayoría oficialista, la cual dominaba —y domina— el Congreso, pues sus integrantes pasan del 50 % del número legal de sus miembros, que son, en total, 120, y que operan dentro de un régimen unicameral. En efecto, solo después de largas marchas forzadas —idas y venidas, negociaciones y forcejeos— provocadas por el terco propósito de dicha mayoría oficialista (Cambio 90-Nueva Mayoría) de imponer en el TC a varios de sus candidatos, finalmente, año y medio después de promulgada la LOTC quedó, pues, hacia fines de junio de 1966, constituido el flamante —y tan desdichado— TC.

3. Primera demanda y primera sentencia

La primera demanda de inconstitucionalidad (en adelante, Di) no tardó en presentarse. El TC la recibió el 12 de julio de 1996 y fue patrocinada por el Colegio de Abogados de Arequipa. Admitida el 19 de julio de 1996, y notificada el 23 de julio de 1996, se vio en audiencia pública el 16 de septiembre de 1996; se sentenció con fecha 29 de octubre de 1996, y se publicó el 6 de noviembre de 1996.

Ya en esta primera Di se suscitó el problema generado por una absurda regla contenida —entre otras aceptables—, en su artículo 4, la cual exige, según se ha indicado, seis (6) votos conformes para hacer lugar a las demandas de inconstitucionalidad (*Dis*). En efecto, en la correspondiente sentencia, publicada el 6 de noviembre de 1996 (la primera emitida y publicada por el TC), se da el contrasentido —anomalía procesal insólita e irracional— consistente en que varios de los artículos de la ley impugnada en esa Di resultan declarados «no inconstitucionales» (vale decir, «constitucionales»), no obstante que cinco (5) de los siete (7) magistrados los consideramos inconstitucionales (los otros dos fueron los «allegados» al régimen, los mismos que con acusaciones falsas —obviamente orquestadas desde el Congreso— han provocado la «destitución» de tres magistrados del TC⁶).

Conviene precisar, al respecto, que, al momento de sentenciarse esa primera causa, ya se había presentado y admitido a trámite (pero aún no se había visto) una Di en contra, precisamente, de la inaudita regla del artículo 4 en cuestión. El suscrito, en voto singular, expresó lo siguiente.

⁶ En efecto, esos dos «allegados» son los magistrados que acusaron falsamente —es decir, calumniosamente— a los tres «destituidos», y que, según es, otra vez, *vox populi*, todo indica que lo hicieron a solicitud de la mayoría oficialista del Congreso, la cual necesitaba «cohonestar» su maquinada venganza política contra los tres magistrados que votaron en el sentido de la «inaplicabilidad» de la ley reeleccionista.

4. El voto singular del autor de este artículo

En los casos en que no se ha alcanzado la mayoría de los seis (6) votos exigidos por el Artículo 1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, pero en que sí se ha logrado una clara mayoría de cinco (5) votos a dos (2), favorable a la demanda, es decir, en el sentido de la inconstitucionalidad de las correspondientes Disposiciones impugnadas, estimo —discrepando, así, del parecer y del fallo de mis colegas— que no pueden declararse «constitucionales» dichas Disposiciones, ni infundada, por tanto, en esos extremos, la demanda, pues ello equivaldría a hacer prevalecer la opinión de la minoría sobre la de la mayoría, lo cual no solo llevaría al absurdo de hacerle decir, al Órgano colegiado, precisamente lo contrario de lo que piensa, permitiendo, de paso, que la opinión de solo dos (2) de sus miembros triunfe sobre la de sus cinco (5) miembros restantes, como si el voto de unos magistrados tuviera más valor que el de los otros, y no obstante que existen los mecanismos legales y constitucionales apropiados para impedir semejante antinomia, sino que, además, resultaría incompatible con la sabia regla del Artículo 139, inciso 8 de la Constitución, concordante con los numerales 51, 138 y 201 del mismo cuerpo legal, y, especialmente, con la grave e insoslayable obligación jurisdiccional que impone el precitado Artículo 138 —sobre todo a los jueces constitucionales— de preferir, en todo caso, la norma constitucional a la legal. Sin embargo, considero que tampoco procede, a estas alturas, declarar inconstitucionales las Disposiciones impugnadas que han obtenido cinco votos en tal sentido, toda vez que se encuentra en trámite, en este Tribunal, una demanda en que se solicita que se declare la inconstitucionalidad, precisamente, de la regla de los seis (6) votos del Artículo 1, precitado, de la Ley N.º 26435, razón por la cual, en tales casos, juzgo que debe reservarse el pronunciamiento, mientras no se resuelva la mencionada demanda, máxime, si se tiene presente que pronunciar sentencia respecto de dichas Disposiciones —es decir, declararlas, ora constitucionales, ora inconstitucionales—, en estas circunstancias, entrañaría, de un lado, un adelanto de opinión respecto de la mencionada demanda de inconstitucionalidad pendiente de fallo, adelanto de opinión reñido, en mi criterio, con los principios generales del derecho —y, especialmente, del derecho procesal constitucional—, y que, de otro lado, debemos ser exquisitamente prudentes en nuestros pronunciamientos, ya que, por virtud del categórico mandato del Artículo 55 de la misma Ley N.º 26435, este Tribunal está terminantemente prohibido de modificar su jurisprudencia, si no cuenta, para ello, con siquiera seis (6) votos conformes. Aguirre Roca. (Exp. N.º 001-96-I/TC)

Los otros cuatro (esto es, todos, menos los dos «allegados») que también estimaron inconstitucionales tales artículos reservaron expresamente su criterio respecto de la constitucionalidad, o no, de esa misma regla del artículo 4 (advirtiéndolo que, oportunamente, al sentenciarse la correspondiente demanda, lo harían conocer); pero, en el interín, permitieron que los dos «allegados» (Acosta Sánchez [AS] y García Marcelo [GM]) prevalecieran sobre los cinco restantes, pues no objetaron —no obstante el tenor de sus respectivos votos singulares—, la validez del fallo impuesto por tales dos votos, el mismo que declaraba, según se ha indicado, infundada, en tales extremos, por solo dos votos contra cinco, la demanda de inconstitucionalidad (con lo que, según se ha señalado, se «constitucionalizaban» tales artículos inconstitucionales).

5. La segunda Di y la cuarta sentencia

Como consecuencia de la sentencia reseñada, que se publicó el 6 de noviembre de 1996, en la audiencia pública en que se vio la segunda causa (que fue la de la Di contra la Ley N.º 26657, llamada de la «interpretación auténtica», que pretendía habilitar un tercer periodo consecutivo para el presidente Fujimori), actuando como abogado del demandante (Colegio de Abogados de Lima) el Dr. Vladimir Paz de la Barra —decano de dicho Colegio—, refiriéndose a esa primera sentencia (publicada, en el diario oficial *El Peruano*, justamente, por pura coincidencia, el mismo día de la vista, pero que era conocida desde días antes), manifestó que se desistió de su demanda, argumentando que no era equitativo ni aceptable que las causas no pudieran ganarse sino con seis (6) votos conformes, y que, al contrario, pudieran perderse con solo uno o dos votos en contra.

De ese modo, la jurisprudencia sentada por el TC en su primera sentencia fue, pues, severamente criticada y denunciada como inconstitucional por el decano del CAL. Y no le faltaba razón, obviamente, al Dr. Paz de la Barra.

El desistimiento no fue aceptado por la demandada (Congreso)⁷ y, en consecuencia, el procedimiento —una vez apurado el trámite legal correspondiente, incluyendo el «traslado» del desistimiento a la otra parte debió continuar, con señalamiento de fecha y hora para una nueva vista.

⁷ Se comenta que el Congreso aceptó el desistimiento —*vox populi, vox Dei*— porque estaba seguro de que con los votos en contra de sus dos «allegados», obligaría al TC a declarar infundada la demanda, con lo que quedaría expedito el camino a un tercer periodo consecutivo de Fujimori.

6. Los frutos del desistimiento del Colegio de Abogados de Lima (CAL)

Sin embargo, la actitud del decano del CAL produjo sus frutos, pues ella, en efecto, motivó una inteligente y muy positiva decisión del TC, la cual consistió en manifestar, públicamente —pese a la tenaz oposición de los dos «allegados» y a la vacilante actitud de otros dos magistrados— que ya no se sentenciarían más causas —incluyendo a la de la reelección (Ley 26657)—, mientras no se sentenciase la Di contra la regla de los seis votos (entonces, según se ha indicado, ya interpuesta y admitida, pero aún no vista ni resuelta). Y así se hizo, pues la causa contra la regla de los seis votos, que fue la quinta en ingresar y también la quinta en ser admitida, fue la segunda en sentenciarse. Es decir, que se suspendieron los pronunciamientos⁸ sobre las ingresadas y admitidas antes que ella —incluyendo a la de la reelección (que fue la que motivó el desistimiento del CAL, comentado líneas arriba)— a la espera de que se fallase la de los seis votos.

7. Satisfacción y aplauso

La decisión de suspensión fue muy bien acogida por los hombres de leyes, y aplaudida por el público en general, puesto que era evidente que los fallos de todas las causas iban a depender de la aplicación, o no, de tan extraña regla, la misma que privilegiaba, en forma alarmante, a las normas de rango legal sobre las constitucionales, y violaba, pues, flagrantemente, los artículos 51, 138 y concordantes de la Constitución⁹, y los principios más elementales de la igualdad legal y procesal.

Así, la causa contra la ley del referéndum —ingresada el 12 de septiembre de 1996, y admitida el 10 de septiembre de 1996; la del Vaso de Leche— ingresada el 12 de septiembre de 1996 y admitida el 23 de septiembre de 1996; y la de la reelección, admitida el 23 de septiembre de 1996, no fueron sentenciadas sino después de haberlo sido la de los seis votos, no obstante que al tomarse la decisión de suspensión, ya se había visto en audiencia pública esta última demanda.

⁸ Se suspendieron, pero sin exceder los plazos legales para resolverlos. Lo que se hizo fue, pues, alterar el orden de solución, respetando los plazos legales.

⁹ El texto de estos artículos es el siguiente: Artículo 51. «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicación es esencial para la vigencia de toda norma del Estado». Artículo 138. «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

8. Quinta Di y segunda sentencia: el suicidio del TC

Lamentablemente, la demanda crucial incoada contra la norma de los seis votos (art. 1 LOTC), que se esperaba que diera lugar a una jurisprudencia constitucional ejemplar, que permitiese al TC liberarse de la camisa de fuerza correspondiente, a la postre solo consiguió tres votos a favor, pues los otros cuatro magistrados —los dos «allegados», así como Nugent y Díaz Valverde— terminaron sometiéndose a la regla cuestionada y, de ese modo, «constitucionalizándola». Por eso se dijo, con toda razón, que el TC se había suicidado.

Los únicos tres que, reivindicando el imperio y la primacía constitucional, votamos a favor de la demanda, somos los tres «destituidos» cinco meses después. Se descontaba, por cierto, que de los cuatro restantes dos (los «allegados») votarían en contra, pero no se imaginó que los otros dos (el presidente Ricardo Nugent y Díaz Valverde), a última hora, harían otro tanto.

Aquellos dos incondicionales habían llegado —valga recordarlo— al extremo de pretender que tal demanda no debía siquiera ser admitida, al aducir que el plazo de caducidad de los seis (6) meses señalados en la ley ya había vencido. No obstante, la ley establecía que dicho plazo no podía empezar a correr —según es lógico— antes de la fecha de la instalación del TC. Tan absurda pretensión ponía en evidencia la total falta de independencia de los dos magistrados, así como su sumisión —parametrada— a las consignas de la mayoría oficialista.

9. Dos votos «complacientes» se suman a los parametrados

Resultó una enorme sorpresa para los tres «destituidos» —dicho sea, de paso, que inclusive el presidente del TC, Ricardo Nugent (lo mismo que Díaz Valverde), bendijera, con su voto, una regla tan claramente inconstitucional, puesto que ella permitía que prevaleciera, en el seno del TC, la minoría sobre la mayoría, y aun, en el caso extremo, el parecer de un solo magistrado sobre el de los cinco restantes (el quórum es de seis), a condición de que el discrepante votase en contra de la demanda, esto es, a favor de la ley cuestionada, pero no al revés, porque, según la insólita regla glosada, para el triunfo de la demanda no basta la mayoría, ni siquiera una mayoría calificada de más de la mitad del número legal de los miembros del TC, sino que es necesaria la unanimidad (con un quórum de seis), o seis votos de siete. Solo para el triunfo de la regla inferior —¡colmo de la sinrazón!— resultaba suficiente un voto, una abstención o, cuando mucho, dos opiniones.

Con tal fallo, publicado en *El Peruano* el 22 de diciembre de 1996, casi un mes después de la vista en audiencia pública (se vio el 27 de noviembre de 1996),

la mayoría oficialista del Congreso conseguía carta blanca para sus leyes, pues con sus dos «allegados» tenía asegurados, cada vez que así lo quisiera, fallos adversos a las demandas de inconstitucionalidad, lo que equivalía a disponer, en el TC, de un mecanismo —fábrica, en verdad— «constitucionalizador» de las leyes inconstitucionales aprobadas, precisamente, por dicha mayoría. El TC se convertía, pues, en una herramienta al servicio de la mayoría oficialista del Congreso —Poder Constituido—, en lugar de ser un organismo defensor de la Constitución (Poder Constituyente). Así quedaba desnaturalizado el TC y frustrada su principal misión¹⁰.

10. La tercera demanda y su fallo escandaloso

Inmediatamente después de sentenciada la causa de los seis votos, debían resolverse las demás causas pendientes.

En una de ellas, la del referéndum (que fue, en el orden de prelación cronológica, la segunda, pues fue admitida con fecha 10 de septiembre de 1996), el fallo resultó verdaderamente escandaloso, pues en él volvió a suscitarse la oposición cerrada e inflexible de los dos «allegados», de modo que, otra vez, las posiciones se dividieron 2 a 5; y como, al haberse sentenciado, apenas unos días antes, la causa contra el artículo 4 LOTC, el propio TC, por 4 a 3, había «constitucionalizado» la inconstitucional regla de los seis votos, en el fallo de esta causa se dice, textualmente, algo realmente inaudito, esto es, que:

[...] al no haberse obtenido los seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley N.º 26592, exigidos por el artículo 1 de la Ley 26435, este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, a declarar infundada la demanda.

11. Error en la ubicación de mi firma

El autor de este artículo, en lugar de estampar su firma con la de los otros seis magistrados, al pie del fallo glosado, quiso hacerlo, según consta a sus colegas, solo al pie de su voto singular —donde también aparece— precisando, que tal como lo había manifestado —en otro voto singular— al sentenciarse el primer

¹⁰ A tal punto es esto cierto, que se comentaba que la misma mayoría parlamentaria, autora de leyes inconstitucionales, podría valerse de interpósita persona para formular demandas de inconstitucionalidad, con el fin de lograr «constitucionalizar», con solo el voto de sus «allegados» —o de solo uno de ellos— dichas leyes aberrantes.

caso (comentado líneas arriba), a su juicio, no podía aceptarse que uno o dos magistrados —ni tampoco la minoría del quórum, cualquiera fuera su número— pudieran «constitucionalizar» leyes contra el voto de la mayoría. Sin embargo, por problemas de secretaría, ajenos a su voluntad y que —pese a haberlo intentado— él no pudo corregir a tiempo, su firma —al igual que la de los otros seis magistrados— apareció no solo al pie de su voto singular, sino también al pie de tal fallo, la misma que había sido estampada allí, originalmente, por error. Nunca quiso —ni aceptó—, en verdad, el autor de esta colaboración poner su firma al pie de fallos que consagraran la irracional —e inconstitucional— regla comentada del artículo 1 LOTC.

Otra extravagancia absurda de esta sentencia radica en que, no obstante, ella está redactada y elaborada en función del pensamiento de los cinco magistrados que se pronunciaron declarando fundada la demanda y, por tanto, inconstitucionales los dispositivos impugnados en ella —lo cual es lógico—, pues tal es el orden técnico-procesal de la redacción de sentencias y que los votos de los dos «allegados» figuran al final de la misma, bajo el rubro de «voto singular de los señores magistrados Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo» —lo cual es igualmente lógico—, son estos los que prevalecen (IL).

318

En otras palabras, los «votos singulares», que son siempre los que no respaldan el fallo ni forman resolución —y que, por ello mismo, van al final y se califican de «singulares»— en este caso son los que, prevaleciendo sobre los otros cinco, sí logran «constitucionalizar» una ley claramente inconstitucional. En puridad de verdad, y desde el punto de vista técnico —procesal, resulta así que, de modo abiertamente contradictorio, los votos «singulares» son los «no-singulares», y los inmensamente mayoritarios, son los «singulares».

12. La Ley de la Reelección N.º 26657: cuarta sentencia

Recorrido ya el tortuoso camino de las tres primeras sentencias, en las que se hizo manifiesta la posición gobiernista de los «allegados», y se asestó, con la «ayuda» de los magistrados Nugent y Díaz Valverde, un golpe mortal al TC, llegó el momento de sentenciar la causa —que se había dejado en suspenso contra la ley llamada de la «Interpretación Auténtica» del artículo 112 de la Constitución—. Entonces, volvió a surgir el problema de la incondicionalidad de los «allegados» que, no obstante el carácter ostensiblemente inconstitucional de esa ley y las protestas populares que ella había generado, abrazaron, otra vez, la posición gobiernista.

13. Un problema procesal inédito

Surgió un problema muy interesante, desde el punto de vista procesal-constitucional, porque tocó la casualidad de que tres de los siete magistrados habían debido pronunciarse, con anterioridad, sobre el sentido y los alcances del artículo 112 de la Constitución, y, al hacerlo, habían expresado que el mismo permitía solo una reelección consecutiva. Por tales motivos, dichos tres magistrados pensaron, originalmente, que podrían estar obligados a inhibirse del conocimiento de la causa. Sin embargo, examinando cuidadosamente el tema, se llegó a la conclusión de que no deberían inhibirse, no solo porque no habiendo jueces suplente en el TC, su inhibición equivaldría a una suerte de denegación de justicia, sino porque, además, ellos habían emitido opinión sobre la regla del artículo 112 de la Constitución, antes de que se promulgara la Ley interpretativa, N.º 26657, ley que era la cuestionada en la demanda y que, precisamente, se proponía «interpretar auténticamente», a través del Poder Legislativo, el precitado artículo 112. Tal fue la opinión de la demandada (Congreso), quien sostuvo que la sentencia ya no debería depender de la interpretación que se diera, *in abstracto*, al artículo 112 de la Constitución, sino de la que se diera a ese artículo 112 a la luz de un hecho nuevo: la existencia de la Ley interpretativa N.º 26657.

Habiendo triunfado, consecuentemente, con la anuencia de todas las partes interesadas, la tesis de la no-inhibición, la demanda se admitió a trámite, y la causa se vio en audiencia pública, según ya se ha señalado, con la presencia de los siete (7) magistrados.

Finalmente, al votarse la cuestión, resultó claro, como ya es de público conocimiento, que, otra vez, cinco magistrados consideraban fundada la demanda y, consecuentemente, inconstitucional la Ley N.º 26657; mientras los otros dos, como siempre, se «inclinaban» en sentido contrario.

Las severas críticas lanzadas contra las sentencias anteriores, en las que había permitido —con excepción del suscrito— que la minoría se impusiera sobre la mayoría, y en las que, a mayor abundamiento, se había «constitucionalizado» la fatal regla de los seis votos, sensibilizaron y puesto en alerta, el criterio de los magistrados «no-allegados», incluyendo a los dos «vacilantes» (Nugent y Díaz Valverde), a punto que al ver que no se alcanzaban —otra vez— seis votos, resolvieron no constitucionalizar la inconstitucional Ley N.º 26657, no solo porque ya hubiese sido un escándalo mayúsculo el hacerlo, sino porque se trataba de una ley elaborada a la medida, para asegurar —burlando la prohibición constitucional expresa— la continuidad del régimen y la perpetuación de su presidente en el Poder, cosa que despertaba el rechazo popular.

14. ¿Cambio de jurisprudencia?¹¹

Fue así cómo, en la obligada búsqueda de soluciones constitucionales que permitiesen liberarse en el caso de la funesta regla de los seis votos, se propuso modificar la jurisprudencia sentada a propósito de la demanda contra dicha regla, y resolver, consecuentemente, la causa por mayoría. Pero entonces se cayó en la cuenta de que el ya mencionado artículo 55 LOTC (reproducido líneas arriba) también exigía, desgraciadamente, seis votos conformes para modificar la jurisprudencia del TC. Todo estaba, pues, perfectamente amarrado.

En tal coyuntura, hubo de examinarse, en primer lugar, la posibilidad de descartar, por «control difuso», la regla del artículo 55, por estimarla inconstitucional, ya que volvía a poner la decisión del cuerpo colegiado —contrariando abiertamente el precepto constitucional según el cual quien decide es el cuerpo colegiado y no, de ningún modo, la votación minoritaria del mismo— en manos de uno o, cuando mucho, de dos magistrados. Hasta ahora no entiende, quien esto escribe, porqué no se adoptó tal temperamento. Sobre todo, por qué no lo hicieron suyo quienes, al igual que él, habían declarado, en el correspondiente fallo (el recaído en la demanda contra la ley de los seis votos) con sus votos singulares, inconstitucional la regla de los seis votos, y ello considerando que una exigencia tal privaba al TC —es decir, a la mayoría del colegio— de la facultad de que la Constitución le otorga del deber correspondiente de declarar, en resguardo de la jerarquía normativa, inconstitucionales —cuando lo son— las normas de rango legal impugnadas en las demandas de inconstitucionalidad, y, al contrario, lo obligaba a «constitucionalizarlas» contra el parecer de esa mayoría —es decir, del cuerpo colegiado, con solo uno o dos votos favor de las normas inconstitucionales cuestionadas—.

Sin embargo, en todo caso, como ese criterio —perfectamente válido a mi juicio— no fue aceptado lamentablemente por la mayoría, solo quedó como alternativa otro, esto es, el de declarar inaplicable, por «control difuso», la propia Ley N.º 26657 impugnada en la demanda. Ello se hizo factible porque la mencionada ley era, en realidad, una ley con nombre propio, puesto que solo podía

¹¹ El relato sintético que sigue se refiere a circunstancias y hechos que ya son —como los reseñados en lo que procede— de público conocimiento, pues todos ellos fueron ventilados, en forma pública, a lo largo del proceso —irregular y amañado— instaurado por el Congreso, y que concluyó, como se sabe, con la abusiva e inconstitucional «destitución» del autor de esta colaboración y de dos de sus colegas del TC. Tales hechos, por lo demás, han sido materia de numerosos análisis y comentarios igualmente públicos.

aplicarse al presidente Fujimori y a nadie más, ya que declaraba lo siguiente: «interpretase de modo auténtico que la reelección a que se refiere el artículo 112 de la Constitución está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad¹² a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretase auténticamente que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución».

Consecuentemente, se estimó, por analogía legal, que se estaba frente a un problema típico de «inaplicabilidad» de una norma a un caso concreto, y no frente a uno de inconstitucionalidad de una regla de carácter general. Era, pues, visto así, perfectamente factible y, a mi juicio, imperativo aplicar la facultad de control difuso, prevista en los artículos 51, 138 y concordantes de la Constitución¹³, según los cuales «la Constitución prevalece sobre toda norma legal», y «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera».

Esa facultad, llamada de «control difuso» (porque está difundida entre todos los órganos jurisdiccionales, desde el más humilde juzgado de paz hasta el más encumbrado tribunal), la emplea el TC todos los días, como se sabe, en el marco de referencia de la llamadas acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), en las cuales actúa prácticamente como última instancia del Poder Judicial, y, consecuentemente, emplea lo mismo que los órganos de este, las facultades del «control difuso» según las cuales, si bien no pueden ser declaradas erga omnes, inconstitucionales las leyes y normas de rango legal ni tampoco ser derogadas, sí pueden —y deben— ser «inaplicadas» al caso concreto y pendiente de resolución cuando se reputen incompatibles con la normatividad constitucional.

¹² Lo que la regla pretende, obviamente, es que no se considere el periodo presidencial anterior (1990-95), en el cual fue presidente de la República Fujimori —y nadie más que él—, con el fin de beneficiarlo a él —y a nadie más que él— con el derecho a un tercer periodo consecutivo, en abierto desafío y violación del artículo 112 de la Constitución. Así pues, resulta palmario que la llamada ley de la «interpretación auténtica», es una ley «concreta», con nombre propio, susceptible de ser usada solo y únicamente por Fujimori y, por tanto, no solo violatoria de los artículos 103 y 112 de la Constitución, sino perfectamente pasible de ser «inaplicada» al caso concreto, vía «control difuso».

¹³ Véase la nota precedente, y la número 9, en la que se reproducen los textos de los artículos 51 y 138 de la Constitución.

Ampliamente debatido, y aprobado tal criterio por cinco (5) de los siete magistrados (con el voto en contra, como de costumbre, de los dos «allegados», se redactó la ponencia respectiva y se la sometió a votación.

15. Los avatares del caso y la segunda muerte del TC

Con cinco votos a favor y dos en contra (5 a 2), se aprobó tal ponencia —convirtiéndose, pues, la misma en sentencia¹⁴— y se firmó por los cinco (5) que la respaldaron, quedando el TC, para publicarla, a la espera de los votos singulares discrepantes de los otros dos, puesto que quienes votan en singular no firman al pie del fallo, sino que acompañan, en documento independiente, los textos —firmados— de sus opiniones o «votos singulares». Desgraciadamente, dicha sentencia, que pudo marcar la iniciación del renacimiento del TC, se convirtió en el principio de su segunda muerte (la primera había ocurrido —por mano propia, es decir, vía suicidio— con la sentencia que «constitucionalizó» la regla de los seis votos), puesto que dio lugar a que los dos «allegados», filtrándose la noticia a un canal de TV (el cual la propaló diciendo —y, por tanto, politizándola y deformándola— que el TC «le había dicho «NO» a Fujimori»), tratando de neutralizar el impacto de tal primicia ante la opinión pública, de salvar —vox populi, vox Dei— su «responsabilidad» frente a la mayoría oficialista, y de impedir que esa sentencia —aún no publicada— se consolidara, en lugar de cumplir con entregar sus votos singulares para integrar el documento final, alegaron que tal sentencia «no existía», al aducir que la correspondiente ponencia no se había sometido a votación. Y como tal situación trascendió —en virtud de la denuncia escrita e injuriosa que los mismos «allegados» hicieron a la prensa—, surgió un escándalo mayúsculo que, a su turno, precipitó la intervención —según es de conocimiento público de las influencias y de las presiones políticas—. Ello parece haber inducido

¹⁴ Una vez votada una causa, técnicamente hay ya sentencia, aunque se vote -como no es inusual- con cargo a redacción. Pero si, además, el texto ya está redactado y las firmas de los votos concordantes que la respaldan, estampadas, es obvio que ya no puede haber la menor duda de que existe sentencia, pues a los que votaron en contra solo les queda el derecho de alcanzar sus «votos singulares», los que, sencillamente, se agregan a la sentencia. Los «allegados», sin embargo, alegaron que no había sentencia, al aducir que el texto respectivo no había sido sometido a votación; cosa absolutamente falsa, pero que ello, no obstante, no fue categóricamente desmentida sino por cuatro de los restantes magistrados, pues el «complaciente» Díaz Valverde, mintiendo ante la Comisión Investigadora del Congreso —presidida por persona lega en derecho—, dijo que él había sido sorprendido cuando firmó dicha sentencia, ya que lo hizo creyendo que solo era una «ponencia». Parece que Díaz Valverde, intimidado por el Congreso, olvidó que las ponencias no se firman sino después de sometidas a votación, esto es, cuando se convierten en sentencias.

a que dos de los cinco firmantes de dicha sentencia (Nugent y Díaz Valverde) de «inaplicabilidad se sumaran a los dos «allegados» para solicitar —por mayoría de 4 a 3— la reconsideración de la votación, y a que, una vez reconsiderada la votación, resolvieran retirar sus votos alegando —a la hora nona— que, por haber «adelantado opinión», debían abstenerse de votar en el caso. Los dos «allegados» decidieron «pensarlo» y pidieron plazo para decidirse, pues no sabían si debían abstenerse o votar en contra, o uno en un sentido y el otro en otro según también es público y notorio.

Cuando, finalmente, se decidieron los «allegados», al igual que lo habían hecho Nugent y Díaz Valverde —a quienes en otro sitio hemos debido calificar de «vacilantes» por «abstenerse»—, quedó lista la sentencia final, solo que con su introducción adaptada. En esta ya no se decía, como en el documento original —cuyo texto sobrevivió íntegramente—, que el TC emitía sentencia con cinco votos en un sentido (la «inaplicabilidad») y dos en contra, sino con tres votos y cuatro abstenciones, las mismas que en sendos documentos se incorporaban como partes integrantes de la sentencia. Así ocurrió en realidad, pues en tal sentencia aparecen los siete (7) magistrados, tres manteniendo intactos sus votos originales en el sentido de la «inaplicabilidad», y los otros cuatro (4) retirándolos y absteniéndose; y todos ellos —los 7— firmando la sentencia en sus respectivos lugares¹⁵ y, por tanto, sosteniendo el fallo de la «inaplicabilidad»).

323

Una vez que quedó así, lista tal sentencia final y que el presidente del TC sin ninguna objeción ordenó su publicación, los dos «allegados» alcanzaron al presidente —por lo visto y según su propio dicho— otra «sentencia», —es decir, otro texto con el título de «sentencia», pero sin la naturaleza de tal, pues, entre otras incongruencias, en dicho texto no se daba cuenta ni del debate en el Pleno, ni de la votación (puesto que ella no fue jamás, en efecto, ni debatida ni votada), así como tampoco aparecían los otros cinco magistrados—, esta vez suscrita solo por ellos dos, en la cual volvían a abstenerse pero, al mismo tiempo, se pronunciaban declarando infundada la demanda y, consecuentemente, válida y constitucional la Ley N.º 26657.

¹⁵ Es claro que los dos «allegados» estaban en contra del fallo, puesto que así lo demuestran en la otra «sentencia», en la que, también «absteniéndose», se pronuncian, pero que no emitieron sus votos singulares discrepantes, pensando que así conservaban el derecho de hacerlo en la otra «sentencia» (parece que tamaño galimatías jurídico bate todos los récords imaginables), tal como, en efecto, y por increíble que resulte, lo hicieron. Sin embargo, no se dieron cuenta de que al participar, con su firma, en la primera sentencia —que sí es la auténtica y válida, pues lleva la firma de los siete (T)— ya no podían autorizar otra «sentencia», y menos una discrepante de la anterior, sobre el mismo caso y el mismo día.

16. ¡Dos pronunciamientos sobre lo mismo!

Para colmo de males, en esa «sentencia» —auténtico esperpento jurídico— decidieron participar, otra vez con sus abstenciones, el presidente Nugent y Díaz Valverde, quienes aparecen así autorizando —con sus abstenciones— dos pronunciamientos distintos sobre la misma materia. De estos, el segundo, es decir, el preparado por los «allegados», no contaba sino con la participación —una vez incorporados Nugent o Díaz Valverde— de cuatro (4) magistrados, y todos ellos absteniéndose, aunque los dos «allegados» además de «abstenerse», pronunciándose (vale decir, «votando») y suscribiendo —solo ellos dos— el fallo que declaraba infundada la demanda y, consecuentemente, constitucional la inconstitucional ley de la reelección. Los otros dos, Nugent y Díaz Valverde, aparecen, con sus abstenciones suscritas y firmadas de puño y letra en el documento, pero no firman al pie del fallo, puesto que se abstienen de verdad, esto es, sin pronunciarse en ningún sentido, pero respaldando con su presencia, por desgracia y contradictoriamente, semejante monstruo jurídico.

Nunca logré explicarme cómo el presidente del TC, así como Díaz Valverde, pudo estar presente también en la «sentencia» de los «allegados», ni cómo estos pudieron abstenerse y votar en su «sentencia», y solo abstenerse en la otra (esto es, en la verdadera, pues en ella sí estaban presentes los siete (7) magistrados, tres votando y cuatro absteniéndose), ni menos cómo pudo Nugent ordenar la publicación simultánea de los dos pronunciamientos en el diario oficial *El Peruano*.

El resultado de estos asombrosos sucesos fue que los medios no tardaron en pedirle a Nugent que precisara —como presidente del TC— cuál de los dos pronunciamientos valía, y que este —obligado a responder— contestara que el único válido era el que contaba con la presencia de los siete magistrados, es decir, el de la «inaplicabilidad», manifestando, al mismo tiempo que el otro no tenía ningún valor, ya que los que se abstienen —dijo— no pueden decidir. ¿Había olvidado Nugent que él estaba en ambos pronunciamientos, lo mismo que Díaz Valverde? Todavía es un misterio, para mí, porqué nadie atinó a preguntarle a Nugent porqué había él ordenado, como presidente del TC, la publicación de los dos pronunciamientos, y por qué él, lo mismo que Díaz, Acosta Sánchez y García Marcelo, se encontraba en ambos.

17. Pedido de aclaración

Por otro lado, frente a tal situación, el CAL formuló un pedido de «aclaración» y lo entregó en la mesa de partes (trámite documentario) del TC, pero dirigido a los tres magistrados que respaldaban con sus votos, el fallo de la «inaplicabili-

dad», significando así que el pedido se refería a la verdadera sentencia, y no a la «sentencia» de los dos «allegados»¹⁶. El presidente del TC, recibido tal pedido, lo proveyó ordenando «pase al ponente». El ponente (que había sido Rey Terry) se reunió con Delia Revoredo Marsano y Manuel Aguirre Roca (autor de este artículo). Los tres decidieron someter el pedido a la consideración del Pleno, el cual, con la presencia de sus siete miembros, por cinco votos a dos (con los votos en contra como siempre, de los dos «allegados»), dispuso que, tal como se procede en la Corte Suprema de Justicia de la República (de la cual Nugent había sido presidente hasta en dos oportunidades), solo participaran en la aclaración solicitada los tres que respaldaban el fallo, ya que los otros cuatro se habían abstenido y, según lo recordó Nugent, «no tenían vela en el entierro». Conviene aclarar que los «allegados» no se opusieron a que solo colaboraran, redactaran y proveyeran el pedido de aclaración, quienes respaldaron con sus votos, el fallo de cuya aclaración se trataba, sino que opinaron que la solicitud debía devolverse o, simplemente, declararse improcedente por haber sido dirigida a los tres magistrados, y no a la presidencia del TC. Sin embargo, el Pleno acordó también la propuesta del presidente Nugent de que, por razones de celeridad y de economía procesal, continuara el trámite, toda vez que él, como presidente del TC, había ya recibido la petición de aclaración y, además, había dispuesto su admisión y tramitación.

Entonces, en cumplimiento del encargo del presidente y del Pleno, y preparado según el procedimiento usual el proyecto del proveído, esto es, la ponencia respectiva, los tres magistrados emitieron sus votos —cada uno el suyo— de respaldo en el mismo sentido, aprobando el proyecto —elaborado como de costumbre por un ponente— que declaraba improcedente el pedido de aclaración, por cuanto nada había que aclarar¹⁷.

¹⁶ Es claro que el CAL dirigió el pedido de aclaración, sin perjuicio de depositarlo por la vía regular, en la mesa de partes o trámite documentario del TC, a los tres magistrados que respaldaron con su voto la sentencia de «inaplicabilidad», con el único y transparente propósito de precisar que el pedido se relacionaba con esa sentencia, y no con la inaudita «sentencia» de los dos «allegados». Fue por eso, también, que el presidente del TC, recibido que fue el pedido por conducto regular, lo proveyó disponiendo que se entregase el pedido al ponente, doctor Rey Terry, sin hacer cuestión de estado de la forma como fue dirigida o encabezada tal petición.

¹⁷ Debe tenerse presente, por lo demás, que los tres magistrados que cumplieron con proveer el pedido no «resolvieron», sino que, firmado el proveído, lo remitieron a la presidencia del TC, para los efectos del caso; y que fue la presidencia quien ordenó su notificación como resolución del TC. Nada impedía a la presidencia convocar a un Pleno para someter a consideración (y a votación, en su caso) dicho proveído. Pero como ya el Pleno había acordado que los cuatro que se abstuvieron no tenían por qué intervenir en el asunto, el

18. La acusación de los «allegados» y la «destitución»

¡Quién iba a pensar que, tres meses después, los dos «allegados» iban a denunciarnos «por usurpación de funciones» ante una Comisión de Investigación del Congreso, especialmente abocada a la investigación de otro asunto, alegando que habíamos resuelto la petición de aclaración a espaldas del Pleno! Sobre todo si se tiene presente que esos «allegados», el mismo 22 de enero (fecha en que la resolución recaída en el pedido de aclaración se publicó en *El Comercio*) se dirigieron por carta al presidente del TC, sosteniendo, precisamente, que dicho pedido se había resuelto con usurpación de funciones y que el Pleno había desestimado, al tomar conocimiento de dicha carta, tan absurda acusación por carecer la misma de todo fundamento, ya que al contrario, dichos tres magistrados no solo sí habían sido autorizados, sino que habían recibido el encargo formal del Pleno y del presidente del TC de actuar como lo hicieron.

¡Y quién podía imaginar que el Congreso, a través de su mayoría parametrada con 52 votos, iba a «destituirnos» por «infracción de la Constitución»¹⁸, aprovechándose de las calumnias de esos «allegados» —evidentemente orquestadas— y sin tomar en cuenta, para nada, las declaraciones de los otros cinco magistrados y las pruebas instrumentales —inclusive las preconstituidas— que demostraban que esos tres magistrados sí habían sido autorizados por el Pleno para proveer el pedido de «aclaración» del CAL! Pero así fue, y por eso están ahora en marcha las demandas de amparo¹⁹ que los tres «destituidos» hemos formulado contra las resoluciones de destitución respaldadas por solo 52 parlamentarios, todos ellos de la mayoría oficialista del Congreso, y no obstante la votación en contra de todos los demás grupos y partidos allí representados.

presidente Nugent decidió, en ejercicio de su potestad de representante del TC (art. 6 LOTC), dar calidad de resolución del TC a tal proveído y ordenar, consecuentemente, tal como lo hizo, su correspondiente notificación.

¹⁸ «Infracción» que brilla por su ausencia, puesto que la conducta de los tres «destituidos», que se limitaron a proveer, por disponerlo así el Pleno y el presidente del TC, un pedido de aclaración —habida cuenta de la *sui generis* circunstancia de que, en el fallo materia de la aclaración, los otros cuatro magistrados se habían abstenido de pronunciarse— no solo no constituye falta, sino que, de un lado, no vulnera ni directa ni indirectamente ninguna regla constitucional ni legal y, de otro, concuerda con el procedimiento empleado, *mutatis mutandis*, en la Corte Suprema de la República que, en tal caso, sirvió de modelo, a propuesta de Nugent que, como se sabe había desempeñado precisamente, la presidencia de la Corte Suprema hasta en dos oportunidades.

¹⁹ Al momento de redactarse este artículo, tales demandas aún no han sido sentenciadas en primera instancia.

19. La muerte definitiva del TC y la segunda «resurrección»

Entre tanto, como consecuencia de la fatal regla del artículo 4 LOTC de un sistema de designación de magistrados que hizo posible el nombramiento de los dos «allegados» y entre otros de Díaz Valverde, quien ha hecho causa común con los mismos dos; y de la «destitución» de los tres magistrados mencionados, el TC ha muerto. Sin embargo, en virtud de una «ley»²⁰ aprobada por la mayoría oficialista, el TC «funciona» ahora de modo abiertamente inconstitucional, con solo cuatro magistrados, verbigracia: los dos «allegados», Díaz Valverde —solidarizado con ellos— y el presidente renunciante Nugent, que es el único de los cuatro que ha tenido la decencia de solidarizarse con los tres «destituidos», y de repudiar la decisión inconstitucional de los 52 congresistas que pretende «destituir» a los tres magistrados que cumplieron con su deber (desgraciadamente, aunque renunciante, al momento de escribir estas líneas, casi cuatro meses después de su renuncia, Nugent permanece en el TC y con su concurso hace posible el «funcionamiento» de ese órgano espurio).

El actual «TC» es pues un cadáver —un ente no solo inconstitucional sino anticonstitucional—, debido a que, según la Constitución (arts. 201 y 202), el TC se compone de siete miembros (y no de cuatro), además de que entre sus funciones principales figura la de «conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad» (mientras que el actual, por virtud de una ley aprobada, precisamente por la mayoría oficialista, no puede conocer de acciones de inconstitucionalidad). Sin embargo, ese cadáver «vive» gracias a la colaboración que le presta, incomprendiblemente, el renunciante Nugent, quien hace posible, con su presencia y participación en él, su funcionamiento.

Es así cómo el artículo 1 LOTC y sus concordancias, sumado, de un lado, al sistema de designación de los miembros del TC, y a la ostensible falta de independencia y de idoneidad de algunos de los nombrados y, de otro, a la presión política derivada principalmente del afán continuista del régimen y de la obsesión reeleccionista del presidente Fujimori, ha cavado la tumba del TC.

IV. EL SISTEMA DE DESIGNACIÓN

El sistema de designación, por elección secreta de no menos de dos tercios (2/3) del número legal de miembros del Congreso (es decir, 80 de 120), permite que la mayoría, en caso de disponer de tal porcentaje, imponga a todos sus candidatos.

²⁰ Se trata de una ley ostensiblemente inconstitucional, puesto que pretende modificar el artículo 201 de la Constitución, según se explica más adelante.

Además, como la calificación de los candidatos la hace también el Congreso, mediante una Comisión en que el partido dominante está en mayoría, es totalmente imposible que las minorías designen miembros, a menos de contar con el apoyo del partido dominante. A través de este sistema, la mayoría oficialista —que con el respaldo de algunos independientes llegó a reunir 78 de los 80 votos requeridos— trató de imponer a varios de sus ahijados, y logró introducir a García Marcelo y a Acosta Sánchez. Por otra parte, llevó también al TC a 2 «vacilantes» que, aunque no incondicionales —como aquellos dos— sí sumaron sus votos a los de los otros dos en la crucial causa contra la regla de los seis votos; y también, al abstenerse en la otra causa crucial —la de la ley reeleccionista— se inclinaron a favor de los deseos del partido oficialista. Al sumarse en esas dos causas, al parecer de los dos «allegados», los llamados «amigos» contribuyeron, de modo definitivo, al fracaso del TC. Se dice que por eso siguen, como «premiados», al lado de los dos «allegados», en el TC²¹.

El remedio a esta situación puede consistir en encargar la calificación de los candidatos a un organismo técnico e independiente, como, por ejemplo, el Consejo Nacional de la Magistratura. Entonces —pero solo entonces— podrá tenerse la seguridad de que, por lo menos, todos los finalmente designados reúnan los requisitos mínimos de idoneidad profesional y de independencia. Y se podrá decir, hecha la elección, que si bien «no están todos los que son», «sí son todos los que están».

²¹ Una prueba adicional, y no menos convincente de ello, consiste en que Nugent —que fue comprendido con los tres «destituidos» en el «proceso» seguido en el Congreso— fue «perdonado». No obstante, de haberse producido alguna irregularidad en la expedición de la resolución de «aclaración» (cosa que, ciertamente, no ocurrió), Nugent sería el responsable —el mayor responsable, en verdad— porque, en efecto, fue él quien ordenó —como presidente del TC y con la anuencia, cierto es, del Pleno— el trámite y el procedimiento observados, y, además, quien recibió el proveído que por encargo formal del Pleno y del mismo Nugent, cumplieron con alcanzarle debidamente firmado, los tres «destituidos», decidió —en uso de sus facultades de representante del TC y de su propio criterio—, elevándolo a categoría de resolución del TC, notificarlo al peticionario (CAL) en lugar de convocar al Pleno para que este se pronunciara sobre él, considerando (no sin razón, por lo demás) que los cuatro que se habían abstenido de votar, nada podían ni tenían que decir al respecto, tal como ya lo había expresado, en el acuerdo correspondiente, el Pleno del TC. ¿Cómo se explica, entonces, que los tres magistrados que se limitaron a cumplir con el encargo del Pleno y del presidente del TC, al elaborar, redactar y firmar el proveído respectivo, fuesen «destituidos», y Nugent «perdonado»? Sencillamente, porque Nugent fue uno de los cuatro que se abstuvieron de votar en el caso de la ley de la reelección, y porque lo que quería la mayoría oficialista del Congreso era, precisa y únicamente, castigar a los que habían respaldado ese fallo: el que declaró «inaplicable» la Ley de la reelección, N.º 26657, usando para ello, como pantalla o cortina de humo, el pretexto de la resolución recaída en el pedido de aclaración del CAL.

Robots, Constitución y deberes fundamentales*

Robots, Constitution and fundamental rights

 CÉSAR LANDA**

A Manuel Aguirre Roca
In memoriam

329

I. PALABRAS PRELIMINARES

Con motivo del presente homenaje a don Manuel Aguirre Roca, quisiera dejar un breve pero significativo testimonio del exmagistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales y expresidente del Tribunal Constitucional.

Como estudiante de derecho interesado por el derecho público (1975-1980), tuve la oportunidad de leer sus columnas periodísticas sobre temas jurídicos, sobre todo en el diario *El Comercio*, para luego seguirlo en sus votos como magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1987), en el cual destacó con su clásica versación jurídica, por sus votos singulares, que era una práctica de los

* Versión extraída de mi libro *Revolución digital y Constitución*. Palestra, 2023.

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Expresidente del Tribunal Constitucional y exministro de Relaciones Exteriores del Perú. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. ORCID: 0000-0003-0801-8873.

magistrados en aquel entonces, lo cual impedía que se pudiera llegar a consensuar una sentencia sino tan solo «pronunciamientos», por la falta de cinco votos conformes para declarar, como, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una ley.

Precisamente, al ser esa una práctica generalizada en el TGC, pronto se generó un debate público, al cual no fui ajeno, puesto que publiqué mi punto de vista crítico en el diario *El Comercio*, por cuanto con los «pronunciamientos» se frustraba la labor principal de un tribunal constitucional, como era declarar la inconstitucionalidad de las leyes. De modo que, cuando el TGC organizó una mesa redonda con constitucionalistas para abordar dicha problemática, como joven profesor, estuve entre los invitados.

Aunque ya lo había visto y escuchado preguntar en la conferencia que brindó don Manuel García Pelayo, presidente del Tribunal Constitucional de España, organizado por la Comisión Andina de Juristas en Lima en 1982, en esa convocatoria del TGC fue la oportunidad para conocer al magistrado Aguirre Roca y también para que intercambiáramos puntos de vista acerca de sus votos y el artículo que había publicado. Ello me dio la oportunidad de conversar fuera del evento de otros asuntos de trascendencia jurídica y constitucional, ya que mis observaciones no solo se refería al abuso de los votos particulares, sino también al uso de argumentos legales antes que constitucionales para resolver las controversias.

Sin embargo, sin perjuicio de ello, sus valores cívicos y democráticos, propios de la vieja escuela del derecho, se pusieron en evidencia una década después, cuando la mayoría parlamentaria fujimorista acusó constitucionalmente a los magistrados Manuel Aguirre, Guillermo Rey y Delia Revoredo del nuevo Tribunal Constitucional de la Constitución de 1993 por haber declarado inconstitucional la ley de la re-reelección de Fujimori en 1997, quienes luego fueron destituidos de sus cargos. Tras una ardua batalla judicial, en la cual el TC, ya en cautiverio del Gobierno de Fujimori, desestimó sus demandas de amparo por ser una «cuestión política no justiciable» se recuperaron. En esta etapa, don Manuel ejerció con mucho coraje la defensa no solo personal del cargo, sino también institucional del Tribunal de Garantías Constitucionales, en distintos foros, como en las plazas públicas, donde la ciudadanía defendía a sus magistrados constitucionales.

Solo recuperarían el cargo cuando el presidente constitucional Valentín Paniagua los repuso como magistrados en el 2000 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos les restableció plenamente sus derechos conculcados el 2001, en el caso Magistrados constitucionales vs. Perú. Ello supuso su reincorporación en el nuevo Tribunal Constitucional, donde al magistrado Aguirre Roca le cupo

presidir el Tribunal y encauzar la jurisdicción constitucional por las vías de la independencia judicial en las tareas del control de los poderes y la protección de los derechos fundamentales, así como sentar las bases preliminares de quehacer de la justicia constitucional en democracia.

En ese periodo tuve nuevamente la oportunidad de coincidir con él, en foros académicos; pero, sobre todo, cuando por encargo de la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional el 2021, me cupo entrevistarle a él y a Rey Terry, como miembro de dicha comisión, para conocer sus pareceres sobre las bases del proyecto de reforma constitucional en materia de justicia constitucional, lo cual ayudó a fortalecer la propuesta normativa.

Por último, en otra actividad, conversamos ampliamente, a partir de la cual generosamente me invitó a su domicilio a seguir charlando, con base en una suerte de empatía intergeneracional, más aún había regresado de realizar mi postdoctorado en Alemania, cargado de muchas lecturas y nuevas ideas constitucionales. Por eso, cuando don Manuel Aguirre Roca fallece el 2004 —así como a los meses Rey Terry— me cupo asumir el reto y la responsabilidad de presentar mi candidatura al Congreso, que me honró sucederlo con la plaza de magistrado constitucional en diciembre de 2004.

331

Finalmente, se puede señalar que con la obra jurisprudencial y el ejemplo cívico establecido por el magistrado Aguirre Roca y el pleno del TC se pudo en adelante fortalecer el rol del Tribunal Constitucional como garante de la protección de los derechos humanos, el control de los excesos de los poderes públicos y privados, así como garantizar la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico y, sobre todo, la corrupción, en el marco de la Constitución, la ley y los tratados internacionales. Algunos de estos retos se han reavivado; por ello, sigue vigente para estos tiempos difíciles, para el Estado constitucional, el perfil del magistrado Manuel Aguirre Roca, tanto juez independiente de los poderes públicos y privados como militantemente defensor de la democracia constitucional.

II. PRESENTACIÓN

En 1985, en una primera visita que realicé a Alemania (Marburg), conocí a Joseph, joven investigador del Max-Planck-Institut, quien participaba en un proyecto de investigación para la construcción de un ojo artificial que pudiera distinguir, entre otras cosas, la distancia y los colores de los objetos que pudiera observar. Casi tres décadas después, en 2019, durante una visita al Instituto de Derecho Internacional de la Academia China de Ciencias

Sociales, el profesor Mo me presentó a Xiomei, un robot asistente de cátedra de Derecho Constitucional con la capacidad de asistir en la docencia, gracias al registro automatizado de datos jurídicos, necesarios para la enseñanza del derecho constitucional.

Mi aproximación constitucional de este rápido proceso de desarrollo tecnológico de la sociedad digital constituye un desafío no solo intelectual, acerca de los derechos y obligaciones —más aún con la aparición progresiva de los robots humanoides—, sino, sobre todo, que el Estado constitucional debe ofrecer una respuesta en procura tanto del desarrollo tecnológico de la robótica y el bienestar humano de sus usuarios como, también, de la protección del interés general ciudadano. Más aún, si gracias a la inteligencia artificial los robots se vienen integrando a la vida humana, como parte esencial de su quehacer, no solo científico, industrial o de servicios, sino, además, social y humano, ante los grandes déficits que la sociedad digital del siglo XXI. En este proceso, el Estado no debería repetir o, peor aún, acentuar las desigualdades sociales con el uso de la inteligencia artificial y la robótica.

332

Por eso, es necesario delimitar la posición constitucional que cumplirán los robots en la vida humana. En tal sentido, se requiere analizar la naturaleza jurídica de los robots en relación con la sociedad y el Estado, porque sus capacidades y competencias, además de funcionales, también tienen consecuencias en diversos ámbitos de la vida pública y privadas, que generarán responsabilidades por sus actividades y actos, respecto a sus creadores, propietarios y/o usuarios, las cuales deben estar reguladas por el Estado. Por tanto, en la sociedad digital, al ser la persona humana el fin supremo de la sociedad y del Estado constitucional, se demanda reconocer que en un próximo futuro los robots ocuparán y cumplirán roles y funciones de y para las personas humanas, en sus relaciones en sociedad y con el Estado, que es necesario analizar en clave de los derechos humanos y deberes fundamentales.

III. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LOS ROBOTS

El desarrollo humano en procura de su bienestar ha hecho de la ciencia y la técnica instrumentos para la automatización progresiva de muchas actividades y tareas humanas, al punto de crear, a partir de la inteligencia artificial y los algoritmos, bases de datos para el almacenamiento, procesamiento, generación de información y acción que proveen los diferentes tipos de robots al servicio de las actividades humanas. Inicialmente, para la industria, el comercio, la agricultura,

los servicios, entre otros, para los cuales su objetivo principal es automatizar tareas para aumentar la eficiencia, mejorar la precisión y seguridad, pero además para liberar a los humanos de trabajos repetitivos, tediosos o, eventualmente peligrosos.

Para tal efecto, siguiendo a la Unión Europea, debe establecerse una definición de los robots como entes autónomos «inteligentes», incluidas las definiciones de sus subcategorías, teniendo en cuenta las siguientes características: la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno —interconectividad— y el análisis de dichos datos, así como la capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción, la forma del soporte físico del robot y la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno (Parlamento Europeo, 2018).

En ese entendido, un robot es una máquina o dispositivo programable que tiene la capacidad de llevar a cabo de manera autónoma o semiautónoma tareas en su entorno y realizar actividades físicas o cognitivas propias de los seres humanos. Los robots pueden tener diversas formas y tamaños, desde robots industriales que realizan tareas repetitivas en líneas de producción hasta robots humanoides o androides o *cyborgs*, que se asemejan a los seres humanos y pueden realizar tareas propias de servicio y/o acompañamiento a los seres humanos.

333

Los robots están compuestos por diferentes componentes, como sensores para captar información del entorno, en función de los cuales pueden realizar acciones físicas y controlar los procesos de información, así como ejecutar instrucciones, de acuerdo con el *software* que programa y controla su funcionamiento. La programación de los robots puede ser realizada por seres humanos o puede ser implementada a través de algoritmos de inteligencia artificial, *machine learning*, que permiten a los robots aprender y adaptarse a nuevas situaciones.

En la actualidad, el mercado mundial de robots de inteligencia artificial crece rápidamente a una tasa anual del 24 % al 31 % (Atlas Tecnológico, 2021). La oferta en el uso de los robots cada vez más se va ampliando hacia una variedad de aplicaciones posmodernas en la medicina, la exploración espacial, la logística, la academia, el entretenimiento y el bienestar. No obstante, es a partir de la experiencia del uso de la robótica y, sobre todo, de los robots inteligentes o humanoides que se hace necesario definir su naturaleza y alcances jurídicos para su regulación en la sociedad, en aras de la protección del interés general humano.

Así, el desarrollo exponencial de la robótica, a través de la inteligencia artificial y los algoritmos, está llegando a plantear dilemas existenciales acerca de la propia naturaleza de la persona humana, si los robots vienen reemplazando a

los seres humanos para diversas actividades privadas y eventualmente públicas, con atributos y consecuencias jurídicas similares a las de los seres humanos. Por tal motivo, es importante revisar la noción de persona en el Estado constitucional de la sociedad digital.

1. Evolución del concepto de persona

Desde la perspectiva constitucional, la norma suprema protege a la persona humana a través del reconocimiento de derechos fundamentales, como a la dignidad, vida, libertad, igualdad, opinión, expresión, personalidad jurídica, libertad de expresión artística, elegir a sus autoridades y ser elegido, de resistencia a la opresión; derechos sociales, como a la salud, educación, trabajo, alimentación, vivienda, seguridad social; derechos al medio ambiente, a la participación, consulta previa, desarrollo, paz; así como derechos de acceso a la justicia, debido proceso, tutela procesal, a un juez imparcial, a la proporcionalidad de las penas y a la rehabilitación, resocialización de las penas y a su reintegración a la sociedad.

334

Estos derechos humanos por su origen, goce, ejercicio, extinción o inhabilitación son propios de los atributos, facultades y competencias del ser humano de comprender, tener conciencia moral, sentimientos, capacidad de juzgar y valorar, así como, juzgarse y auto-valorarse en tanto persona humana. De modo que, *prima facie*, un robot carece de la capacidad para ser titular de los derechos humanos, porque no goza de autonomía ética ni de voluntad; sin embargo, en la sociedad digital en la cual la visión antropocéntrica del derecho cada vez más pierde su carácter único y monopólico —como antes fue la concepción divina unidimensional del orden de vida humano y del poder, la ciencia, el arte, etc.—, acaso, ¿no sería factible que los robots puedan ser considerados como sujetos de derecho, de acuerdo a un nuevo orden legal humano? Y, ¿cuáles derechos y/o deberes podrían ser atribuibles a los mismos?

En primer lugar, cabe recordar que la noción de persona y derechos no es estática, sino que se ha ido definiendo jurídicamente a lo largo de la historia de la humanidad de forma dinámica; por cuanto, en la antigüedad, los esclavos no eran personas sino semovientes, o con la conquista española de América, tampoco los indígenas eran personas y, en consecuencia, apenas podían gozar de ciertas concesiones, dado que los derechos eran concebidos como privilegios de los nobles, ciudadanos o de quienes detentaban el poder; aquello sucedió hasta el pensamiento humanista-contractualista materializado en las independencias que gestaron las revoluciones liberales en América y Europa, y, a partir de ello, se concibieron

los derechos como inalienables de todos los seres humanos, ideología propia del nuevo Estado democrático del siglo XIX.

Sin embargo, durante ese primer siglo del Estado liberal, tampoco se protegía a la mujer, al obrero o al analfabeto en las mismas condiciones que a los varones propietarios e ilustrados; sino que, por el contrario, se les privaba de los derechos de elegir y ser elegidos en las democracias liberales. No obstante, ello no fue impedimento para la progresiva *vis expansiva* de la titularidad de los derechos del hombre durante el siglo XX, en favor de los grupos o poblaciones vulnerables —mujeres, indígenas, discapacitados, extranjeros, niños y adolescentes, personas de tercera edad, LGTBI+, presos, entre otros—.

Más aún, entrado al siglo XXI, en aras de la defensa de la persona humana y su dignidad, el Estado constitucional en el mundo ha ido reconociendo parcelas importantes de derechos a otros seres no humanos que conviven con lo seres humanos, como a los animales —chimpancés— en Brasil o Argentina, e incluso a elementos propios de la naturaleza, como ríos, lagos, manantiales, acuíferos, etc., en algunos estados de EE. UU., India, Colombia, Australia o Nueva Zelanda (Santamaría, 2023, pp. 55-85); un caso particular es el reconocimiento constitucional de la propia naturaleza como sujeto de derecho en la Constitución del Ecuador del 2008¹.

335

De modo que, si las constituciones y los derechos fundamentales aparecieron en la historia moderna con una visión antropocéntrica, solo a partir de la crisis de la sociedad posmoderna es que se ha empezado a replantear los alcances jurídicos del Estado de derecho, para incorporar progresivamente al entorno del ser humano, como a la naturaleza —animales, ríos, territorios, etc.— en la categoría de sujetos de derechos. Esto ocurre en la medida que las personas no humanas, ante la grave crisis climática, vienen siendo incorporadas autónomamente para reforzar la protección de la naturaleza, base del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado, para el desarrollo de la vida humana. Sobre lo cual no debe estar ajena la robótica, como se verá más adelante.

En cuanto a lo expuesto, no es ningún desafío inconsistente e inaudito de un Estado posmoderno desbocado si tempranamente el Estado de derecho ha reconocido al *nasciturus* como sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca, o ha otorgado personalidad jurídica a las entidades morales —empresas, asociaciones, fundaciones— y al propio Estado que goza de personalidad jurídica de derecho público; en virtud de lo cual son titulares de determinados derechos fundamentales que la Constitución, las leyes y la jurisprudencia reconocen.

¹ Artículo 10. «La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución».

Los cuestionamientos a la consideración de reconocer la condición de sujetos de derechos a otros seres o entes no humanos contemporáneos se basan en que no tienen capacidad para ser titulares de la dignidad humana, de gozar de derechos subjetivos que se fundan en la libertad, la igualdad y, en última instancia, en la autonomía de la voluntad. Lo cual, siendo cierto, no es óbice para analizar si la condición de sujeto de derecho puede ser extensivo, eventualmente, a los robots inteligentes o humanoides, si aparcamos la tradicional visión antropocéntrica del derecho, para ampliarla y proteger al entorno animado de vida natural y artificial del ser humano.

2. Robots como sujetos de derecho

El acelerado proceso de digitalización de la sociedad contemporánea, con base en la inteligencia artificial y la programación de los algoritmos, ha sentado las bases del desarrollo exponencial de la robótica y de los robots —humanoides, androides, cyborgs— en los países desarrollados y en desarrollo, como en Estados Unidos, Europa y China (Lara, 2017). Así, «los robots del futuro ya dotados de inteligencia artificial IA, poseerán una gran capacidad de codificar información y serán capaces de autoreplicarse» (Tejada, 2022, p. 37). Por eso, es importante tener presente las tres leyes de Asimov: 1) un robot no hará nunca daño a un humano; 2) un robot obedecerá siempre a un ser humano, con excepción de que ello contradiga a la primera ley, y 3) un robot protegerá siempre su propia existencia, excepto si contradice la primera y la segunda ley.

Como el ser humano está constituido de razón —*ratio*— y emoción —*emotio*—, ha ido transfiriendo su inteligencia natural a la inteligencia artificial, en el desarrollo tecnológico de los robots de uso mecánico para la industria o los servicios hacia el desarrollo de robots para actividades creativas y de confort humano con componentes emocionales. Aquello significa un salto cualitativo del concepto racional del diseño, construcción y uso instrumental de un robot, por ejemplo, para la industria, el comercio o los servicios, hacia un diseño de la percepción emocional de los robots inteligentes humanoides o androides, como, por ejemplo, para el acompañamiento humano, recreación y educación de niños y ancianos.

La diferencia radica en que estas nuevas tecnologías entran en dominios hasta ahora considerados exclusivamente humanos, como la toma de decisiones, las emociones y las relaciones sociales, que pueden comprometer los valores humanos. Moldear decisivamente la sociedad y nuestra forma de vida y, en última instancia, influir en la evolución de la humanidad. (Torras, 2022, p. 141)

Junto a esta mutación sentimental, el gran salto tecnológico de estos robots es su capacidad para adaptarse a diferentes situaciones y entornos externos y sobre todo de los usuarios, en una suerte de «personalización»; con base en el aprendizaje en función de la experiencia con los humanos y el entorno, mediante sensores que responden a los diseños de los algoritmos para el aprendizaje automático del *machine learning*. Lo cual conlleva un proceso de adaptabilidad propio del avance científico y tecnológico del ensayo y error —*trial and error*—, que puede tener consecuencias no solo positivamente sorprendentes, sino también negativas, con eventuales perjuicios y, sino, daños materiales e inmateriales a la persona humana. Por eso, es importante asimilar lo siguiente:

El robot no es una máquina puramente computacional. No tiene sentimientos ni intencionalidad, pero si la racionalidad más que suficiente para tomar decisiones por su cuenta. Los algoritmos le permiten dar respuestas imprevistas incluso ante las situaciones más complejas. (Bilbeny, 2022, p. 9)

De modo que surge la necesidad de configurar jurídicamente a los robots inteligentes o humanoides, más allá de las leyes de Asimov, bajo precisos estándares de deberes y obligaciones normativas para los diseñadores, programadores, constructores y comercializadores de robots, en función de las tareas y servicios que prestarán directamente a los seres humanos; sin perjuicio, de considerar que con la personalización de los robots pueda alcanzar la condición de sujeto de derecho, en cuanto a obligaciones y deberes, a juicio de su propietario o usuario, de acuerdo con la Constitución, las leyes y la jurisprudencia.

Así, ante el vertiginoso avance de la inteligencia artificial a través de los chatbots —ChatGPT, Microsoft Bing, Chatsonic, Google Bard, Replika, etc.— que son la base para el diseño de los robots-inteligentes, el Parlamento Europeo ha aprobado un Proyecto de Ley para establecer reglas comunes europeas sobre la inteligencia artificial, para proteger los derechos fundamentales y los valores democráticos (Parlamento Europeo, 2023). Solo es cuestión de tiempo, por ejemplo, para que los robots realicen el registro biométrico de datos humanos con las características físicas, fisiológicas o de comportamiento de una persona física, permitiendo no solo la identificación única de una persona física, con imágenes faciales o datos dactiloscópicos; sino, también, el reconocimiento de emociones orientado a identificar o inferir emociones o intenciones de personas físicas sobre la base de sus datos biométricos.

Lo cual exige que los proveedores garanticen que los robots destinados a interactuar con personas físicas estén diseñados y desarrollados de forma que dichas personas estén informadas de que están interactuando con un sistema de

IA, excepto en las situaciones en las que esto resulte evidente debido a las circunstancias y al contexto de utilización; asimismo, los usuarios de un robot con un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica —propone el Parlamento Europeo— informarán del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él. Por su parte, los usuarios de un robot que genere o manipule contenido de imagen, sonido o vídeo que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes, y que pueda inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos (ultrafalsificación), harán público que el contenido ha sido generado de forma artificial o manipulado.

En consecuencia, bajos estos presupuestos los robots cada vez más autónomos, que se utilizan en las fábricas o con fines de asistencia y cuidado personal, deben poder funcionar y desempeñar sus funciones de manera segura en entornos complejos, donde la magnitud de las consecuencias adversas a los derechos humanos protegidos, hacen que los robots puedan ser clasificados como de alto riesgo, por sus funciones o uso en relación con determinadas personas vulnerables; por ejemplo, ancianos, niños, discapacitados, entre otros.

338

Ahora bien, a diferencia de un robot androide o humanoide la persona humana nace, vive y muere en un permanente proceso de desarrollo biológico y social a través del tiempo de vida, durante el cual goza y ejerce derechos, obligaciones y deberes, no solo legales, sino también éticos; mientras que, los robots al ser contruidos, puestos en uso y desechados en un período de vida útil, también deberían estar sujetos a reglas pero no solo para los diseñadores, propietarios y los usuarios, sino, también, para los propios robots inteligentes cuando adquieran grados de autonomía, de conformidad con las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales. Debido a lo expresado a continuación:

Con la llegada de los robots de aprendizaje, un área gris de responsabilidad abarca a los mencionados junto con el propietario y el usuario. Decker (2007) propuso que «el aprendizaje de los robots debe estar anclado en la responsabilidad del propietario del robot». Como se deriva de la fórmula de humanidad de Kant [...]. En esta línea y de acuerdo con la cita anterior, se ha sugerido que la responsabilidad legal de los tenedores de los animales podría utilizarse como modelo para la responsabilidad legal de los tenedores de robots (Schaefer et al., 2009) [...]. Peltu y Wilks (2010) contemplan incluso otra posibilidad a saber, que los desarrollos tecnológicos influyan en los cambios de la ley, de modo que las cosas que no son humanas, como los robots, puedan ser responsables de los daños. (Torras, 2022, pp. 159-160)

En cualesquiera de los supuestos señalados es indudable que detrás de ello se encuentra la preocupación inevitable que se avecina, cuando la inteligencia artificial de los robots supere a la inteligencia natural de los seres humanos; en cuyo caso es necesario regularla preventivamente por parte de los Estados, delimitando los límites en forma de deberes u obligaciones de los robots.

III. DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ROBOTS

En el marco del establecimiento de la sociedad digital se viene produciendo un acelerado desarrollo de la robótica, gracias a la inteligencia artificial y los algoritmos impulsados por las grandes empresas tecnológicas; que vienen colocando en el mercado diferentes tipos de robots en beneficio de la industria, la agricultura, el transporte, el comercio, los servicios, la educación, la salud, el trabajo de oficina, asistencia personal, y el arte; pero, el uso de inteligencia artificial sirve también para la vigilancia pública y la seguridad, desde los drones para la guerra, el espionaje y el sabotaje, hasta la eliminación selectiva de seres humanos. En este sentido, los robots no pueden estar ajenos a la regulación del bloque constitucional —Constituciones y tratados internacionales— sobre la materia; basados en la paz, la seguridad, la igualdad, y, los objetivos de desarrollo sostenibles, como se analiza más adelante (II. 4).

339

El bloque constitucional es un conjunto de normas supremas facultativas y permisivas, así como, limitativas y prohibitivas, que abarca todas las esferas de vida de la persona humana; pero, como los robots inteligentes ocuparían un estatus de «sujetos de derechos» tendrían deberes y obligaciones, antes que derechos; por cuanto, estos últimos son propios de la persona humana. En consecuencia, es importante considerar que los robots deben de actuar de acuerdo con un código de responsabilidad en la vida humana, en las esferas básicas de actuación social de los seres humanos en sociedad (Cano, 2022, pp. 119), tales como los siguientes:

1. Deberes políticos

En materia de cuestiones políticas, los robots deben enfrentar los problemas relativos a la manipulación informativa —*fake news* y *deep fakes*—, así como, a los sistemas de reconocimiento facial para el control social, la creación de armas autónomas, entre otros. Por cuanto, todo ello son armas de regímenes totalitarios, autocráticos y, también, populistas, contrarios a los valores y principios de las democracias constitucionales.

Este escenario se basa en un futuro próximo en el que los políticos y los burócratas podrán utilizar la inmensa inteligencia artificial, a través de los robots

para levantar datos de las necesidades gubernamentales y a partir de los cuales puedan elaborar programas *ad-hoc* en beneficio de sus potenciales electores, como se procedió en el caso de la británica Cambridge Analytica cuando obtuvo millones de cuentas de usuarios de Facebook para generar propaganda política electoral; lo cual tuvo incidencia el 2016 en la elección de Trump como presidente de Estados Unidos o, en la campaña del Brexit que decidió la salida de Reino Unido de la Unión Europea. (Griffin 2016). El escándalo finalmente condujo a una multa récord de \$ 5 mil millones impuesta a Facebook por la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos en julio de 2019.

Por ello, se debe regular que el desarrollo de robots para la toma de decisiones automatizadas, basadas en algoritmos, que incidirán en las elecciones políticas —por ejemplo, presidenciales, parlamentarias o de referéndum—, y de las autoridades administrativas y judiciales u organismos públicos de otro tipo, a la hora de tomar su decisión final, ya sea de carácter electoral, de ejercicio de la autoridad pública; deberán integrar salvaguardias y la posibilidad de control y verificación por parte de las autoridades de los procesos de toma de decisiones automatizados de los robots, basados en algoritmos.

340

Ello demanda reflexionar sobre la elaboración de normas jurídicas o la introducción de cambios legislativos a fin de tener en cuenta las nuevas aplicaciones de los robots en asuntos político democráticos. Bajo un enfoque normativo adecuado, eficiente, transparente y coherente que defina unas condiciones previsibles y lo suficientemente claras para que las empresas puedan desarrollar aplicaciones y planificar sus modelos de robots, garantizando los valores y principios democráticos propios del Estado constitucional. Esto es que la autoridades conserven el control sobre la normativa que se haya de establecer, de modo que no se vean obligados a adoptar o aceptar normas establecidas por las grandes empresas tecnológicas, o por terceros países que están a la vanguardia del desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial, en función de sus propios intereses.

2. Deberes sociales

El incremento exponencial de la dependencia social y emocional a los *smartphones* cada vez a edades más tempranas, así como, progresivamente a la robótica, que reproduce y amplifica los prejuicios sociales y estigmatizan a personas o grupos humanos, debe ser identificado y combatido por los robots, en el marco de la Constitución, los tratados, las leyes y la jurisprudencia. Existen estándares para afirmar la igualdad y combatir la discriminación que puedan

realizar no solo los humanos, sino también la inteligencia artificial y los robots, así como, con mayor razón, los androides, bajo pena de sanciones pecuniarias administrativas y, eventualmente, sanciones penales sobre los responsables humanos de tales actos.

En relación con el trabajo, hay que tomar en consideración que las cifras de empleo han aumentado de manera continuada gracias al desarrollo tecnológico, pero el desarrollo de la robótica y de la inteligencia artificial como tienen el potencial para transformar el modo de vida y las formas de trabajo, deben aumentar los niveles de eficiencia, ahorro y seguridad, para mejorar la calidad de la producción y de los servicios. De modo que, a corto y mediano plazo, la robótica y la inteligencia artificial deben brindar eficiencia y ahorro no solo en la producción y el comercio, sino también en ámbitos como el transporte, la asistencia sanitaria, las operaciones de salvamento, la educación y la agricultura, permitiendo así que los seres humanos dejen de exponerse a condiciones peligrosas.

En cuanto al envejecimiento de la población, esta se debe al aumento de la esperanza de vida propiciado por los avances sociales en las condiciones de vida y en la medicina moderna, y que se trata de uno de los principales retos sociales y económicos a los que se enfrentan las sociedades del siglo XXI. En el sentido de que la robótica debe estar al servicio de los adultos mayores, lo que dará lugar a un equilibrio radicalmente diferente entre las nuevas y anteriores generaciones dentro de nuestra sociedad, y que redunde en beneficio de la sociedad y de las familias que mantienen a personas de edad avanzada, a fin de que los adultos mayores se mantengan saludables y activos el mayor tiempo posible, con el acompañamiento de los robots inteligentes.

La robótica también debe impulsarse para fines educativos en los colegios y centros de formación profesional. Así, no solo se debe enseñar a construir robots, sino que los robots deben servir para potenciar la creación de aplicaciones reales y dominio de la inteligencia artificial en el aula. De manera que permita lo siguiente:

- 1) dotar a los alumnos de las herramientas necesarias para llevar a cabo proyectos de forma casi autónoma; 2) potenciar la capacidad de los más pequeños en relación con la resolución de problemas; 3) hacer hincapié en la creatividad, investigación y el entendimiento de los conceptos relacionados con la computación; 4) implantar las nuevas tecnologías de una forma amena e interesante, apoyándose en el juego y la gamificación; 5) crear nuevos mecanismos de aprendizaje que ofrezcan nuevas posibilidades respecto a los métodos tradicionales; 6) apostar por el aprendizaje por proyectos, es decir,

una manera de aprender más enfocada a la práctica; 7) enseñar a trabajar en grupo para llevar estos proyectos a buen puerto, fomentando la colaboración entre alumnos; 8) trabajar en entornos reales en los que el alumnado tenga la posibilidad de experimentar. Y sobre todo, la robótica en infantil contribuye a preparar a las nuevas generaciones para el futuro, uno en el que las nuevas tecnologías, entre ellas la robótica, serán fundamentales para su desarrollo personal y profesional. (IAT, 2023)

Todo ello contribuirá al desarrollo del razonamiento lógico del alumnado, la psicomotricidad o la percepción espacial, así como a fomentar la participación activa de los estudiantes en el proceso del aprendizaje.

Como la robótica en la medicina es un rubro en progreso acelerado, el Estado debe seguir apoyando y supervisando procedimientos mínimamente invasivos en cirugías, la monitorización personalizada y frecuente para pacientes con enfermedades crónicas, terapias inteligentes y asistencia social para pacientes mayores².

Con ello también se cumpliría el objetivo de la robótica en medicina, que es facilitar el trabajo de sanitarios, cirujanos y profesionales del sector médico privado y público en general, maximizando la precisión de los procesos como operaciones o cirugías y minimizando las limitaciones y deficiencias del ser humano, tales como las que se presentan a continuación (IAT, 2023):

1) Mayor precisión, evitando el temblor humano; 2) procedimientos menos invasivos; 3) intervenciones más rápidas y eficaces; 4) recuperación del paciente en menos tiempo; 5) menor riesgo de daños en tejidos; 6) capacidad de acceso a zonas delicadas o complejas; 7) aplicación en muchas tareas: rehabilitación, asistencia, transporte, etc.; 8) desarrollo de nuevas técnicas de estudio, diagnóstico y tratamiento; 9) equipos capaces de trabajar en condiciones difíciles, por ejemplo en entornos con alta radiación o contaminados; 10) se pueden añadir otros instrumentos, como cámaras de vídeo para la posterior visualización de las operaciones; 11) posibilidad de realizar o dirigir operaciones quirúrgicas desde cualquier parte del mundo, y; 12) permite liberar a los profesionales del sector de hacer las tareas más mecánicas o repetitivas.

² El primer robot cirujano del mundo fue «Arthrobot», desarrollado y utilizado por primera vez en Vancouver, Canadá en 1983. El robot fue desarrollado por un equipo liderado por los médicos James McEwen y Geof Auchinlek, trabajando en colaboración con el cirujano ortopédico Brian Day. Ver https://es.wikipedia.org/wiki/Cirug%C3%ADa_rob%C3%B3tica.

El desarrollo de la inteligencia artificial y de la robótica en los asuntos sociales señalados es solo indicación de una serie de campos de la vida social, en la cual el Estado debe procurar que los robots contribuyan a las mejoras sociales con la guía social, pedagógica y médica del Estado, en cuanto garante del bien común.

3. Deberes económicos y ambientales

La economía de mercado se basa en factores macro y microeconómicos que dependen, en principio, del Estado y la empresa privada, respectivamente. Se señala en principio porque en la sociedad digital la economía se encuentra no solo globalizada a través del mercado internacional de bienes y servicios, sino interrelacionada con la cadena de suministros para la producción y prestación de servicios descentralizados a nivel internacional en cada uno de los países. En este marco de referencia, la economía abarca acciones públicas y privadas de productores, consumidores y de agentes reguladores del Estado.

En ese sentido, el incremento de la producción de bienes y servicios, bajo el paradigma del costo/beneficio orienta las inversiones y las ganancias de los grandes complejos empresariales; los cuales no están ajenos a mejorar su participación en la sociedad digital, con el uso de la robótica y la inteligencia artificial. Por eso, las grandes empresas tecnológicas invierten ingentes cantidades de dinero para promover el uso de la robótica para diferentes tareas en la producción de bienes y prestación de servicios, que permiten mejorar costes y aumentar y diversificar la producción y los servicios; así como, mejorar la ergonomía y bienestar de los trabajadores. El sector de producción de robots crecerá a una tasa compuesta anual de entre el 19 % y el 25 % entre 2018 y 2025³.

Pero, el consumismo y la dependencia de las redes sociales, debido a la adición a las nuevas tecnologías en la sociedad digital también se ha expandido hacia un mercado virtual de compra y venta de bienes y servicios igualmente virtuales, sobre la base de las criptomonedas. Así, en la dimensión virtual del mercado, la economía que se basa en la confianza, en su forma real o virtual, requiere de regulaciones para la acción en el mercado que realicen los robots en protección de los usuarios y consumidores (Ethics, 2023).

También es necesario incorporar los cambios económicos y los efectos en el empleo ocasionados por la robótica y el aprendizaje automático, cuya utilización, a pesar de las innegables ventajas de la robótica, entraña una transformación del

³ Cfr. Invertir en robótica: cómo, por qué, empresas de robótica, ventajas y desventajas. En <https://compraracciones.com/invertir/robotica/>.

mercado de trabajo y la necesidad de cualificar a los trabajadores de menores niveles mediante políticas de empleo, considerando que la automatización de los puestos de trabajo puede liberar a las personas de tareas manuales monótonas y que los robots las capaciten en tareas más creativas y significativas.

Todo ello tiene un gran impacto en la sostenibilidad del planeta, en cuanto al consumo de energías y la generación de residuos que no contribuyen con la lucha del cambio climático, lo cual debe obligar a los robots a contribuir a superar la crisis climática. Así, el Estado debe plantear la necesidad de que los robots inteligentes deban contribuir, particularmente, en la senda de la lucha por el equilibrio con la naturaleza y la dignidad social, proceso en el cual los robots deberían aportar de las siguientes formas:

1) Garantizar una transición acelerada hacia un mundo descarbonizado; 2) acceso universal a la electricidad; 3) impulsar las energías renovables; 4) mejora de la eficiencia en la generación y distribución; 5) racionalizar el consumo de agua y su reutilización; 6) eliminar residuos y progresar en la captura de la CO₂; 7) repensar la movilidad de las ciudades; 8) mejorar las infraestructuras para que resistan —y muy potentes— desastres naturales; 9) reconvertir las grandes ciudades en sistemas inteligentes; 10) intentar desde instancias internacionales poderosas poner freno a la eclosión de guerras sustentadas en gran parte en las necesidad de mantener la economía armamentista; 11) afrontar realmente el problema de la pobreza, exigiendo que quien esté en condiciones de contribuir a erradicarla no pueda substraerse con subterfugios; 12) Ir al fondo del problema en lo relativo a la emigración; 13) abordar las desigualdades sociales y de sexo; 14) y como última «desiderata», trabajar duro para hacer posible: en el ámbito energético el uso pacífico de la energía de fusión; en el campo de la medicina acercarnos al máximo posible a la curación del cáncer y a la segura sustitución de órganos dañados y ser capaces de frenar y revertir el envejecimiento; y en el campo de la computación llegar a tener todos acceso a los grandes ordenadores cuánticos para así se capaces de aumentar nuestra capacidad de cálculo y predicción. (Tejada, 2022, pp. 49-50)

La economía avanza con la palanca de la tecnología, que en su versión posmoderna son los robots —desde brazos robóticos hasta andróides— que demanda del Estado constitucional moverse rápidamente, no solo para adaptarse a los nuevos paradigmas, sino para guiar el uso necesario a fin de superar los grandes déficits de la sociedad capitalista, mediante obligaciones y deberes de los robots acorde con las necesidades humanas.

4. Deberes con la naturaleza humana

En el Estado constitucional, la sociedad digital nos está llevando a replantear el contrato social rusioniano con base en un nuevo orden social tecnológico, que ha abierto un debate entre las visiones humanistas, transhumanistas y posthumanistas. Los humanistas plantean que, con base en la centralidad de la persona, los derechos humanos y su dignidad, los robots en tanto máquinas deben desarrollarse solo al servicio de los humanos; mientras que los transhumanistas postulan encaminarse hacia un nuevo tipo de ser humano, en la sociedad digital que se mejore mediante la ciencia y la tecnología.

Por otra parte, los poshumanistas buscan superar la tradicional dicotomía entre la visión humanista y posthumanista, con base en la integración de ambas posturas, que se condice con un mundo en permanente transformación y apertura hacia nuevas concepciones sociales, las cuales trascienden el orden humano unidimensional, pero sin convertir al ser humano en un objeto o medio científico-tecnológico abierto a la mejora. En este sentido, Coeckelbergh (2021, pp. 41-45) menciona lo siguiente:

Posthumanistas tales como Donna Haraway ofrecen una visión en la que convivir con las máquinas, e incluso fusionarse con ellas, no se percibe como una amenaza o una pesadilla, como en el humanismo, ni como el sueño (post) humanista hecho realidad, sino de una manera en la que las fronteras ontológicas y políticas entre humanos y no humanos pueden y deben cruzarse. La IA es susceptible, entonces, de ser parte no del transhumanismo, sino de un proyecto post humanista crítico, que entra en juego por el lado de las humanidades y las artes más que desde la ciencia.

345

En ese contexto, se prevé el uso de la robótica y la inteligencia artificial de forma general para la vida humana futura, conocida como la cuestión de la *Singularidad* tecnológica (Kurzweil, 2005), la cual implica que un conjunto de algoritmos y redes informáticas a través de humanoides o robots, además de ser creados para estar al servicio de la vida cotidiana humana, puedan ser capaces de diseñar o producir mejores robots. De manera que lleguen, incluso, a desarrollar *cyborgs*, que son esencialmente un sistema hombre-máquina, en el cual los mecanismos de control de la porción humana son modificados externamente por medicamentos o dispositivos de regulación, para que el ser humano pueda vivir en un entorno diferente al normal.

Sin perjuicio de la *Singularidad* tecnológica, los desarrollos del *Brain Computer Interface* (BCI) constituyen una tecnología que se basa en la adquisición de

información neuronal, por ejemplo, acumulando datos electrofísicos nerviosos o registro de ondas cerebrales para su procesamiento e interpretación a través de un ordenador, lo cual es un desafío propio del desarrollo de la neurociencia⁴. Así, al establecer nuevos caminos para interactuar con nuevas tecnologías mediante el pensamiento, estas interfaces permiten transformarlo en acciones reales.

Pero, a medida que las interfaces entre cerebro y ordenador no solo restauren funciones perdidas por personas con discapacidad, sino que también potencien las aptitudes de personas sin discapacidad por encima de sus capacidades humanas, se tiene que tomar conciencia de una serie de problemas relacionados con el consentimiento, la privacidad, la identidad, la acción y la desigualdad.

Sin embargo, el dilema jurídico y político del proceso de reformular la naturaleza humana, a través de la inteligencia artificial y los distintos tipos de robots, es que son las empresas más ricas de la historia —Microsoft, Apple, Google, Meta, Amazon, etc.— las locomotoras de la sociedad digital. Estas se vienen adueñando unilateralmente de todo el conocimiento humano que existe en formato digital y comercializándolos dentro de unos productos patentados, sin que el Estado tenga la capacidad de establecer límites al legítimo ejercicio de sus libertades y derechos, que como cualquier otro derecho o libertad nunca son absolutos, sino reglados en función de que la defensa de la persona humana y su dignidad son fines del Estado, el mercado y, diríamos, de la sociedad digital.

IV. PERSPECTIVAS

Hace más de cien años el escritor checo Karel Čapek escribió la pieza para teatro *Rossum's Universal Robots* (1921), dando cuenta del desarrollo del pensamiento humano contemporáneo en busca de su bienestar, así también, se estableció otro hito en la literatura de ficción con la obra de Isaac Asimov *I, Robot* (1950), la cual dio origen a las tres leyes de la robótica: 1) un robot no puede dañar a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daños; 2) un robot debe obedecer las órdenes que le den los seres humanos, excepto cuando tales órdenes entren en conflicto con la primera ley, y 3) un robot debe proteger su propia existencia siempre que dicha protección no entre en conflicto con la primera o segunda ley.

⁴ La principal ventaja de la BCI es establecer un canal natural de interacción entre el hombre y la máquina; el cual puede aprovechar información motora, cognitiva y emocional humana obtenida directamente del cerebro. Ver: neuralink.com.

La realidad científica y tecnológica después de la Segunda Guerra Mundial ha dado un salto acelerado, sobre todo, en las últimas décadas, con el desarrollo de la ciencia experimental en materias como la genética y astrofísica, pero también la inteligencia artificial y la robótica, al punto de que no es posible vivir y/o disfrutar la vida contemporánea sin el uso de las herramientas del internet, los algoritmos, la inteligencia artificial y la robótica; así como de las redes sociales que constituyen el nuevo espacio público, rol que originariamente cumplían los Estados en su relación con los ciudadanos y las instituciones privadas, en nuestras democracias constitucionales desde sus orígenes, a través de la ley y luego mediante la Constitución y los tratados internacionales.

Sin embargo, como el Estado es el único garante del interés general de las personas y la sociedad, mas no las empresas y/o el mercado —que así como se crean se desarrollan vertiginosamente y también se transforman o extinguen unas más rápido que otras—, en consecuencia, la actual revolución digital demanda a los Estados establecer los acuerdos internacionales de un nuevo pacto mundial para la sociedad digital, que sienta las bases de una Constitución para la Tierra. Con el objetivo de responder a los inquietantes desafíos que plantea la inteligencia artificial —particularmente, la incorporación de los robots en nuestra vida cotidiana— con capacidades y funciones diferentes para satisfacer las necesidades humanas de bienestar con dignidad.

347

Al respecto, en el marco de las Naciones Unidas, en el 2015 los líderes mundiales, conscientes de los peligros para los fundamentos de la vida humana en nuestro planeta, adoptaron una nueva agenda mundial con base en un conjunto de objetivos de desarrollo sostenibles (ODS) globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos. En este sentido, la robótica, los robots y la inteligencia artificial deben estar al servicio de los 17 ODS: 1) Fin de la pobreza; 2) Hambre cero; 3) Salud y bienestar; 4) Educación de calidad; 5) Igualdad de género; 6) Agua limpia y saneamiento; 7) Energía asequible y no contaminante; 8) Trabajo decente y crecimiento económico; 9) Industria, innovación y tecnología; 10) Reducción de las desigualdades; 11) Ciudades y comunidades sostenibles; 12) Producción y consumo responsables; 13) Acción por el clima; 14) Vida submarina; 15) Vida de ecosistemas terrestres; 16) Paz, justicia e instituciones sólidas; 17) Alianzas para lograr los objetivos (NNUU, 2015).

De modo que corresponde que, bajo la guía de los Estados, las grandes empresas tecnológicas desarrollen sistemas y metodologías para el diseño de diferentes tipos de robots con inteligencia artificial, autónomos y responsables en la satisfacción de las necesidades de los 17 objetivos de desarrollo, particularmente

las metas específicas que deberían alcanzarse en un horizonte temporal de mediano plazo al 2030 y a largo plazo del 2050. Esto bajo un esquema de diálogo y consenso democrático, entre los representantes de los Estados, las empresas, los usuarios y consumidores de la inteligencia artificial y la robótica.

Finalmente, el gran dilema jurídico y político es el rol que cumplen y seguirán cumpliendo los robots en esta etapa de la revolución digital; por cuanto, por un lado, el Estado no debe perder el control en el alcance de los diseños, límites de sus actividades y usos de los robots, por más inteligencia superior a la inteligencia del hombre que desarrollen; y, por otro lado, que la promoción del desarrollo exponencial de la robótica y la inteligencia artificial siempre sea conforme al bienestar y dignidad humana.

I BIBLIOGRAFÍA

Atlas Tecnológico. (2021). El mercado de la robótica en España y el mundo. <https://atlastecnologico.com/el-sector-se-expande-mas-alla-del-automovil-en-un-ano-de-ventas-record/>

Bilbeny, N. (2022). Presentación. En N. Bilbeny (Ed.), *Robótica, ética y política. El impacto de la superinteligencia en el mundo de las personas*. Icaria editorial.

Cano, M. (2022). Robótica, inteligencia artificial y responsabilidad moral. En N. Bilbeny (Ed.), *Robótica, ética y política. El impacto de la superinteligencia en el mundo de las personas*. Icaria editorial.

Coeckelbergh, M. (2021). *Ética de la inteligencia artificial*. Ediciones Cátedra.

Ethic. (2023). *La economía de los robots*. <https://ethic.es/2022/07/la-economia-de-los-robots/>

Griffin, A. (2016). How Facebook is manipulating you to vote. *The Independent*. <https://n9.cl/6ilgs>

IAT. (2023). *Robótica educativa: presente y futuro de la educación*. <https://iat.es/tecnologias/robotica/educativa/>

IAT. (2023). *Robótica en medicina: la vida en sus manos (robóticas)*. <https://n9.cl/optcem>

Kurzweil, R. (2021). *La Singularidad esta cerca*. Lola Books.

Lara, V. (2017). *Robot, cyborg y androide, qué son y cuáles son sus diferencias*. Hipertextual. <https://hipertextual.com/2014/07/robot-cyborg-androide>

- Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de desarrollo sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- Parlamento Europeo. (2023). *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. Document 52021PC0206. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A52021PC0206>.
- Parlamento Europeo. (2017, 16 febrero). *Normas de Derecho civil sobre robótica*. Resolución del Parlamento Europeo. <https://n9.cl/u8gl4>
- Santamaría Ortiz, A. (2022). La naturaleza como sujeto de derechos: ¿transformaciones del derecho para responder a sociedades pluriétnicas o a cambios en la ontología occidental? *Revista derecho del Estado*, 54, 55-85. <https://doi.org/10.18601/01229893.n54.03>
- Tejada, J. (2022). Robots inteligentes: humanismo versus posthumanismo. En N. Bilbeny (Ed.), *Robótica, ética y política. El impacto de la superinteligencia en el mundo de las personas*. Icaria editorial.
- Torras, C. (2022). La ciencia ficción como estímulo del debate ético en robótica. En N. Bilbeny (Ed.), *Robótica, ética y política. El impacto de la superinteligencia en el mundo de las personas*. Icaria editorial.

Manuel Aguirre Roca, juez de la constitución

 EDGAR CARPIO MARCOS*

Manuel Alfredo Germán Aguirre Roca (en adelante, MAR) nació en Lima el 10 de julio de 1927. Fue el segundo hijo del matrimonio conformado por don Germán Aguirre Ugarte (1899-1969) y doña Josefina Roca de Zela (1902-1977). Realizó sus estudios escolares en los colegios de los Sagrados Corazones Recoleta, el Anglo Peruano y, cuando el matrimonio Aguirre Roca tuvo que trasladarse a Chosica por asuntos familiares, en el Santa Rosa —que entonces era dirigido por los padres agustinos—, donde culminó sus estudios secundarios en 1942.

Al año siguiente, MAR ingresa a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y, durante el año académico de 1943, lleva satisfactoriamente sus cursos de letras. En paralelo, es admitido en la prestigiosa Universidad de Harvard, por lo que decide suspender sus estudios en la Decana de América y trasladarse, en 1944, a los Estados Unidos de Norteamérica. Allí estudiaría durante los próximos cinco años y obtendría su *Bachelor of Arts*.

Tras retornar al país, MAR retoma sus estudios en San Marcos, inscribiéndose en su Facultad de Derecho. En los próximos tres años recibe clases de Raúl Porras Barrenechea, Jorge Basadre, José Jiménez Borja, José León

* Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional e integrante de Centro de Estudios Constitucionales.

Barandiarán, entre otros. Carlos Fernández Sessarego, entonces joven discípulo suyo, lo recuerda así:

Conservo de Manuel la imagen de aquella época, como la de un joven dotado de penetrante inteligencia, de una inquietud por profundizar los conocimientos recibidos, reflexivo como pocos, de una recia personalidad y con un especial buen humor. (2012, p. 195)

A finales de 1952, MAR participa en la huelga universitaria cuyo propósito era lograr que Pedro Dulanto, entonces rector de San Marcos, renunciara a su cargo. Los estudiantes sanmarquinos denunciaron que Dulanto carecía de credenciales académicas que respaldaran su designación como la más importante autoridad universitaria del país, y que su nombramiento era la recompensa con la que el general Odría premió al senador que organizó el ausentismo parlamentario que impidió la instalación del Congreso el 28 de julio de 1947, el cual a la postre fue uno de los detonantes del golpe de Estado contra el presidente Bustamante y Rivero.

Ante ello, el gobierno reacciona violentamente. La represión contra los líderes universitarios que encabezan la revuelta estudiantil obliga a MAR a hacer maletas, pero esta vez para salir rumbo al exilio.

La España de Franco fue el destino del ostracismo. Ni bien se instaló, MAR estuvo resuelto a retomar sus estudios de Derecho. Decide hacerlo en el más antiguo centro de estudios del país ibérico, la Universidad de Salamanca. Allí revalida algunas asignaturas y cursa aquellas otras que no siguió —o que no alcanzó a convalidar—, entre ellas: Derecho Procesal; Historia del Derecho; Filosofía del Derecho; Derecho Canónico; Derecho Internacional Público, y Derecho Internacional Privado, disciplina que lo cautivaría y marcaría su posterior especialización.

En paralelo a los cursos en los que participa como estudiante, le llama la atención el profundo mensaje que destila la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su protocolización, en diciembre de 1948, desencadenó en los jóvenes estudiantes de la época un interés especial por el derecho internacional y, especialmente, por lo que después algunos denominarán el derecho de los derechos humanos, disciplinas por las que MAR —un alma curiosa y comprometida con la cultura de la legalidad— empezaría a sentir una disposición especial, que nunca abandonaría a lo largo de su vida profesional.

Tras culminar sus estudios de pregrado y licenciarse en Derecho en la Universidad de Salamanca, MAR contrae nupcias con su compañera de vida Herlinda

Ibáñez Burga (n. 1932). Del matrimonio Aguirre-Ibáñez nacerían sus 7 hijos: María Linda, María Helena, María del Pilar, Manuel Alfredo, Jaime Cid, María Guadalupe y Germán Gabriel.

Al siguiente año se traslada a París para continuar con sus estudios de doctorado, los cuales realiza durante los próximos tres años, en la prestigiosa Universidad de la Sorbona. En julio de 1957, obtiene finalmente el grado de *docteur de l'Université de Paris*.

Elaboró su tesis, *Les fondements du droit international privé à la lumière de l'analyse comparée de quelques aspects choisis des systèmes juridiques français et espagnol*, bajo la dirección del eminente internacionalista Henri Batiffol, la cual fue aprobada con la *mention très bien* —*suma cum laude*, entre nosotros—. Entre el jurado debatiente, se encontraban, además de su director de tesis, el historiador de ideas políticas Jean Chevalier y el comparatista René David.

A su retorno al país, MAR revalida su título en 1958 en la Universidad de San Marcos y, tras inscribirse en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, empieza el ejercicio de la profesión como parte del *staff* de abogados del Estudio Romero. Casi a la par, también inicia su periplo como docente en diversas universidades de la capital. De esta manera, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad San Martín de Porres ostentan el privilegio de tenerlo entre sus profesores.

Su retorno al país significó también que reasumiera sus labores de periodista, cuyo ejercicio inició en 1950 en el recordado diario *La Prensa*, entonces dirigido por Pedro Beltrán. MAR, que practicó todos o casi todos los géneros periodísticos, consideraba a este como la «otra vía» revolucionaria —no de las armas, desde luego, sino la no transitada, la de la «verdad de los hechos narrados objetivamente»—.

Pronto la fama de MAR trascendería el ámbito periodístico y empezaría a destacar en el mundo del Derecho, especialmente, como un férreo defensor de los derechos humanos y de la institucionalidad democrática. De esta época datan las defensas que asume de periodistas atropellados en sus derechos por los gobiernos dictatoriales de la época, así como los hábeas corpus que promueve ante la persecución y deportación que sufren cientos de peruanos por el gobierno de facto de la época. Entre estos últimos, destaca el que presentó en favor del exministro de Justicia del primer gobierno de Fernando Belaunde Terry, Guillermo Hoyos Osoreo, a quien el régimen militar de turno pretendía juzgar sin respetar el estatuto constitucional que la Carta de 1933 garantizaba a los ex altos funcionarios de la República.

Años después, una vez restablecida la democracia, sus importantes pergaminos académicos y su «probada trayectoria democrática y en defensa de los derechos humanos» —como entonces se demandaba a los aspirantes a tribunos por el artículo 297 de la Constitución de 1979— le servirían para ser designado, en setiembre de 1982, como magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC).

Por entonces, de acuerdo con el artículo 296 de la Carta del 79, el TGC estaba integrado por 9 magistrados, de los cuales 3 eran elegidos por el Congreso de la República, 3 por el Poder Ejecutivo y 3 por la Corte Suprema de Justicia de la República, por un periodo de 6 años, y con posibilidad de ser reelectos. En el caso de MAR, que perteneció a la primera generación de magistrados del TGC, su designación fue realizada por el Congreso de la República con el voto conforme de 115 parlamentarios, que fueron obtenidos en votación de sesión conjunta de sus cámaras de senadores y de diputados.

MAR permaneció en el TGC hasta 1989, cuando venció su mandato. Unos años antes, sin embargo, se pretendió desapegarlo del cargo de manera fraudulenta. El pretexto que se empleó para comprenderlo en la *razzia* fue el mandato constitucional que establecía que el estatuto jurídico de los magistrados del TGC estaba sujeto a un régimen de renovación del cargo por tercios y cada dos años. Según la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales:

A fin de cumplir la exigencia de renovación por tercios dispuesta por el artículo 297 de la Constitución, el periodo inicial de designación de los magistrados del Tribunal se supedita al siguiente sistema: vencidos los primeros dos años, por sorteo separado, se renueva un tercio de los miembros designados por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia y así sucesivamente al vencimiento del cuarto y sexto años.

Llegada la oportunidad de aplicarse por primera vez la cláusula de la renovación por tercios, desde la presidencia del TGC se estructuró un procedimiento clandestino y amañado con el objeto de deshacerse de los magistrados no afines y de los incómodos, entre los cuales se encontraba MAR.

A diferencia de algunos de sus colegas, en quienes la promesa de la reelección condicionó su imparcialidad e independencia, MAR fue un leal juez de la Constitución. Para él, la justicia constitucional no tenía rostro. No consideraba que esta debía ser impartida en favor del conocido o el ideológicamente afín, pero tampoco

al revés, es decir, que debiera negársela al felón, al disidente o al que pensaba de modo distinto. La revisión de sus votos singulares —como luego se repetiría al volver a desempeñar el mismo cargo, pero en el Tribunal Constitucional— evidenció esa fijación constante por preservar su independencia e imparcialidad.

No era de extrañar, pues, que el procedimiento de renovación por tercios que se diseñó tuviera el propósito de excluir a MAR del TGC, como finalmente se hizo. Su entonces presidente, y quien había urdido el procedimiento amañado, ante el escándalo que se desató, no tuvo reparos en espetar, públicamente, la ausencia de «tradición judicial» en MAR para justificar su inconstitucional separación, una tradición que, si existía, no era otra que la que había denunciado Javier Valle Riestra durante los debates constituyentes de 1978-1979, consistente en preferir la quincena a la historia.

Su inconstitucional apartamiento del cargo no duraría mucho. El celoso defensor de la legalidad y la constitucionalidad no escatimó esfuerzos en debelar públicamente el atropello que se había cometido, por lo que unos meses después, tras la denuncia constitucional que presentó contra el presidente y vicepresidente del TGC de ese entonces, el Congreso de la República declaró la nulidad del sorteo que estos habían organizado y dispuso que se realizara uno nuevo, con las garantías mínimas, lo que incluía su debida reglamentación. Y ya con un procedimiento debidamente reglamentado, los que conspiraron la separación de MAR fueron los que resultaron expectorados del TGC, permitiendo su reincorporación en el cargo y que este se quedara hasta el final de su mandato.

Durante el ejercicio del cargo, así como al dejarlo, MAR fue siempre crítico con el modelo institucionalizado y con el accionar del TGC. Unos meses antes de que fuera inconstitucionalmente clausurado el TGC, MAR recordaría que una de las razones de su «estrepitoso fracaso», «como cuerpo colegiado», tenía su origen en el modelo de designación de los magistrados por el que había optado la Constitución de 1979:

Una de las razones del fiasco radica en que el sistema de designación de sus miembros se presta fácilmente al favoritismo político o compadrero [...] Hace ya algunos años —de paso sea dicho— que la mayor parte de sus magistrados son correlegionarios de un mismo partido político —por lo menos ideológica e históricamente [...]— sin que sea difícil imaginar la peligrosa influencia que ello ha debido tener en la conducta del alto organismo y, sobre todo, en la mayoría de sus pronunciamientos, tan criticados como, en verdad, lamentables. (Aguirre, 1991, p. 7)

El cuestionamiento también comprendía a la competencia de la Corte Suprema para elegir a 3 de los magistrados del TGC. De este lamentaba que el modelo auspiciara que los aspirantes a magistrados del TGC prometieran no realizar un escrutinio estricto de las decisiones de «su» «Gran Elector» si acaso eran elegidos y, luego, en ejercicio de sus funciones, que se «portar(an) muy bien» con su «reelector complaciente» (Aguirre, 1991, p. 9):

La consecuencia de esta orientación (o mejor dicho, desorientación) no pudo ser más negativa, puesto que, por tal camino, el TGC como que se «liberaba» de la gravísima obligación de fiscalizar a la Corte Suprema [...] Y así fue como el TRIBUNAL, claudicando, resultó, no un severo fiscal, sino un dócil sacristán, y defraudó constantemente las esperanzas depositadas en él por tantos litigantes [...]. (Aguirre, 1991, p. 10)

Al término de su mandato, se le ofreció postularlo a la reelección, no obstante, no aceptó. Se sentía incómodo y agotado. El desacuerdo permanente con sus colegas, que se expuso públicamente en sus *dissenting opinions*, lo convencieron de dejar el TGC.

356

Como se sabe, tres años después, el TGC fue desactivado tras el autogolpe del 5 de abril de 1992. Cuando al poco tiempo se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que elaborara una nueva Constitución, MAR fue llamado como experto para que diera sus impresiones sobre el proyecto que la mayoría oficialista tenía. Este, por cierto, no contemplaba mantener el TGC, o un órgano *ad hoc* con un nombre distinto, sino que confiaba sus tareas a la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema.

Para MAR daba lo mismo persistir en un órgano *ad hoc* o confiarle tal tarea a una Sala de la Corte Suprema. Sí era necesario, en cambio, que se institucionalizara una instancia de control al ejercicio del poder político y que se corrigieran los defectos de origen que adoleció el TGC, que —en su opinión— pasaba por impedir la reelección en el cargo y tonificar sus competencias, lo que después de muchas idas y vueltas prevaleció al momento de culminarse el trabajo constituyente.

Tras aprobarse la Constitución de 1993 y repotenciarse el órgano de control de la constitucionalidad —cuyo nuevo diseño empezó por variar el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales por el de Tribunal Constitucional—, tuvo que esperarse tres años para que este cobrara existencia propia. También las *democraduras* resultaron incompatibles con las instancias de control, por lo que no era ninguna sorpresa que mientras se dejaba a las calendas griegas la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, la mayoría oficialista de aquel

entonces, al nivel de la ley de desarrollo, implosionara la efectividad del control de constitucionalidad, entre otras cosas, estableciendo que para declararse la inconstitucionalidad de una ley era necesario contar con el voto conforme de seis de los siete magistrados que integraban el nuevo Tribunal Constitucional.

Cuando aquello se hizo efectivo —con la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, ya no pudo sostenerse más el estado *non nato* del Tribunal Constitucional, por lo que al iniciarse el procedimiento de selección de sus magistrados, MAR decidió presentarse.

Después de idas y vueltas, como no podía ser de otra manera, su trayectoria de antes y después de ser tribuno lo volvió a catapultar a la magistratura constitucional. En la onceava, B, sesión vespertina, del jueves 16 de mayo de 1996, el estrenado Congreso unicameral lo eligió nuevamente magistrado con el voto conforme de 103 parlamentarios (Diario de Debates del Pleno, 1996, p. 1160).

Si bien su elección se realizó a mediados de mayo, su juramentación tuvo que posponerse hasta mediados del mes siguiente, pues, en aquella sesión, el Congreso no alcanzó a elegir a la totalidad de magistrados constitucionales. Un mes después, previa reforma de la LOTC y la incorporación de un procedimiento de invitación, finalmente el Congreso alcanzó el consenso constitucionalmente exigido y pudo elegir a los cinco jueces restantes, por lo que el Tribunal recién pudo instalarse el 26 de junio de 1996.

En otras circunstancias, el hecho de haber sido elegido con la más alta votación debería haber concluido con que sus colegas lo eligieran presidente del Tribunal Constitucional. No fue así, entre otras razones, porque entre los magistrados elegidos por el procedimiento de invitación, uno de ellos (Ricardo Nugent) venía desempeñándose antes de su elección como presidente del Jurado Nacional de Elecciones, y antes había sido presidente del Poder Judicial.

Sea como fuere, ya en funcionamiento, la prueba de fuego del Tribunal Constitucional (TC) no tardaría en presentarse. El hábitat en el que este se daría sería el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, que es a donde apuntaba la regla de exigir que se cuente con el voto favorable de 6 del total de 7 magistrados que conformaban el TC (art. 4), y que en el procedimiento de elección de sus primeros magistrados se incorporara a 2 con afinidad al régimen.

Como había sucedido en el TGC, en el TC las diferencias entre MAR y sus colegas también se plasmaron en sus votos singulares o en sus fundamentos de voto. Esta vez, sin embargo, no sería en solitario, sino casi siempre en compañía

de los magistrados Revoredo Marsano y Rey Terry. Así empezaron a presentarse las cosas casi desde que el TC hizo públicas sus primeras decisiones. Pero, como se ha indicado, la prueba de fuego, vista las cosas en perspectiva, sería la demanda de inconstitucionalidad contra el art. 4 de la LOTC, ya que si en este caso se declaraba la constitucionalidad de la regla que exigía contarse con seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la ley, sería bastante improbable que se pueda invalidar ley alguna en el futuro, pues bastaría que dos de sus magistrados piensen de modo distinto a los magistrados restantes para que su voto prevalezca sobre la mayoría de cinco.

Eso era, en verdad, lo que se discutía en la STC 0005-1996-AI/TC y así lo pondría de relieve en el voto singular conjunto suscrito por los magistrados Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry:

[...] fluye, en nuestro criterio, que la regla de votación que, a su juicio, es constitucional [se refieren a la opinión en mayoría], no solo no lo es, sino que impide, de modo puntual y directo, el cumplimiento del principal cometido que la Carta Magna ha querido confiar a este TC —cual es, como se sabe, el de resolver, mediante su opinión colegiada, y no, por cierto, mediante la de uno solo de sus miembros, o, todo lo más, la de dos de ellos— las demandas de inconstitucionalidad.

No fueron dos magistrados los que consideraron que no era inconstitucional el art. 4 de la LOTC, sino cuatro de ellos, de modo que MAR y los magistrados que suscribieron el voto singular, en este caso, quedaron en minoría. Que tal fuese la circunstancia no impidió que vaticinaran los efectos de la decisión adoptada:

Al «privilegia(r) a la norma legal, hipotéticamente inconstitucional, frente a la regla constitucional, hipotéticamente lesionada, (se transforma)..., así, a este TC, de defensor de la Constitución, en defensor de las leyes, vale decir, de defensor y servidor del Poder Constituyente, en defensor del Poder Constituido, y, por ende, de órgano contralor, en órgano controlado, con lo cual no solo lo desnaturaliza, sino que lo priva de su mismísima razón de ser.

Un mes después, el TC tendría que resolver los cuestionamientos a la *Ley de Interpretación Auténtica* del artículo 114 de la Constitución, mediante la cual la mayoría oficialista aspiraba habilitar que el presidente en ejercicio pueda reelegirse para un tercer mandato presidencial, haciendo que este último pase como si se tratara del segundo mandato presidencial.

Todo parecía indicar que el TC no declararía la inconstitucionalidad de la ley, puesto que, al validarse el art. 4 de la LOTC, bastaba que dos magistrados se opusieran y, por tanto, que se salvara la validez de la *Ley de Interpretación Auténtica*. Sin embargo, algunos hechos atípicos acontecieron en las semanas anteriores a que se hiciera público el fallo, que terminó con la abstención de cuatro de sus magistrados.

Tras el apartamiento de estos cuatro magistrados del proceso, solo quedaron como jueces hábiles para resolver los tribunales Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry, quienes, al no contar con la mayoría requerida por la LOTC, pero constituían la unanimidad de los magistrados hábiles para votar, decidieron finalmente «inaplicar» la ley para el caso de que el presidente en ejercicio decidiera postular por tercera vez al cargo presidencial.

Se trataba de una decisión valiente, pero al mismo tiempo heterodoxa, que conjuntamente con una posterior resolución aclaratoria —vertida tras la publicación de una más que extraña segunda sentencia, que declaraba infundada la demanda al no reunir los votos necesarios para declararse la inconstitucionalidad de la ley— y vuelta a suscribir por los mismos tres magistrados que decidieron aquella inaplicación de la *Ley de Interpretación Auténtica*, sirvió de pretexto para que MAR y sus colegas se vieran envueltos en un procedimiento parlamentario kafkiano, que se inició teniéndolos en la condición de testigos y terminó destituyéndolos acusados del cargo de «usurpación de funciones».

359

Se inició entonces una cruzada ciudadana en apoyo de los magistrados destituidos, en la cual MAR y sus colegas siempre estuvieron a la cabeza. Y ante la negativa de hacerse justicia en el ámbito estatal, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que declaró, por unanimidad, que el Estado peruano violó el derecho a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial de los magistrados del TC, sentando un precedente de valía en el sistema interamericano.

A los pocos meses de hacerse pública la decisión, el Congreso declaró la vacancia por incapacidad moral permanente de Alberto Fujimori, tras no aceptarse su insólita renuncia por fax. Y luego de instalarse el gobierno de transición, con Valentín Paniagua Corazao como presidente de la República, se dispuso su restitución como magistrado del Tribunal Constitucional. Unos días después de reasumir sus funciones, MAR fue elegido por sus colegas como presidente de la institución.

Al asumir la presidencia del Tribunal Constitucional, todo hacía pensar que dispondría una reestructuración profunda de la institución. Sin embargo, no fue así. Respetó las reformas administrativas que su predecesor había realizado,

y que en el plano jurisdiccional básicamente consistió en reorganizar el trabajo del gabinete de asesores, que hasta antes de su destitución estuvo integrado por 14 letrados, distribuidos entre los 7 despachos de los magistrados. Tras la reorganización, el número de asesores se incrementó considerablemente y estos dejaron de pertenecer a un despacho de magistrado en particular, para pasar a formar parte del gabinete de asesores del TC.

En cuanto a la relación con sus colegas, su trato fue siempre cortés y respetuoso, incluso con los magistrados con los que sus desencuentros propiciaron su destitución. No hubo en él, ni por asomo, —tampoco, por cierto, en sus colegas destituidos como él— ningún afán de retaliación.

Cuando vuelvo los ojos al pasado, recuerdo verlo cruzar el viejo portón del local del Jirón Ancash, portando su maletín, que siempre imaginé lleno de lápices y lapiceros, estos últimos con tinta de color verde, con los cuales no se cansaba de anotar, corregir o intercalar texto a las ponencias (propias o de terceros), votos singulares o fundamentos de voto. Seguramente derivado del hecho de haber ejercido el periodismo durante varias décadas, MAR tenía una obsesión con el uso correcto y responsable del lenguaje, que iba de la mano con el cuidado y esmero con que estudiaba los casos y sus expedientes.

360

Era muy lúcido a la hora de identificar el meollo del problema y tenía una extraordinaria agudeza para proponer vías argumentativas que dieran cuentas de aquel, censurando con energía aquello que en su opinión constituía un evidente exceso de poder o una actuación inconstitucional.

Su prolijidad en el estudio de los expedientes convertía a las conversaciones con él en un riguroso examen de grado para los asesores. Su cuidado y atención no lo hacían detenerse solo en el problema principal, sino también analizar los secundarios y las potenciales ramificaciones que el caso podría tener de haberse recorrido o acontecido tal o cual cosa. Una sesión de trabajo con MAR podía prolongarse por varias horas y aún días. Y para él, de hecho, no concluía ahí, pues después de tener las ideas claras sobre el desarrollo que debía tener la ponencia, quedaba todavía la tarea de exponerla de manera clara y precisa, cuidando mucho que el texto careciera de galimatías.

Al poco tiempo, el Congreso eligió a los magistrados que reemplazarían a los 4 que se quedaron en el ejercicio del cargo. El ritmo que estos nuevos magistrados imprimieron al trabajo jurisdiccional y su deteriorado estado de salud precipitaron, en agosto de 2002, su renuncia a la presidencia del Tribunal Constitucional. Su

lugar fue ocupado por el entonces vicepresidente, Guillermo Rey Terry, quien en los próximos 6 meses completó el mandato de 2 años de su antecesor, al término del cual se eligió a Javier Alva Orlandini como nuevo presidente del TC.

Las dificultades de salud, que conforme pasaban los meses se hacían más notorios, no impidieron a MAR continuar con su labor de magistrado constitucional. Se desempeñó en el cargo hasta el último hálito de vida, que inesperadamente se apagó en las primeras horas del 20 de junio de 2004.

Algunos años después, el Fondo Editorial de la Sucesión MAR encargó al actual presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Morales Saravia, a Daniel Figallo, Pedro Grández y a quien estas líneas suscribe hacer una antología de los votos singulares de MAR. Sugerimos entonces utilizar el poético título *La razón en el tiempo*, pues los pocos años transcurridos entre su deceso y el avance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de ese entonces patentizaba ya cambios, los cuales tenían, directa o indirectamente, inspiración en el pensamiento de MAR.

I BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, M. (1991). La razón principal del fracaso del TGC. *Themis*, 20, 7-12.

Congreso de la República del Perú. (1996). *Diario de Debates del Pleno*. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/7CF622AD78417D9B052578160059FBCE/\\$FILE/SLO-1995-11B.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/7CF622AD78417D9B052578160059FBCE/$FILE/SLO-1995-11B.pdf)

Congreso de la República. (1982). Ley N.º 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Fernández, C. (2012). Manuel Aguirre Roca en el recuerdo. En: Ibáñez, L. (Ed.). *Manuel Aguirre Roca. Defensor de la Democracia y del Estado de Derecho*. Fondo Editorial MAR.

Tribunal Constitucional. (1996). Sentencia 0005-96-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1996/00005-1996-AI.html>

Don Manuel Aguirre Roca. Un magistrado ejemplar

 LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

363

La Dirección General del Centro de Estudios Constitucionales ha tenido la gentileza de solicitarme preparar unas breves líneas sobre la trayectoria que como Magistrado constitucional le toco desempeñar a don Manuel Aguirre Roca, reconocido exmagistrado y expresidente de nuestro Tribunal Constitucional fallecido hace dos décadas (20.06.2004). Al respecto no puedo menos que sentirme halagado no solo por tan importante encargo, sino porque tuve la fortuna de haberlo conocido en pleno ejercicio de sus funciones y por lo tanto, tener como ahora, la posibilidad de escribir de primera fuente. En todo caso y más allá de que como toda perspectiva resulte siendo la mía evidentemente personal, creo no equivocarme, en que la misma probablemente resulte siendo compartida por muchos de aquellos que en su momento lo conocieron y a su vez lo trataron.

Lo primero que cabe recordar al respecto es quien quiera que hable de la historia de la jurisdicción constitucional en nuestro país, es imposible que no haga referencia de lo que para la misma significó la imagen de don Manuel. Dueño de un estilo muy particular, destaco por sobre todo, por la individualidad y fortaleza de sus opiniones, forjadas todas ellas en una rigurosa base jurídica a la par que extensa formación cultural, cualidades estas últimas que le permitieron defender con auténtica solvencia las causas en las que creía y por las cuales apostaba. Quienes

alguna vez lo hayan podido seguir, sea en sus votos o en los trabajos que llevo a publicar, no encontraran nunca una palabra puesta por demás. Si bien las cosas las decía exactamente como las pensaba, siempre cuido de ponderar el alcance de sus afirmaciones, no deseaba que se le malinterpretara. Con él se podía coincidir o tal vez discrepar pero con la absoluta certeza de un dialogo abierto, fluido y por encima de todo muy sincero.

Su trayectoria como Magistrado constitucional tiene el mérito de dividirse en dos momentos concurrentes en experiencia pero también unidos en objetivos. No solo integro durante una buena cantidad de años el antiguo y desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales instituido mediante la antigua Constitución del año 1979 sino también el Tribunal Constitucional creado con la vigente Constitución de 1993, experiencia hasta donde recuerdo no igualada por ningún otro jurista peruano.

En su faceta como integrante del Tribunal de Garantías, le toco vivir la parte más heterodoxa de su vida profesional, pues dicho órgano debido a las falencias y evidentes limitaciones con las que se le configuró a nivel normativo, dificulto buena parte de su funcionamiento, impidiendo en la mayoría de las ocasiones, la formación de opiniones en estricto colegiadas, lo que sin embargo no fue impedimento para que don Manuel, a pesar de todo, dejara constancia de cada una de sus posiciones. Fue por aquellos años (1982-1987) no solo el Magistrado de los votos singulares y fundamentos de voto, sino a su vez y ante la ausencia de sentencias emblemáticas, el de los votos mejor argumentados. A menudo incluso quienes deseábamos conocer la problemática jurídica que encerraban los casos que llegaban a dicho órgano especializado, acudíamos a lo que didácticamente nos decía siendo sus posiciones las que por lo general otorgaban la clarinada en el debate suscitado. Aún recordamos entre muchos de sus emblemáticos votos, los emitidos en causas tan importantes como las referidas a la impugnación del artículo 2 de la Ley 23321 y el Artículo 6 del Decreto Legislativo 046 sobre tipificación de los delitos de desacato y de incitación al terrorismo a través de los medios de comunicación social (Expediente N.º 002-84-I/TGC), a la impugnación del artículo 6 de la Ley 23903 sobre el cómputo de los votos nulos y blancos en un proceso electoral (Expediente N.º 003-84-I/TGC), a la impugnación de los artículos 10 (párrafo segundo), 11, 12 y 20 de la Ley 23903 sobre la inclusión del voto preferencial en las listas parlamentarias (Expediente N.º 004-84-I/TGC), al cuestionamiento de los procesos expropiatorios (Expediente N.º 005-84-AA/TGC, Expediente N.º 003-85-AA/TGC), a la libertad de tránsito y la inconstitucionalidad del impuesto de salida de salida al exterior (Expediente N.º 018-85-HC/TGC), a la revisión de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones

(Expediente N.º 032-86-AA/TGC), a la defensa de la libertad personal durante los estados de excepción (Expediente N.º 060-86-HC/TGC), entre muchos otros.

Años después y tras la puesta en funciones del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República apostaría nuevamente por su elección como Magistrado constitucional, a donde llegaría precedido de una amplia votación, gracias a sus credenciales de estupendo jurista. Se iniciaría de este modo y desde mediados del año 1996 una nueva experiencia en la que en principio se vaticinaba una mejor performance habida cuenta que el nuevo órgano de control de la Constitución, dentro del diseño normativo establecido por la norma fundamental, contaba con mayores y mucho más definidas competencias que su predecesor. Lamentablemente circunstancias extra jurídicas harto conocidas hicieron que lo que se vislumbraba como un sólido camino institucional, quedara resquebrajado tras la arbitraria e inconstitucional destitución de tres Magistrados constitucionales, entre los que precisamente se encontraba don Manuel. El motivo, haberse atrevido a suscribir la sentencia de inaplicabilidad de la llamada ley de interpretación auténtica N.º 26657 que como bien se recordará habilitó una forzada y discutible relección presidencial de quien en el pasado ya había sido reelegido (Expediente N.º 0002-96-I/TC).

A raíz de tales sucesos el Tribunal Constitucional quedaría disminuido no solo en el número de sus integrantes sino en el ámbito de sus propias competencias, lo que finalmente y luego de algunos años sería reparado gracias a la saludable decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tribunal Constitucional vs. Perú (sentencia del 31 de enero del 2001) que ordenaría a nuestro Estado reponer en sus cargos a los Magistrados indebidamente cesados (Don Manuel Aguirre Roca, Don Guillermo Rey Terry, doña Delia Revoredo Marsano de Mur), lo que traería consigo que estos últimos reingresen nuevamente y por la puerta grande al Tribunal Constitucional y en el caso específico de don Manuel, que se le ungiera con todo merecimiento como su nuevo Presidente.

Para los efectos de este breve recordatorio importa precisar que durante los dos periodos en que don Manuel estuvo específicamente en el Tribunal Constitucional (antes de su destitución y luego de su reincorporación), dicho Colegiado conoció de diversos casos emblemáticos en los que se pronunciaría de manera bastante interesante. Testimonio de ello lo constituyen las sentencias recaídas en una serie de ámbitos constitucionales como los referidos al debido proceso corporativo particular (Expediente N.º 0067-1993-AA/TC) a la administración del programa del vaso de leche (Expediente N.º 0004-96-I/TC), a la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta de inembargabilidad de los bienes del Estado (Expediente N.º 0006-1996-I/TC), al sistema nacional de pensiones (Expedientes

acumulados N.º 0007-1996-I/TC y N.º 0008-1996-I/TC), a los alcances de las leyes de amnistía (Expediente N.º 0013-1996-I/TC), a la sevicia como causal de la separación de cuerpos (Expediente N.º 0018-1996-I/TC), a la actualización de las deudas derivadas de los procesos de expropiación para fines de reforma agraria (Expediente N.º 0022-1996-I/TC), a la inconstitucionalidad del impuesto mínimo a la renta (Expediente N.º 0646-1996-AA/TC), a las libertades de tránsito y de asociación frente al establecimiento de medidas de seguridad vecinal (Expediente N.º 0481-2000-AA/TC), a los procesos competenciales atípicos (Expediente N.º 0002-2001-CC/TC), a las obligaciones de pago provenientes del Estado frente a los particulares (Expedientes acumulados N.º 0015-2001-AI/TC, N.º 0016-2001-AI/TC, N.º 0004-2002-AI/TC), al control de la legislación antiterrorista (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), al régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú (Expediente N.º 2050-2002-PA/TC), al reconocimiento del derecho fundamental a la verdad (Expediente N.º 2488-2002-HC/TC), al régimen jurídico de los contratos ley (Expediente N.º 0005-2003-AI/TC), al desarrollo de la Constitución Económica (Expediente N.º 0008-2003-AI/TC), al tratamiento de la igualdad en las inversiones (Expediente N.º 0018-2003-AI/TC), al régimen jurídico de la reforma constitucional (Expediente N.º 0014-2002-AI/TC), a la nulidad de la Constitución Peruana de 1993 (Expediente N.º 0014-2003-AI/TC), entre muchos otros en los cuales don Manuel compartió posiciones o asumió disidencias siguiendo como de costumbre la máxima de la mejor argumentación.

Como toda persona responsable, trabajo infatigablemente en todas y cada una de las responsabilidades que como Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional se le impusieron y puede decirse que solo la muerte lo aparto de los deberes que cumplió impecablemente hasta el último de sus días.

Su liderazgo innato al frente de nuestra institución, su vocación por el Derecho como instrumento indispensable de la Justicia y su firme creencia en la supremacía constitucional y su eficaz garantía, han sido para quienes tuvimos la suerte de conocerlo un ejemplo digno de imitar y siempre recordar.

Problemática en torno a la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados dentro de los procesos penales

Issues regarding the restriction of the right to secret and inviolability of private communications and documents within criminal procedures

367

 BIANCA ALEXANDRA ZUÑIGA SIGUAS*

Resumen

El Código Procesal Penal contempla en su título III la posibilidad de obtener pruebas dentro de un proceso penal mediante restricción de derechos. Sin embargo, esta circunstancia puede dar pie a una vulneración de derechos en perjuicio de los procesados cuando no se apliquen los mecanismos necesarios para poder evitar dichas restricciones fundamentadas en motivos específicos, que convertiría a dicha restricción en una intervención inconstitucional en determinados derechos. Particularmente importante resulta analizar la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados al ser una herramienta mayoritariamente aplicada en el marco de los procesos

* Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinadora general del Círculo de Derechos Humanos (CDDHH). Coordinadora del Área de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentarios de Amachaq Escuela Jurídica. Ganadora de la Séptima Edición de la Competencia Internacional de Derechos Humanos CUYUM de la Universidad Nacional del Cuyo, Argentina. Ganadora del «I Concurso de Investigación en Derecho Constitucional “Manuel Aguirre Roca”». Correo electrónico: bianca.zuniga@unmsm.edu.pe

penales, por lo cual se considera importante evidenciar en qué circunstancias la restricción legítima pasaría a ser una intervención inconstitucional en el citado derecho. Dichas circunstancias son analizadas e identificadas en el presente ensayo, considerando la importancia de su delimitación a efectos de que las medidas que restringen derechos dentro de un proceso penal se encuentren en concordancia con la protección de los derechos fundamentales del procesado y con los fines del proceso penal.

Palabras clave

Inviolabilidad de las comunicaciones, restricción de derechos, procesos penales, intervención inconstitucional

Abstract

The Criminal Procedure Code contemplates in its title III the possibility of obtaining evidence within a criminal process through restriction of rights, a circumstance that may give rise to a violation of rights to the detriment of the defendants when the necessary mechanisms are not applied to prevent said restrictions based on specific reasons, which would turn said restriction into an unconstitutional intervention in certain rights. It is particularly important to analyze the restriction of the right to secrecy and inviolability of private communications and documents as it is a tool mostly applied within the framework of criminal proceedings, which is why it is considered important to show under what circumstances the legitimate restriction would become an intervention. unconstitutional in the aforementioned right. These circumstances will be analyzed and identified in this essay, considering the importance of their delimitation so that the measures that restrict rights within a criminal process are in accordance with the protection of the fundamental rights of the accused and with the purposes of the process penal.

Keywords

Inviolability of communications, restriction of rights, criminal proceedings, unconstitutional intervention

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA PARA EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS. III. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOCUMENTOS Y COMUNICACIONES DEVIENE EN INCONSTITUCIONAL. IV. NECESIDAD DE DELIMITAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DEVIENEN EN INCONSTITUCIONAL A LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES. V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Título III del Código Procesal Penal, el cual se tomará como punto de partida, se denomina *Búsqueda de pruebas con restricción de derechos*. En el artículo 202 de este instrumento se estipula lo siguiente:

«Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado».
(Código Procesal Penal)

En el inciso 1 del artículo 203 del Código Procesal Penal se establece como principal presupuesto para que se pueda efectuar dicha restricción que

«las medidas que disponga la autoridad [...] deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público».

Ahora bien, un ejemplo que resulta importante es la restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones —consagrado en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú—, contemplada en los subcapítulos II y III del capítulo VII del Código Procesal Penal.

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados ha sido definido por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N.º 2863-2002-AA/TC, en la cual ha señalado que este comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. En esa misma sentencia, el órgano colegiado determinó que se conculca el derecho cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros; y cuando se accede al conocimiento de lo comunicado sin encontrarse autorizado para ello.

Las comunicaciones protegidas por el derecho al que se está haciendo referencia han sido delimitadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N.º 003-2005-PI/TC, en la cual se precisó que las comunicaciones interpersonales amparadas por el derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones no solamente son las estrictamente privadas, sino, en general, todas aquellas mediante las cuales se establezca comunicación entre las personas y cuyo contenido no está destinado a ser difundido a terceros.

No obstante la calidad de derecho fundamental que ostenta el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en los expedientes N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados), ha estipulado lo siguiente:

«Ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento «no esencial» del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)». (Tribunal Constitucional, 2004)

Es en este punto donde se presenta de manera más palpable la problemática que se pretende abordar, ya que es necesario que se establezcan de manera explícita los requisitos necesarios para que la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de los documentos privados que se pueda llevar a cabo dentro de un determinado proceso penal pueda considerarse como legítima y que no devenga en una prueba ilícita.

Si bien dentro de los subcapítulos II y III del capítulo VII del Código Procesal Penal se estipulan la forma y los requisitos necesarios para la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles, el registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, aseguramiento de documentos privados, la incautación de documentos privados, así como el aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos es necesario un análisis de la implicancias y conceptos que se extraen a partir de cada uno de los artículos que regulan las restricciones a las que se está haciendo especial mención.

Ese análisis resulta necesario en tanto que a partir del mismo puede delimitarse la necesaria barrera existente entre las restricciones que gozan de legitimidad y aquellas que no gozan de la misma y que, por ende, devienen en inconstitucionales, desproporcionales e irracionales. Y es que, como señala Salazar (2008), no basta con la sola observancia del principio de proporcionalidad en el marco de las medidas bajo examen, porque dicho principio no justifica una restricción al contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino que es un parámetro para delimitar los contornos que definen el contenido constitucional de los referidos

derechos. El autor señala que ello se encuentra en concordancia con el artículo 44 de la Constitución, en el cual considera estipulado que el legislador tiene el deber primordial de favorecer el ejercicio pleno del contenido constitucionalmente protegido por un derecho.

El desarrollo de la problemática también se orientará a la delimitación de los alcances del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones ya que a partir de ese alcance y la determinación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho se pueden determinar los espacios del mismo sobre los que no cabe ninguna intervención, la cual —de existir— sería inconstitucional de plano.

Así, la problemática del presente trabajo consiste en identificar las circunstancias que justifican la obtención de pruebas dentro de un proceso penal mediante la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y mediante el aseguramiento e incautación de documentos privados respecto de los implicados en el mismo. Asimismo, se pretende determinar el momento en que estas medidas se vuelven irracionales.

II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA PARA EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS

371

1. Restricción de Derechos Fundamentales

Debe señalarse en primer lugar que, de acuerdo con Cabezudo (2010), la conceptualización del término *restricción de Derechos Fundamentales* se configura mediante la interrelación de tres elementos: una actuación estatal que incida sobre el ámbito de protección del derecho; en segundo lugar, que dicha actuación, estatal constituya una intromisión eventualmente vulneradora; y, en tercer lugar, que la mencionada intromisión sobre el ámbito de protección del derecho, se justifique, de conformidad con un límite y, en última instancia, con el principio de proporcionalidad. Los mencionados requisitos de las restricciones de los derechos fundamentales, junto con el cumplimiento de dos presupuestos adicionales: el relativo al principio de legalidad y el hecho de que persigan fines constitucionalmente legítimos permite verificar la constitucionalidad de las restricciones.

A lo previamente adicionado debe añadirse lo precisado por Casal (2020) en cuanto a la base constitucional que deben tener las limitaciones o restricciones a derechos fundamentales, lo cual resulta sumamente relevante. Y es que tomando en

cuenta el rango constitucional de los derechos sobre los cuales dichas limitaciones recaen, no puede admitirse una restricción de su disfrute o ejercicio en función de normas subalternas, como las de la legislación. La supremacía y fuerza normativa de la Constitución se opondrían a una tal relativización o reducción de las libertades reconocidas como derechos fundamentales.

Se tiene entonces que la restricción de derechos fundamentales debe tener fundamento constitucional y por ende perseguir fines constitucionalmente legítimos, así como cumplir con el requisito de legalidad. Ahora bien, teniendo en cuenta de que dentro de un proceso penal puede requerirse la restricción de derechos fundamentales para la obtención de pruebas resulta necesario que las condiciones y presupuestos mencionados anteriormente también sean cumplidos, más aun teniendo en cuenta que de no respetarse los mismos toda la investigación que pueda realizarse mediante la restricción inconstitucional de los derechos puede terminar resultando inútil así como todo el esfuerzo desplegado, lo cual deviene en un perjuicio irreparable para todo el proceso.

En esa línea, el Código Procesal Penal establece en su artículo 202 el principio de legalidad procesal como precepto general para que se lleve a cabo la búsqueda de pruebas con restricción de derechos, de manera que cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

Asimismo, el Código señala en su artículo 203 que las medidas que disponga la autoridad deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

2. Principio de Proporcionalidad

Si bien no hay una definición unívoca del principio de proporcionalidad, puede partirse de lo señalado por Burga (2014), que entiende al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En tanto principio, el ámbito de proyección de la proporcionalidad no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, sino que sirve también para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Este principio

se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Ahora bien, de acuerdo con Pulido (2007), el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Dicho procedimiento resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación del contenido de los derechos en el marco del control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función solo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes.

Finalmente, debe precisarse que en la STC Exp. N.º 579-2008-PA/TC el Tribunal Constitucional precisó que el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En esa línea, la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los subexámenes previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. (Tribunal Constitucional, 2009).

Todos los pasos descritos en el marco del principio de proporcionalidad deben seguirse de manera insoslayable al momento de imponer las medidas restrictivas del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

3. Principio de Legalidad

En primer lugar debe señalarse que, partiendo de lo señalado por Gómez (2004), en función del principio de legalidad se exige que el delito se encuentre expresamente previsto en una ley formal, previa, descrito con contornos precisos de manera de garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cuál es la conducta prohibida, y, asimismo, cuáles son las consecuencias de la trasgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal. Asimismo, el principio de la legalidad excluye el recurso de la analogía en orden a la creación de delitos y penas o de cualquier forma de incriminación penalística.

En la STC Exp. N.º 00197-2010-PA/TC el Tribunal Constitucional señala que el principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley» (Tribunal Constitucional, 2010).

374

Ahora bien, este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Cuando se hace referencia al principio de legalidad a efectos de la aplicación de medidas de restricción de derechos para la obtención de pruebas implica que la medida debe estar contemplada en la ley para poder ser solicitada, y que para que sea otorgada deben cumplirse con los requisitos que la ley establezca a esos efectos.

4. Elementos de convicción

Otro requisito que se exige para la búsqueda de pruebas con restricción de derechos es la existencia de elementos de convicción para que puedan ser dictadas medidas como la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privado.

Ahora bien, de acuerdo con Campos (2018), los elementos de convicción son aquellas sospechas, indicios, huellas, pesquisas y actos de investigación que realiza el Ministerio Público en la etapa Preliminar e investigación preparatoria formalizada, para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

En esa línea, los elementos de convicción están compuestos por las evidencias en la fase de la investigación preliminar o de investigación preparatoria, que vinculan de manera fundada y grave al imputado con la comisión de un delito. (Campos, 2018)

Debe destacarse lo precisado en el Acuerdo Plenario N.º 01-2019/C1J-116, en el cual se precisó que toda medida limitativa de derechos debe implementarse bajo las pautas y principios señalados en el artículo VI del Título Preliminar del CPP, que entre otros presupuestos exigen suficiencia de elementos de convicción (principio de intervención indiciaria) y respeto al principio de proporcionalidad, principio aplicable en todos los ámbitos según la sentencia del Tribunal Constitucional 02748-2010-PHC/TC-Lima, caso Mosquera Izquierdo. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019)

III. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOCUMENTOS Y COMUNICACIONES DEVIENE EN INCONSTITUCIONAL

Habiendo dejado sentada la problemática que se aborda en el presente ensayo, respecto al momento en el cual la restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones mediante la aplicación de medidas como la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados deviene en inconstitucional, procederemos en esta sección a realizar un análisis del mismo.

375

Para iniciar con el análisis pertinente es importante acudir a los antecedentes que se han ido presentando en la normativa peruana, siendo destacable la Ley N.º 27697, «Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional», mediante la cual se otorgó al Juez la facultad de conocer y controlar las comunicaciones de las personas investigadas en el marco de delitos específicos. Esos delitos eran el secuestro, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos tributarios y aduaneros, lavado de activos y delitos informáticos.

Ahora bien, dicha normativa primigenia fue modificada a partir del nuevo Código Procesal Constitucional, en atención que el derecho al secreto de las comunicaciones puede ser objeto de determinadas medidas restrictivas, que se podrán adoptar únicamente en el marco de una investigación penal con la finalidad de averiguar o comprobar la perpetración de las infracciones punibles. (Cubas, 2009)

En esa línea, —como bien señala Segura (2013)— la afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, será excepcional y procederá solo cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves de gran incidencia en la creación de inseguridad personal y colectiva; por lo que debe tenerse en cuenta que el recurso a estas medidas gravosas de afectación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene carácter subsidiario.

Ahora bien, en lo que respecta a la intervención de comunicaciones, la citada autora precisa también que dicha medida resulta más gravosa que la simple intervención de comunicaciones postales o de documentos privados. Y es que en el marco de dicha intervención el fiscal o la policía especializada están facultados para grabar el contenido de las conversaciones emitidas en medios radiales, audiovisuales, telefónicos o vía internet. (Segura, 2013)

En el marco del análisis de las medidas restrictivas del derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones no puede soslayarse que —como precisa la 5° Sala contenciosa administrativa de la Corte Superior de Lima de Perú— la función tutelar del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no alcanza a quien siendo parte de dicha comunicación autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que acceda a la comunicación. En esa línea, no se vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones cuando los mismos intervinientes en el proceso comunicativo permiten o autorizan el acceso al contenido de la comunicación a un tercero ajeno a la comunicación misma, como ocurrió en el presente caso. Muy distinta resulta la intervención en la comunicación de un tercero que no tiene autorización de los agentes de la propia comunicación o de la autoridad judicial, pues en este escenario sí es posible alegar vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2021)

Para analizar la legalidad de la intervención de las comunicaciones es importante hacer referencia a la Resolución de la Fiscalía de la Nación 4933-2014-MP-FN, puesto que dentro de dicho instrumento se establece el protocolo de actuación conjunta a seguir por la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, a partir de un tratamiento legal conjunto en la lucha eficaz contra la delincuencia y el crimen organizado. Asimismo, se establecen los pasos específicos para llevar a cabo la intervención o grabación de registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, los cuales son la emisión del informe policial, la realización de la solicitud o requerimiento fiscal, la resolución judicial, la notificación de la resolución de ejecución de la medida, la transcripción de las grabaciones y el control o reexamen de la medida impuesta.

Un aspecto adicional que corresponde ser analizado es el uso que se le da a los datos obtenidos como parte de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados, para lo cual puede acudir al Decreto Legislativo N.º 1182, Decreto Legislativo que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado.

Dentro de dicho instrumento se estipula que la unidad a cargo de la investigación policial tendrá la posibilidad de solicitar a la unidad especializada el acceso inmediato a los datos de localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar cuando se trate de flagrante delito, cuando el delito investigado sea sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y cuando el acceso a los datos constituya un medio necesario para la investigación. Los tres presupuestos deben concurrir en el mismo caso para que la solicitud sea atendida.

Como bien señala Guerrero (2019), el principal problema que rodea a la intervención en las comunicaciones es que estas pueden afectar no solo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho al debido proceso pues, pese a que la norma permite comunicar a los investigados con posterioridad sobre la intervención de sus comunicaciones, si estas no resultan en la apertura de un proceso penal, esta situación no se les comunica, impidiendo ejercer acciones de fiscalización para evidenciar un mal uso. De hecho, el numeral 3 del artículo 231 del Código Procesal Penal estipula que la notificación al afectado por las medidas limitativas del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones solo va a ser posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas.

Un criterio adicional que debe tomarse en cuenta al momento de analizar la constitucionalidad de las medidas de intervención de comunicaciones y telecomunicaciones es la temporalidad de dichas medidas. De acuerdo con el numeral 6 del artículo 230 del Código Procesal Penal, dicha interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria. Este criterio también debe ser tomado en cuenta al momento de analizar la imposición de medidas de este tipo. Esta exigencia en cuanto a temporalidad también es aplicable respecto a la medida de aseguramiento de documentos privados.

En adición a todo lo desarrollado debe tenerse en cuenta que la constitucionalidad de una medida limitativa de derechos no requiere únicamente que esta medida se encuentre prevista en la ley, sino que su ejecución y la forma en que esta es llevada a cabo también debe realizarse no solo con sujeción a la decisión judicial que autoriza la interceptación referida, sino también con sujeción al analizado principio de proporcionalidad.

En el marco de ese análisis cabe hacer referencia a Guía de actuación Fiscal en el Código Procesal Penal, dentro de la cual se reafirma que el objetivo de la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales y otros es intervenir y grabar las comunicaciones del investigado o tercero, relacionado a un delito penado mayor a cuatro años de privación de libertad, siempre que la intervención sea absolutamente necesaria. (Escuela del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2013)

En esa línea, se establece que el Fiscal debe requerir al Juez de la Investigación Preparatoria la orden de intervención indicando de manera concreta el nombre, dirección del afectado, el medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, la forma de intervención, su alcance, duración y autoridad encargada. Luego de ello, el Juez de la Investigación Preparatoria, en caso considerarlo debidamente fundamentado, autoriza con las mismas indicaciones del requerimiento fiscal que dicha intervención se lleve a cabo.

Teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan la constitucionalidad y legalidad de la interceptación de comunicaciones y telecomunicaciones, así como la incautación de documentos privados, resultaría importante una modificación en la normativa procesal penal que especifique los criterios que debe cumplir la solicitud fiscal de intervención en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

La constitucionalidad de la medida debe ser verificada desde que la misma es impuesta hasta que esta es posteriormente revocada, para lo cual resulta esencial que la misma se encuentre sometida constantemente a control judicial. La importancia de ese control judicial —como bien señala Rebollo (2010)— radica en el hecho de que la intervención de las comunicaciones telefónicas es una limitación del derecho al secreto de las mismas y toda vez que atendida la finalidad de tal medida no es posible el ejercicio del derecho de defensa del investigado en el momento de su adopción al no notificársele la medida hasta su finalización, de manera que resulta importante y necesario su control posterior a fin de garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la misma.

En esa línea, resultaría importante una reforma en la normatividad procesal penal que estipule la exigencia de un control judicial de la medida impuesta cuando la misma ya ha culminado, sobre todo para que se pueda llevar a cabo una corroboración de que dicha medida no ha vulnerado los derechos del imputado en el marco del proceso penal, así como para asegurar que los datos obtenidos a partir de dicha intervención sean utilizados de manera legal y constitucional.

IV. NECESIDAD DE DELIMITAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DEVIENEN EN INCONSTITUCIONAL A LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES

El análisis de las circunstancias en las cuales la restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones en el marco de un proceso penal deviene en inconstitucional resulta esencial, en tanto que a partir del mismo se pueden identificar los requisitos que deberían cumplir específicamente las solicitudes fiscales de intervención en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones reconocida en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú. Y es que no puede soslayarse que la organización del proceso penal reclama un equilibrio entre la obligación y potestad del Estado de perseguir el delito y sancionar a sus autores y el respeto de los derechos y garantías de los inculcados, por el otro, puesto que, de no asegurarse dicho equilibrio, se generaría arbitrariedad en el marco del desarrollo del proceso penal. (Rodríguez, 2013)

De manera adicional resulta importante el análisis de la constitucionalidad de la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones puesto que a partir de las modificaciones propuestas en el presente trabajo se podría establecer en la normatividad procesal penal de manera específica los criterios que deberá cumplir dicha medida para considerarse legal.

Asimismo, resultaría importante el establecimiento explícito del control judicial de las medidas de intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados tanto de manera previa a la imposición de las mismas, durante su realización y de manera posterior. Todo ello a efectos de que pueda salvaguardarse de mejor manera los derechos del imputado, quien no se entera de la intervención en sus comunicaciones hasta el momento en que la misma ha cesado.

Si se toma en cuenta que el hecho de que el imputado se entere de la intervención en sus comunicaciones se encuentra supeditado aún a la apertura de un

proceso penal, evidencia todavía más la importancia del control judicial sobre las acciones a tomar con la información recabada, para evitar un mal uso de esta.

La problemática analizada tiene mayor relevancia aun en los tiempos actuales en los cuales la comunicación virtual y telefónica es mucho más constante, de manera que la información que se puede obtener a partir de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones —en la mayoría de los casos— es mucho mayor a la que se podía obtener en tiempos anteriores.

De por si la intervención en derechos fundamentales en el marco de un proceso penal siempre resulta relevante y de cuidado, pero lo es aún más cuando está relacionada al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones por estar relacionado con aspectos tan importantes del individuo como la intimidad y la vida privada.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La constitucionalidad de una medida limitativa de derechos requiere que la misma se encuentre prevista en la ley y que su ejecución y la forma en que esta es llevada a cabo deba realizarse no solo con sujeción a la decisión judicial que autoriza la interceptación referida, sino también con sujeción al analizado principio de proporcionalidad.
- La restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones mediante la aplicación de medidas como la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados requiere un mandato judicial expreso que debe emitirse cuando existan los suficientes elementos de convicción que permitan colegir que la o las personas sobre las cuales esta es impuesta se encuentran relacionados con el delito que se está investigando. Cuando no se cumplan con dichos requisitos mínimos la intervención deviene en inconstitucional.
- La constitucionalidad de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados debe evaluarse en función de su concordancia no solo con el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, sino también con el derecho a la defensa del imputado y el derecho al debido proceso.
- La constitucionalidad de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados no solo debe responder a los principios de legalidad y proporcionalidad, sino

también al de temporalidad, a efectos de que la aplicación de la medida quede determinada no solo en forma sino también en tiempo para una adecuación completa a los derechos del imputado.

- Resulta necesaria la introducción de una modificación dentro de la regulación del Código Procesal Penal que establezca de manera explícita los requisitos que deben cumplir las solicitudes fiscales de intervención en las comunicaciones y telecomunicaciones y la incautación de los documentos privados.
- Resulta necesaria la introducción de una modificación dentro de la regulación del Código Procesal Penal que establezca el control judicial de la medida restrictiva del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de manera previa a su imposición, durante el desarrollo de la medida impuesta y de manera posterior, más aún cuando el proceso penal no se llega a aperturar.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/carlosbernal.pdf>

Burga, A. (2014). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, (47), 253-267. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)

Cabezudo, M. (2009). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, (77), 141-182. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9107/8700>

Campos, E. (2018). *Elementos de convicción, por Dr. Edhín Campos Barranzuela*. El Regional Piura. <https://www.elregionalpiura.com.pe/index.php/columnistas/178-edhin-campos-barranzuela/30943-elementos-de-conviccion-por-dr-edhin-campos-barranzuela>

Casal, H. (2020). *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Themis. <https://n9.cl/hd33sf>

Congreso de la República (2002). Ley N.º 27697, Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional. <https://n9.cl/18eo6>

- Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y especial Acuerdo Plenario N.º 01-2019/C1J-116. <https://n9.cl/1pgj>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2020). Expediente N.º 004855-2018. <http://vlex.com.pe/vid/sentencia-corte-superior-justicia-846212700>.
- Cubas, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Palestra. <https://app.vlex.com/#WW/vid/338232426>
- Escuela del Ministerio Público - Fiscalía de la Nación. (2013). Guía de actuación Fiscal en el Código Procesal Penal. https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/guia_actuacion_fiscal.pdf
- Fiscalía de la Nación (2014). Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 4933-2014-MP-FN. <https://n9.cl/ffwxi>
- Gómez, N. (2004). Análisis de los principios del derecho penal. *Capítulo criminológico*, 32(1), 89-118. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06737-4.pdf>
- Guerrero, C. (2019) *Intervención legal de las comunicaciones*. Hiperderecho <https://hiperderecho.org/2019/07/intervencion-legal-de-las-comunicaciones/>
- Poder Ejecutivo. (2015). Decreto Legislativo N.º 1182. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-el-uso-de-los-datos-derivados-decreto-legislativo-n-1182-1268121-1/>
- Rebollo, R. (2010). *La intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*. [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. Repositorio institucional de la Universidad Autónoma de Barcelona. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/32087/amulde1.pdf>
- Salazar, J. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Jurídico*, (8), 142-152. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18503>
- Rodríguez, M. (2013). La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal. *Derecho PUCP*, (71), 341-385. <http://vlex.com.pe/vid/reforma-normatividad-ritual-cpp-sistema-505803838>
- Segura, C. (2013). *Las medidas restrictivas de Derechos en el Código Procesal Penal*. <https://n9.cl/e5qe9>

Tribunal Constitucional. (2009). Expediente N.º 579-2008-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2004). Expedientes N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>

Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N.º 00197-2010-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>

El rol de la debida motivación de las resoluciones judiciales en un Estado social y democrático de derecho

The Role of Due Motivation of Judicial Resolutions in a Social and Democratic State of Law

 MIGUEL FERNANDO Cerdán Delgado*

Resumen

El autor busca identificar y reconocer la correcta funcionalidad del principio/derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales, por cuanto estas últimas influyen en el desarrollo de las relaciones sociales y el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Bajo ese parámetro, el análisis debe circunscribirse al rol que cumple la motivación de las resoluciones en un modelo de Estado en específico, como sería el social y democrático de derecho, reconocido por nuestra Constitución Política nacional, de lo cual se parte para una posterior reconstrucción de los alcances, funciones y finalidades que rodean al derecho/principio citado en el mantenimiento de una correcta convivencia social.

Palabras clave

Motivación, justificación, argumentación judicial, razonabilidad, debido proceso, tutela jurisdiccional

* Egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de Derecho Procesal Penal II de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Asistente en Fiscalía Superior del Equipo Especial de Fiscales abocado al conocimiento del caso «Los Cuellos Blancos del Puerto». Miembro principal del Taller de Dogmática Penal de la UNMSM. Segundo puesto del «I Concurso de Investigación en Derecho Constitucional “Manuel Aguirre Roca”».

Abstract

The author seeks to identify and recognize the correct functionality of the principle/right to due motivation of judicial decisions, since the latter influence the development of social relations and the exercise of the fundamental rights of citizens. Under this parameter, the analysis must be limited to the role played by the motivation of the resolutions in a specific State model, such as the Social and Democratic of Law, recognized by our national Political Constitution, from which we start for a subsequent reconstruction. of the scope, functions and purposes that surround the right/principle mentioned in the maintenance of correct social coexistence

Keywords

Motivation / Justification / Judicial argumentation / Reasonableness / Due process / Jurisdictional protection

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. DESARROLLO. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del modelo de Estado trajo consigo un mayor reconocimiento y cuidado de los derechos y garantías que rodean a los ciudadanos, aspectos esenciales para el correcto, libre y armonioso ejercicio de estos, configurándose así una situación de normal desenvolvimiento social. En ese marco, conforme lo describe el artículo 43 de la Constitución Política nacional, el Estado peruano se corresponde con un Estado social y democrático de derecho, en la que se erige una serie de garantías y prerrogativas que ostentan los ciudadanos frente al poder estatal y los posibles empleos arbitrarios del mismo.

En razón a ello, se ha brindado un mayor reconocimiento a la exigencia dirigida a aquellos ciudadanos a los cuales el Estado les brinda potestades de dirección y decisión de conflictos que acontecen en el devenir social. Si bien dichos representantes confrontan problemas que se extienden más allá del ámbito judicial, el presente trabajo de investigación se enmarca bajo el análisis de una figura recurrente en el análisis histórico: el rol que cumplen la debida motivación de las decisiones jurisdiccionales.

Y es que el problema no es baladí, dado que nuestra sociedad impone, bajo el principio de jurisdiccionalidad, que sea el juez quien deba decidir una gran gama

de asuntos o conflictos sociales, los cuales pueden acarrear, en caso se justifique una causa injusta, una vulneración arbitraria de derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, la investigación se dirige a comprender, inicialmente, los fundamentos de la motivación de las resoluciones judiciales, y la función que esta cumple, ya sea como principio transversal a todo el ordenamiento jurídico, ya sea como derecho y garantía que poseen los ciudadanos.

Posteriormente, se analizarán las situaciones que pueden afectar el derecho en estudio, a fin que se pueda identificar concretamente los contextos de actuación que vulneran la debida motivación, y posteriormente, desarrollar la importancia de dicho derecho en concretos ámbitos de actuación, como la restricción de derechos en el marco de un proceso judicial, así como el rol que cumple el juez de controlar las afectaciones a la motivación suficiente y concreta.

Se recalca, de esta forma, la importancia que rodea a una correcta motivación de las resoluciones judiciales, ya sea por el control que puedan efectuar tanto los juzgadores mismos como los ciudadanos, así como la necesaria y estrecha relación que ostenta la decisión jurisdiccional con la afectación de derechos fundamentales, puesto que un abuso desproporcionado de las facultades jurisdiccionales puede acarrear una situación concreta de arbitrariedad en la que los ciudadanos sufran restricciones injustas a sus derechos fundamentales, aspecto plenamente reconocido como contrario a las exigencias establecidas en nuestra Constitución Política.

II. DESARROLLO

1. Antecedentes

Desde la antigua Roma se pueden advertir rasgos iniciales o antecedentes sobre una exigencia mínima de motivación en el marco de los procedimientos judiciales, cuyo contenido ha ido moldeándose a lo largo del desarrollo histórico¹. En ese sentido, nuestra legislación no ha sido ajena a tal evolución, teniendo como primer referente a la Constitución Política de 1823, la cual, aunque no señalara expresamente el deber de motivación como un derecho o principio, si lo requería en casos específicos, como el allanamiento de domicilio; sin embargo, dicha

¹ Véase a mayor referencia en Aliste Santos, T. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Marcial Pons. También en Aliste Santos, T. (2008). La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal. *Pensamiento Jurídico*, pp. 11-52.

exigencia no deja de ser exigua, así como también casi nulas las referencias al principio constitucional en estudio. No es sino hasta la Constitución Política del Perú de 1828 que se establece expresamente como deber del juzgador la emisión de sentencias «motivadas», conforme se desprende del tenor del artículo 122 al referir que «Los juicios civiles son públicos: los jueces deliberan en secreto: *las sentencias son motivadas*, y se pronuncian en audiencia pública».

Las normas supremas posteriores continuaron exigiendo que las sentencias sean debidamente motivadas, como en el caso de la Constitución de 1860², 1920³, 1933⁴ y 1979, siendo esta última la cual desarrolla expresamente que las limitaciones de derechos constitucionales deben darse con base en resoluciones judiciales debidamente motivadas; además, el valor adicional que rodea a la Constitución de 1979 radica en no haberse limitado a establecer el mandato de motivación a las sentencias, sino que las extiende a todas las resoluciones judiciales, conforme lo dispone el artículo 233.4, respecto a las garantías de la administración de justicia, mencionado a «La motivación escrita de las **resoluciones, en todas las instancias**, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan».

388

Actualmente, la Constitución de 1993 regula, de manera casi idéntica a la Constitución de 1979, la función que cumple la motivación de las resoluciones judiciales en nuestro ordenamiento jurídico, señalando en su artículo 139.5 que es un principio y derecho de la función jurisdiccional «la motivación escrita de las **resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite**, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan». En ese contexto, se brinda una diferenciación más concreta entre las resoluciones judiciales que requieren de una justificación razonable, de aquellas que corresponden a mero trámite y, por lo tanto, no requiere de motivar las justificaciones de las mismas.

² Artículo 127. La publicidad es esencial en los juicios, los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente. ***Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen.***

³ Que asimila el mismo tenor que la Constitución de 1860, expresado en su artículo 154.

⁴ Regula, con el mismo tenor que las Constituciones de 1860 y 1920 el mandato de motivación de las sentencias judiciales. Sin embargo, un dato a favor de la misma radica en la regulación de la prohibición de detención personal mediante el artículo 56, señalando que esta procederá solo en supuestos «por mandamiento escrito y **motivado** del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito».

2. Definición

Los ciudadanos poseen una determinada expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, por lo cual se garantiza una limitación y sujeción del Estado respecto las sentencias que reflejan sus normas jurídicas (Aliste, 2011, p. 139). Así, el deber de motivación buscó responder, de manera inicial, a exigencias de carácter político, constituyéndose como una garantía frente al arbitrio del poder (Ibáñez, 1992, p. 259). Sin embargo, dicho alcance no debe limitarse a un análisis político, sino que la exigencia de motivación también se corresponde con el principio de legitimación democrática del poder judicial, inescindiblemente unido a la proscripción del estado de indefensión (Milione, 2015, p. 175)⁵. Se aprecia, entonces, una doble fundamentación, tanto de carácter político como jurídico, pero inexorablemente vinculado a la división de poderes y a las exigencias solicitadas al Poder Judicial, en cuanto encargado de la administración de justicia.

Sobre este alcance se han postulado una serie de líneas denominadas «psicológicistas»⁶ y «racionalistas» (Ferrer, 2020, p. 373)⁷. La primera concibe a la motivación como una expresión de carácter lingüístico sobre los motivos que llevaron a la decisión adoptada por el juzgador, mientras que la línea racionalista señala que motivación se corresponde con el término «justificación»⁸, esto es, que la motivación implica la justificación de las razones⁹ que llevan a la decisión adoptada. Entre estos dos supuestos, viene a ser la última

⁵ A mayor detalle, véase Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías*. Editorial Trotta. Así también en Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de Derecho, en M. Atienza y L. Ferrajoli (Eds.), *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho* (pp. 95-100). Universidad Autónoma de México. Sobre ello, también el Tribunal Constitucional ha desarrollado que la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra inescindiblemente único al modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho, dado que cuando un poder público actúa, se le exige dar cuenta de dichas actuaciones con estricta sujeción a la Constitución (Expediente N.º 03318-2012-PA/TC, 2012).

⁶ Aunque en clara decadencia, pero aun se aprecian algunos ejemplos de la vertiente psicológicista de la motivación. Así, el máximo interprete de la Constitución ha aludido que la motivación implica que los jueces expresen el proceso mental que los llevo a adoptar dicha decisión (Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, 2002).

⁷ Véase también el debate entre las doctrinas irracionalistas y racionalistas de la decisión judicial en García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Editorial Zela.

⁸ Así, se entiende como motivación de las resoluciones judiciales a su justificación, lo cual se presentará no solo ante «la presencia de razones que justifican un fallo, sino también al acto de comunicar tales razones mediante el lenguaje» (Ramírez, 2015, p. 157).

⁹ Ya decía García Amado (2010) que «no se trata de argumentar razonablemente la elección, sino de elegir la alternativa que en sí tiene las mejores razones que la sostienen» (p. 292).

concepción la cual se aplica de manera amplia en la actualidad, aunque con ciertos problemas en su aplicación¹⁰.

Ahora bien, cuando se alega que una decisión judicial se encuentra justificada, dicho análisis debe subdividirse en dos supuestos: Primero, se hace referencia a que el contenido de la decisión judicial está justificado si se deriva necesariamente de una norma jurídica y la dinámica de los hechos materia de evaluación; y respecto al acto de decidir, este se encontraría justificado cuando este necesariamente autorizado en un determinado Ordenamiento Jurídico (Moreso, Navarro y Redondo, 1992, p. 257). La justificación se corresponde, de esta forma, con una «exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales» (Vigo, 1998, p. 495). Con ello, lo que se busca mediante la motivación es «demostrar que el fallo representa una decisión razonada en términos jurídicos y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar» (Milione, 2015, p. 175).

En ese entendimiento, la motivación de las resoluciones judiciales, como señala Aliste (2011), citando a Macarel,

390

Se convierte en un instrumento esencial que garantiza la publicidad de la efectiva sujeción del juez a las leyes, porque tratándose de hacer visibles los motivos que llevan al dictado de las resoluciones judiciales, todo individuo puede examinar si son consecuentes los raciocinios del juez, y si este ha observado la ley religiosamente. (p. 143)

Entonces, la garantía de la motivación busca «garantizar que las resoluciones judiciales aporten razones que justifiquen¹¹ de forma racional y razonada la

¹⁰ Véase a mayor referencia en Ferrer Beltrán, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH». *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, pp. 359-382.

¹¹ Se advierte la importancia que cumple el termino de justificación en el ámbito de la motivación de las resoluciones judiciales. Sin embargo, es necesario traer a colación las palabras del maestro Atienza, quien señala como necesario distinguir entre un contexto de descubrimiento de un contexto de justificación de las decisiones judiciales. Así, cuando nos referimos a dar cuenta de los motivos que permiten que el juzgador adopte una decisión, esto es, que explican el porqué de la decisión judicial, nos encontramos frente a un contexto de descubrimiento; por el contrario, si se brindan razones para considerar la decisión judicial como aceptable, entonces se está realizando una justificación, encontrándonos en un contexto justificativo. Tanto explicar como justificar se encuentran dentro de lo que se puede concebir en el término genérico de «motivación», sin embargo, cuando se hace referencia de manera explícita a la

corrección material de la decisión judicial elegida y, en definitiva, su conformidad con el Derecho vigente» (Aliste, 2011, p. 173). Dicha exigencia nace respecto a una finalidad de control del discurso emitido por el juzgador, con la finalidad de garantizar la racionalidad que rodea a su decisión, lo cual debe enmarcarse en el contexto de racionalidad legal¹² (Ibáñez, 1992, p. 292).

Cuando hacemos referencia a que la decisión es racional, dicha acepción comprende un doble orden, esto es, que se debe verificar «la racionalidad de las operaciones que han producido los enunciados que lo constituyen, y a la racionalidad de sus conexiones contextuales» (Taruffo, 2006, p. 234). Así, la racionalidad debe rodear tanto a los presupuestos que conforman el razonamiento judicial, así como el contexto en el cual estos se enmarcan; en ese sentido, una decisión irracional se configura como un supuesto diferente al contexto de los hechos o de la norma jurídica invocada, o bien que se aleja en parte o en gran medida sobre la controversia jurídica a dilucidarse en la resolución respectiva.

De esta forma, mediante la motivación de la decisión judicial se busca «probar que la decisión es conforme a derecho, o sea, un razonamiento que intenta probar que el juez ha cumplido esas primeras reglas jurídicas que establecen como han de ser las decisiones judiciales» (Hernández, 2021, p. 305). Motivar se concibe como el intento de «mostrar que la decisión es correcta o conforme al derecho» (Hernández, 2005, p. 145).

391

Sobre el presente, el Tribunal Constitucional ha definido, en abundantes pronunciamientos, la concepción que rodea a la motivación de las decisiones jurisdiccionales. Así, en un primer momento, se ha señalado que la motivación implica una obligación a los jueces a fin de resolver las pretensiones planteadas por las partes de manera congruente con sus planteamientos, sin desviarse, modificar o alterar el debate procesal, así como la prohibición de dejar sin contestar una o más pretensiones, lo cual implica que el juzgador debe pronunciarse sobre los asuntos que forman parte central o esencial del conflicto jurídico sometido a su conocimiento¹³. Los errores de exclusión se presentan como un supuesto de

motivación de las decisiones judiciales, esta se corresponde con la segunda clase de contexto, esto es, con las razones justificatorias de la decisión. Para ilustrar más el tema, véase en Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta.

¹² Aunque, no se puede concebir una decisión judicial como legal o conforme al Derecho, si es que esta no rige más allá de las particularidades del caso, siendo que la justificación se corresponde como un carácter subsuntivo (Bayón, 2001, p. 58).

¹³ Expediente N.º 07025-2013-AA/TC (Lima). (2015, 9 de septiembre). Tribunal Constitucional.

necesaria observancia, dado que el juez puede actuar por exceso o por defecto, o aplicando erróneamente la proporcionalidad, lo cual vulnera el contenido del derecho a la debida motivación¹⁴.

Bajo ese alcance, se tiene que el derecho a la motivación busca que los órganos jurisdiccionales manifiesten las razones o justificaciones, de carácter objetivos, que lo hayan determinado a tomar la decisión en el caso en concreto. Dichos fundamentos provienen tanto de las normas que componen el ordenamiento jurídico, como del aspecto fáctico (hechos) del caso en concreto; concibiéndose de esta forma como una garantía que poseen los ciudadanos frente a la arbitrariedad en la cual pueden incurrir los jueces, garantizando con ello que las decisiones que estos tomen no se justifiquen en un mero capricho o subjetivismo, sino que debe basarse en datos objetivos provenientes de las normas o hechos¹⁵.

El derecho a la debida motivación busca garantizar que el conflicto entre las partes sometido a su conocimiento y competencia sea resuelto exponiendo las razones fácticas y jurídicas que justifican su decisión¹⁶. Estando a ello, la motivación judicial debe manifestarse necesariamente por escrito y mencionando, expresamente, la norma jurídica a aplicarse en el caso en concreto, así como el desarrollo de los hechos que lo sustentan¹⁷.

¹⁴ Voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera: Expediente N.º 07025-2013-AA/TC (Lima). (2015, 9 de septiembre). Tribunal Constitucional.

¹⁵ Expediente N.º 03433-2013-PA/TC (Lima). (2014, 18 de marzo). Tribunal Constitucional. En el mismo sentido el Expediente N.º 04944-2011-PA/TC (Lima). (2012, 16 de enero). Tribunal Constitucional. De esta forma, se remite a la concepción general el Recurso de Casación N.º 1313-2017 (Arequipa). (2018, 29 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Penal Permanente, al expresar que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales «esta referido al derecho que tienen las partes a que la decisión judicial precise o exprese mínimamente los motivos o razones que le permitan conocer los criterios jurídicos que sustentan la decisión judicial». Por tanto, y siguiendo lo expuesto en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*. (2011, 1 de septiembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos., la motivación se concibe como una garantía que protege a los ciudadanos debido a que los mismos son procesados con base en lo que el Derecho regula, y de esa forma se otorga mayor credibilidad a las decisiones adoptadas en el seno de una sociedad de carácter democrático; por tanto, precisa que las decisiones emitidas por los órganos nacionales que afecten derechos fundamentales de las personas deben encontrarse debidamente fundamentos, siendo que en caso contrario se presentarían decisiones caracterizadas por el abuso y la arbitrariedad. Así también: Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. (2009, 27 de enero). Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*. (17 de noviembre de 2015). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁶ Expediente N.º 03418-2017-PA/TC. (2018, 25 de julio). Tribunal Constitucional.

¹⁷ Expediente N.º 0896-2009-PHC/TC. (2010, 24 de mayo). Tribunal Constitucional. Así también el Expediente N.º 01480-2006-AA/TC. (2006, 27 de marzo). Tribunal Constitucional.

Sobre su fundamento, el interprete máximo de la Constitución alega que la motivación de las resoluciones judiciales obtiene su fundamento en cuanto a que las partes procesales puedan conocer el proceso lógico-jurídico que conlleva la decisión judicial adoptada, así como el control de la aplicación del derecho por parte de los juzgadores, debido a que dicho control no puede verse afectados por vicios, arbitrariedad, irracionalidades, entre otros¹⁸. La arbitrariedad se manifiesta cuando la decisión jurisdiccional se basa en el simple «decisionismo», obviando con ello una aplicación racional del derecho¹⁹. Debe advertirse que, si bien el juzgador posee cierta libertad en cuanto a la decisión a adoptarse en el caso en concreto, dicha libertad debe verse guiada por aspectos lógicos plenamente extraídos de las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico, así como de la configuración de los hechos que rodean al conflicto jurídico en cuestión.

Asimismo, si bien la debida motivación de las decisiones judiciales encuentra un lugar en el Ordenamiento Jurídico como principio, este también se constituye como un derecho fundamental, toda vez que se les reconoce, con base en este derecho, ciertas facultades a los ciudadanos, como sería controlar que la impartición y administración de la justicia se lleve a cabo de manera razonada y conforme a los parámetros exigidos por la Constitución, así como también garantiza que los problemas sociales que sean llevados ante el derecho sean resueltos conforme este lo estipula²⁰. En el mismo sentido, se ha señalado que la motivación garantiza que la administración de justicia se ciña a la Constitución y a las leyes, así como también garantiza el efecto ejercicio del derecho de defensa de los ciudadanos²¹.

Cuando el juzgador toma una decisión, requiere ser motivada mediante argumentos, lo cual no tiene como finalidad encontrar una decisión, sino mas bien, de demostrar que la decisión judicial adoptada toma como base fundadas razones (Igartua, 1995, p. 182). Para llegar a ello, debe tomarse en cuenta que el método utilizado debe partir por un proceso de decisión interactivo respecto al entorno

¹⁸ Expediente N.º 05923-2009-PA/TC (Lima). (2010, 21 de junio). Tribunal Constitucional.

¹⁹ Expediente N.º 02748-2012-PA/TC (Lima). (2013, 17 de junio). Tribunal Constitucional.

²⁰ Expediente N.º 03318-2012-PA/TC (Lima). (2012, 25 de septiembre). Tribunal Constitucional.; Expediente N.º 01825-2020-PHC/TC (La Libertad). (08 de abril de 2021). Tribunal Constitucional.; Expediente N.º 03798-2018-PHC/TC (Cajamarca). (11 de febrero de 2021). Tribunal Constitucional.

²¹ Expediente N.º 03300-2012-PHC/TC (Lima). (2013, 22 de mayo). Tribunal Constitucional. Así también el Expediente N.º 04348-2005-AA/TC (Lima). (2005, 21 de julio). Tribunal Constitucional.

social²² (logrado mediante la interacción demandada con base en el principio de publicidad del proceso), sin dicha interacción en la elaboración de la decisión judicial a adoptarse, entonces la corroboración de la misma adquiriría vicios o sesgos que afectarían la seguridad jurídica (Barragán, 1990, p. 72).

Bajo los argumentos previos, se ha tratado de delimitar el contenido de la decisión judicial, a la cual se le ha presentado como un conjunto de distintos lenguajes, a saber: (i) cuestión de derecho; (ii) cuestión de hecho; (iii) norma del caso; (iv) justificación de la decisión judicial (Mazzarese, 1996, p. 210). Dichos elementos, vistos de manera conjunta, permiten estructurar el denominado silogismo del razonamiento judicial, esto es aquel razonamiento donde «el juez llega a la decisión de la controversia [...] basándose en una actividad puramente cognoscitiva, comprueba la norma aplicable al caso (premisa mayor) y el hecho (premisa menor)» (Chiassoni, 1997, p. 77). El silogismo parte por reconocer que, en todo sistema jurídico, para iniciar alguna acción de relevancia jurídica, debe identificarse inicialmente las leyes que sostienen la pretensión correspondiente (MacCormick, 2007, p. 323).

394

Así, se presenta como indispensable para la labor del juez la construcción de dichas premisas (Atienza, 1998, p. 47), lo cual permitirá arribar posteriormente a una decisión jurisdiccional fundada en estas. Sin embargo, con ello no se quiere afirmar que el silogismo judicial se corresponda solo con un saber teórico, lo cual ha sido fuertemente criticado, sino que mas bien, se corresponde con un razonamiento judicial práctico, donde juegan un rol preponderante los comportamientos, valoraciones y normas, enmarcados dentro de un determinado ordenamiento jurídico (Vigo, 1998, p. 491). Por tanto, pese a la aplicación de una justificación de carácter interno y externo en el marco de la adopción de una decisión jurisdiccional, dicha decisión debe sustentarse en «razones coherentes, objetivas y suficientes, explicitadas en la resolución» (Recurso de Casación N.º 255-2019-Puno, 2020).

Se concluye, de esta forma, que la motivación judicial, según Atienza (2017), posee los siguientes aspectos: (i) narración de los hechos del caso en concreto; (ii) identificación de la problemática; (iii) identificación de las cuestiones que puedan arribar a la solución de la problemática planteada; (iv) respuestas a los problemas analizados; (v) razones (argumentos) tanto a favor como en contra de

²² Así, el profesor Perfecto Andrés Ibáñez (1992) al señalar que «el juez se entiende no directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a hechos, con representaciones cognoscitivas que denotan algo acontecido en el mundo real» (p. 264).

las respuestas brindadas; (vi) solución de la problemática, y, por último, (vii) la decisión adoptada por el juzgador (p. 23)²³.

3. Naturaleza

3.1. Tutela jurisdiccional

Reconocido por el artículo 139.3 de la Constitución, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se manifiesta como un derecho de acceso a los órganos de justicia²⁴, lo cual implica a su vez la eficacia de la decisión contenida en la sentencia, lo cual implica un derecho de acción por parte del ciudadano frente al órgano jurisdiccional²⁵. Bajo este parámetro, se reconoce que toda persona, cuando procure la defensa de sus derechos e intereses legítimos, esta debe ser lograda mediante un proceso que respete las garantías que rodean a su condición de persona²⁶.

La doctrina especializada se ha pronunciado sobre el contenido de la tutela jurisdiccional, la cual comprende, a su vez, una serie de derechos y garantías jurisdiccionales, como son juez natural, acceso a la jurisdicción, derecho a la instancia plural, principio de igualdad procesal, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, deber judicial de producción de pruebas (Landa, 2002, pp. 453-455). Por otro lado, la jurisprudencia nacional ha reconocido a la tutela jurisdiccional como un atributo subjetivo del cual parten una serie de derechos, destacando el acceso a la justicia²⁷, aunque ello no implique reconocer otra cantidad de derechos comprendidos en el concepto citado.

²³ En un sentido casi similar en cuanto al esquema general, Taruffo (2006) propone el siguiente orden de las características generales del razonamiento decisorio: i) individualización de la *ratio decidendi*; ii) individualización de la norma; iii) Constatación de los hechos; iv) calificación jurídica de los hechos concretos del caso; v) decisión, vi) racionalidad del razonamiento decisorio (pp. 208-235).

²⁴ Así el Tribunal Constitucional al mencionar que la tutela jurisdiccional se corresponde con un derecho donde «toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independiente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido» (Expediente N.º 00763-2005-PA/TC, 2005).

²⁵ Expediente N.º 07025-2013-AA/TC (Lima). (2015, 9 de septiembre). Tribunal Constitucional.

²⁶ En sentido similar Expediente N.º 0004-2006-AI/TC (Lima). (2006, 26 de marzo). Tribunal Constitucional.

²⁷ Recurso de Casación N.º 148-2019 (Ucayali). (14 de abril de 2021). Corte Suprema de Justicia de la Republica: Sala Penal Permanente.

Bajo este alcance, una línea argumentativa ha propuesto que la debida motivación de las resoluciones judiciales se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva; en ese sentido se señala que, dentro del contenido de este último derecho se encuentra, entre otros, el derecho a obtener una decisión razonablemente fundada en derecho²⁸, de lo cual se desprende que la necesidad de justificar la decisión judicial forma parte del contenido esencial de la tutela jurisdiccional. A nivel comparado, el Tribunal Constitucional español ha venido cumpliendo un rol referido a la determinación de los requisitos de razonabilidad y ausencia de arbitrariedad en las resoluciones judiciales, lo cual se realiza en el marco del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva (Pérez, 2003, p. 63).

3.2. Debido proceso

Tal como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el artículo 139.3 de la Constitución reconoce al debido proceso, el cual se configura como un derecho «continente», en el sentido de que agrupa distintos derechos y garantías, implicando su observancia en el proceso como forma de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos²⁹. Este se encuentra compuesto por dos aspectos: el sustantivo, según el cual se brinda protección a los ciudadanos respecto a leyes vulneradoras de sus derechos fundamentales, mientras que el aspecto adjetivo hace referencia a las garantías procesales cuyo fin radica en asegurar los derechos mencionados (Landa, 2002, p. 448)³⁰.

²⁸ Así lo explica el Expediente N.º 4080-2004-AC/TC (Ica). (2005, 28 de enero). Tribunal Constitucional.

²⁹ Expediente N.º 07025-2013-AA/TC (Lima). (09 de septiembre de 2015). Tribunal Constitucional. Así también Expediente N.º 9518-2005-PHC/TC (Cusco). (2006, 6 de enero). Tribunal Constitucional. Se ha definido, entonces, al debido proceso como «la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos» (Expediente N.º 09727-2005-HC/TC, 2006).

³⁰ En ese marco se desprenden definiciones como la propuesta por el Expediente N.º 00090-2004-PA/TC (Lima). (2004, 5 de julio). Tribunal Constitucional, el cual define al debido proceso como «el cumplimiento de todas las garantía y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos» (aspecto adjetivo), vinculando con el aspecto sustantivo al señalar que dichas garantías buscan «que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos». Por tanto, coincidimos con lo expuesto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al considerar que «En un Estado Constitucional de Derecho no es posible determinar derechos u obligaciones o limitar sus derechos individuales sin que exista un proceso previo, en el que se cumplan requisitos mínimos» (Resolución de Transferencia de competencia N.º 8-2017-Ayacucho, 2017). Ambos

En su vertiente formal se puede encontrar principios vinculados a formalidades establecidas en el marco del proceso, como el juez natural, derecho de defensa, y la motivación de las resoluciones judiciales, mientras que en el aspecto sustantivo se ha hecho mención de los denominados «estándares de justicia», como serían los principios de razonabilidad y proporcionalidad³¹.

Asimismo, la doctrina plantea que el debido proceso posee, dentro de su contenido, los siguientes derechos y garantías: derecho a la presunción de inocencia, derecho de información, derecho de defensa, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a declarar libremente, *indubio pro reo*, derecho a la cosa juzgada y, como no podría faltar, el derecho a la certeza, expresado como un derecho que posee todo ciudadano respecto a que las resoluciones judiciales se encuentren debidamente motivados, esto es, que existe un razonamiento explícito que vincule los hechos con las leyes que se aplican (Landa, 2002, pp. 449-451). Así también, Ferrer Beltrán (2020), quien alega que el derecho a la prueba «es parte integrante de las garantías del debido proceso», para luego considerar a la motivación de las resoluciones como parte integrante del derecho citado (p. 372).

De la misma forma se pronuncia la CIDH³², cuando conceptúa al debido proceso como un conjunto de requisitos de necesaria observancia en toda instancia procesal a fin que se respeten de manera correcta los derechos humanos ante alguna pretensión arbitraria o atentado por parte del Estado, pasando a dividir en tres aspectos al debido proceso: (i) acceso a la justicia formal y material; (ii) desarrollo de un juicio justo, y (iii) resolución de controversias mediante una decisión que busque acercarse en la medida de lo posible al grado máximo de corrección del derecho, esto es, que busque lograr una decisión justa, siendo esta última definición aspecto resaltante del derecho a la debida motivación de las resoluciones.

aspectos del derecho al debido proceso se encuentran entrelazados, toda vez que la satisfacción y protección de los derechos fundamentales se logra mediante un proceso «justo», esto es, un proceso donde se respeten las garantías mínimas exigibles que rodean a la persona, en consonancia con el respeto a la dignidad humana como estándar máximo y fin del Estado. La referida concepción también encuentra asidero mediante la referencia a la función que cumple el debido proceso, toda vez que, como menciona la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, el debido proceso ostenta como función «asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado [...] a través de un procedimiento legal en el que se oportunidad razonable y suficiente de ser oído [y otros] [...]» (Recurso de Casación N.º 1772-2010-Lima, 2011).

³¹ Expediente N.º 07025-2013-AA/TC (Lima). (2015, 9 de septiembre). Tribunal Constitucional. Expediente N.º 9518-2005-PHC/TC (Cusco). (2006, 6 de enero). Tribunal Constitucional.

³² Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. (2015, 5 de octubre). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.3. *Concepción mixta*

Ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, reconoce al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales como parte tanto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso. Así, en conformidad con el artículo 139.3 de la Constitución (el cual establece como criterio la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional), se tiene que ambos implican observar los derechos, garantías y principios que partan de los dos supuestos; bajo ese alcance, se encuentra la debida motivación de las resoluciones judiciales, estableciéndose como un supuesto en contra de la arbitrariedad, al cual supone la carencia de toda fundamentación objetiva, como serían los argumentos incongruentes y contradictorios con la base fáctica que expone la realidad³³.

Sigue una concepción mixta el maestro Bustamante Alarcón (1997, p. 177), quien refiere que el derecho a probar se constituye como una manifestación, tanto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (en el sentido de que asegura la aplicación de la prueba en todos los órganos jurisdiccionales) como del derecho al debido proceso (debido a que su radio de aplicación se extiende a procesos judiciales como administrativos, privados u otros similares).

398

3.4. *Papel en el derecho a la prueba*

El derecho a probar ha sido conceptualizado como una facultad que rodea a los justiciables respecto a postular medios probatorios que justifiquen sus pretensiones en un proceso o procedimiento, debiendo respetar los límites y alcances que la Constitución establece (Talavera, 2017, p. 24).

Aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que posee todo sujeto de derechos por el solo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa. (Bustamante Alarcón, 1997, p. 172).

Algunas posiciones mencionan como elementos del derecho a la prueba los siguientes considerandos: i) derecho a presentar y a la admisión de todas las pruebas relevantes que se disponga; ii) derecho a que las pruebas presentadas y admitidas se practiquen de manera debida; iii) derecho a que las pruebas presen-

³³ Expediente N.º 08562-2013-PHC/TC (Lima). (2015, 19 de agosto). Tribunal Constitucional.

tadas, admitidas y practicadas sean valoradas de manera racional; iv) derecho a una decisión motivada sobre los hechos (Ferrer, 2020, p. 372).

El Tribunal Constitucional peruano, mediante Expediente N.º 6712-2005-HC/TC, se decantó por reconocer que el derecho a probar se encuentra compuesto en el siguiente orden: i) derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, ii) a que los medios probatorios sean admitidos; iii) a que, una vez admitidos, los medios probatorios sean debidamente actuados; iv) a que se asegure la producción o conservación de la prueba de manera anticipada; v) a que los medios probatorios se valoren adecuadamente; vi) a la debida motivación, a fin de brindar sustento a la decisión judicial.

En ese sentido, encontramos el siguiente orden respecto al contenido del derecho a la prueba:

- a) *Derecho a ofrecer medios de prueba:* Implica que las partes procesales pueden presentar los medios probatorios que mejor les convenga en cuanto a la creación de convicción en el juzgador respecto a que sus pretensiones, argumentos o hipótesis son correctos (Talavera, 2017, p. 29).
- b) *Derecho a que los medios de prueba sean admitidos:* Se concibe como un derecho que se manifiesta con la admisión de los medios probatorios postulados, «con el propósito de acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de la prueba» (Talavera, 2017, p. 30).
- c) *Derecho a que los medios probatorios admitidos se actúen adecuadamente:* Entendiéndose la actuación de la prueba como «los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso» (Talavera, 2017, p. 32). Se hace una exigencia que los medios probatorios puedan realizarse durante la actuación procesal.
- d) *Derecho al aseguramiento o conservación de la prueba:* A fin de actuarse los medios probatorios, se debe garantizar que estos no sufran algún daño o se extingan por su misma condición de extinguido o por otras razones, para lo cual el Ordenamiento Jurídico prevé medios para su actuación anticipada, así como para su debida conservación.
- e) *Derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas:* El juzgador debe tomar en consideración todas las pruebas postuladas, admitidas y actuadas en el proceso o procedimiento, su importancia, función, a fin de formar su convicción respecto las proposiciones de las partes procesales y emitir la decisión correspondiente.

- f) *Derecho a la motivación del razonamiento probatorio*: Íntimamente ligado al tema materia de estudio en el presente trabajo, el derecho a la prueba exige, como ultimo requisito, un «derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada» (Talavera, 2017, pp. 38-39).

Sobre este último supuesto se debe ahondar el análisis. Ya argumentaba el maestro Bustamante Alarcón (1997) lo siguiente

Si el derecho a probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por los sujetos procesales, el derecho a probar resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso o procedimiento con el fin de sustentar su decisión. (p. 184)

Sobre la motivación en el razonamiento probatorio, Ferrer Beltrán (2020, p. 378) señala que este se divide en cuatro supuestos, a saber: i) análisis de cada prueba y la justificación de la fiabilidad de cada una (valoración individual); ii) valoración conjunta de las pruebas para determinar y justificar el grado de corroboración que presenta las mismas; iii) identificación de un estándar de prueba aplicable al proceso en concreto y, en específico, a la actuación procesal; iv) conclusión respecto a sí, considerando las pruebas y el estándar de prueba elegido, una de las hipótesis postuladas debe ser considerada como probada.

En razón a ello, se ha venido definiendo a la motivación, según el maestro Atienza, como el brindar buenas razones, lo cual a su vez significa que «las premisas de tipo fáctico tienen que ser verdaderas o deben tener el grado de probabilidad exigido por el estándar de prueba correspondiente y tienen que cumplir con el resto de los requisitos fijados por el Derecho probatorio» (Atienza, 2017, p. 20).

En un contexto justificativo, se brinda el siguiente razonamiento:

Un sujeto se encontraría justificado en creer que «p» en un grado cada vez mayor o, dicho de otro modo, se encontraría cada vez mas a salvo de equivocarse, mientras más hipótesis contextualmente relevantes e incompatibles con «p», pero consistentes como «p» lo es, con alguna(s) de las pruebas disponibles, queden, desde la perspectiva de S, descartadas a la luz de la consideración de subconjuntos mas amplios de las pruebas de las que se dispone. (Aguilera, 2022, p. 94)³⁴

³⁴ Así, alega el autor que, para considerar como justificado un argumento, entonces debe existir la denominada «cautela epistémica», a la cual se arriba mediante una «diligente recolección

Recuérdese que, en cuanto a la existencia de un conflicto de intereses u otro algún problema que genera dudas respecto a su comisión o aspectos vinculados al mismo, entonces se propondrá, en un primer paso, la formulación de hipótesis sobre lo presuntamente realizado, lo cual será posteriormente trasladado a la etapa de juzgamiento, en la que se le atribuye el rol al juez de someter dichas hipótesis a comprobación con las demás que se postulen, debiendo decidir con base en una justificación debidamente **motivada** que le permita llegar a una conclusión, tanto plausible como argumentada (Ibáñez, 2020, p. 81).

4. Funciones

Sobre el presente acápite, la doctrina mayoritaria tiene a concebir las funciones que cumplen la motivación judicial en dos supuestos: función endoprocésal y extraprocésal. Respecto al primero, este manifiesta que la motivación de las resoluciones judiciales se manifiesta como una forma de control del razonamiento expuesto en las mismas, esto es, «atiende a la fundamentación de la decisión en el estricto marco del proceso concreto» (Aliste, 2011, p. 158).

La función endoprocésal hace referencia a la posibilidad según la cual se brinda funciones de control «de las decisiones del órgano jurisdiccional por intermedio del juez por parte de los actores directos del sistema de justicia, permitiendo que la decisión se mantenga, se revoque o se anule ya sea el caso» (Valencia, 2022, p. 20).

Respecto a la función extraprocésal, se alega que la motivación de las resoluciones judiciales no solo se limita a un examen del raciocinio judicial, sino que, mediante la publicidad de la motivación, esta permitirá que los operadores jurídicos o personas que aprecian la decisión judicial adoptada pueda opinar, criticar o controlar dicha operación racional (Aliste, 2011, p. 159). Mediante la misma se hace referencia que, al resolverse justificadamente un problema social, ello brinda «pautas respecto a cómo se deberá resolver ante situaciones similares» (Valencia, 2022, p. 22).

5. Debida motivación en sede administrativa

La motivación no se limita al ámbito de un proceso judicial, sino que también es extensible hacia los actos administrativos. Así lo desarrolla expresamente el máximo interprete de la Constitución, al mencionar que el debido proceso y

de pruebas relevantes y con el descarte de hipótesis alternativas que se considere necesario para determinar que son inconsistentes con las pruebas recabadas» (Aguilera, 2022, p. 98).

la tutela jurisdiccional no solo poseen un ámbito judicial, sino que también se extienden hacia ámbitos de sede administrativa³⁵.

Como ejemplo de ello, tenemos al Tribunal Constitucional, en el caso de las resoluciones expedidas por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente Junta Nacional de Justicia), órgano constitucional autónomo encargado de la designación y ratificación de jueces y fiscales. Así, se pronuncia el interprete constitucional en el sentido de que el CNM, como un organismo estatal, encuentra delimitada su actuación a los lineamientos de la Constitución, por lo cual si sus decisiones se apartan de los principios adoptados en esta (como el derecho a la debida motivación), entonces estas serán revisables en sede judicial³⁶. Así también, dichas reflexiones son extensibles a las universidades y los procedimientos administrativos llevados a cabo en estas³⁷.

Así, se concluye que la motivación, en sede administrativa, se configura como una garantía que posee el administrado, respecto a los actos arbitrarios en los cuales pueda incurrir la administración pública³⁸. La aplicación de la garantía constitucional de la motivación no posee una limitación estricta al ámbito judicial, sino que, por el contrario, debe extenderse hacia todo supuesto donde exista una persona facultada por el Estado para decidir sobre algún incidente o conflicto jurídico donde estén en juego derechos fundamentales de los ciudadanos.

6. Motivación en el contexto de limitación de derechos

El presente apartado hace especial énfasis en el contexto de imposición de limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales de los imputados, específicamente de las denominadas medidas de coerción y las medidas limitativas de búsqueda de prueba y restricción de derechos, siendo que estas deben justificarse toda vez que «sin motivación de sus decisiones, la justicia pierde una buena parte de su componente democrático ya que, al emanar del pueblo, debe tender a convencer al mismo o darle explicaciones de sus actos» (Asencio,

³⁵ Expediente N.º 2050-2002-PA/TC (Lima). (2003, 16 de abril). Tribunal Constitucional.

³⁶ Expediente N.º 03597-2011-PA/TC (Lima). (2012, 12 de enero). Tribunal Constitucional. Así también el Expediente N.º 5156-2006-PA/TC (Lima). (2006, 29 de agosto). Tribunal Constitucional y Expediente N.º 5601-2006-PA/TC (Lima). (2007, 16 de julio). Tribunal Constitucional.

³⁷ Véase Expediente N.º 0091-2005-PA (Lima). (18 de febrero de 2005). Tribunal Constitucional.

³⁸ Expediente N.º 0744-2011-PA/TC (Lima). (13 de junio de 2011). Tribunal Constitucional.

2006, p. 243). Así, en caso de medidas que afecten derechos de los investigados o personas involucradas a un proceso o procedimiento, dicha decisión deberá motivarse con un plus adicional en cuanto a las justificaciones que concluyen en la adopción de la resolución que otorga dichas medidas.

En ese contexto, merecía una especial especificación el ámbito de la prisión preventiva, la cual se concibe como la medida de coerción personal más gravosa de la cual dispone el Ordenamiento Jurídico, toda vez que se priva de la libertad personal a los imputados, en razón de contribuir con el normal desarrollo del proceso. Así, se ha señalado que la motivación debida debe expresarse de manera manifiesta y concreta en cuanto a la fundamentación de cada presupuesto material que compone la medida citada.

En cuanto a los elementos de convicción, se exigió un juicio razonable que estime la comisión del ilícito por parte del imputado, así como la relación indiciaria respecto a los medios probatorios que sustenten dicha proposición. Sobre la prognosis de la pena se previó que la argumentación debe orientarse a delimitar la probable pena a imponerse al imputado, la cual debe ser necesariamente mayor a cuatro años. Por último, respecto al peligro procesal, la motivación debe argumentar la concurrencia de los dos presupuestos que la componen, esto es, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, toda vez que la ausencia de motivación respecto a este factor acarrea una imposición arbitraria de la medida cautelar en estudio³⁹.

Sin embargo, no solo las medidas de coerción o limitativas se constituyen como afectaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que ello se extiende a toda decisión jurisdiccional que implique una afectación legalmente prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, mientras una decisión jurisdiccional [sentencia, auto o decreto] afecte un derecho del procesado, requiere que la misma se encuentra debidamente justificada, tanto fáctica como jurídicamente⁴⁰.

³⁹ Expediente N.º 08562-2013-PHC/TC (Lima). (19 de agosto de 2015). Tribunal Constitucional. En el mismo sentido Expediente N.º 03322-2014-PHC/TC (Lima). (24 de enero de 2018). Tribunal Constitucional.

⁴⁰ Ello ha sido expresado mediante el Recurso de Casación N.º 814-2021 (La Libertad). (23 de febrero de 2023). Corte Suprema de Justicia de la Republica: Sala Penal Permanente, al expresar que, en el caso de la imposición de cadena perpetua, este al ser la máxima pena prevista por nuestro Ordenamiento Jurídico, debe poseer una motivación reforzada o especial, y la misma debe ser razonada.

7. ¿Extensión mínima exigible?

Un debate vinculado al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales radica en sí, para considerar como justificada las razones que subyacen al razonamiento judicial, este debe poseer un mínimo de líneas argumentativas.

El Tribunal Constitucional español expuso que la motivación de las resoluciones judiciales será considerando como suficiente cuando esta «exponga las razones que justifican la decisión adoptada a pesar de la parquedad o sobriedad del razonamiento jurídico» (Milione, 2015, p. 180). En ese sentido, se aprecia que la Constitución no obliga a que una motivación racional tenga una determinada extensión, sino que, lo que se busca es que exista una justificación correcta de la decisión emitida por el órgano jurisdiccional, aun si esta pueda configurarse mediante argumentos breves y concisos⁴¹. No debe confundirse extensión con motivación, toda vez que esta última no implica largas cantidades de papel donde se plasme la justificación, muchas veces redundante, sino que, por el contrario, lo que se exige es una clara y concreta fundamentación respecto a las razones adoptadas por el juzgador en el caso en concreto.

404

Las consideraciones expuestas pueden advertirse también de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia al desarrollar el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el cual, para ser respetado, debe contener: (i) Fundamentación jurídica; (ii) Congruencia entre lo solicitado y lo resuelto; y, (iii) La existencia de una justificación suficiente respecto a la decisión adoptada⁴², haciendo énfasis en que la misma puede ser de **carácter sucinto** [*el subrayado es nuestro*] o incluso puede establecer un supuesto de motivación remitiéndose a otros pronunciamientos, siempre y cuando se cumpla con la exigencia mínima justificatoria impuesta. Entonces, se permite que la motivación sea escueta, concisa o por remisión a otros fundamentos, siempre y cuando la justificación brindada permita comprender los fundamentos fácticos y jurídicos que sostienen la decisión adoptada⁴³.

8. Supuestos de vulneración

Es necesario identificar los supuestos que afecten el contenido esencial del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Para dicha labor, el Tribunal Constitucional desarrolló primigeniamente dichas condiciones en el

⁴¹ Expediente N.º 1230-2002-HC/TC (Lima). (20 de junio de 2002). Tribunal Constitucional.

⁴² Recurso de Casación N.º 1483-2017 (Lambayeque). (14 de agosto de 2019). Corte Suprema de Justicia de la Republica: Sala Penal Transitoria.

⁴³ Concreto en ello el Acuerdo Plenario N.º 06-2011/CJ-116. (06 de diciembre de 2011). Corte Suprema de Justicia de la Republica: Salas Penales Permanente y Transitorias.

famoso caso «Juan de Dios Valle» [Exp. 3943-2006-PA/TC], cuyos fundamentos fueron ampliados y desarrollados de manera concreta con el también famoso caso «Giuliana Flor de María Llamoya Hilaes» [Exp. 728-2008-PHC/TC]⁴⁴. En ese sentido, a continuación, se mencionarán los supuestos identificados como situaciones vulneratorias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*: Resulta manifiesto que la motivación debida se vulnera cuando esta es aparente, esto es, que no brinda razones fácticas y/o jurídicas mínimas que sustenten su decisión, o bien porque su cumplimiento solo se da de manera formal⁴⁵. En ese sentido, se presenta cuando no se justifica de manera mínima la decisión, lo cual se produce bien por no responder a las alegaciones de las partes, bien porque ello solo se muestra como un mero formalismo, o bien porque no se encuentra fundando en razones fácticas o jurídicas válidas⁴⁶. A mayor escala, en caso ni siquiera exista fundamentación fáctica o jurídica, ello se muestra como un supuesto plenamente inconstitucional⁴⁷. Queda claro pues, que la debida motivación se vulnera cuando la decisión bien es inexistente, o bien no da cuenta de las razones mínimas que la sustente, o bien el cumplimiento es meramente formal, o bien no responde a las pretensiones sustanciales de las partes⁴⁸. El derecho a la motivación implica que el razonamiento judicial no debe ser aparente o defectuoso, sino que este sea expuesto de manera clara, lógica y bajo los argumentos jurídicos y fácticos⁴⁹.
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento*: El presente se manifiesta bajo dos supuestos: i) en el caso de invalidez de la inferencia en el silogismo judicial y ii) la existencia de invalidez narrativa⁵⁰. Así, se muestra cuando

⁴⁴ También puede observarse en pronunciamientos como el Recurso de Casación N.º 1725-2018 (Selva Central). (21 de septiembre de 2020). Corte Suprema de Justicia de la Republica: Sala Penal Permanente., donde se desarrolla los supuestos que constituyen defectos de motivación, a saber: (i) Motivación omitida; (ii) Motivación incompleta; (iii) Motivación insuficiente; (iv) Motivación contradictoria; (v) Motivación impertinente; (vi) Motivación vaga o genérica; (vii) Motivación hipotética; y, (viii) Motivación irracional.

⁴⁵ Expediente N.º 01918-2016-PA/TC (Lima). (2019, 20 de febrero). Tribunal Constitucional.

⁴⁶ Fundamento de voto del magistrado Miranda Canales en Expediente N.º 00201-2015-PA/TC (Lima). (6 de septiembre de 2018). Tribunal Constitucional.

⁴⁷ Expediente N.º 2004-2010-PHC/TC (Lima). (9 de diciembre de 2010). Tribunal Constitucional.

⁴⁸ Expediente N.º 728-2008-PHC/TC (Lima). (2008, 13 de octubre). Tribunal Constitucional.

⁴⁹ Expediente N.º 06712-2005-HC/TC (Lima). (2005, 17 de octubre). Tribunal Constitucional.

⁵⁰ Expediente N.º 3943-2006-PA/TC (Lima). (2006, 11 de diciembre). Tribunal Constitucional.

una inferencia es inválida debido a las premisas empleadas por el juzgador en su razonamiento, o bien por la incoherencia en la narración de los hechos, por lo que no se puede transmitir correctamente las razones que fundamentan la decisión⁵¹. Recuérdese que el derecho a la debida motivación exige coherencia entre las premisas y la decisión adoptada, esto es, que la decisión se derive necesariamente de las premisas [normativas o probatorias] expuestas en la argumentación silogística⁵².

- c) *Deficiencia en la motivación externa de las premisas*: Supuesto que se configura cuando las premisas no son confrontadas o analizadas en cuanto a su validez fáctica y/o jurídica⁵³. Una correcta justificación de la motivación externa implica que estas se encuentran debidamente sustentadas tanto en el aspecto normativo legítimo como en las pruebas admitidas y actuadas en el proceso judicial⁵⁴. Ya se ha señalado que el control que ejerza el juzgador sobre la justificación externa es fundamental en el Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que obliga al juzgador a ser exhaustivo en cuanto a brindar fundamentos a su decisión, y no remitirse solo a aplicaciones simples de lógica formal⁵⁵.
- d) *Motivación insuficiente*: Se menciona inicialmente la exigencia de un mínimo de motivación exigible, donde se deben manifestar las razones fácticas y/o jurídicas suficientes para acreditar la motivación de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, se presenta este supuesto cuando no existe argumentos, o bien estos son endeble-insuficientes, en cuanto a la fundamentación de lo que se decide⁵⁶.
- e) *Motivación sustancialmente incongruente*: La motivación de las resoluciones judiciales exige que la decisión jurisdiccional resuelva las pretensiones postuladas por las partes procesales de manera congruente con los términos empleados por estos, por lo que este supuesto se manifiesta cuando la decisión judicial se aparta, modifica o altera el debate procesal en el caso en concreto,

⁵¹ Expediente N.º 728-2008-PHC/TC (Lima). (2008, 13 de octubre). Tribunal Constitucional.

⁵² Expediente N.º 03418-2017-PA/TC (Lima). (2018, 25 de julio). Tribunal Constitucional.

⁵³ Expediente N.º 3943-2006-PA/TC (Lima). (2006, 11 de diciembre). Tribunal Constitucional.

⁵⁴ Expediente N.º 03418-2017-PA/TC (Lima). (2018, 25 de julio). Tribunal Constitucional.

⁵⁵ Expediente N.º 728-2008-PHC/TC (Lima). (13 de octubre de 2008). Tribunal Constitucional. Así también el Expediente N.º 02132-2008-PA/TC (Lima). (2011, 9 de mayo). Tribunal Constitucional.

⁵⁶ Expediente N.º 3943-2006-PA/TC (Lima). (2006, 11 de diciembre). Tribunal Constitucional.

o bien deja como incontestada alguna o todas las pretensiones planteadas⁵⁷. El imperativo dirigido a los juzgadores radica en que estos, al momento de emitir una determinada decisión jurisdiccional, no omitan, alteren o excedan las concretas solicitudes efectuadas por las partes procesales⁵⁸.

- f) *Motivaciones cualificadas*: Como ultimo supuesto, se ha previsto que, en casos donde se requiere una especial justificación debido a su relación con afectaciones graves de los derechos fundamentales de los ciudadanos, si esta justificación adicional y especial no se presenta entonces afecta, no solo el derecho a la debida motivación, sino los demás derechos afectados por la decisión jurisdiccional arbitraria adoptada.

Así pues, debe advertirse que, «si no se llega a conocerse en la motivación el porqué de las razones que fundamentan el fallo no puede considerarse que la resolución esté suficientemente motivada» (Aliste, 2011, p. 167). En ese sentido, ya se ha expresado la doctrina, al alegar que, sobre la suficiencia de motivación de las resoluciones judiciales, existen pronunciamientos jurisprudenciales que afirman que

El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide⁵⁹ o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación, sino que deben considerar suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contenga, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella, y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho. (Aliste, 2011, p. 165).

407

En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional español, el cual proscribe que las resoluciones judiciales partan de premisas inexistentes, o que muestran un razonamiento erróneo o bien se basan sus argumentos en aspec-

⁵⁷ Expediente N.º 3943-2006-PA/TC (Lima). (2006, 11 de diciembre). Tribunal Constitucional. En el mismo sentido el Expediente N.º 03226-2008-PHC/TC (Lima). (2009, 12 de octubre). Tribunal Constitucional.

⁵⁸ Expediente N.º 728-2008-PHC/TC (Lima). (2008, 13 de octubre). Tribunal Constitucional.

⁵⁹ En el mismo sentido C.A. da Costa y Vernengo (1996), al señalar que «la técnica decisoria judicial consiste justamente en disolver la contradicción que las partes mantienen, por caso, con respecto de los hechos que condicionan una consecuencia normativa» (p. 196).

tos ilógicos que influyen de manera determinante en las conclusiones arribadas (Milione, 2015, p. 178).

Se aprecia la importancia que posee la justificación interna, la cual hace referencia a que la decisión se obtiene como conclusión o se deduce de las premisas que integran el razonamiento (Hernández, 2021, p. 352). Se conceptúa como «la corrección formal de los razonamientos que en la sentencia se contienen, corrección conforme a las reglas de la lógica [...] las inferencias han de ser correctas, tienen que estar bien hechas» (García Amado, 2017, p. 69). Así también la justificación externa hace referencia a la justificación de las premisas del razonamiento que tienen como conclusión la decisión (Hernández, 2021, p. 352). Se refiere a la justificación de las premisas, las cuales deben ser verdaderas, razonables o admisibles (García Amado, 2017, pp. 87-88). Ello se corresponde como una exigencia que el juez debe identificar y justificar de manera concreta la premisa mayor del silogismo jurídico en el caso en concreto⁶⁰.

9. Control judicial

408

El órgano jurisdiccional, en mérito al derecho a la debida motivación de las resoluciones, se encuentra facultado para ejercer control sobre las decisiones adoptadas por los juzgadores, en cuanto estos pueden manifestarse como claras vulneraciones al derecho citado. Así, se resalta la importancia de dicho control, dado que este establece, entre otros: a) ámbito del control (la decisión judicial en específico); b) la legitimidad del control (solo se efectúa el control sobre decisiones judiciales que afectan derechos fundamentales); c) intensidad del control (el control busca el restablecimiento del ejercicio de los derechos fundamentales afectados, para lo cual su intensidad en la injerencia de los mismos varía en el caso en concreto)⁶¹.

En un primer momento, es necesario referirse al concepto de discrecionalidad judicial, toda vez que la motivación se concibe, generalmente, como un medio de control de la discrecionalidad en la cual incurre el jugador mediante la expedición de una resolución judicial. Inicialmente, debe partirse por afirmar que la legitimidad de la decisión judicial expedida se encuentra en función del control de la discrecionalidad judicial (Aliste, 2011, p. 161), control el cual es logrado mediante la debida aplicación de la motivación.

⁶⁰ Expediente N.º 06741-2013-PA/TC (Lima). (2016, 3 de marzo). Tribunal Constitucional.

⁶¹ Expediente N.º 04405-2013-PA/TC (Lima). (2014, 5 de marzo). Tribunal Constitucional.

Sin embargo, ya se ha venido precisando que la discrecionalidad puede ostentar grados de legitimidad⁶², toda vez que, si esta es ajustada a una decisión racional y no arbitraria, se cumple con dicha característica. Existe una decisión arbitraria cuando no se constata la existencia formal de una argumentación, o bien no se manifiesta como una expresión de la administración de justicia, sino que se configura como una mera apariencia de una argumentación, o bien expresa un razonamiento irracional y/o absurdo⁶³.

Una primera garantía constitucional sería el hábeas corpus, toda vez que, si bien esta se encuentra orientada a tutelar la libertad personal y derechos conexos, recuérdese que una indebida o insuficiente motivación de una resolución judicial puede acarrear la vulneración del derecho fundamental citado. En ese sentido, se ha señalado que «una exigencia del debido proceso es la de motivar las resoluciones judiciales, lo cual cobra mayor preponderancia en la medida en que la resolución cuestionada es portadora de una restricción al normal ejercicio del derecho fundamental a la libertad»⁶⁴.

Respecto a la aplicación de la acción de amparo frente a supuestos de falta de motivación racional de las decisiones jurisdiccionales, se tiene que dicha garantía constitucional se torna efectiva si es que logra retrotraer la actividad judicial hasta el momento previo a la vulneración de los derechos fundamentales afectados, lo cual se producirá necesariamente cuando el juez anule o deje sin efecto el acto o decisión jurisdiccional que fueron realizados sin considerar los derechos mencionados⁶⁵. En adición a ello, señala el máximo interprete de la Constitución que el proceso de amparo es un recurso de carácter excepcional, toda vez que su procedencia se debe a claras manifestaciones de arbitrariedad en un proceso judicial, y cuando los recursos interpuestos resulten ineficaces⁶⁶. Recuérdese que la vulneración de la motivación se muestra como un fundamento a tomar en consideración, sea para la interposición de la acción de amparo, o bien para la interposición de los recursos que faculta la ley.

⁶² Adviértase que la discrecionalidad se muestra como un aspecto necesario en determinados supuestos, como en los casos de indeterminación del Derecho, el cual posee su origen en la derrotabilidad de las normas que componen el Ordenamiento Jurídico (Ródenas, 2001, p. 81).

⁶³ Conforme desarrolla la STC 22/2002. (2002, 11 de febrero). Tribunal Constitucional español.

⁶⁴ Expediente N.º 03926-2008-PHC/TC (Lima). (2009, 13 de marzo). Tribunal Constitucional.

⁶⁵ Expediente N.º 04405-2013-PA/TC (Lima). (2014, 5 de marzo). Tribunal Constitucional.

⁶⁶ Expediente N.º 02853-2013-PA/TC (Lima). (2014, 18 de marzo). Tribunal Constitucional.

Por último, debe mencionarse que, a fin de realizar un efectivo control constitucionales de las resoluciones judiciales, se hace necesario un examen dividido en 3 secciones⁶⁷:

- a) *Examen de razonabilidad*: En el sentido que se deberá evaluar si la decisión jurisdiccional afecta el derecho fundamental en concreto que ha sido demandado en el proceso de garantía constitucional.
- b) *Examen de coherencia*: En el sentido que deberá determinarse que el acto lesivo hacia los derechos fundamentales deberá vincularse necesariamente con la emisión de la decisión jurisdiccional arbitraria.
- c) *Examen de suficiencia*: En el sentido que deberá determinarse la intensidad que posee el control constitucional en cuanto a la solución que permita brindar protección al derecho fundamental materia del proceso de garantía constitucional.

10. El rol de la argumentación

De manera general, la argumentación es definida como «la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo» (MacCormick, 2010, p. 66), lo cual llevado al ámbito práctico, se concibe como «argumentos que puede ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse» (MacCormick, 2010, p. 66). Partiendo de esa base, se ha definido a la argumentación jurídica, definido sincréticamente por el maestro Atienza, como un proceso compuesto por distintos estadios, entre los que se encuentran: i) identificación del tipo de problema a resolverse; ii) determinación de si se presenta un problema con insuficiencia de información o exceso de información; iii) formulación de hipótesis (premisas); iv) justificación de las hipótesis, esto es, la justificación de como las premisas iniciales pasan a ser nuevas premisas, y v) pasar de hipótesis, habiendo culminada con la etapa de confirmación o justificación, a la solución (Atienza, 1990, pp. 55-59).

Evidentemente, del esquema mencionado previamente se desprende el rol que cumpliría la motivación en el ámbito de la argumentación jurídica, que se corresponde con el paso 4 de su esquema general. Llevando ello a la aplicación de la motivación de las resoluciones judiciales, se advierte que el juez, al momento de interpretar una norma, estaría realizando una elección que

⁶⁷ Expediente N.º 03179-2004-AA/TC (Lima). (2005, 18 de febrero). Tribunal Constitucional.

debe encontrarse justificada mediante los argumentos que se desprenden de la resolución judicial, es decir, mediante argumentos interpretativos (García Amado, 2005, p. 52).

Recuérdese que el juzgador, al evaluar el caso en concreto, deberá considerar tanto las razones que se desprendan de la ley como de la Constitución (Landa, 2005, p. 103); bajo ese alcance, se atribuye al juez la realización de una actividad de carácter hermenéutico que puede incluso sobrepasar la denominada «seguridad jurídica» (en el sentido de certeza propuesta por el derecho positivo), trascendiendo a concebirse como un interprete de la realidad social en la que se desarrolla la Constitución (Carrión, 2005, p. 131).

García Amado (2005, p. 3) menciona que una interpretación (en este caso judicial) solo se encontrará justificada si y solo si se encuentra respaldada por argumentos interpretativos admisibles, los cuales a su vez deben poseer determinadas características, como son i) habitualidad y ii) vinculación a algún valor del sistema jurídico-político.

Respecto a la habitualidad, se señala que el argumento interpretativo debe reunir ciertas características, como el ser utilizado en un momento histórico predeterminados, utilizado con mucha frecuencia en las resoluciones judiciales, deben gozar de un consenso previo entre los operadores jurídicos, su significado se muestra como uno justificado en la norma jurídica (García Amado, 2005, p. 53). Respecto a su vinculación con elementos centrales del ordenamiento jurídico, se advierte que un argumento interpretativo debe buscar la satisfacción de un determinado valor jurídico-político⁶⁸, como sería la coherencia del sistema jurídica, entre otros (García Amado, 2005, p. 55).

Bajo estos argumentos, se aprecia que el argumento interpretativo será aquel «que justifica una opción interpretativa» (Gianformaggio, 1987, p. 96). Por ello, se parte de reconocer que la interpretación existirá siempre y cuando exista algo que justificar, esto es, que existan objeciones planteadas a la opción interpretativa que uno postula (Gianformaggio, 1987, p. 96). La interpretación, como operación racional, se encuentra inescindiblemente unida a la justificación propia de la motivación, por lo cual la actividad tan recurrente por los operadores jurídicos requieren un mínimo de actividad justificadora sobre sus afirmaciones.

⁶⁸ Esto en concordancia con lo señalado por García Toma (2005), al expresar que «los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria, vale decir, constan de dos elementos: el jurídico y el político» (p. 174).

III. CONCLUSIONES

- La motivación implica, desde una vertiente racional, la justificación de las razones por las cuales se llega a la decisión en el caso en concreto. En el ámbito jurisdiccional, se le exige al juzgador que fundamente sus razones, de manera objetiva, a fin de arribar a una decisión debidamente sustentada y conforme a las exigencias normativas impuestas por nuestro ordenamiento jurídico.
- El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales encuentra su naturaleza como un derecho adscrito tanto a la tutela jurisdiccional efectiva como al debido proceso, reconocidos en el artículo 139.3 de la Constitución, toda vez que la aplicación del derecho en estudio permite la realización de ambos principios que guían la actividad jurisdiccional, sin necesidad de desdeñarse en un solo supuesto que no reconoce el total potencia que rodea a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
- La debida motivación juega un rol preponderante como componente necesario del derecho a la prueba, por lo que el material probatorio deberá pasar necesariamente por un análisis riguroso y concreto respecto al aporte que este pueda brindar para la resolución del caso en específico, por lo que se constituye como una obligación que el juzgador debe necesariamente observar.
- El derecho en estudio se vulnera bajo una serie de circunstancias, como sería la inexistencia o aparente motivación, problemas en la justificación interna y externa, incongruencia entre lo solicitado con lo dispuesto, falta de especial cualificación en los casos que se requiera, motivación insuficiente sobre el problema jurídico a debatirse en el caso en concreto. Todos los supuestos mencionados afectan el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, lo cual a su vez se trasluce en imposición de sentencias arbitrarias u otras decisiones arbitrarias lesivas para derechos fundamentales.
- La debida motivación no solo se manifiesta en un ámbito judicial, sino que, por el contrario, también en sede administrativa se debe exigir que la administración pública cumpla con motivar las decisiones donde estén en juegos los derechos de los administrados, en razón a que las exigencias de la debida motivación se extienden a todo ciudadano con poder de decisión sobre conflictos vinculados a derechos fundamentales e intereses de los ciudadanos.
- La argumentación jurídica posee una estrecha relación con la motivación de las decisiones judiciales, toda vez que esta última se compone como uno de los pasos necesarios para que se pueda emitir un pronunciamiento válido en el ámbito del derecho, reconociéndose un rol preponderante a la justificación de las razones por las cuales se llega a la decisión adoptada.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, E. (2022). Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (3) 81-102. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22733
- Aliste Santos, T.-J. (2008). La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal. *Pensamiento Jurídico*, (21) 11-52. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/72477>
- Aliste Santos, T.-J. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Marcial Pons.
- Asencio Mellado, J. (2006). El proceso penal con todas las garantías. *Ius et veritas*, (33), 235-247. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12354/12918>
- Atienza Rodríguez, M. (1990). Para una teoría de la argumentación jurídica. *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 39-61.
- Atienza Rodríguez, M. (1998). A propósito de la argumentación jurídica. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33-50.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Atienza Rodríguez, M. (2017). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En J. Aguiló Regla y P. Grandez Castro (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 11-42). Palestra Editores.
- Barragán, J. (1990). La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 63-74.
- Bayón, J. C. (2001). ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35-62.
- Bustamante Alarcón, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *Ius Et Veritas*, 8(14), 171-185. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713>
- Carrión Wam, R. (2005). De la práctica interpretativa judicial a la teoría de la interpretación y argumentación en el derecho. *Anuario de Derecho Penal*, 105-136.
- Da Costa, N. y Vernengo, R. (1996). Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 183-200.

- Chiassoni, P. (1997). Notas para un análisis silogístico del discurso judicial. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 53-90.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. En M. Atienza, y L. Ferrajoli (Eds.), *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho* (pp. 87-108). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Beltrán, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P, V.P.C. y otros VS. Nicaragua de la Corte IDH. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (1), 359-382. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22381
- García Amado, J. (2010). Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. En P. Bonorino Ramírez (Ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial* (pp. 285-343). Bubok Publishing.
- García Amado, J. A. (2005). Interpretar, argumentar, decidir. *Anuario de Derecho Penal*, 31-73.
- García Amado, J. A. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Zela.
- García Toma, V. (2005). El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas). *Anuario de Derecho Penal*, 173-210.
- Gianformaggio, L. (1987). Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 87-108.
- Hernández Marín, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons.
- Hernández Marín, R. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.
- Ibáñez, P. A. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 257-299.
- Ibáñez, P. A. (2020). En materia de prueba: Sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (1), 75-102 https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22364
- Igartua Salaverria, J. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant Lo Blanch.

- Landa Arroyo, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento constitucional*, 8(8), 445-461 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287/3129>
- Landa Arroyo, C. (2005). Interpretación constitucional y Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal*, 75-104.
- MacCormick, N. (2007). La argumentación silogística: Una defensa matizada. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 321-334.
- MacCormick, N. (2010). Argumentación e interpretación en el Derecho. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 65-78.
- Mazzarese, T. (1996). Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 201-228.
- Milione, C. (2015). El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico. *Estudios de Deusto*, 63(2), 173-188 [https://doi.org/10.18543/ed-63\(2\)-2015pp173-188](https://doi.org/10.18543/ed-63(2)-2015pp173-188)
- Moreso, J., Navarro, P., & Redondo, M. (1992). Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 247-262.
- Pérez Yáñez, R. (2003). La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva por el resultado derivado de resoluciones razonadas y congruentes. *Temas Laborales*, (69) 57-67.
- Ramírez García, H. (2015). Motivación de la decisión judicial. Una aproximación a sus fundamentos éticos. *Justicia electoral*, 1(16), 151-169.
- Ródenas, Á. (2001). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 63-83.
- Talavera Elguera, P. (2017). *La prueba penal*. Instituto Pacífico.
- Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Valencia López, J. J. (2022). Derecho a una debida motivación: presupuestos y elementos que la vulneran. En A. Crispín Sánchez, *Las garantías del debido proceso en sede constitucional* (pp. 11-28). Gaceta Jurídica.
- Vigo, R. L. (1998). Razonamiento justificatorio judicial. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 483-499.

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Diferencias entre el precedente constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Notas marginales a propósito de las posiciones asumidas en el Expediente N.º 949-2022-PA/TC

419

 LUIS R. SÁENZ DÁVALOS*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La reciente decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en el marco del Exp. N.º 949-2022-PA/TC (Caso: Juan Enrique Martín Pendavis Pflucker) sobre tenencia de mascotas al interior de las viviendas pertenecientes a condominios ubicados en zonas de playa, ha despertado varias reflexiones por parte de la comunidad académica, en principio, vinculadas con el tema de fondo y donde de alguna forma se reproduce el debate alrededor de lo que representa la evolución en el tratamiento jurídico sobre el estatus de los animales, principalmente cuando estos son de compañía (mascotas).

* Docente de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional.

Sobre este punto sabido es que existen posiciones contrapuestas en nuestra doctrina. Nosotros a título personal, nos adscribimos a una de las mismas conforme lo hemos desarrollado en algunos trabajos anteriores¹. Algo de eso hemos de volver a analizar más adelante. Sin embargo, en esta ocasión queremos detenernos en un tema bastante interesante, sobre el que la citada ejecutoria plantea discusiones, tanto más si contrastamos la posición de la mayoría formal de los Magistrados Constitucionales² con la desarrollada por sus colegas, también Magistrados, mediante sus votos disidentes.

Se trata en suma de la discusión suscitada sobre el manejo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional para resolver el presente caso. Para algunos se trataría de una postura adecuada, para otros en cambio, de una típica confusión de conceptos, entre la denominada doctrina con lo que más bien representa el precedente constitucional vinculante.

El tema en nuestro concepto no es baladí, pues el Colegiado Constitucional hace ya varios años viene haciendo práctica de ambas técnicas jurisprudenciales por lo que se supone que matices más o matices menos, debería tener una idea aproximativa de lo que los citados institutos representan.

420

A continuación pasaremos a comentar lo que ha sido materia de debate y efectuar algunas explicaciones sobre las diferencias esenciales entre lo que es la doctrina y lo que es el precedente. Analizaremos asimismo las posiciones que la sentencia contiene sobre dichos temas. Naturalmente todo esto, sobre la base de lo que es nuestro punto de vista y en directa ratificación de lo que en diversas oportunidades hemos sostenido sobre dichas temáticas.

II. EL CASO PLANTEADO

Conforme aparece en la sentencia, nos encontramos ante un reclamo planteado por una persona que ostenta la propiedad de un departamento perteneciente a un condominio ubicado en una playa de nuestro litoral y que por sus propias razones, considera lesivo a sus derechos fundamentales que de acuerdo al regla-

¹ Ver Sáenz Dávalos, Luis R. (2019) La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (141) pp. 73 y ss.

² Hablamos de una mayoría formal, no por adjetivar, sino porque eso es exactamente lo que ocurrió en el presente caso. Al haberse producido tres votos a favor de la ponencia y tres votos en contra de la misma se hizo uso del voto dirimente por parte de la Presidencia del Colegiado, con lo cual el empate quedó superado en términos rigurosamente formales en aplicación estricta del Artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

mento interno de la junta de propietarios perteneciente a dicho colectivo multifamiliar, se haya establecido la prohibición absoluta en la tenencia de mascotas, no solo para las áreas comunes de dicho condominio, sino incluso para las unidades en las que habita cada persona o familia. En suma, cuestiona la restricción total en la tenencia de animales de compañía por considerar tal acto o conducta como inobjetablemente lesiva de varios de sus derechos fundamentales.

Así planteados los hechos, quien reclama optará por utilizar como estrategia de argumentación en su pretensión, el considerar que en una controversia anterior y a título de doctrina constitucional vinculante, el Colegiado Constitucional se había pronunciado en un caso de naturaleza muy similar, concretamente, en el resuelto mediante sentencia emitida en el Exp. N.º 1413-2017-PA/TC (Caso: Juan Fernando Ruelas Noa) en el que también había sido cuestionada una reglamentación sustancialmente parecida elaborada por una Junta de propietarios de un edificio multifamiliar, solo que en aquella ocasión, con la particularidad de que la prohibición dispuesta, era de fecha posterior a la adquisición de la respectiva propiedad.

En las circunstancias descritas y como es fácil de apreciar, quien colocará sobre el tapete de la discusión la similitud entre el caso que recién se conocía y el caso primigeniamente resuelto será precisamente el propio demandante de la causa. Tal vez esa haya sido la razón por la que el Tribunal Constitucional, haciendo eco de tal línea de argumentación, pasaría a responderla esencialmente en esos términos, es decir, utilizando un enfoque de comparación entre el nuevo caso y el caso anterior.

421

Para ser consecuentes con la verdad, un enfoque como el descrito bien podía haber sido utilizado como un elemento referencial. No tendría porqué ser considerado anómalo que el Colegiado trazara un paralelismo entre dos casos si estos tienen elementos en común. El problema es otro y tiene que ver con el hecho de haber utilizado raciocinios propios del precedente constitucional cuando lo que correspondía, si nos atenemos a los antecedentes del caso que se utilizó como referencia, era razonar en clave de doctrina jurisprudencial. Ello coloca sobre la mesa de debate un necesario esclarecimiento sobre lo que una y otra técnica representan.

III. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Para nadie es un secreto que el Tribunal Constitucional viene utilizando desde hace mucho y como técnicas de fortalecimiento de su propia jurisprudencia dos fórmulas bastante afianzadas. Una ha sido la doctrina constitucional y otra, el

precedente constitucional vinculante. A estas alturas incluso y como lo sabemos quienes hemos tenido la oportunidad de explorarlas³, ambas con abundante desarrollo casuístico, más allá de que no siempre hayan sido correctamente utilizadas en todos los casos.

Si queremos pasar revista de las formas en que podría distinguirse una y otra técnica jurisprudencial, podemos utilizar algunas variables a considerar. Trataremos de graficar las principales sin dejar de reconocer que algunas son mucho más nítidas que otras.

1. Por su tratamiento regulatorio

Tanto la doctrina constitucional vinculante como el precedente constitucional reciben tratamiento regulatorio en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional. Sin embargo y mientras que la primera se encuentra establecida en el párrafo tercero del Artículo VII, el segundo aparece reconocido en el Artículo VI.

Conviene advertir que si exploramos los antecedentes de dicho tratamiento normativo, podemos a su vez corroborar que el mismo no ha sido exactamente igual en todas las épocas y que tampoco se generó en los mismos momentos. De esta forma y mientras que de la doctrina puede hablarse en estricto desde la vigencia de la Primera Disposición General de la primigenia y derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 26435, del precedente, en cambio, puede hablarse desde la puesta en vigor del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004.

Cabe puntualizar sin embargo que aunque algunos autores han creído encontrar elementos de uno u otro instituto procesal en el Artículo 9 de la Ley N.º 23506 o incluso, en el Artículo 50 de la antigua Ley Orgánica del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales N.º 23385, lo cierto es que su tratamiento aparece desde hace muchos años regulado por separado o de forma autónoma y es de dicha forma en que también los ha asumido nuestra jurisprudencia.

³ Ver Sáenz Dávalos, Luis R. (2022) «La doctrina jurisprudencial vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional» en Crispín Sánchez, Arturo (Coordinador); *Precedentes y Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional*; Gaceta Jurídica; Lima 2022; págs. 213 y ss. Sáenz Dávalos, Luis R.- «El Precedente Vinculante en materia constitucional y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional»; *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Nuevo Código Procesal Constitucional)*, (14), 239 y ss.

2. Por su forma de establecimiento

La doctrina constitucional con frecuencia, nace o es individualizada en función de la ratificación de casos mientras que el precedente se detecta a partir del caso que en principio lo instituye. Esto en otras palabras, significa que mientras la primera se deduce cuando se le empieza a reiterar o ratificar (lo que presupone un caso de inicio y uno o varios casos de reiteración), el segundo, en cambio, aparece desde aquel momento en que se le instituye de modo expreso.

Naturalmente y aunque es cierto que también se han dado supuestos de doctrina establecida a partir de un caso inicial que se autoproclama de dicha forma haciendo expresa alusión a la previsión normativa que lo justifica (los ya citados Artículo VI del Título Preliminar del Código adjetivo del 2004 y el Artículo VII de su homólogo del 2021), ello no ha sido lo más frecuente, pues en la mayoría de las ocasiones la doctrina se ha detectado allí donde lo desarrollado en un caso inicial, ha sido posteriormente reiterado. Cosa muy distinta es lo que sucede con el precedente que por mandato del Código Procesal Constitucional (léase el del 2004 así como el del 2021) obliga a su definición como tal, con lo cual desde su reconocimiento ya se sabe también sobre sus eventuales alcances.

423

3. Por los alcances de su obligatoriedad

Se suele decir, por otra parte, que la doctrina vincula esencialmente a todos los jueces y Tribunales del país mientras que el precedente obliga no solo al Poder Judicial sino a la totalidad de los poderes públicos e incluso, a los privados. Tal premisa aparentemente quedaría ratificada si nos atenemos a una rápida lectura de las regulaciones específicas de ambos institutos.

Esta consideración sin embargo, entendemos que hay que asumirla con ciertas precisiones. En realidad no es que la doctrina y el precedente no tengan efectos vinculatorios generales o para todos porque de hecho los tienen. Lo que sucede es que las normas que los regulan han querido marcar matices dirigidos a enfatizar quienes de todos los obligados, son sus principales destinatarios.

En este contexto y si bien el Artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional pareciera estar refiriéndose esencialmente al Poder Judicial (en cualquiera de sus niveles o especialidades) lo cierto es que ello se debe a que la citada norma apunta hacia el establecimiento de pautas interpretativas, con lo cual es natural que se priorice el mensaje para los operadores jurídicos que administran justicia (es decir los jueces), más de ello no debe inferirse que

la vinculación se haya hecho exclusivamente para los mismos. Entendemos que si de lo que se trata es de sentar premisas sobre el significado de los contenidos constitucionales, ello ha de irradiarse sobre cualquiera que por una razón u otra requiera determinar cómo es que la Constitución ha de ser entendida. Por lo demás, sería absurdo pensar que la lectura de la Constitución de la que hace gala el supremo intérprete de la Constitución, solo se hace para unos y en cambio, se excluye para otros.

En el caso del precedente constitucional, el tratamiento, sin ser perfecto, apunta hacia una mayor explicitud. Ello se aprecia no solo en lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional sino también a la luz de lo señalado en el artículo 81 del mismo cuerpo normativo, dado que si las sentencias del Tribunal Constitucional (como en su caso las del poder judicial) vinculan a todos los poderes públicos, especialmente cuando de los procesos orgánicos se trata, está claro que los precedentes nacidos de tales procesos, serían por donde se le mire obligatorios para todos. Quedaría en todo caso por preguntarse si la misma perspectiva regiría para los precedentes nacidos de los procesos de tutela de derechos y la respuesta no puede ser sino afirmativa, desde que tales procesos, al amparo del artículo 200 de la Constitución, proceden contra cualquier autoridad funcionario o persona, siendo que el precedente de ser creado en tales ámbitos correría la misma suerte.

4. Por las características de su contenido

Mientras que la doctrina o jurisprudencia constitucional se traduce en criterios o raciocinios generales establecidos a la luz de las interpretaciones que se realizan de la Constitución en cualquiera de los contenidos que la integran, el precedente se manifiesta bajo la forma de reglas o fórmulas cuasi normativas estructuradas para dar respuesta a determinado tipo de casos en el contexto de las problemáticas o incertidumbres que los mismos plantean.

No es lo mismo interpretar la Constitución a fin de desentrañar los alcances de sus normas o contenidos que proponer una solución a cierto tipo de controversias cuando las mismas no reciben respuestas por el sistema jurídico o la que se brinda lo es de modo deficitario. Si bien en ambos escenarios, se despliega un esfuerzo interpretativo, la doctrina propone líneas de raciocinio abiertas en tanto que el precedente respuestas concretas en clave de reglas, sean estas sustantivas, sean estas procesales.

Desde luego, con independencia, de que algunas oportunidades no se haya apreciado una escrupulosa observación de este modo de proceder (se han dado casos de doctrina que ha propugnado indiscutibles reglas y de precedentes con carácter abierto donde las reglas han brillado por su ausencia) es un hecho que la casuística lo ha ido consolidando en observancia de la regulación incorporada para una u otra técnica jurisprudencial.

5. Por su forma de aplicación

Precisamente y en tanto los contenidos de la doctrina y el precedente no responden a los mismos matices, su forma de aplicación se torna diferenciada, pues mientras la primera por su alcance abierto puede ser pertinente frente a todo caso en el que se requiera o se haga pertinente ratificar las interpretaciones de la Constitución que se hayan establecido por parte del órgano jurisdiccional que la creo, el segundo solo puede ser invocado y por ende aplicado para aquellos supuestos iguales a aquel donde el mismo se generó.

Probablemente no exista una diferencia más nítida entre ambas técnicas que la aquí descrita. No tendría ningún sentido hablar de doctrina o de precedentes, si ambos se aplicaran exactamente por igual. La doctrina es mucho más elástica o flexible y por consiguiente puede ser pertinente para todo caso en el que se haga necesario ratificar los significados de la norma constitucional cuando aquella ha sido interpretada, en tanto que el precedente es mucho más limitado desde que solo sirve para controversias con determinadas características ligadas al caso en el que se le estableció. Como en algún momento lo hemos sostenido, la relación entre el caso de origen no es la misma cuando se trata de la aplicación de la doctrina o la aplicación del precedente y así es como insistentemente y de modo reiterado ha venido siendo asumido por nuestra casuística.

IV. LAS POSICIONES DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES EN EL EXP. N.º 949-2021-PA/TC

Quien haya leído con detenimiento no solo la sentencia emitida en el caso comentado sino los votos singulares que le acompañan habrá podido observar, que mientras la mayoría formal de Magistrados proclama que no existe igualdad entre el caso resuelto en el Exp. N.º 049-2021-PA/TC y el caso zanjado en el Exp. N.º 1413-2017-PA/TC (Caso: Juan Fernando Ruelas Noa) y que bajo tales circunstancias no puede ser aplicable la doctrina constitucional de este último, los Magistrados discrepantes consideran que tal conclusión es incorrecta, en principio, por utilizarse

la doctrina vinculante como si fuese un típico precedente constitucional y en segundo lugar, porque así se aplicara el raciocinio propio del precedente, tampoco sería de recibo la respuesta dispensada por la sentencia, desde que los supuestos de hecho que plantean los casos antes descritos, serían en la práctica exactamente los mismos. En otras palabras, la crítica de los votos disidentes, no solo apunta a evidenciar una equivocada percepción por parte de la mayoría respecto de lo que representan las técnicas jurisprudenciales utilizadas por el Colegiado, sino que a su vez puntualiza en el mal uso que en el presente caso se les habría otorgado.

De acuerdo con lo que se argumenta en los votos, la doctrina jurisprudencial no se utiliza de la misma forma que un precedente constitucional. Mientras que en este último nos encontramos ante una regla que nace de un caso y que solo puede ser pertinente para casos futuros que sean iguales a aquel donde nació el precedente, la doctrina difiere de ese tipo de aplicación, en tanto aquella se traduce en raciocinios o interpretaciones de la Constitución que bien pueden invocarse para casos iguales, pero también para casos sustancialmente distintos donde se haga necesario el uso de la misma.

426

Que el precedente y la doctrina son diferenciados, lo ha puntualizado en diversas ocasiones la jurisprudencia al momento de describir las características de uno u otro instituto.

Así por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0024-2003-AI/TC (Caso: Municipalidad Distrital de Lurín) nos dirá el Colegiado que:

[...] el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

[...]

la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

Asimismo, y mediante la ejecutoria emitida en el Exp. N.º 3741-2004-PA/TC (Caso: Ramón Hernando Salazar Yarlénque), se enfatizara nuevamente en que:

De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre

en los países del Common Law «[...] el valor de precedente de una decisión está determinado por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (fattispecie) concreto de la controversia sometida a juicio». (Fundamento 44)

Pero a su turno y con relación a la doctrina constitucional el mismo Colegiado dejara claramente establecido mediante la sentencia emitida en el Exp. N.º 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad) que:

Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicable por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal solo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es, las «anulaciones» de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución [...]. (Fundamento 15)

427

Agregando en resumen y vía la ejecutoria emitida en el Exp. N.º 3741-2004-PI/TC (Caso: Ramón Hernando Salazar Yarlenque) que:

La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo. (Fundamento 42)

Así las cosas, no es pues lo mismo el precedente que la doctrina, por lo que siendo esta última mucho más abierta que el primero, sus alcances aplicativos no se determinaran de la misma forma.

Curiosamente sin embargo, los votos dejaron en claro que aun cuando fuese aplicado el enfoque del precedente al caso, tal y cual lo hizo la mayoría, la argumentación practicada tampoco habría sido la más feliz.

Al respecto conviene recordar que de acuerdo con el fundamento décimo de la sentencia fueron tres las diferencias que se alegaron como presuntamente

existentes entre el caso del Exp. N.º 949-2022-PA/TC y el de su predecesor, el resuelto en el Exp. N.º 1413-2017-PA/TC:

i) en el presente caso, el demandante conocía, al momento de adquirir su propiedad en el Condominio Playa del Golf, que existía una prohibición expresa de introducir o mantener animales, contenida en el artículo 7.3.6 del Reglamento Interno de la Junta de Propietarios de la Habitación Vacacional Playa del Golf, así como de la existencia de la tipificación de esta conducta como infracción (artículo 18.8 del mismo reglamento); ii) en la STC 01413-2017-PA, la parte demandante era propietaria de un departamento en el que residía frecuentemente; mientras que, en el presente caso, la persona se encuentra en un área de habitación vacacional; iii) no se discute, en esta controversia, alguna circunstancia particular que se derive de alguna discapacidad del recurrente

De las tres presuntas diferencias, las dos últimas son en rigor, bastante débiles. De acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional el domicilio apunta a las mismas características, independientemente del momento en que se le utilice (Exp. N.º 4085-2008-PHC/TC (Caso: Marco Antonio Mendieta Chauca), Exp. N.º 6558-2015-PHC/TC (Caso: Carmen Rosa Leiva Rosas); N.º 2466-2019-PA/TC (Caso: Guido Iñigo Peralta), por lo que con morada permanente o transitoria las condiciones del domicilio son exactamente iguales, con lo cual este argumento se caería de inmediato.

Lo mismo y de manera mucho más acentuada entendemos que sucede cuando se hace referencia a un debate o dilucidación presuntamente realizados en el caso primigenio sobre una situación de discapacidad por parte de quien en ese momento demandaba. Basta con revisar el texto de la sentencia del referido caso (y específicamente sus antecedentes), para percatarse de que en ningún momento se reclamó por una situación de este tipo. En otras palabras, no existe un solo dato o registro que induzca a pensar que el demandante del caso primigenio se haya encontrado o haya padecido una situación de discapacidad. Naturalmente y aunque efectivamente es cierto que al momento de establecerse la doctrina vinculante del Exp. N.º 1413-2017-PA/TC, se colocó un párrafo sobre ese punto, ello respondió, no exactamente al caso debatido sino al deseo por parte del Colegiado de dejar establecida la necesidad de considerar que las mascotas o animales de compañía también pueden ser esenciales para las personas con discapacidad. Así las cosas, se trató de una fórmula jurisprudencial más bien general, pero no así, de un criterio aplicable a la solución de dicho caso.

Descartadas las dos supuestas diferencias, consignadas como segunda y tercera, el único argumento que podría considerarse como mínimamente debatible, sería el referido al momento temporal de la reglamentación cuestionada y que como se ha dicho en otro momento, era posterior a la adquisición del departamento en el caso del Exp. N.º 1413-2017-PA/TC y más bien anterior en el caso del Exp. N.º 0949-2022-PA/TC. Sin embargo, de tomarse este último como una razón atendible en términos rigurosamente formales, ello traería consigo la necesidad de definir si los contratos o acuerdos de privados pueden contener cláusulas irrazonables o abiertamente contrarias a los derechos fundamentales, lo que en último término tampoco armonizaría con la cláusula de proscripción del abuso del derecho prevista en el artículo 103 de la Constitución.

Haber llevado la discusión al plano de la comparación entre los casos, si bien no imposible, no era sin embargo lo más aconsejable y así parece corroborarse de los aplastantes votos singulares que sobre este punto contiene, la ejecutoria.

En las circunstancias descritas, entendemos que el haber dado tratamiento igualitario a institutos como la doctrina y el precedente ha sido bastante opinable como igual de discutible el hecho de haber maximalizado las diferencias entre los casos de los Expedientes 0949-2022-PA/TC y 1413-2017-PA/TC, tanto más cuando estas últimas no se llegan a evidenciar de una forma tan determinante como en último término lo ha entendido la sentencia.

429

V. LA ELUSION DEL TEMA DE FONDO (A MODO DE CONCLUSIÓN)

Desde nuestro concepto, el esfuerzo al que se ha apelado en la búsqueda de una distinción de los casos y la innecesaria polémica sobre lo que deberían representar las técnicas jurisprudenciales que aquí se ha comentado, ha traído por resultado eludir un debate que tal vez hubiese sido mucho más relevante desde una perspectiva rigurosamente doctrinaria. El de saber cómo vamos avanzando o en último término, que alternativas vamos ofreciendo, a uno de los retos más interesantes que nos impone el constitucionalismo moderno, consistente en definir si seguimos manteniéndonos en una clásica y cada vez más insuficiente visión antropocentrista que hace girar todo el raciocinio jurídico alrededor de la persona humana o si por el contrario, empezamos a visionar el mensaje constitucional desde una perspectiva mucho más omnicomprendensiva donde el mundo natural en general y el rol de los animales en particular, adquieren el protagonismo que hace rato vienen reclamando.

En este aspecto y más allá de matices, saludamos el interesante posicionamiento que algunos de los Magistrados constitucionales, siguiendo una línea bastante progresista en el tema, han anticipado a través de sus votos. Seguramente en el futuro controversias mucho más directas, que la que aquí se ha examinado, permitirán una mejor apreciación de las cosas.

En tanto ello, resta por advertir que la sentencia examinada, tampoco es que haya representado un abandono de la doctrina en su día establecida en el Exp. N.º 1413-2017-PA/TC, sino una respuesta muy particular a lo que la mayoría ha entendido a la luz de los hechos. Ello en último término, colocará a la magistratura constitucional, en la necesidad de distinguir con prudencia cuando es que estaremos en el supuesto del caso anterior y cuando en el escenario del actual⁴.

BIBLIOGRAFÍA

Tribunal Constitucional (2019) Sentencia N°1413-2017-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01413-2017AA.pdf?_gl=1*_hrf231*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDEzMDYyOC45OC4xLjE3MjAxMzE0NjguNjAuMC4xOTE0MjI4NjU5

Tribunal Constitucional (2023) Sentencia N°0024-2003-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.pdf?_gl=1*_1k5oxhc*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDEzODkzNy45OS4xLjE3MjAxNDEwNzMuNDEuMC4xNzUyMDMyMjc2

Tribunal Constitucional (2006) Sentencia N°3741-2004-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf?_gl=1*_135gs6u*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDEzMDYyOC45OC4xLjE3MjAxMzIzMzIuMjQuMC4xOTE0MjI4NjU5

⁴ Entendemos que no hay abandono de doctrina, no solo por el hecho de que no estemos en estricto ante una decisión nitidamente mayoritaria (aunque formalmente lo sea producto del voto decisorio al que antes se ha hecho referencia) sino porque en ningún fundamento de la sentencia (mucho menos en su parte resolutive) se está diciendo que se procede a un cambio o apartamiento, como ha ocurrido en supuestos anteriores en los que de manera expresa o categórica el Colegiado ha rubricado su apartamiento de doctrina. Incluso y para que no quede duda, el mismo Colegiado denomina doctrina a la establecida en el Exp. N.º 1413-2017-PA (ver al respecto los fundamentos 8, 9, 20, entre otros), con lo cual está claro que ratifica la idea de que nos encontramos ante una singularidad que a la luz de los casos habrá que determinar y en función a ello resolver.

Tribunal Constitucional (2007) Sentencia N°4853-2004-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.pdf?_gl=1*cyvg5j*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDEzODkzNy45OS4xLjE3MjAxNDA3NTUuNTAuMC4xNzUyMDMyMjc2

Tribunal Constitucional (2008) Sentencia N°4085-2008-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04085-2008-HC.pdf?_gl=1*6bn96r*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDIwODQ2OS4xMDAuMS4xNzIwMjA4Njc2LjUwLjAuMTg4MDczODY4OA

Tribunal Constitucional (2018) Sentencia N°6558-2015-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/06558-2015-HC.pdf?_gl=1*1l6sjq8*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDIwODQ2OS4xMDAuMS4xNzIwMjA4ODg5LjQzLjAuMTg4MDczODY4OA

Tribunal Constitucional (2020) Sentencia N°2466-2019-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02466-2019-AA.pdf?_gl=1*1jk4c2d*_ga*Mzg3OTU1OTI0LjE2OTgyNTM5Njg.*_ga_BK92586FH9*MTcyMDIwODQ2OS4xMDAuMS4xNzIwMjA5MTU4LjQ0LjAuMTg4MDczODY4OA

Sáenz, Luis R. (2022) La doctrina jurisprudencial vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional. En A. Crispin (Coord.); Precedentes y Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional, (pp. 213 y ss.) Gaceta Jurídica.

Sáenz, Luis R. (2022) El Precedente Vinculante en materia constitucional y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional. Revista Peruana de Derecho Constitucional (Nuevo Código Procesal Constitucional), (14), 219 y ss.

Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y derecho al agua potable

*Comentario a la Sentencia N.º 322/2023
(Expediente N.º 03383-2021-PA/TC)*

 NADIA PAOLA IRIARTE PAMO*

433

I. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

En la Sentencia 322/2023, recaída en el Expediente N.º 03383-2021-PA/TC, se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, ii) el derecho al agua potable y iii) el estado de cosas inconstitucional.

II. CONTEXTO DE LA SENTENCIA

La problemática ambiental se ha acentuado en estos últimos años. El ambiente es afectado por diversas actividades (molestas, insalubres, nocivas y peligrosas). La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en las personas y otros seres vivos; además, repercute en múltiples derechos (vida, salud, integridad personal, etc.).

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Directora de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

En este contexto, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado se erige como un derecho fundamental de vital relevancia. Su doble dimensión (individual y colectiva) implica que su vulneración puede tener efectos directos e indirectos en los individuos; asimismo, se constituye como un interés universal de las generaciones presentes y futuras. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 22) de la Constitución Política del Perú (en adelante Constitución).

Al respecto, cabe precisar que el ordenamiento jurídico peruano cuenta con una «Constitución Ecológica», que es el conjunto de disposiciones de la Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente.

La «Constitución Ecológica», según el Tribunal Constitucional (en adelante, Tribunal), tiene una triple dimensión: i) como principio que irradia todo el orden jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la nación; ii) como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, y iii) como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares¹. Cabe precisar que esta teoría, en su momento, fue desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia (en adelante Corte Constitucional)².

434

De otro lado, advertimos que el Tribunal Constitucional —el año 2007— expidió la sentencia emitida en el Expediente N.º 06546-2006-PA/TC que reconoce al agua potable como un derecho fundamental. Posteriormente, mediante ley de reforma constitucional —Ley N.º 30588, publicada el año 2017— se reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional. El mismo que fue incorporado a la Constitución en el artículo 7-A.

El derecho al agua potable no solo es esencial para la vida y el desarrollo de la persona; sino, que repercute en otros derechos (salud, integridad personal, trabajo, etc.). Lamentablemente, en el Perú, el acceso al agua potable proveniente de red pública presenta grandes brechas. La región Loreto encabeza la lista con el mayor déficit, ya que casi la mitad de su población no accede al agua por la red pública (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 7).

En el Perú, los conflictos por temas hídricos y ambientales son frecuentes y se instituyen como uno de los motivos de conflictividad social en el territorio nacional que generan escenarios de violencia, vulneraciones a los derechos fun-

¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 03610-2008-PA/TC, de fecha 27 de agosto de 2008, fundamento 34.

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-126/98, de fecha 1 de abril de 1998, fundamento 18.

damentales y riesgos a la gobernabilidad democrática (Presidencia del Consejo de Ministros, 2023, p. 6).

Bajo este marco, la Sentencia N.º 322/2023 —objeto de análisis— aborda estos importantes derechos fundamentales: el derecho al agua potable y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Se expide en el proceso de amparo (Expediente N.º 03383-2021-PA/TC) promovido por el señor William Navarro Sajami, delegado vecinal de la Junta Vecinal del Asentamiento Humano «Iván Vásquez Valera»; la señora Graciela Tejada Soria, subdelegada de la citada junta vecinal; y, el señor Pedro Tuanama Gutiérrez, delegado vecinal de la Junta Vecinal del Asentamiento Humano «21 de Setiembre».

La demanda de amparo se interpone contra el Gobierno Regional de Loreto, la Dirección Regional de Salud de Loreto, la Municipalidad Provincial de Maynas, la Municipalidad Distrital de Punchana y la Red Asistencial de EsSalud en Loreto. Se alega la afectación a los derechos a la salud, a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, a la educación, al agua potable y al trabajo.

De manera específica, los demandantes consideran cuestionables las siguientes situaciones:

- a) La ausencia de un sistema para el tratamiento de los vertimientos sólidos arrojados de forma ininterrumpida por el camal municipal de Punchana y el hospital EsSalud Loreto III sobre cuerpos de agua en el distrito de Punchana.
- b) La ausencia de prestación de los servicios públicos esenciales de agua potable y alcantarillado a favor de la población del Asentamiento Humano Iván Vásquez, situado en el distrito de Punchana.
- c) La ausencia de prestación del servicio público esencial de recojo de basura a favor de la población del distrito de Punchana.
- d) La ausencia de acondicionamiento territorial del distrito de Punchana.
- e) La presencia de un grado elevado de enfermedades infectocontagiosas, entre otras de distinta naturaleza, causadas por las condiciones de vida insalubres que soporta el distrito de Punchana, particularmente, las que afectan a poblaciones vulnerables.

El Tribunal declara fundada la demanda de amparo respecto de los derechos a contar con un ambiente equilibrado y adecuado, al agua, a la vida, a la salud, a la integridad física, a la vivienda, a acceder a servicios públicos y al bienestar.

Adicionalmente, dispone que los demandados cumplan con lo siguiente:

- i) El cese, en el plazo máximo de 30 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada la Sentencia 322/2023, del vertimiento de desechos orgánicos y residuos sin tratar al sistema de alcantarillado municipal que desemboca en el desagüe a cielo abierto ubicado en los asentamientos humanos «Iván Vásquez Valera» y «21 de Setiembre».
- ii) El establecimiento inmediato del recojo de residuos sólidos de manera asequible y suficiente, mediante un sistema de recojo que evite la acumulación de residuos en las calles o que ellos deban ser transportados a lugares lejanos para su acopio, con una periodicidad cuando menos interdiaria y en un rango de horario establecido.
- iii) El cubrimiento inmediato del alcantarillado a cielo abierto ubicado en los asentamientos humanos «Iván Vásquez Valera» y «21 de Setiembre», así como la construcción de rasantes que impermeabilicen el suelo y coadyuven a evitar el rebalse de las aguas residuales hacia las calles y casas.

436

Finalmente, el Tribunal Constitucional ordena:

- i) Que en el plazo máximo de 30 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada la Sentencia 322/2023, las autoridades demandadas coordinen y dispongan las medidas necesarias para revertir en el más breve plazo, y agotando el máximo de los recursos disponibles para tales efectos, las vulneraciones determinadas en la citada sentencia.
- ii) El abastecimiento de un sistema de agua potable en condiciones accesibles, de calidad y suficiente.
- iii) La construcción definitiva del sistema de desagüe integrado a la red de alcantarillado municipal.

III. ANÁLISIS

1. El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado

En la Sentencia 322/2023, se considera que se ha producido una vulneración grave del derecho al medio ambiente, por la existencia de un desagüadero a cielo abierto, que contiene desechos orgánicos peligrosos que han contaminado la tierra, el aire y el agua alrededor de los asentamientos humanos «Iván Vásquez Valera» y «21 de Setiembre» (Tribunal Constitucional, 2023, párr. 62).

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional realiza valiosas precisiones acerca de este derecho fundamental, reconocido en el artículo 2, inciso 22) de la Constitución que señala: «[t]oda persona tiene derecho [...] a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida». Así, estipula que el ambiente constituye un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Supone el compendio de elementos naturales (vivientes o inanimados) sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Agregado a ello, observa que es el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos (Tribunal Constitucional, 2023, párr. 46). En ese sentido, siendo el ambiente tan importante para el desenvolvimiento de la vida del individuo y otros seres vivos, debe ser objeto de una amplia protección.

El Tribunal enfatiza que no se protege cualquier ambiente, sino que este debe ser «equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida». Notamos que en la Sentencia 322/2023 el Tribunal explica —de forma detallada— el significado de cada uno de estos atributos.

El rasgo «equilibrado» del ambiente implica que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos (la flora y la fauna); los componentes abióticos (el agua, el aire o el subsuelo); los ecosistemas e, incluso, la ecósfera (la suma de todos los ecosistemas). Estos elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria, esto es, con referencia a cada uno de ellos considerados individualmente. El derecho a un ambiente «equilibrado», significa que la protección abarca al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida.

437

Por su parte, la alusión a un «ambiente adecuado» supone la obligación del Estado y de los particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas (Tribunal Constitucional, 2023, párr. 54).

Reparamos que el Tribunal —apropiadamente— describe los estándares que debe tener el ambiente, que es objeto de protección. En cuanto a la definición de estos atributos, el Tribunal se ha pronunciado en anterior jurisprudencia: las sentencias recaídas en los Expedientes 0018-2001-AI/TC, en los fundamentos 7 y 8 y 0964-2002-AA/TC, en los fundamentos 8 y 9. La Sentencia 322/2023 acoge la descripción de estas características e incide en su importancia.

El contenido del derecho fundamental objeto de nuestro estudio, según el Tribunal, está determinado por dos elementos (i) el derecho de gozar del medio ambiente, y (ii) el derecho a que el medio ambiente se preserve.

De acuerdo con la sentencia 322/2023 El primer elemento de dicho derecho implica la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que la persona intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. El segundo, conlleva obligaciones ineludibles para los poderes públicos y particulares, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute (Tribunal Constitucional, 2023, párr. 55).

En lo relativo al contenido del derecho fundamental de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la Sentencia 322/2023 sigue aquella línea jurisprudencial establecida en distintas sentencias (STC 0048-2004-PI/TC, Sentencia 343/2020, Sentencia 364/2021, entre otras.) que consideran aquellas dos manifestaciones.

Resaltamos que el Tribunal —en la Sentencia 322/2023— centra su atención en las obligaciones que dimanen de este derecho, considerando deberes de carácter reaccional y prestacional. Dentro de este marco, especifica que el Estado asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana (faz reaccional). Por otra parte, el Estado tiene obligaciones destinadas a conservar el ambiente de manera equilibrada y adecuada (faz prestacional), las mismas que se traducen en diversas posibilidades (Tribunal Constitucional, 2023, párr. 55).

Las obligaciones impuestas tanto a particulares como al Estado, destinadas al cuidado y preservación del ambiente, no solo pretenden conservar el ambiente para el goce inmediato de los ciudadanos, sino que este cuidado se extiende a la protección del disfrute de las generaciones futuras. Por lo tanto, en estos casos se asume un compromiso para los ciudadanos que hoy deben aplicar las técnicas de explotación e industria que causen el menor impacto posible al ecosistema, y para las futuras generaciones.

En esa línea, el Estado puede efectuar múltiples acciones, tales como, expedir disposiciones legislativas que promuevan la conservación del ambiente, establecer políticas públicas, diseñar planes de acción para prevenir la contaminación, y rehabilitar zonas contaminadas.

Ponemos de relieve que el tema de las obligaciones, en relación con el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, es un aspecto recurrente en el derecho nacional y en el derecho internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), en la opinión consultiva OC-23/17, refiere que los Estados están obligados a tomar medidas para prevenir el daño significativo al medio ambiente. A efectos de cumplir con esta obligación, los Estados deben: (i) regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente; (ii) supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño al medio ambiente, para lo cual deben poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, que comprendan medidas preventivas, de sanción y reparación; (iii) exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; (iv) establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y (v) mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible. (CIDH, 2017, parr. 140 y 174)

De otro lado, la citada opinión consultiva manifiesta que los Estados tienen la obligación de garantizar: (i) el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente; (ii) el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente; y (iii) el acceso a la justicia en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente. A nuestro juicio, este rubro de obligaciones evidencia la relación del derecho al medio ambiente con otros derechos; y la incidencia de éstos en su concretización.

439

Por último, el Tribunal hace hincapié en un tema trascendental: la relación entre la protección del ambiente y las actividades económicas. Al respecto, prescribe que estas actividades deben realizarse respetando el medio ambiente, que la explotación de los recursos debe ser sostenible y sustentable, que el derecho al ambiente equilibrado y adecuado genera obligaciones para los particulares y que éstos deben operar con «responsabilidad social».

2. El derecho al agua potable

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional sostiene que ha existido una vulneración flagrante del derecho al agua, dado el grado de contaminación y los efectos de las aguas residuales, vertidas en una red de alcantarillado a cielo abierto, que desembocan en los asentamientos humanos demandantes. Asimismo, estima que ha quedado acreditado que los demandantes no tienen acceso al agua potable.

Cabe evidenciar que en la fecha de presentación de la demanda —el 4 de julio de 2016— si bien el derecho al agua potable no se encontraba consagrado expresamente en la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal (STC 06546-2006-PA/TC, STC 06534-2006-PA/TC y STC 03668-2009-PA/TC) estableció que el agua potable es un derecho fundamental. Ello en aplicación del artículo 3 de la Constitución y considerando que su reconocimiento deriva de la dignidad del ser humano y del Estado Social y Democrático de Derecho.

Posteriormente, a través de la Ley 30588 —publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio de 2017— se reconoce el derecho de acceso al agua potable como derecho constitucional. En esa línea, se incorpora el artículo 7-A de la Constitución que señala: «El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible».

440

Esta disposición constitucional no solo reconoce el derecho al agua como un derecho fundamental, sino que destaca su condición de recurso natural básico para la conservación y evolución de la existencia y la calidad de vida del ser humano. En tanto recurso natural, tal como lo prescribe el artículo 66 de la Constitución, se instituye como patrimonio de la Nación.

El derecho objeto de nuestro estudio no es absoluto, sino que su ejercicio se encuentra limitado por otros derechos constitucionales, principios y bienes de relevancia constitucional. Destacamos que, en diversas sentencias, el Tribunal manifiesta que el ejercicio del derecho al agua potable está condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras – usuarios (Sentencia 322/2023 —objeto de análisis—, Sentencia 76/2023, Sentencia 770/2021 y STC 03333-2012-PA/TC).

El agua es esencial para la vida. El impedimento del goce del derecho al agua potable repercute en la vida y dignidad de las personas; e, incide en otros derechos, como el medio ambiente, la salud, el trabajo.

El Tribunal, en la Sentencia 322/2023, centra su atención en las condiciones que el Estado debe garantizar en relación con el agua potable: acceso, calidad y suficiencia. El acceso implica que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. La calidad se refiere a la obligación de garantizar condiciones

plenas de salubridad en el agua y la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con los que ha de ser suministrada. La suficiencia supone la necesidad de que el agua pueda ser dispensada en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como aquellas vinculadas a los usos personales y domésticos o aquellas referidas a la salud.

Ponemos de relieve que, reiterada jurisprudencia del Tribunal, repara en este conjunto de supuesto mínimos, sin los cuales se desnaturalizaría este derecho fundamental. Para ilustrar, mencionamos las sentencias expedidas en los Expedientes 06546-2006-PA/TC, 03333-2012-PA/TC, 05713-2015-PA/TC y 03693-2019-PA/TC.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (en adelante Comité DESC), en la Observación General N.º 15, precisa que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Adicionalmente, especifica que su contenido comprende el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua, el derecho a no ser objeto de injerencias (no sufrir cortes arbitrarios del suministro, no contaminar los recursos hídricos), el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar este derecho (2003, párr. 2 y 10).

441

La Corte Interamericana se ha pronunciado acerca de esta materia en algunas sentencias, verbigracia, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, y Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. En este último caso, la Corte Interamericana especifica que el derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. A su parecer, ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, dado que estas permiten derivar derechos, siendo uno de ellos el derecho al agua (2020, párr. 222).

En suma, estamos frente a un derecho fundamental y un derecho humano, En mérito a ello, el Tribunal aborda el derecho al agua potable no solo a la luz de las normas nacionales, sino también tomando en cuenta diversos instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En lo referente a la efectiva y oportuna tutela de los derechos sociales fundamentales —siendo uno de ellos, el derecho al agua potable— el Tribunal en la Sentencia 322/2023 recurre a su jurisprudencia en lo concerniente a la existencia de diversos umbrales de protección. En ese sentido, trae a colación la sentencia

expedida en el Expediente 01470-2016-PHC/TC que refiere tres umbrales: (i) la obligación esencial mínima del Estado, (ii) políticas programáticas de desarrollo en materia social, y (iii) satisfacción de finalidades individuales.

El primer umbral concretiza una obligación del Estado ante los ciudadanos respecto a garantizar la realización mínima del contenido de los derechos sociales fundamentales. En lo referente a este punto, el Comité DESC en la Observación General N.º 3 aduce que los Estados Partes del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales —siendo uno de ellos, el Perú— tienen una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (Comité DESC, 1991, párr. 10).

El segundo umbral alude a los medios orientados a complementar y desarrollar la exigencia mínima esencial de dichos derechos. El Tribunal, enfatiza, que el Estado está obligado a realizar, de manera progresiva, políticas programáticas orientadas a incrementar el nivel de bienestar social de los individuos, así como también a justificar las medidas que ha ido realizando en este sentido.

El tercer umbral está conformado por las condiciones que los individuos de manera individual o colectiva necesitan para alcanzar distintos propósitos específicos de su interés derivados del derecho social fundamental protegido.

El Tribunal Constitucional, en criterio que compartimos, puntualiza que si bien los derechos sociales fundamentales pueden ser desarrollados de forma progresiva; sin embargo, el aseguramiento de un primer umbral de cumplimiento incondicionado es un supuesto necesario para que estos derechos no se vean reducidos a meros fines programáticos o simples buenas intenciones.

Por último, en cuanto al derecho al agua potable, mencionamos algunas obligaciones básicas expuestas por el Comité DESC en la Observación General N.º 15 (2003, párr. 37):

- (i) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y para prevenir las enfermedades.
- (ii) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables.
- (iii) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre.
- (iv) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua.

- (v) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables.
- (vi) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

3. El estado de cosas inconstitucional

En la Sentencia 322/2023, el Tribunal Constitucional constata que la vulneración de los derechos al medio ambiente y al agua potable evidencian un problema estructural, masivo y arraigado en el tiempo, que requiere la intervención de diversos actores institucionales. Adicionalmente, observa que hay un déficit muy preocupante acerca de dichos derechos en la Región Loreto que merece una respuesta estructural; por ende, además de la decisión específica que el caso concreto requiere, estima necesario utilizar la técnica del estado de cosas inconstitucional.

Bajo este marco, el Tribunal declara —acertadamente— la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la Región Loreto respecto de lo siguiente: (i) la vulneración masiva del derecho al agua potable, debido a la falta de acceso a la red de agua y al sistema de alcantarillado, en especial en los sectores que se encuentran en situación de pobreza, (ii) la contaminación ambiental como consecuencia de la falta de acopio y gestión de los residuos sólidos, y (iii) la contaminación ambiental como consecuencia de la falta de tratamiento, o el tratamiento defectuoso, de las aguas residuales.

443

Apreciamos que el Tribunal utiliza la técnica del estado de cosas inconstitucional, pues en el caso concreto se evidencia una situación de hecho estructural y generalizadamente inconstitucional que produce efectos lesivos graves en un grupo importante de personas. Esto posibilitará que diversas entidades estatales (Ministerio del Ambiente, Autoridad Nacional del Agua, Gobierno Regional de Loreto, etc.) se involucren de manera efectiva en la solución de la problemática evidenciada.

Mediante la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, el Tribunal extiende los alcances *inter partes* de la Sentencia 322/2023 a toda persona que potencialmente pueda verse inmersa en dicha situación.

Cabe precisar que, en abril de 2004, el Tribunal Constitucional —por primera vez— aplicó esta técnica en el Caso Arellano Serquén (sentencia expedida en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC). En este caso, la señora Arellano interpuso demanda de *hábeas data* contra el entonces Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) al estimar que se vulneró su derecho de acceso a la información pública,

pues este organismo se negó a entregar la siguiente información: (i) copia del informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque, (ii) copia de su entrevista personal y (iii) copia del Acta del Pleno del CNM, que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo mencionado.

En el caso concreto, el Tribunal determinó que la información solicitada por la señora Arellano tenía el carácter público y, en consecuencia, debió ser entregada. Agregado a ello, observó que la señora Arellano no era la única persona que se encontraba en esa situación y declaró que el estado de cosas que originó el *hábeas data* (no entrega de información por parte del CNM) es contrario a la Constitución.

Destacamos que, en el caso Arellano Serquén, en la Sentencia recaída en el Expediente 02579-2003-HD/TC, el Tribunal formula interesantes especificaciones en relación con esta técnica. Así, determina que para su aplicación es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucional, vulnere o amenace derechos de otras personas ajenas al proceso. En el supuesto de actos individuales se declarará el estado de cosas inconstitucional si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público (Tribunal Constitucional, 2004, párr. 19).

A partir del año 2004, el Tribunal ha utilizado la técnica del estado de cosas inconstitucional en veinte casos en los que ha advertido problemas estructurales. Entre estos se encuentran problemas relacionados con el hacinamiento penitenciario (sentencia recaída en el Expediente 05436-2014-HC/TC-Caso C.C.B); el tratamiento legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez (sentencia emitida en el Expediente 00617-2017-PA/TC-Caso Bocanegra Ruiz); la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comuniqué oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes (sentencia recaída en el Expediente 0889-2017-PA/TC-Caso Díaz Cáceres); la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en extrema pobreza del ámbito rural (sentencia emitida en el Expediente 00853-2015-PA/TC-Caso Cieza Fernández)³.

³ Ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N.º 002-2023-DP/AAC. El Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú. Análisis del proceso de implementación 2004-2023, Primera Edición, Lima, julio 2023.

Es oportuno mencionar, que el año 2004, al adoptar la técnica del estado de cosas inconstitucional, el Tribunal toma en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia relativa a esta figura, que fue implementada a partir de la Sentencia de Unificación 559/97.

La Corte Constitucional (1997, párr. 31), en la citada sentencia, se pronunció acerca de los procesos de tutela presentados por maestros que cuestionaban que los municipios para los cuales trabajaban no los afiliaron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a que les realizaron los descuentos con esa finalidad. En este contexto, y tomando en cuenta que un gran número de maestros enfrentaban la misma situación, la Corte Constitucional declaró —por primera vez— que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de la revisión, son contrarias a la Constitución Política de Colombia. Y ordenó que las autoridades competentes corrijan la situación, dentro del marco de las funciones que la ley les atribuye y en un plazo razonable.

En lo relativo a la materia abordada, resaltamos que la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional es un referente importante. Para ilustrar, mencionamos la Sentencia T-025/04 que detalla los factores que debe valorarse para definir si existe un estado de cosas inconstitucional: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades; y (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional de Colombia, 2004, párr. 7).

445

De otro lado, puntualizamos que luego de declarado el estado de cosas inconstitucional, se debe de efectuar un requerimiento genérico o específico a los órganos estatales, con el propósito que en un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de individuos ajenos al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

En ese sentido, el Tribunal en la Sentencia 322/2023 considera pertinente lo siguiente:

- Disponer que las entidades demandadas precisen las situaciones de bloqueo institucional que limitan la posibilidad de cumplir debidamente con sus competencias relacionadas con el estado de cosas inconstitucional evidenciado.

- Notificar con la sentencia 322/0223 al Ministerio del Ambiente, al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a la Autoridad Nacional del Agua, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y a la Presidencia del Consejo de Ministros, para que informen al Tribunal Constitucional y a la Defensoría del Pueblo —en el plazo de 30 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada la sentencia—, bajo responsabilidad, sobre los alcances de sus competencias respecto del estado de cosas inconstitucional declarado.
- Notificar con la sentencia 322/2023 a la Defensoría del Pueblo, para que en el marco de sus atribuciones reconocidas en la Constitución y su Ley Orgánica, supervise que todas las entidades administrativas involucradas cumplan de manera eficaz y oportuna con los mandatos establecidos por este Colegiado.

En suma, una vez declarado el «estado de cosas inconstitucional» en la Sentencia 322/2023, el Tribunal exhorta a varias instituciones públicas para que realicen diversas acciones que permitan la reversión del problema estructural advertido. Recordemos que esta declaratoria se efectúa con el propósito de lograr una respuesta inmediata a la situación lesiva de los derechos al medio ambiente y al agua potable, por lo que se involucra a órganos estatales para que participen de forma efectiva en la solución de la problemática.

446

Por otra parte, llama nuestra atención que el Tribunal —en la Sentencia 322/2023— al disponer estos requerimientos a los órganos públicos, indique: «de ser el caso, el Tribunal Constitucional amplíe sus efectos a las entidades correspondientes, con base en los artículos 14 y 16 del Nuevo Código Procesal Constitucional». A nuestro juicio, de manera pertinente, el Tribunal deja abierta la posibilidad de ampliar los efectos de su sentencia a las instituciones correspondientes, si el caso lo amerita. Todo ello en mérito a la complejidad de la problemática abordada, que exige diversos niveles de coordinación y planificación; y, la intervención de distintos órganos estatales.

Adicionalmente, se aprecia que el Tribunal Constitucional dispone que la Defensoría del Pueblo pueda supervisar el cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia 322/2023, ello en mérito a que el artículo 162 de la Constitución preceptúa que a esta institución le corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. En cuanto a este tema, si bien la Defensoría del Pueblo cuenta con esas importantes funciones, no podemos soslayar que carece de competencias coactivas. A nuestro parecer, esto repercutiría en la supervisión del cumplimiento de la Sentencia 322/2023.

Cabe recordar que, el 14 de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional aprobó crear una Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional. Es por eso, que mediante Resolución N.º 054-2018-P/TC —de fecha 5 de marzo de 2018— se creó la referida comisión y por Resolución N.º 118-2018-P/TC —de fecha 18 de mayo de 2018— se designó a sus miembros.

Posteriormente, a través de la Resolución Administrativa N.º 065-2020-P/TC —de fecha 1 de junio de 2020— se creó el Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional, el cual se conformó por el Pleno del Tribunal, un magistrado coordinador (titular y accesitario) y la Comisión de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal (siete asesores jurisdiccionales). Esta resolución dejó sin efecto las Resoluciones N.º 054-2018-P/TC y N.º 118-2018-P/TC.

El citado sistema tuvo por finalidad promover y garantizar el debido y pleno cumplimiento de las sentencias y demás decisiones definitivas del Tribunal Constitucional, con énfasis en los casos en los que se exhorta a los poderes públicos y particulares, en los que la intervención del órgano constitucional es indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales, o en los que se declara un estado de cosas inconstitucional.

En mayo de 2022, se produjo la elección de los actuales magistrados del Tribunal. En ese contexto, mediante Resolución Administrativa N.º 105-2022-P/TC —de fecha 10 de agosto de 2022—, se designó a los nuevos integrantes de la mencionada comisión de supervisión de cumplimiento.

Tiempo después, la Resolución Administrativa N.º 179-2022-P/TC —de fecha 14 de noviembre de 2022— dejó sin efecto las Resoluciones Administrativas N.º 065-2020-P/TC y N.º 105-2022-P/TC. En síntesis, actualmente, no se cuenta con el Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional.

Consideramos que uno de los retos que enfrenta la justicia constitucional es el cumplimiento de sus sentencias, más aún cuando se trata de sentencias estructurales —como la Sentencia 322/2023—. Por lo que es necesario incidir en la necesidad de contar con mecanismos idóneos que procuren la efectividad de estas sentencias.

En conclusión, el Tribunal en la Sentencia 322/2023 aborda un tema crucial para los pobladores del distrito de Punchana: la contaminación ambiental y falta de acceso al agua potable. En esa línea, realiza significativas y valiosas precisiones sobre el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y el derecho al agua

potable. Además, mediante la declaración de un estado de cosas inconstitucional expande los efectos de la sentencia estimatoria.

Finalmente, sienta un hito importante pues es la primera vez que se reconoce como problema estructural la vulneración masiva del derecho al agua potable y la contaminación ambiental en la Región Loreto. Y marca un derrotero trascendental para comprender la justicia constitucional desde un compromiso con la tutela de los derechos fundamentales, en especial de los grupos vulnerables.

I BIBLIOGRAFÍA

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2003, 20 de enero). Observación General N.º 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). Observación General N.º 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23.

Corte Constitucional de Colombia. (1997, 6 de noviembre). Sentencia SU 559/97.

Corte Constitucional de Colombia. (1998, 1 de abril). Sentencia C-126/98.

Corte Constitucional de Colombia. (2004, 22 de enero). Sentencia T-025/04.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 6 de febrero). Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 15 de noviembre). Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos.

Defensoría del Pueblo. (2021, febrero). Informe de Adjuntía N.º 002-2021-DP/AMASPPI. Boletín sobre cobertura de agua potable Región Loreto, Primera Edición.

Defensoría del Pueblo. (2023, julio). Informe Defensorial N.º 002-2023-DP/AAC. El Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú. Análisis del proceso de implementación 2004-2023.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2023, junio). Secretaría de Gestión Social y Diálogo. Reporte de Conflictos Sociales.

Tribunal Constitucional. (2002). Expediente N.º 0018-2001-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00018-2001-AI.html>

- Tribunal Constitucional. (2003). Expediente N.º 0964-2002-AA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). Expediente N.º 02579-2003-HD/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 0048-2004-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 06546-2006-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06546-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 06534-2006-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Segunda. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N.º 03610-2008-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03610-2008-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N.º 03668-2009-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Expediente-03668-2009-PA-TC-LPDerecho.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.º 03333-2012-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03333-2012-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2017). Expediente N.º 0853-2015-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2018). Expediente N.º 0889-2017-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2018). Expediente N.º 05713-2015-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05713-2015-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2019). Expediente N.º 01470-2016-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>

- Tribunal Constitucional. (2019). Expediente N.º 00617-2017-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00617-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2020). Expediente N.º 05436-2014-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2020). Expediente N.º 0012-2019-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2019-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 0604-2018-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://n9.cl/gd4k4>
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 03693-2019-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Expediente-03693-2019-PA-TC-LPDerecho.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2023) Expediente N.º 01303-2022-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01303-2022-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2023). Expediente N.º 03383-2021-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03383-2021-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2002). Expediente N.º 0018-2001-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00018-2001-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2003). Expediente N.º 0964-2002-AA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). Expediente N.º 02579-2003-HD/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 0048-2004-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 06546-2006-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06546-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N.º 06534-2006-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Segunda. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N.º 03610-2008-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03610-2008-AA.pdf>

- Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N.º 03668-2009-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Expediente-03668-2009-PA-TC-LPDerecho.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.º 03333-2012-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03333-2012-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2017). Expediente N.º 0853-2015-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2018). Expediente N.º 0889-2017-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2018). Expediente N.º 05713-2015-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05713-2015-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2019). Expediente N.º 01470-2016-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2019). Expediente N.º 00617-2017-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00617-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2020). Expediente N.º 05436-2014-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2020). Expediente N.º 0012-2019-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2019-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 0604-2018-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://n9.cl/gd4k4>
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 03693-2019-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Expediente-03693-2019-PA-TC-LPDerecho.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2023). Expediente N.º 01303-2022-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01303-2022-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2023). Expediente N.º 03383-2021-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03383-2021-AA.pdfAA.pdf>

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota preliminar

José Matías Manzanilla, catedrático de derecho constitucional

 ALFREDO ORLANDO CURACA KONG*

José Matías Manzanilla Barrientos, destacado abogado, jurista, profesor y político peruano, nació en Ica el 5 de octubre de 1867. Sus padres fueron Matías Manzanilla y Jesús Barrientos. Fue hijo único. Estudió en el *Colegio Nacional San Luis Gonzaga* de Ica y posteriormente en el *Convictorio Peruano* de Lima, que fundó poco antes de morir el maestro español Sebastián Lorente Ibáñez, impulsor de la educación en nuestro país, y dirigió después el educador peruano y yerno de Lorente, doctor Pedro Manuel Rodríguez. Ingresó en 1886 a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, institución en la que, el 26 de mayo de 1890, obtuvo el grado de bachiller en jurisprudencia al sustentar la tesis *¿Hay o no derecho de gracia o conmutación?*; el 11 de mayo de 1891, el de bachiller en ciencias políticas con la tesis *¿Pueden ó nó justificarse los requisitos que para ser Diputado exige el Artículo 47 de la Constitución?*¹ (sic); en 1892 se recibió de abogado al

* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

¹ Su tesis se mandó insertar en los *Anales Universitarios* de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

sustentar ante la Corte Superior de Lima; y, el 27 de abril de 1895, alcanzó el grado de doctor en ciencias políticas y administrativas con la tesis *Incompatibilidades parlamentarias*, a los 26 años de edad. (UNMSM, 1892, p. 353 y 396) (UNMSM, 1898, p. 671) (De los Heros, 2004, p. 523).

En su labor docente, se inició como profesor de historia en el precitado *Convictorio Peruano* (Benvenuto, 1921, p. 82), para después pasar a dictar en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos los cursos de economía política y legislación económica del Perú por más de treinta años, estadística y finanzas y derecho constitucional. En esta universidad también llegó a ocupar importantes cargos administrativos, por cuanto fue decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, de 1914 a 1920; decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Comerciales, de 1920 a 1927; y, en 1927, asumió como rector, cargo que ejerció hasta 1930.

También fue miembro de la Junta Electoral Nacional (1898-1899), decano del Colegio de Abogados de Lima (1918, 1919, 1944 y 1945), diputado por Huallaga (1896-1904), por Lima (1905-1908) y por Ica (1909 y 1919). En 1909 y 1916, además, asumió la presidencia de la Cámara de Diputados. Como parlamentario, tuvo una destacada labor en favor de la clase trabajadora, particularmente los obreros, al presentar y defender con notable y peculiar oratoria diversos proyectos de ley en su favor, entre estos, el que llegó a convertirse en la Ley N.º 1378, promulgada el 20 de enero de 1911, que implantó en nuestro país la *doctrina del riesgo* en los accidentes de trabajo (Ceroni, 2011, p. 171). En suma, apunta Benvenuto, su vida parlamentaria fue fecunda en victorias y éxitos sobresalientes (1921, p. 83).

Ocupó, asimismo, los cargos de ministro de Relaciones Exteriores en dos oportunidades (1914 y 1932-1933). Durante el gobierno del General Luis Miguel Sánchez Cerro fue, a la par de *canciller*, presidente del *Consejo de Ministros*. De hecho, Manzanilla se encontraba acompañando en el auto descapotable al presidente Sánchez Cerro el día que lo asesinaron, el 30 de abril de 1933, y fue el encargado de dar el discurso principal en sus exequias. Luego de estos acontecimientos, al asumir por segunda vez la presidencia el Mariscal Óscar R. Benavides, Manzanilla fue designado ministro plenipotenciario en Italia, cargo que ejerció desde 1933 hasta 1939. Terminada esta función, volvió al Perú para ejercer su última etapa como decano del Colegio de Abogados de Lima. Finalmente, murió en Lima el seis de octubre de 1947. Se le tributaron los honores de ministro de Estado por orden del presidente de la época, don José Luis Bustamante y Rivero.

El texto que reproducimos a continuación corresponde a la clase inaugural del curso de derecho constitucional dictada por el profesor Manzanilla en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que fuera publicada en la *Revista Universitaria* de 1907 (pp. 304-318).

La lección fue tomada estenográficamente por el señor Estanislao Peña, jefe del cuerpo de taquígrafos de la Cámara de Diputados, y por el señor Julio Moloche, taquígrafo principal de la misma (p. 304).

El notable constitucionalista peruano don Luis Felipe Villarán era el profesor titular de ese curso. Este, en 1903, al ser reelegido decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas decidió renunciar a la cátedra de filosofía del derecho, que ejercía en la Facultad de Jurisprudencia desde el 14 de abril de 1894, por no disponer del tiempo necesario. Asumió entonces el adjunto titular, nada menos que su hijo don Manuel Vicente Villarán, también preclaro constitucionalista patrio. Ese mismo año 1903, Villarán padre también fue elegido como vocal de la Corte Suprema por el Congreso de la República y, posteriormente, al fallecimiento de don Francisco García Calderón, acaecido en noviembre de 1905, fue unánimemente elegido para reemplazar a aquel en el rectorado de la universidad decana de América, cargo para el que fuera reelegido consecutivamente en 1907 y en 1911 (De Lavalle, 1923, p. 10) (UNMSM, 1906, p. 165).

Se entiende que, en estas circunstancias, frente a sus múltiples responsabilidades, le fuera imposible a don Luis Felipe Villarán continuar con la cátedra de derecho constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, que finalmente debía asumir el Dr. Enrique de la Riva-Agüero, adjunto interino del curso y designado para dictar desde el 18 de noviembre de 1905, profesor que también dictaba la cátedra de derecho administrativo en la mencionada facultad. Sin embargo, el 9 de abril de 1906, el Dr. De la Riva-Agüero renunció el cargo de adjunto interino de ambas clases, *que quedaron en consecuencia encomendadas, la de Derecho Administrativo al Dr. D. Antonio Miro Quesada en calidad de principal interino y la de Derecho Constitucional al catedrático principal titular de Economía Dr. D. José M. Manzanilla que ha dictado el curso durante todo el año escolar* (UNMSM, 1906, p. 753-754).

Es así como al Dr. Manzanilla le fue encargada la asignatura de derecho constitucional. La clase inaugural del curso que a continuación se ofrece al lector, refleja la elocuencia y los conocimientos sobre la materia que se le encomendó dictar. Pensadores como Montesquieu, Blackstone, Rousseau, Hamilton, Jay, Madison y otros no le son ajenos. Tampoco conceptos como el de derecho político, derecho constitucional, poderes públicos, derechos individuales, soberanía popular, separación de poderes, libertad, igualdad, entre otros términos que normalmente se escuchan en una clase de derecho constitucional. El Dr. Manzanilla no era entonces un improvisado de la ciencia constitucional, sino todo lo contrario, lo que se reafirma si se pasa revista a sus ensayos, discursos, tesis y demás trabajos, que estudian diversas figuras de la disciplina constitucional.

Se encontraba, entonces, a la altura de sus predecesores y no por nada fue calificado como el *Mirabeau peruano*, al estar provisto de *una inteligencia precoz y sólida, de una elocuencia en el decir seductora y persuasiva y de una ilustración legislativa abundante y nutrida* (Benvenuto, 1921, p. 6).

I BIBLIOGRAFÍA

Benvenuto, N. (1921) *Parlamentarios del Perú contemporáneo 1904-1921*, Imprenta Malatesta, En: file:///C:/Users/User/Documents/libros%20antiguos/Parlamentarios_del_Per%C3%BA_contempor%C3%A1neo.pdf

Ceroni Galloso, M. (2011) Homenaje al Dr. José Matías Manzanilla Barrientos, a los 100 años de promulgada la Ley de Accidentes de Trabajo, *Revista de la Sociedad Química del Perú*, 77(3), 171-172.

De Lavalle, J. (1925) *Luis Felipe Villarán, el maestro, el jurista, el magistrado*. Librería francesa científica y casa editorial E. Rosay.

De los Heros, A. (2004) *Semblanza: José Matías Manzanilla Barrientos*. I Congreso Nacional de Derecho al Trabajo. En: <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-I-514-517.pdf>

UNMSM (1891), *Anales Universitarios del Perú*, Tomo XVIII, Imprenta de Masías y C., file:///C:/Users/User/Downloads/Anales_universitarios_t18_1891.pdf

UNMSM (1892), *Anales Universitarios del Perú*, Tomo XIX, Imprenta de Masías y C., Lima, file:///C:/Users/User/Downloads/Anales_universitarios_t19_1892.pdf

UNMSM (1898), *Anales Universitarios del Perú*, Tomo XXIII, Imprenta liberal, Lima. En: file:///C:/Users/User/Downloads/Anales_universitarios_t23_1898.pdf

UNMSM (1906), *Revista Universitaria*, 1(2), N. 5-8. En: file:///C:/Users/User/Downloads/1906%20A%C3%B1o%201%20vol.%201%20N5-8%20(3).pdf

Lección inaugural dictada en la Facultad de Ciencias Políticas por el Dr. José Matías Manzanilla, profesor titular de Economía Política y encargado del curso de Derecho Constitucional

459

OBJETO Y DEFINICIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. – ORIGEN Y TENDENCIAS DE LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS. – PLAN DEL CURSO

El curso del que es profesor titular nuestro eminente maestro, el Dr. Luis Felipe Villarán, y que yo dictaré este año, recibe generalmente el impropio nombre de Derecho Constitucional. Habría más exactitud en denominarlo Ciencia Política o, con más modestia, Derecho Político, pues así como a la ciencia que estudia la penalidad se la llama derecho penal, y a la que estudia el proceso económico, ciencia económica, es propio designar al conjunto de teorías sobre el fenómeno político con el nombre de ciencia política. La denominación de Derecho Constitucional sugeriría la idea de un horizonte estrecho, si no sugiriese la de un horizonte falso. Podría creerse que todo fenómeno político de un país se reduce a su constitución, así como que las tendencias generales del desarrollo y de la influencia de los fenómenos políticos y de la concepción integral de los mismos pueden encontrarse limitándose a analizar las constituciones de los diversos países y el cuadro comparativo de ellas. Evidentemente, el régimen institucional, o la ley, es el gran factor político; pero si la ley refleja algunas veces las costumbres y la opinión pública, y otras las inspira, hay necesidad del análisis de los fenómenos políticos en su amplitud más comprensiva, con todas las influencias que los producen y desenvuelven,

además de que es indispensable considerarlos no solo desde el punto de vista de la ley, de la opinión pública, o sea, de los conceptos ambientales en el medio social y de las costumbres —es decir, de los conceptos tradicionales—, sino desde el punto de vista de su influencia educativa sobre los ciudadanos, pues la educación cívica es elemento preponderante en el fenómeno político y esta clase de fenómenos repercute, con eco sonoro y profundo, en la cultura de las masas populares.

¿Cuál es el objeto del derecho político? O, hablando el lenguaje de los programas universitarios, ¿cuál es el objeto del derecho constitucional? Su objeto es demarcar el campo legítimo de la acción de la autoridad y de la libertad. Desarrollándose el fenómeno político bajo esta doble faz, el curso de Derecho Constitucional ofrece dos grandes capítulos, a saber: organización de la autoridad, o sea, los poderes públicos, y organización de la libertad en todas sus manifestaciones o, lo que es lo mismo, la declaratoria de los derechos individuales.

Con estos dos conceptos es fácil definir el derecho constitucional diciendo que es la ciencia que estudia la organización de los poderes públicos y de las garantías que fundamentalmente han de otorgarse a los derechos individuales.

460

El problema de organizar los poderes públicos es de gran importancia, sin embargo, su solución no constituye el fin primordial de la ciencia política. Es el estudio de las formas más eficaces para garantizar el derecho, para desarrollar la actividad libre del hombre y para establecer los límites entre la autoridad y la libertad. ¿Hasta qué punto puede desenvolverse el individuo en el ejercicio de sus derechos? ¿Cuáles son estos derechos? ¿Cuáles limitaciones deben soportar para mantener el equilibrio entre ellos? ¿A nombre de qué altísimo interés social se limita el derecho de los individuos? ¿Cuál es la carta de legitimidad de este interés social? ¿Dónde ha de intervenir la autoridad y dónde ha de abstenerse? He aquí materias que en la teoría constitucional y en su aplicación positiva son distintas a las cuestiones sobre la forma de gobierno —ya sea republicana o monárquica—, sobre la república unitaria o federativa, y sobre la existencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

¿Qué origen tiene la ciencia del derecho constitucional? ¿Es legado de las antiguas épocas? ¿Es una construcción de hace dos mil años? ¿Presenta la fuerza de la existencia, tradicional y veinte veces secular, del derecho civil, por ejemplo? Su origen más remoto y su fuente primitiva están en la Carta Magna y en el *bill* de los derechos de Inglaterra. Ambos actos materiales importantes constituyeron la base del derecho político, cuyos ensayos de sistematización científica pertenecen al espíritu filosófico del siglo XVIII, a Montesquieu, Blackstone, Rousseau

y quizá a Voltaire, que esparcieron en la intelectualidad francesa los gérmenes de las renovaciones jurídicas y sociales para abolir el absolutismo y el poder real, así como edificar la vida política sobre las bases de la soberanía popular, la libertad, la democracia y la igualdad. Es no solo el genio francés inspirado en las instituciones inglesas, sino también el genio yankee con Hamilton, Jay, Franklin y Madison, que aporta su contribución a la teoría del régimen institucional americano, constituyendo él, conjuntamente con los conceptos fundamentales de la Revolución francesa, el núcleo del derecho político, cuyas indestructibles bases gravitan sobre la Declaración de los Estados Unidos de Norte América.

La Declaración de los Derechos del Hombre proclamó la soberanía popular. Este principio de tanto volumen, rico en postulados y en consecuencias, es suficiente por sí solo para explicar el desarrollo de la vida política contemporánea. En segundo lugar, en la Declaración de los Derechos del Hombre hubo el reconocimiento metódico y completo de la libertad humana, desde el mundo del trabajo hasta el mundo de la conciencia. En tercer término, la independencia de los poderes públicos fue sancionada en la Declaración de los Derechos del Hombre. Por último, echando sobre ella una mirada de conjunto, aparece con el valor de un texto, de una estructura orgánica de los principios y de las reglas políticas, en suma, con todos los caracteres de una constitución escrita.

461

Estos principios de la soberanía popular, de los derechos individuales, de la separación de los poderes y de la existencia de las constituciones escritas son los fundamentos de todas las instituciones libres, ya sea que se las considere abstractamente o que se las aprecie desde el punto de vista de los hechos mismos, porque toda la vida política descansa en la certidumbre de la soberanía del pueblo, de la independencia de los poderes públicos, del respeto al derecho y de la perpetuidad de reglas escritas que delimiten el campo de acción de los gobiernos y del libre juego de las actividades humanas.

La ciencia y las instituciones políticas reposan, además, en la existencia de un presidente de la República, de un Poder Ejecutivo con un solo jefe. Esta idea no es francesa, sino norteamericana. La concepción de un Poder Ejecutivo bajo la presidencia de una sola persona es la antítesis de la concepción de los convencionales y los constituyentes franceses. La Constituyente y la Convención creían que establecer la presidencia de la República era restaurar, con disimulo e hipocresía, el poder real que se acaba de destruir. Por eso entregaban el Poder Ejecutivo a las comisiones pluripersonales, al Directorio y al Consulado. Fue en los Estados Unidos donde se creó la institución de la presidencia, que hubo necesidad de unir a los cuatro principios franceses.

Nos encontramos, entonces, con que el origen de todas las constituciones y el de la ciencia política se remontan a ciertas conquistas legales y consuetudinarias de Inglaterra; en seguida, al espíritu crítico que, iniciado por los enciclopedistas y ampliado en las direcciones jurídicas por Montesquieu, demolió conceptos tradicionales sobre el poder público y el derecho; y, por último, de modo más concreto, con la fuerza más sugestiva e imperativa, aparecen como las fuentes de las ciencias y de las instituciones políticas la Declaración de los Derechos del Hombre y la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte.

Después de ambos acontecimientos, es incesante el desarrollo de las instituciones legales en el sentido de la libertad, de la igualdad, de la democracia, de la laicalización y de su paralelismo en el estado de las costumbres y de la conciencia pública, acreditándose experimentalmente el carácter progresivo de las instituciones políticas y su virtud de adaptación para desenvolverse bajo la influencia de las necesidades y del medio social. El primero de esos progresos políticos consiste en la aparición de la ley. Toda constitución, toda garantía escrita del derecho, aunque imperfecta o incompleta, es en sí progreso. Buena o mala, la existencia de la regla limita la arbitrariedad del poder. Constituir regímenes políticos sujetos a la ley es aplicar a las relaciones públicas el concepto jurídico de la vida civil. El comodato y el mutuo, las servidumbres, los pequeños contratos y las querellas de unos con otros propietarios, tenían reglas y sanciones legales; pero las relaciones de los hombres con los poderes públicos y la libertad, en suma, dependía del capricho de los gobernantes. En nuestra época, ya no acontece tal cosa. Las fórmulas escritas son límites y garantías del derecho, a salvo ya de taxativas arbitrarias y dependiendo solo de una entidad impersonal y protectora: la ley. Si ella es condición del progreso político, todas las reivindicaciones han de presentarse con el criterio del relativismo y de la oportunidad, para obtener la conquista inmediata de bases legales, bajo el beneficio de reservar al porvenir el triunfo completo del ideal.

Creadas las instituciones por obra de la ley, tienden a perfeccionarse, dando al libre ejercicio de los derechos individuales la mayor amplitud y las mejores garantías. Pero las instituciones, además de consolidar la libertad, se orientan a la igualdad. Desde el histórico ejemplo de los señores feudales desprendiéndose de los privilegios de la nobleza hasta los ejemplos recientes de los monarcas que abdican omnímodas prerrogativas, hay un himno a la igualdad de los hombres. Mas los progresos de la igualdad nunca son, en el hecho, tan fecundos ni tan extensos como lo son intencionalmente. El proceso evolutivo de nivelación es lento, por los conflictos aparentes entre la libertad y la igualdad, y porque toda ley es más eficaz

para garantizar el ejercicio libre del derecho que para nivelar las diversas condiciones humanas, que influyen, de modo intenso, aunque oculto, en el aprovechamiento efectivo de la igualdad jurídica. No obstante la anterior reflexión, las instituciones contemporáneas, tienden a disminuir las desigualdades provenientes de causas físicas, de factores sociales y de causas económicas, así como a eliminar ciertas formas de explotación y de miseria. Las instituciones, en el presente, se orientan, por fortuna, a la igualdad, sin sacrificio real de la libertad, y renunciando al oficio de instrumento de conservación social que conducirá a mantener injusticias existentes, se convierten en instrumento de renovación social para destruir algunas profundas y artificiales desigualdades humanas, susceptibles de frustrar la amplia realización de la igualdad ante la ley.

Los progresos políticos resultan no solo de un régimen obediente a la ley, igualitario y libre, sino del equilibrio social ligado siempre a la concordia entre todas las clases sociales, al resguardo del depósito de los supremos intereses colectivos y al ensayo de su conciliación con los derechos individuales. Pues bien, las instituciones políticas, consideradas en la sistematización de sus ideas y en sus efectos, conservan el equilibrio de los intereses y los derechos sin que haya perturbaciones en consecuencia de movimientos orgánicos que se cumplen en el periodo actual de la sociedad.

463

Además de garantizar la libertad, de tender a la igualdad y de conservar el equilibrio social, las instituciones actuales son democráticas, eminentemente democráticas, porque dan al pueblo una participación cada días más extensa en las funciones públicas. El control creciente de la opinión en los negocios del Estado, el predominio de la prensa, la enseñanza popular, el derecho de asociarse, el sufragio y, en fin, la libertad y la igualdad conducen inevitablemente a consolidar y universalizar la democracia. No es concebible una institución sin vistas democráticas; la Duma rusa las tiene. El hecho de convocarla es ya el voto del Zar a favor del derecho del pueblo a intervenir, aunque en esfera reducida, en la vida política. No se concebiría la reunión de la Duma para confirmar la autocracia, ni para establecer la servidumbre o para desoír los anhelos populares.

Por último, el régimen legal es laico. La política no se confunde ya con la religión, ni el derecho con el dogma, habiéndose independizado el criterio jurídico del sentido de lo sobrenatural, base de las religiones. Todas las instituciones son laicas, con excepción de las que subsisten como rezago de pasados tiempos. Por un fenómeno de supervivencia, algunas instituciones permanecen como hechos, pero si se extinguen, no dejan el temor de una restauración posible.

Por otra parte, las instituciones son elementos de educación y opinión. El texto cívico, las reglas constitucionales, forman opinión y educan; recíprocamente, una y otra preparan o afianzan el imperio de instituciones progresivas, produciéndose así la interdependencia de la vida política con el medio social, y de la conciencia y la educación pública con la bondad de los gobiernos y de las leyes.

Los progresos institucionales y del régimen de opinión, que son evidentes, tienen en las costumbres la única sólida garantía. Ellos, no obstante de conservar su sentido teórico, carecen de realidad positiva y no contribuyen al bienestar de los pueblos cuando los ciudadanos están desprovistos de virtudes políticas. La educación, la opinión y las costumbres de sinceridad y acatamiento a la soberanía del país constituyen las condiciones del desarrollo progresivo del poder civil sobre las iglesias de las diversas religiones, y el de la democracia, la libertad y la igualdad sobre las infinitas formas del despotismo y de la oligarquía.

¿Cuál es el método de exposición del curso? Las primeras explicaciones versarán sobre las teorías de la soberanía de la nación, del Estado y de las reglas constitucionales escritas, a fin de establecer en este estudio preliminar puntos de referencia y de criterio para la discusión de los problemas de la ciencia política.

464

La soberanía popular aparece con el rigor de las certidumbres científicas y de las verdades experimentales, pues durante más de un siglo ha suministrado la prueba de su bondad. La doctrina de la soberanía comprende el estudio de sus limitaciones, por razón de los derechos individuales; el estudio del mandato, única forma posible de su provechoso ejercicio; el estudio de la elección, el de la responsabilidad y revocabilidad de los mandatarios; el estudio del derecho de insurrección y del referéndum; y, en fin, el de la opinión pública, guía y estímulo de los gobernantes y el control que los pueblos ejercen sobre ellos.

Como la soberanía reside en la nación, hay que fijar el concepto de nacionalidad, el concepto de nacional y el de las consecuencias de la naturalización, medio empleado por los extranjeros para convertirse en nacionales. Se verá en la nación un grupo humano, suficientemente coherente y numeroso, radicado de modo que se establece en un territorio, con la común aspiración a vivir bajo la misma autoridad y las mismas leyes, sin que existan de modo indispensable los lazos de la razón, de idioma o de la religión. En este mismo capítulo sobre la nacionalidad, hay lugar para desenvolver los fundamentos científicos que, coincidiendo con las expectativas de los pueblos de América, imponen la necesidad de unir el carácter de nacional al hecho del nacimiento y de conceder a la naturalización la eficacia de capacitar al ejercicio de los derechos políticos, salvo al de las funciones de jefe del Estado.

La idea de nacionalidad conduce suavemente a la de Estado. A la concepción funesta del Estado ideal con los atributos de la universalidad y de la perpetuidad, limitado a garantizar el derecho. Es urgente el derecho, es urgente oponer con los datos de la historia y de las actuales condiciones del mundo la teoría de que el Estado es siempre apto para modificar sus tendencias y su impulso, inspirándose en las necesidades sociales, para convertirse él, que es un aparato de coerción y de conservación, en instrumento de libertad y en expansivo agente del progreso.

Es preciso determinar, además, el valor y contenido de las constituciones. Desde luego, han de declarar todos los derechos. Ese es el gran ejemplo francés. Es también el de los EE. UU., que por el acta adicional de 1791 completaron la Constitución de 1787, en donde no aparece la declaratoria de los derechos individuales. Pero la declaración no sería suficiente. Hay necesidad de garantizar esos derechos. La libertad y la igualdad, por ejemplo, como dogmas jurídicos y concepciones abstractas, carecerían de eficacia si los textos constitucionales las reconocieran sin señalar los medios de garantizarlas. El sentido y la forma de organizar las garantías concretan y dan realidad a la declaración de los derechos.

En el orden de protección legal, corresponde la preferencia a la igualdad, base de todo régimen jurídico. El derecho constitucional proclama y condena todos los actos del legislador o de los gobiernos que tienden, franca o disimuladamente, a constituir o agravar desigualdades económicas y sociales incompatibles, cuando son muy acentuadas, con los principios escritos sobre la igualdad política y la civil.

465

Para el desarrollo de la doctrina sobre las garantías, es preferible prescindir de clasificaciones inútiles y de ciertas dominaciones pomposas y retóricas, que pertenecen más a la tribuna parlamentaria que a la cátedra. Thiers llamaba a los derechos individuales las libertades necesarias y Castelar, derechos ilegislables; frases llenas de sonoridad y de pompa, pero que adolecen, especialmente la últimas, de grave inexactitud.

La primera manifestación de los derechos individuales es la seguridad personal. Ella comprende el derecho al juzgamiento por juez competente; el de no sufrir penas arbitrarias o establecidas con posterioridad al delito; el de no estar expuestos a detenciones preventivas, sino en los casos y con las formalidades legales; el de la inviolabilidad del hogar, y el de residencia y traslación. Pero estas no son las únicas manifestaciones de la libertad. La religión, la prensa, el trabajo, la propiedad, la enseñanza y la asociación constituyen también grandes fines de la vida jurídica. El derecho constitucional posee ya sobre estas cuestiones algunas verdades definitivamente adquiridas; pero se encuentran aún puntos conjeturales que ulteriores

observaciones contribuirán a aclarar y resolver. Así, verbigracia, es indispensable erigir en regla incontrovertible la libertad religiosa; pero no puede admitirse sin beneficio de inventario la célebre fórmula «la Iglesia libre en el Estado libre». La diferencia entre ambas soluciones es fácil explicar. La libertad religiosa es el acatamiento a la conciencia humana, sean cuales fueren los tiempos y las circunstancias. Las relaciones del Estado y de la Iglesia constituyen, antes que regla jurídica, un problema político de solución concreta desde el punto de vista de las condiciones de cada país. La prensa debe ser libre de censura, de depósito previo y de toda medida preventiva. No existe para el periodista ni para nadie el delito de opinión. He ahí una verdad adquirida. ¿Produce acaso la misma evidencia teórica sobre la responsabilidad y el juzgamiento de los delitos de imprenta? Se ensaya aún, con constante indecisión, si el editor es o no responsable solidariamente con el autor, y la forma de juzgar con eficacia las injurias y calumnias vertidas por la prensa.

Cuanto a la propiedad, que es una de las bases de la organización social, el fenómeno político se subordina al concepto económico. La propiedad privada o quiritaria, con los rasgos de individual y perpetua, más el derecho de usar y de abusar, subsiste porque es útil, y desaparecerá cuando deje de serlo. Es, sencillamente, una categoría histórica. Bajo el mismo aspecto de relativismo, considera el derecho político el fenómeno de la propiedad.

466

No es más rígida la conclusión acerca del trabajo, cuyo sistema de garantías sufre la influencia de las incesantes transformaciones industriales y mentales del mundo. Unas y otras determinan incorporación de la libertad de trabajo en el número de las verdades políticas, pero no como fórmula de valor abstracto, no como una entelequia, sino como regla de vida susceptible de contribuir al bienestar humano, conciliando el desarrollo de la actividad económica con la existencia de garantías protectoras que impidan desastrosas expoliaciones.

La controversia sobre la extensión y el sentido de los derechos individuales termina con los capítulos sobre la enseñanza y la asociación. En ambas materias, el derecho político revisa antiguas soluciones y vacila en la obra de rechazarlas. No es sorprendente tal estado de la teoría política. En fenómenos complejos por excelencia, que se encuentran en el periodo de rápido desarrollo, son inevitables los tanteos y las incertidumbres antes de constituir la regla del equilibrio entre el interés social y la autonomía de los individuos.

Los problemas concernientes a la organización del Poder Político tienen fronteras más móviles y soluciones más relativas, movilidad y relatividad provenientes del fin mismo de su existencia. Si el Estado es órgano del derecho y uno

de los órganos de los progresos sociales, la forma de gobierno y la estructura de los poderes públicos quedan subordinadas a la necesidad de servir a esas funciones. El derecho, el progreso y el bienestar, en suma, son el objetivo. Las formas de gobierno representan mecanismos para alcanzarlos. Se trata, verbigracia, de la forma republicana. ¿Puede decirse, con la última evidencia, que la República federativa es superior o inferior a la República unitaria? Frecuentemente, se sostiene la superioridad de la forma federal, desde el punto de vista teórico. Sin embargo, hay otra conclusión, con aspecto más científico, a saber: la forma unitaria no es superior ni inferior a la forma federativa; la federación ha hecho su ensayo, dado la prueba de su bondad en EE.UU. y en Suiza, donde encontró medio social propicio y antecedentes históricos que la imponían necesariamente, así como que esa misma forma de gobierno ha escollado en algunos países sudamericanos y ha sido en ellos uno de las causas de la anarquía. ¿Es dogma, por ejemplo, si fuese permitido hablar de dogmas al ocuparse de la ciencia, la dualidad de cámaras? Aunque la mayoría de los textos constitucionales consagra el principio de la dualidad, existe el movimiento liberal inglés en contra de la Cámara de los Lores; existe el movimiento plebiscitario francés a favor de la Cámara única; existe el senado en España e Italia, sin participación efectiva en la vida política; y, en fin, existe la propaganda tenaz para elegir el Senado de la Unión Americana por el voto directo del pueblo y no por la legislatura de cada Estado, y obtener así la modificación del Poder Legislativo. Y ¿qué decir de la inamovilidad de los jueces? ¿Afirmarla? ¿Contradecirla? Las divergencias son profundas en problema que no es de detalle, como que se refiere a la organización de la misma del Poder Judicial. Pues bien, si se quisiera imitar al diputado aquel de la Convención Francesa, que escribía dos discursos, uno en pro y otro en contra, para pronunciar ya el uno, ya el otro, según las fluctuaciones de la mayoría, podría prepararse la defensa de amovilidad de los jueces y formular también la réplica para concluir sosteniendo la magistratura inamovible.

Los anteriores ejemplos conducen a considerar el derecho político como ciencia en el periodo de elaboración y de rectificación sobre la base suministrada por las experiencias legislativas, por el pensamiento de los estadistas y por el producto de los factores sociales.

En el capítulo sobre los poderes públicos, la cuestión preliminar del sufragio presenta el análisis de las diversas formas de ejercicio y de la capacidad del elector. Presenta, también, el análisis de la influencia de las leyes positivas, de la cultura pública, del carácter nacional, de la acción de los partidos y de los jefes y juntas directivas de los mismos sobre el régimen eleccionario. El estudio del sufragio

es, además, ocasión para determinar el carácter y las tendencias de los partidos contemporáneos, el valor de sus programas, el significado de las abstenciones temporales o sistemáticas, y la necesidad y límites de la disciplina política.

Después del sufragio, hay que considerar las doctrinas sobre la forma de gobierno y la organización de los poderes públicos. Aparece entre ellas, en primer término, el Poder Legislativo bajo la forma unicameral o bicameral, desempeñando funciones propiamente legislativas, funciones económicas y políticas. Las funciones legislativas comprenden todos los procedimientos para expedir la ley. Al tratar las funciones económicas, ha de determinarse el rol de los congresos en los impuestos, en el crédito público, en el presupuesto y en la gestión financiera de los gobiernos. El estudio de las funciones políticas ofrece oportunidad para conocer todas las medidas de control y de crítica de los parlamentos, sobre el Poder Ejecutivo, sin olvidar las órdenes del día, las interpelaciones para votar o discutir las grandes investigaciones parlamentarias, las acusaciones y la desaprobación de las iniciativas o de los actos sobre los que el gabinete haya propuesto la cuestión de confianza. La teoría sobre las funciones de los congresos se completa con las ideas acerca de los deberes disciplinarios de las mayorías, del rol de las oposiciones y de su efectiva importancia. Hay, además, entre otras interesantes materias, las concernientes a la elegibilidad, a la renovación total o parcial, a la duración del mandato, a las incompatibilidades e inmunidades, a la forma de resolver los disentimientos entre las Cámaras, y a las autorizaciones conferidas al Poder Ejecutivo.

La teoría sobre este poder público es tan vasta como la teoría sobre el Parlamento, pues comprende, principalmente la unidad de él; sus funciones colegisladoras, a virtud de la promulgación y del veto; la facultad de reglamentar las leyes; las gestiones internacionales y financieras; su acción sobre la fuerza pública y el municipio, previo estudio de ambos organismos; las responsabilidades presidencial y ministerial; y, en fin, sus relaciones con el Congreso, debiendo discutirse en este momento, después de conocer todo el proceso político, la cuestión del parlamentarismo y del régimen representativo.

Las proposiciones últimas del curso han de referirse a las bases orgánicas de la administración de justicia, a los distintos métodos seguidos para constituir el Poder Judicial, a las diversas formas que él puede revestir y a la influencia que, directa o indirectamente, ejerce en el orden institucional y en todos los fenómenos políticos.

Por supuesto que las lecciones sobre los derechos individuales y los poderes públicos han de comprender referencias a la Constitución del Perú, al estado social de la época en que se dictó, a los precedentes parlamentario que fijan su sentido, y a la necesidad de reformarla, bajo la inspiración de las ideas que la marcha progresiva del mundo esparce inevitablemente.

Ficha:

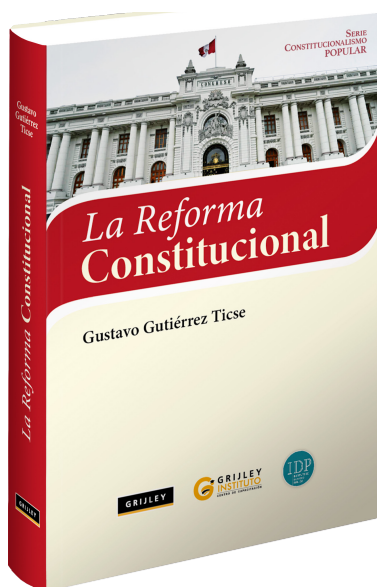
Manzanilla, José Matías: «Objeto y definición del Derecho Constitucional, origen y tendencias de las instituciones políticas». Revista Universitaria, Año II, Núm. 11, Junio 1907.

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

La Reforma Constitucional

 EDDY CHÁVEZ HUANCA*

473



Título: **La Reforma Constitucional**
Autor: Gustavo Gutiérrez Ticsé
Ciudad: Lima
Editorial: Grijley
Año: 2023
Páginas: 176

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INTRODUCCIÓN

El libro de Gustavo Gutiérrez, titulado *La Reforma Constitucional* (Grijley, 2023), se desarrolla en 176 páginas, con un total de once capítulos y añade unas reflexiones finales. En lo que respecta a la producción nacional, se suma al debate permanente de la reforma constitucional y los avatares jurídicos del desarrollo legislativo e interpretativo de la Constitución con su correspondiente impacto social.

Sobre las reformas a la Constitución, el autor desarrolla un análisis de los temas que generan mayor interés en la ciudadanía —no solo a los abogados—, dentro de la cual, históricamente, determinados sectores, solicitan de forma reiterada una nueva Constitución. Tomando en cuenta la bibliografía clásica, describe las diferencias entre los tipos de constituciones, con énfasis que el problema de la existencia y vigencia de los derechos fundamentales no es por su ausencia o presencia de los mismos en un texto constitucional. Para ello, nos da el ejemplo de aquellos países que tienen más derechos escritos en su Constitución y en los hechos terminaron siendo más autoritarios. Curiosamente no es el caso de aquellos países donde menos derechos escritos tienen en su Constitución, que han mostrado en los hechos, ser democracias más efectivas.

474

Explica didácticamente, los triunfos y capitulaciones de la Constitución de 1993, también plantea alternativas de solución. Para ello recurre —además de fuentes bibliográficas—, a reflexiones contemporáneas. Entre lo más destacado que ha sostenido la vigencia y efectividad de la constitución de 1993, Gutiérrez señala: *la prescindencia del reglamentarismo, un modelo económico más abierto al mercado en un contexto de globalización hegemónica, la incorporación de nuevos órganos constitucionales*, entre los principales aspectos positivos.

Dentro de sus propuestas el autor estima que la Constitución que queremos tiene que tener mínimamente: **1. Un reconocimiento plural de los derechos fundamentales, 2. Un régimen económico humanista, 3. Un reconocimiento a los pueblos originarios y su correspondiente protección con estándares internacionales, 4. Una organización del poder de manera armónica, 5. Un sistema de control constitucional eficaz.**

DESARROLLO

Las reflexiones las lleva al campo de la necesidad de un mayor y mejor impulso de legislación infraconstitucional, que permita el desarrollo de los abstractos constitucionales, lo que permite la existencia de una *constitución viva* para la sociedad y de esa manera generar el *sentimiento constitucional* entre los

gobernantes y gobernados, por ende, se forja el respeto al estado constitucional y democrático de derecho. Desde el inicio hasta las conclusiones destaca que para corregir los defectos que puedan existir en el desarrollo de la Constitución por falta de dinamismo legislativo o mayor presencia y actividad de la comunidad de intérpretes (que no se limita solo a abogados y jueces sino también ha de involucrarse a la ciudadanía en su conjunto). Se suma una crítica atávica, que las formas tanto de Estado como de gobierno que le hemos venido dando a nuestro país han sido la más de las veces extrapoladas con poco éxito a nuestra realidad nacional.

Hace una crítica a las reformas que se han venido dando a lo largo de la vida de la Constitución de 1993, algunas identificadas —y con razón— como simbólicas, otras elaboradas como una suerte de labor cosmética, otras inmaduras y otras, pocas, consideradas útiles. Le da un espacio central al apoyarse en las ideas de Karl Loewenstein, como es en caso de la clasificación de las constituciones y cuál sería la ideal, atendiendo la finalidad ontológica, siguiendo la tipología del constitucionalista alemán señala la existencia de constituciones *normativas*, *nominales* y *semánticas*, dentro de las cuales el autor reconoce que, pasados treinta años de su entrada en vigencia, la Constitución de 1993 va tomando la apariencia de una *constitución normativa*.

Del mismo modo, analiza una a una, tanto los poderes clásicos del Estado, así como los organismos constitucionales autónomos. Pasamos a comentar algunas de ellas. En relación con el Congreso de la República, destaca su naturaleza y funciones. Al desenvolver sus aportes señala los nuevos roles que esta institución gubernamental que con mayor activismo tiene que cumplir, más allá de sus dos funciones tradicionales que son la de legislar y fiscalizar, el parlamento como institución, debe actuar con mayor énfasis en potenciar la labor de las comisiones investigadoras, comisiones de seguimiento de legislación delegada, mecanismos de control como la investidura y censura y el juicio político, pedidos de información y opinión, etc.

Señala también que, en la actualidad, el parlamento se enfrenta a sectores atípicos. Sus pugnas políticas habituales —en el ejercicio del poder— ya no solamente son con el poder ejecutivo. Hoy, existen nuevas fuerzas sociales que han ingresado al debate político, sumado a que el escenario es la vitalidad de una *sociedad tecnologizada* con participación trascendente o banal, todo ello en tiempo real. Suma sus comentarios sobre qué tipo de parlamento deberá tener el Perú, y ciertamente, tanto la fórmula unicameral como bicameral tienen sus propias ventajas y desventajas, hace el hincapié que, retornando el parlamento peruano a la bicameralidad, siguiendo a Giovanni Sartori en su *Ingeniería constitucional*

comparada, donde desarrolla una clasificación de esta institución, la misma debería ser un modelo de *cámara imperfecta*, en el sentido que desarrolla el florentino de que «cuando menos parecidas sean, tanto más probable es que representen mayorías diferentes que, a su vez, promueven la gobernabilidad», en ese sentido Gutiérrez señala:

«Es por ello que ambas cámaras deben tener mínimamente un origen de elección distinta, así como funciones exclusivas y compartidas claramente definidas; por ejemplo, la cámara de diputados representa a la ciudadanía y la cámara de senadores a las unidades territoriales. Ello se materializaría en diputados por circunscripciones provinciales y senadores por circunscripciones regionales» (Gutiérrez, 2023, p. 86).

En relación con el Poder Ejecutivo, resalta una constante histórica que dicha institución se reduzca a la figura presidencial y que un gran sector de la población identifique al presidente como el mesías, el predestinado, aquel que nos va conducir a la salvación tanto a peruanos y extranjeros avecindados en nuestro país. Se han hecho esfuerzos para desarrollar pesos y contrapesos. Sin embargo, esa suerte de *presidencialismo atenuado* es una mera declaración, en la práctica nuestro presidente tiene una serie de atribuciones que lo colocan por encima de los demás poderes.

476

En relación con el Poder Judicial —una de las máquinas de la justicia—, para continuar legitimándose ante la ciudadanía, ha de mejorar su imagen y funcionamiento. Se debe propender a que de manera interinstitucional se desenvuelva en coordinación y cooperación con el Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia, Academia de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional. El autor propone cambios que apuntan a consolidar el rol de la Corte Suprema, que tiendan a transparentar las decisiones judiciales y a democratizar la justicia, señalando lo siguiente: «[E]l gobierno del Poder Judicial debe tener un diseño claramente definido. En la actualidad la Sala Plena y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial no tienen competencias claramente definidas. Se genera duplicidad de funciones perdiéndose el sentido de una verdadera dirección de la máquina judicial» (Gutiérrez, 2023, p. 119).

CONCLUSIONES

En prosa del autor, la Constitución de 1993 ha cumplido con sus principales objetivos, uno de ellos es brindarle estabilidad institucional y política al país. Asimismo, el cuestionamiento —que más de una vez se torna mediático— sobre

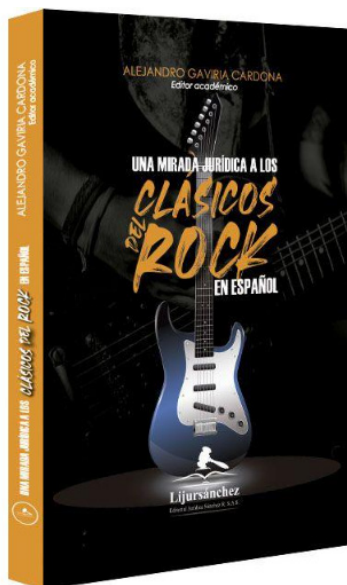
la validez de la Constitución en razón de sus orígenes por la vía del poder constituyente originario es fruto de rupturas del orden jurídico y no un caso aislado. Se ha venido dando también un *proceso de afirmación constitucional* desarrollado por lo que Gutiérrez identifica como *poderes constituyentes primarios* tanto al Parlamento y al Tribunal Constitucional, y tanto como al inicio del texto, donde señala aquellos países que tienen un catálogo extenso de derechos fundamentales y contradictoriamente es donde menos democracia y libertad hay, el problema no es tanto tener más o menos derechos catalogados en una Constitución sino el funcionamiento adecuado de los poderes constituyentes primarios sobre todo los dos antedichos.

Señala además que resulta todo un reto forjar la institucionalidad y que esta genere el tan anhelado —siguiendo a Karl Loewenstein— *sentimiento constitucional*, en un rumbo marcado por el *constitucionalismo popular* que pueda generar bienestar también a las poblaciones menos favorecidas, es decir, consolidar una constitución para todos. Entonces, el libro *La Reforma Constitucional* de Gustavo Gutiérrez desarrolla alcances sobre lo significativo de la Constitución de 1993, aquellas instituciones jurídicas y su impacto en la sociedad peruana ya sea en lo económico, social, cultural y su correspondiente estabilidad, señala la importancia de tener estabilidad jurídica y política y ello en gran medida es fruto de la labor en conjunto de gobernantes y gobernados.

Una mirada jurídica a los clásicos del rock en español

 HELDER DOMÍNGUEZ HARO*

479



Título: **Una mirada jurídica a los clásicos del rock en español**

Autor: Alejandro Gaviria Cardona
(editor académico)

Ciudad: Medellín

Editorial: Lijursánchez

Año: 2023

Páginas: 316

* Magistrado del Tribunal Constitucional, Director general del Centro de Estudios Constitucionales.

INTRODUCCIÓN

El libro que Alejandro Gaviria nos presenta como editor académico, se titula *Una mirada jurídica a los clásicos del rock en español* (Lijursánchez, 2023). Contiene un total de doce artículos y se desarrolla en 316 páginas. En lo que respecta a la producción hispanoamericana, resulta una de esas labores pioneras que siguen abriendo camino para el desarrollo de las implicancias del derecho con las artes en este caso con la música.

Como podemos advertir, el retrato de los hombres del foro, procesos judiciales, demás personajes y escenografías de la justicia han sido insumo permanente para las artes. Desde el elogio hasta la sátira, han sido inspiración de los artistas para construir personajes modélicos o ser blanco de la sátira. Los mismos abogados les han prestado atención a esas manifestaciones nutriendo su cultura jurídica, incluso llegando a realizar investigaciones jurídicas donde vuelcan su erudición y cultura general, desde las obras más célebres del arte universal hasta aquellas de alcance local. La evocación hacia el derecho y la justicia, la actividad de sus protagonistas, su derrotero y crisis ha sido retratada incansablemente en las artes, de manera central o en pasajes, literatura, teatro, poesía, cine, cuentos, música —como el presente caso—. Por ejemplo, (Mercader, 1943, p. 5) en su libro titulado *Abogados*, recoge como es que los hombres de foro hemos sido protagonistas en la literatura:

«Los abogados suministran su rica veta al arte de todos los tiempos. De allí salieron muchas caricaturas grotescas creadas por el numen travieso de autores inmortales. Rabelais, los ridiculiza en la contrafigura del juez Bridoye en *Hechos y dichos heroicos del gran Pantagruel*; Racine, puso a Chicanneau, en *Les Plaideurs*; Manzoni a Azzecagarbugli, en *Promesi Sposi*; Shakespeare, a Porcia, en *El Mercader de Venecia*, y Anatole France, al abogado Lemerle, en *Crainqueville*. Aristófanes, los tuvo muy en cuenta en *Las Nubes* y Víctor Hugo, dibujó aquel Maese Jaime Charmoine, en *Notre Dame*».

En esa línea general *arte y derecho*, en todos los casos que contiene el presente texto, se hace gala de abundante conocimiento jurídico dentro de los enlaces que se denominan *el derecho en la música*, se desarrollan espacios de análisis para reconocer lo jurídico en las letras de las canciones estudiadas; asimismo, no se puede obviar que en el espectro musical, hay composiciones musicales que han servido y tienen una línea de acción para la denuncia, la contestación, la contracultura, o el eco de lo que la censura ha intentado silenciar. Es donde se ha puesto énfasis y hasta puntos de coincidencia en el presente libro, en ese ámbito, nace la presente obra que pasamos a reseñar.

DESARROLLO

Hijos de Caín: La inversión de valores y el derecho a la rebelión de David Orrego Fernández desarrolla las tradiciones contestatarias que cuestionan los paradigmas históricamente desarrollados por los acuerdos sociales, las imposiciones gubernamentales o de cualquier tipo de mandatos de autoridad. Exalta el valor de la libertad al punto de proponer la resistencia a aquellas imposiciones legales que sean consideradas «legítimas». Reconoce que —y va de ejemplo está canción— se plantea una propuesta musical con inversión de los valores judeo-cristianos, realiza un análisis de esa relación binaria entre la servidumbre y la libertad, destacando que la primera de ellas se realiza sin duda o cuestionamiento a la autoridad que gobierna o manda. Apoyado en doctrina contemporánea señala que el entendimiento de la justicia se limita al plano de la legalidad donde obedecer la ley lo es todo. Y, para el ejercicio de la libertad, más aún si tenemos leyes injustas, señala que corresponde no acatar las leyes abusivas, es en ese sentido que las letras de la canción sumado al análisis del comentarista, se manifiestan complementados, y declara una ruptura del orden impuesto, por considerar a los mandatos y al que manda como tiránicos y tirano.

Canción de Alicia en el País y la dictadura militar en Argentina de Diana Patricia Arias Henao, previo al análisis jurídico de la canción, la autora nos pone en contexto del marcado tono metafórico de las letras, las melodías en tono de denuncia; asimismo, en el contexto en el que fue escrita y cantada, una época donde había que sortear la censura y la persecución en razón de que Argentina vivía una dictadura militar. Retrata el drama humano de numerosos argentinos que no tenían la posibilidad de emigrar y en algunos casos su inevitable estadía les hace correr riesgos, porque enfrentan al gobierno militar poniendo en riesgo sus vidas, en un escenario nadie estaba libre de posibles represalias.

Desplazado y la Colombia errante: de la distribución desigual de la tierra a los asentamientos en la periferia urbana de Isaza, León y Velásquez trata el tema del desplazamiento forzado, donde se ven inmersos los impactos sociales hacia los derechos de propiedad, acceso a la vivienda, urbanismo, todo en un coctel de violencia, entre otros fenómenos relacionados que surgen por causa de la diáspora arrojada del campo a la urbe. Analizan la canción para darnos una idea del papel que tuvo el derecho de propiedad en el fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia y como las «soluciones» jurídicas ante este fenómeno terminaron consolidando a personas que comenzaban a reunir los terrenos adquiriéndolos a precios módicos y de esa manera dar lugar a una suerte de poder territorial fruto de las desgracias de los desplazados que a fuerza de necesidad terminan siendo

ubicados en la *periferia* en todo el sentido de la palabra, la exclusión social en su esencia, la marginalidad y la otredad.

Muestra la colisión que hay entre la vida rural con la vida urbana, llenas de carencias y ajenidades donde las prioridades, la escala de valores y el valor de las cosas fueron mudando velozmente de estándares. Como bien señalan, el *acceso a la tierra* y los *derechos de propiedad*, son considerados vitales para el desarrollo económico y social, ambas en conjunto desarrollan incentivos y hacen conocer a sus titulares los alcances de sus derechos y obligaciones. En su seguidilla de crítica social, anotan que Colombia viene y continúa en una tradición latifundista, que marca las características de su economía y provoca una distribución desigual, ahondada por la violencia vivida por décadas que hubo de generar el desplazamiento forzado y la permanente informalidad respecto de sus tenedores de tierras. Es así que los desplazados cambiaron las dinámicas sociales y urbanas de las ciudades más importantes de Colombia. Los autores se sirven de las melodías para testimoniar un enfoque sociológico musical que impacta en el derecho positivo:

Mentira: Sobre la idea de verdad en el proceso judicial de Julián Esteban Hurtado Atehortúa despliega conocimientos de índole procesal y la búsqueda de la verdad en el mismo. El autor explica que un proceso no está liberado de una narrativa novelesca donde las partes acuden ante un magistrado, cada uno con sus fórmulas contaminadas con creencias, intenciones —buenas o malas—, exageraciones y demás tonalidades del drama humano, reconoce con ello, que la determinación de los hechos en un proceso es compleja, sobre todo para el juzgador, encargado de emitir una valoración de los hechos, las pruebas y demás sucedáneos con las debidas exigencias metodológicas y científicas que coadyuvan a su discrecionalidad. Todo su análisis se enfasca en la idea de alcanzar la verdad en un proceso judicial sin descuidar el conocimiento de los aportes de la teoría procesal contemporánea.

Al lado del camino y el deber de revelación de los árbitros de Posada y Sierra toman en cuenta lo que se conoce como culturas moralizantes, desarrollan los dilemas que existen respecto de los límites de revelación de información por parte de los árbitros, metafóricamente y creativamente hace referencias a la letra de la canción que analizan cuestionando hasta qué punto los árbitros tienen que fomentar a que las partes en disputa revelen toda la información solicitada, los trasfondos, detalles, todo desde un plano holístico o como dice parte de la letra de la canción bastará que se mantenga «al lado del camino, fumando el humo mientras todo pasa». Otro espacio importante de su trabajo lo dedican a organizar los conceptos relacionados al tema central como independencia, imparcialidad, conflicto de intereses, brindan también contextos del deber de revelación.

Muevan las industrias: Sobre la protección del trabajo de Daniel Alejandro Muñoz Valencia, trabaja la problemática jurídica de la protección de los obreros, el autor señala que solo el arte, con su específico tratamiento de la realidad, puede individualizar los dramas que, desde el punto de vista historiográfico o jurídico, son ilegibles como vivencias de personas concretas. Refiere que estamos ante la existencia de una parte económicamente débil: el trabajador asalariado, situación que a su entender genera brechas de acceso a la justicia en términos del principio de igualdad ante la ley, y hace eco de la agrupación chilena que hace un llamado de atención sobre la necesidad de proteger al económicamente débil. Asume que en la canción se relata un caso propiamente dicho, la historia de un obrero injustamente despedido, para explicar esta denuncia, en su artículo desarrolla la implicancia música y derecho de la siguiente manera:

Cuando una pieza artística, con todo, se ocupa de una materia como el trabajo, las posibilidades interpretativas exigen un especial cuidado. El arte nos conmueve, ciertamente, y, en ese orden de ideas, afecta nuestras emociones y nuestros sentimientos. Pese a esto, la intelección del contenido de los materiales artísticos no puede depender enteramente de lo que «siente» el consumidor del arte. Con otras palabras, sentir (mucho) no es una excusa para dejar de pensar (un poco), como le gusta recordar a Jesús G. Maestro en su *Crítica de la razón literaria* (2017).

483

Hijo de la Luna: Historia de un crimen de honor de Diana Lucía Monsalve Hernández, trabaja lo que jurídicamente se conoce como los «crímenes de honor», desarrolla un hilo de historias de las creencias del pueblo gitano, distingue a los mismos, comenta como hace colisión la tradición con el derecho positivo, explica como hay comunidades para las cuales el honor constituye el valor primordial, que su conservación depende de la conducta de sus miembros femeninos. El autor afirma la aun constante y presente hegemonía patriarcal —no solo en las comunidades gitanas—, que viene de muy antiguo (no olvidemos que los orígenes primitivos del derecho son patriarcales), cuenta de ello la brinda Fustel de Coulanges en su libro *La ciudad antigua*.

Monsalve señala que «la causa de los crímenes de honor radica en la concepción que se tiene de la mujer: es un objeto apropiable y no una persona con valor por sí misma», hace un amplio desarrollo de las clases de violencia, explica con abundancia que es la cultura gitana y quienes son los gitanos reconociéndolos como una organización politética, señala que las sociedades gitanas están organizadas bajo un sistema patrilocal y que su sistema de parentesco es indiscutiblemente patrilineal, explica la importancia e impacto de la prueba de virginidad y también una sucesiva serie de mitos y creencias sobre el tema.

Enfatiza que los grupos familiares que conforman las comunidades gitanas son muy vigilantes del comportamiento femenino, la sociedad gitana es netamente patriarcal «la palabra de gitano vale más que el oro», si la mujer comete infidelidad, el marido o sus familiares tenían el derecho a castigarla. Como tantas otras sociedades, le dan también una importancia superlativa a la maternidad y los roles de las mujeres como madres, sobre esa base desarrolla el concepto de honor, un tema muy recurrido en el siglo XIX y XX, que ya avanzando el siglo XXI ve ralentizada su importancia.

Sr. Cobranza: La imputación objetiva y el porte de sustancias estupefacientes de Carlos Daniel Arias Lozano, a tono con las canciones de denuncia, nuevamente una crítica social ante la criminalización de aquellas personas que llevan consigo sustancias estupefacientes para uso personal. Aboga por el uso libre y con mínima regulación sin que esta llegue a vulnerar el orden público. También desarrolla una crítica a la teoría del derecho penal del enemigo, otro tema que critica es en relación con los «relatos oficiales» y a los tópicos que se van construyendo en las ciudades en torno a la felicidad, señalando que «son sitios que alimentan dramáticamente la pobreza, en los que solo sobrevive el más fuerte, las más de las veces el más corrupto, y en el que la indiferencia, la falta de empatía y la doble moral son el común denominador». Arias señala que la farmacodependencia no puede ser tratada como delincuencia, dando importancia a distinguir los comportamientos de porte para uso personal de aquellos relativos al tráfico. A su juicio, aquellos no son del interés del derecho penal, en tanto estos últimos sí guardan relevancia jurídico-penal.

Para no olvidar: El derecho al olvido en internet y la responsabilidad civil de Juan Guillermo Agón López trata el derecho al olvido digital, realizando un enfoque preliminar, que parte desde el atávico conflicto entre libertad de expresión y el derecho a la privacidad, el impacto que ha generado implosionando ambos derechos a razón de la democratización de la tecnología. Bien señala el autor que el derecho al olvido afecta lo que el reconoce como la «memoria digital». Hace un recorrido histórico y comparado del derecho al olvido partiendo de fuentes tradicionales, advierte que son excepcionales los ordenamientos jurídicos que reconocen expresamente el derecho al olvido, sumado a que en algunas decisiones judiciales recientes se ha negado el ejercicio del mismo para, en su lugar, proteger la libertad de expresión y de información. Reconoce que el panorama de la protección de datos personales ha cambiado, debido al impacto de los artilugios posmodernos que ha traído beneficios y también nuevos problemas, destacando que el desafío más importante en estos días es la defensa de nuestra privacidad en esa gran constelación creada por los motores de búsqueda que han terminado dando forma a una *memoria digital universal*.

Cuando pase el temblor: El concepto de «ruina» de la edificación como hecho generador de la responsabilidad civil por defectos constructivos de Aguirre y Echeverri. Los autores trabajan como señala su título el concepto de ruina, realizan una crítica a la constante informalidad en la construcción de viviendas y su subsecuente perjuicio al patrimonio y a la propia integridad de las personas. Informan cómo es que se intentó hacer frente a todas estas construcciones deficientes a través del uso de la responsabilidad civil, destaca que tuvo el efecto contrario, y una de las razones de esos resultados negativos es —en palabras de los autores— la falta de unificación del cuerpo normativo sobre la materia, hacen un desarrollo sustancial de vicios que pudieren presentarse en el ámbito de la construcción y su consecuente jurídica. Sostienen que «por ruina debe entenderse toda desunión de materiales, caída de los mismos, grietas en la estructura o, en general, todo desperfecto que, bajo las reglas de lo lógico y lo razonable, excedan las imperfecciones corrientes».

Media Verónica y los perjuicios extrapatrimoniales de Alejandro Gaviria Cardona. En su artículo, analiza los perjuicios extrapatrimoniales, destaca que, aquellos daños que no son cuantificables, al menos objetivamente, en dinero, por lo que realmente, más que ser reparables, se considera que han de ser compensables. Destaca la importancia de desarrollar labor hermenéutica dándonos un ejemplo del mismo al comentar la canción:

485

«[...] ni la edad de la víctima ni su condición mental son relevantes para su reconocimiento. Esta afirmación es de especial importancia en Media Verónica, en tanto nuestra protagonista «está en la flor de edad», expresión que denota juventud, y, además, pareciera no estar muy consciente de su realidad, debido a que «Va decidir qué hacer cuando despierte del todo», es decir, todavía no ha asimilado completamente lo ocurrido, lo que nos permite afirmar que se encuentra obnubilada, pese a lo cual, se insiste, no impide el reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales».

Yerbatero y la publicidad engañosa en Colombia de Johanna Zapata González explica con maestría los procedimientos existentes para realizar un estudio de mercado, selección de las muestras, y del público objetivo, con base en ello desarrollar una campaña de promoción y mercadeo de los productos o servicios que se busca posicionar comercialmente en el mercado. Utiliza la canción de Juanes para explicar como es que el yerbatero ha de caracterizar al grupo objetivo, para saber a quién dirigir sus mensajes, acto seguido diseñar la estrategia para persuadir a este público a adquirir sus productos. De santos están llenos las iglesias, de mal de amores están marcados los días y las noches, hombres necesitados de respuestas, consuelos, consejos, clientela no le va faltar al vendedor de soluciones e ilusiones.

Lo importante es que el yerbatero encuentre el medio idóneo para logra convencer de que el trae la solución a esas dolencias, el límite del mensaje es no llegar a la publicidad engañosa, difícil tarea para aquel que remedia males espirituales con palabras y pócimas «milagrosas», algunas ciertamente efectivas por ser frutos de la madre naturaleza. El mundo del yerbatero también es de aquellas historias marcadas por los prejuicios y misterios, González explica esos límites que existen entre la publicidad legitimada por la naturaleza y resultados que brindan los productos voceados por los yerbateros frente a aquella que termina siendo engañosa:

«[...] [S]i bien por el solo hecho de emitir un mensaje publicitario a un determinado grupo objetivo no se crea un vínculo o negocio jurídico, es claro que a través de este el consumidor es motivado y persuadido para adquirir un determinado bien o servicio, por lo que si desde un comienzo el mensaje es claro, preciso, con información verificable y genuina se reducirán los conflictos y la insatisfacción de los receptores-consumidores frente a lo que esperaban obtener de su emisor».

CONCLUSIONES

486

Podemos estar o no de acuerdo con los puntos de vista de los comentaristas —se abre el debate— subyace la pregunta ¿qué debemos hacer los abogados con las expresiones artísticas en las que nuestra labor y nosotros mismos somos parte del relato? Repertorios musicales, por ejemplo, donde pueden exaltar las bondades de los hombres del foro o ser blanco de las críticas más arteras, la música ha servido —y no pocas veces— como un canal y hasta catarsis de denuncias de las injusticias del drama en que se puede convertir el quehacer cotidiano. Debemos prestarle atención no solo como parte del ocio intelectual, debe importar como la sociedad nos percibe en sus manifestaciones populares, acaso es un retrato bajo tópicos o experiencias propias o ajenas que encuentran espacio en el ambiente donde hay mayor libertad que es el ámbito de la ficción donde la crítica social se explaya.

El régimen jurídico de los ministros de culto. Actas del X Simposio Internacional de Derecho concordatario

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ*

487



Título: **El régimen jurídico de los ministros de culto. Actas del X Simposio Internacional de Derecho concordatario.**
Editor: Javier Ferrer Ortiz
Editorial: Comares
País: España
Año: 2023
Páginas: 625

* Asesor Jurisdiccional, exsecretario General y exsecretario Relator del Tribunal Constitucional. Doctor y Máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El libro que aquí recensamos reúne las ponencias y comunicaciones presentadas en el X Simposio Internacional de Derecho Concordatario, bajo el lema «El régimen jurídico de los ministros de culto».

El Simposio tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la casi quincentenaria Universidad de Zaragoza, del 1 al 3 de junio de 2022. Así, esta casa de estudios se sumaba a otras universidades españolas que, con periodicidad bianual solo interrumpida por la pandemia iniciada en 2020, han sido sedes de esta importante reunión científica, como la Universidad de Almería (2003, 2005, 2007 y 2009), Universidad de La Rioja (2011), Alcalá (2013), Extremadura (2015), La Coruña (2017) y la Universidad Internacional de La Rioja (2019).

Como proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la libertad religiosa incluye el derecho de manifestar la propia religión, tanto en público como en privado, mediante «el culto», entre otras expresiones (artículo 18). Por ello, este X Simposio aborda una materia fundamental para la tutela del derecho de libertad religiosa y su reconocimiento efectivo.

El libro se inicia con la presentación de su editor, el Prof. Javier Ferrer Ortiz, y se estructura en las secciones: «Ponencias» (que suman doce) y «Comunicaciones» (con veintitrés estudios).

En su presentación, el Prof. Ferrer destaca, entre otros aspectos del Simposio, que es la primera vez que se cuenta con tres ponentes hispanoamericanos que disertan sobre el régimen jurídico de los ministros de culto en sus respectivos países y otros de su entorno más próximo. Esta participación, en palabras del Prof. Ferrer, lleva al «incremento de internacionalidad de los Simposios, que hasta ahora habían contado exclusivamente con conferencistas europeos», sumado al interés en España por los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica, con tantos puntos en común.

Tales trabajos se encuentran en la sección «Ponencias» que da inicio al volumen. Son los estudios de Juan G. Navarro Flórida sobre Argentina, Uruguay y Paraguay; Vicente Prieto Martínez sobre Colombia, Ecuador y Venezuela; y Jorge del Picó Rubio, sobre Chile, Perú y Bolivia.

Continuando en la sección «Ponencias», apreciamos que la obra contiene no solo estudios referidos al régimen jurídico de los ministros de culto en España, sino también en Italia y Alemania. De estos países se ocupan, respectivamente, las ponencias de Paolo Cavana y Stefan Mückl.

La siempre tan importante perspectiva del Derecho comparado, está presente en la ponencia de Zoila Combalá, «Autonomía de las confesiones y ministros de

culto»; y María Teresa Areces Piñol, «Los ministros de culto de las confesiones minoritarias en España, Francia y Austria».

La sección «Ponencias» contiene también el estudio de carácter histórico de José María Vázquez García-Peñuela, «Orígenes liberales de la dotación del clero: de la supresión del diezmo hasta el Concordato de 1851»; y otro más amplio de José Manuel Murgoitio, «Los ministros de culto en los Concordatos recientes».

Encontramos también ponencias que se ocupan de diversas cuestiones jurídicas en torno a los ministros de culto: Juan González Ayesta, «Régimen laboral y protección social de los ministros de culto»; Belén Rodrigo Lara, «Anotación de los ministros de culto en el Registro de Entidades Religiosas»; y María José Parejo Guzmán, «El alcance del secreto ministerial».

En la sección «Comunicaciones», veintitrés especialistas presentan sendos estudios sobre diversos aspectos del régimen de los ministros de culto, todos de gran interés y prolijidad dadas las altas calidades académicas de los autores que participan en este libro.

Así, podemos apreciar trabajos sobre el concepto de ministro de culto y su situación en específicas confesiones o con notorio arraigo en España. Son las comunicaciones de María del Carmen Garcimartín Montero, «Problemas de la definición del ministro de culto en el Derecho español»; Enrique Herrera Ceballos, «¿Es conveniente que exista un concepto de ministro de culto en el Derecho español?»; José Luis Llaquet de Entrambasaguas, «Las Iglesias ortodoxas en España y sus ministros de culto»; Ana Ramiro Nieto, «El budismo y sus ministros de culto en España»; y Diego Torres Sospedra, «Los ministros de culto de las confesiones religiosas con notorio arraigo en España».

Un buen número de comunicaciones están referidas al secreto ministerial en general y al secreto de confesión en particular, y su situación frente al Derecho penal. Aquí están los estudios de Javier García Amez, «Protección penal del secreto ministerial»; Ander Loyola Sergio, «El secreto ministerial: los límites en relación con los abusos sexuales»; María del Mar Martín García, «Acerca de la obligación de clérigos y religiosos de denunciar en el Derecho canónico reciente»; y Blanca Vintanel Lucientes, «El secreto de confesión amenazado».

La autonomía de las confesiones religiosas para designar a sus ministros de culto está presente en los trabajos de Silvia Meseguer Velasco, «A propósito de la reforma de los ministerios laicales: entre la prohibición de discriminar por razón de sexo y la autonomía de las confesiones religiosas»; y Víctor Moreno Soler, «El derecho de las confesiones religiosas a designar sus ministros de culto: ¿hacia un nuevo paradigma?».

En aspectos relacionados al servicio que prestan los ministros de culto, están los estudios de Diego Aboi Rubio, «La delimitación de la sustentación de los ministros de culto de la Iglesia católica»; y Alejandro Torres Gutiérrez, «Seguridad Social de los ministros de culto de la Iglesia ortodoxa en España».

La situación de los ministros extranjeros es abordada en los trabajos de Ricardo García García, «El ministro de culto extranjero»; y Teresa Pueyo Morer, «Los ministros de culto y el derecho de extranjería: la experiencia de la Archidiócesis de Zaragoza».

De asuntos vinculados a la asistencia religiosa se ocupan los estudios de Marcos González Sánchez, «Los capellanes católicos encargados del servicio religioso en los hospitales públicos catalanes»; y Alberto Payá Rico, «Asistencia religiosa en los centros de internamiento de extranjeros: derechos y deberes de los ministros de culto».

Las demás comunicaciones tratan de aspectos muy variados, de indudable interés y actualidad. Nos referimos a los trabajos de: Jaume Codina Esmet, «La idoneidad del profesorado de religión: ¿una posible reminiscencia del régimen jurídico de los ministros de culto?»; María Jesús Gutiérrez del Moral, «El ministro de culto habilitado para realizar actos religiosos con efectos civiles. Especial referencia a la celebración de matrimonios religiosos»; José Landete Casas, «La reforma futura de la mediación civil: el papel de los ministros de culto»; Carlos López Segovia, «La posibilidad de anotación de determinados laicos como ministros de culto en el Registro de Entidades Religiosas»; Ángel López-Sidro López, «Aplicación del artículo 120.3.º del Código penal a entidades no católicas por los delitos cometidos por sus ministros de culto»; y Mónica Montero Casillas, «El Diocesano y la inmatriculación de los bienes del Iglesia católica por certificación».

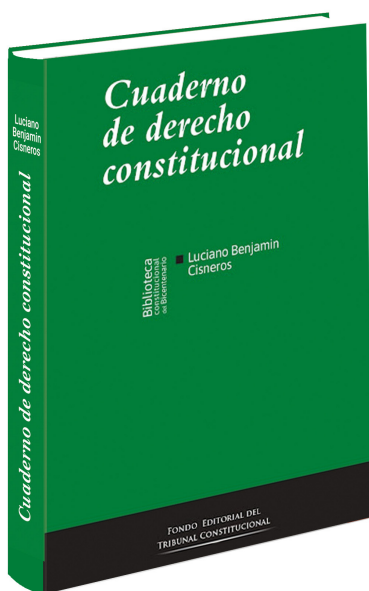
De este modo, el libro nos alcanza estudios de gran rigor académico de la mano de sus prestigiosos autores, que ofrecen al lector un amplio elenco de temas sobre el régimen jurídico de los ministros de culto, de consulta obligatoria para el estudio de esta materia sustancial en la protección del derecho de libertad religiosa, sea en Europa, donde la reflexión jurídica sobre este derecho fundamental es de larga data, sea en Hispanoamérica, donde aún queda camino por recorrer.

En definitiva, una obra de suma importancia y de obligatoria lectura para el estudioso y para todo interesado en la protección de los derechos humanos, en particular, de la libertad religiosa, a un lado y otro del Atlántico.

Cuaderno de derecho constitucional

 ALEX ULLOA IBÁÑEZ*

491



Título: **«Cuaderno de Derecho Constitucional».**
Autor: Luciano Benjamín Cisneros
Edición: Fondo Editorial del Tribunal Constitucional
Año: 2023
Páginas: 294

* Director Académico del Centro de Estudios Constitucionales. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

LUCIANO BENJAMÍN CISNEROS Y SU OBRA CONSTITUCIONAL

En principio, respecto del autor (1832 - 1906), es importante resaltar que es considerado por Raúl Porras Barrenechea como «[...] uno de los más grandes oradores peruanos y sin duda el abogado más representativo del Perú del Siglo XIX [...]»¹; además de hombre de leyes, se le reconoce como un destacado político, diplomático, profesor universitario y erudito; habiendo sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima hasta en seis oportunidades. Como litigante, resulta importante hacer hincapié en la defensa que ejerció en favor de nuestro héroe nacional don Miguel Grau Seminario en el año de 1867; quién fuera «acusado de insubordinación, deserción y traición a la patria por haberse negado en 1866 a que un norteamericano, el comodoro Tucher, quien desconoce hasta nuestro idioma, mandase la escuadra peruana» (Porras, 1956, como se citó en Cisneros, 2023 p. 47). Uno de los argumentos más sólidos de don Luciano al ejercer la defensa a Grau, era que «No basta tener una pericia técnica para mandar la escuadra peruana, lo que se necesita para pelear por el honor del Perú es tener un corazón peruano» (Porras, 1956, como se citó en Cisneros, 2023 p. 47). Como muchos ya intuyen, la absolucón de nuestro héroe nacional fue la lógica consecuencia de una defensa apasionada.

492

Respecto de la obra, podemos mencionar que el libro que forma parte de la serie Biblioteca Constitucional del Bicentenario del Fondo Editorial del Tribunal Constitucional, tiene un total de 294 páginas y contiene una presentación a cargo de Helder Domínguez Haro², seguido del discurso de Raúl Porras Barrenechea³, una nota explicatoria del maestro Domingo García Belaúnde⁴, una nota del profesor y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional Edgar Carpio Marcos⁵; luego, viene ya el texto de la obra en sí, dividido en dos secciones: Derecho histórico constitucional y Derecho público filosófico; y, cerrando —a modo de colofón—tres apéndices: i) Una palabra sobre el proyecto constitucional del Illmo. Obispo de Arequipa, ii) Programa del curso de Derecho

¹ Véase el Discurso de Orden de don Raúl Porras Barrenechea, pronunciado con ocasión del Día del Abogado, del 2 de abril de 1956; el cual forma parte del presente libro (pp. 21-85).

² Magistrado del Tribunal Constitucional y Director General del Centro de Estudios Constitucionales.

³ Discurso de Orden en el Colegio de Abogados de Lima, con ocasión del Día del Abogado, 2 de abril de 1956.

⁴ El cual lleva por título «Nota sobre el curso Derecho Constitucional de Luciano Benjamín Cisneros dictado en el Convictorio de San Carlos (Lima, 1862)».

⁵ Titulada «Las lecciones de Derecho Constitucional de Luciano Benjamín Cisneros».

Público Filosófico del año 1859 seguido en el Convictorio de San Carlos, iii) Programa del curso de Derecho Constitucional Filosófico del año 1862 seguido en el Convictorio de San Carlos.

No obstante, tener este libro entre manos; tiene mucho que ver con la suerte, pero sobre todo con la tenacidad de don Domingo García Belaúnde (2023); quién lo explica de la siguiente manera:

En su célebre estudio Porras menciona que en 1859 Cisneros publicó parte de sus lecciones en folleto que al parecer estaba extraviado y que había sido editado por la imprenta Alfaro. Algo de esto llegó a mis manos y publiqué el folleto, presuntamente atribuido a Cisneros, en el número 5 de la Revista Peruana de Derecho Público (julio - diciembre de 2002). La historia es más o menos la siguiente: en mi biblioteca tenía guardados desde hacía décadas, dos cuadernos de tapa dura que contenían las lecciones de Cisneros, de las cuales saqué algunas fotocopias para darlos a conocer a algunos de mis colegas⁶.

El maestro García Belaúnde denomina «Cuaderno A» al primero de ellos: y, «Cuaderno B»; al segundo.

El Cuaderno A se titula «Derecho Constitucional» por Luciano Benjamín Cisneros/Profesor de este ramo/ en el Convictorio de San Carlos; y contiene un *folleto impreso* con el título «Derecho Público Filosófico», en forma de cuaderno independiente con un total de 42 páginas.

El Cuaderno B se titula «Cuaderno/ de /Derecho Constitucional/ por el /Dr. Dn. Luciano Benjamín Cisneros / para el uso de / Ricardo M. Espiell / San Carlos, setiembre 15 de 1862». La característica de este cuaderno es ser un *manuscrito de principio a fin* y fue escrito por varias personas: Ricardo M. Espiell, Manuel G. Prada, Manuel E. Cisneros, Tomás Santibáñez y Carlos Pividal⁷. Asimismo, es pertinente señalar que el Cuaderno A (texto impreso) se incorpora a manuscrito en el Cuaderno B; y es este último cuaderno, el que ahora se presenta, con las revisiones y correcciones respectivas.

Ahora bien, el Cuaderno B/ Cuaderno de Derecho Constitucional, se divide y se disgrega de la siguiente manera:

⁶ García Belaúnde indica que los mencionados cuadernos los compró, probablemente, en la calle Puno o Azángaro, en un librero viejo en el centro de Lima; allá por la década de 1980.

⁷ Los datos de los nombres se extraen del mismo Cuaderno B y existe la aclaración de que fueron notas tomadas en las clases dictadas por don Luciano Benjamín Cisneros en 1862.

I. Primera Parte: Derecho Histórico Constitucional

1. Introducción. Definición, objeto e importancia. Época que estudiamos.
2. Soberanía.
3. Poderes políticos.
4. Ciudadanía.
5. Enumeración de las diferentes constituciones que han regido en el Perú.
6. Forma de gobierno.
7. Poder Legislativo.
8. Poder Ejecutivo.
9. Consejo de ministros.
10. Administración consultiva.
11. Municipalidades.
12. Poder Judicial.
13. Poder Electoral.

494

II. Segunda Parte: Derecho Público Filosófico

14. Nociones preliminares.
15. Soberanía.
16. Poderes políticos.
17. Ciudadanía. Deberes del ciudadano.
18. Constitución.
19. Formas de gobierno.
20. Poder Legislativo.
21. Poder Ejecutivo. Origen de la ley sálica - razones en pro y en contra de ella.
22. Consejo de ministros.
23. Consejo de ministros. Su necesidad. Responsabilidad de los ministros - delitos de que pueden ser acusados. No debe establecerse un tribunal especial para su juzgamiento. Quién puede acusarlos. Cuando puede hacerse efectiva su responsabilidad.
24. Administración consultiva. Distintas opiniones acerca de las atribuciones del Consejo.

25. Municipalidades. Ventajas de la municipalidad en el orden moral y respecto de los intereses locales. Refutación de las objeciones que se hacen contra las municipalidades, fundándose en que protegen el espíritu de sedición, y en la ignorancia e indiferencia de los pueblos. Principios sobre los cuales reposa la organización de las municipalidades. Necesidad de deslindar sus funciones de las autoridades políticas. Atribuciones principales del poder municipal.
26. Poder Judicial. Organización del Poder Judicial. Constitucionalidad del jurado. Las ventajas respecto de los tribunales permanentes. Prudencia en su adopción. Independencia del Poder Judicial. Responsabilidad de los jueces. Necesidad de una jerarquía judicial. Juzgados de primera instancia unipersonales. Procedimientos de los juicios por jurados. Los juicios por comisión y los fueros personales son opuestos al Derecho Constitucional. Fuero real. Publicidad de las funciones judiciales. Opciones de este principio. Debe haber tribunales administrativos para resolver las diferentes cuestiones que ocurran entre la administración y los ciudadanos.
27. Poder electoral. Definición. No debe confundirse el derecho social con el sufragio. El sufragio es un derecho natural y político. El poder electoral es el primero de la organización social. No es ocioso consignar este principio. Sufragio directo o indirecto. Constitucionalidad del primero. Sus ventajas respecto al segundo. El sufragio no debe ser universal. Este principio es jurídico. Las condiciones de la edad y de la renta son legales, como condiciones de elegibilidad. Refutación de la objeción propuesta contra el principio anterior. Publicidad de la votación bajo cualquier sistema.
28. Garantías individuales. La Constitución debe consignar las garantías, aunque no sea posible enumerarlas todas. Las diferencias de los derechos políticos.

Corolario

A estas alturas, qué duda cabe en afirmar, que la obra que hemos tenido entre manos, es uno de aquellos regalos académicos que se tienen que agradecer; no solo por la magnitud del autor, sino también por su invaluable contenido.

Rescato dos aspectos importantes del pensamiento Cisneros. El primero, el análisis que realiza sobre lo que debe entenderse por Constitución. En principio, pretende vincular la noción de Estado (asociación que debe organizar sus funciones)

con la noción de Constitución⁸ (ley que determina la organización del Estado); asignándole la característica de «necesaria», con ciertas condiciones «bajo las cuales existe un cuerpo y que aseguran su vida y el ejercicio de sus funciones» (Cisneros, 2023, p. 199). Afirmar Cisneros (2023):

Sin Constitución, la marcha de la sociedad no podría ser regular ni uniforme: las autoridades aplicarían arbitrariamente los medios con que cuenta el Estado, y el fin jurídico no se realizará acertadamente dependiendo, no de la ley, sino de la variable voluntad de los hombres.

En otras palabras, la Constitución es tan relevante para un Estado que, si esta no existiera, no existiría el Estado; a lo mucho, seríamos un cúmulo de voluntades que podrían variar arbitrariamente.

El segundo aspecto —y con ello, concluimos— es el referido a las garantías individuales; hoy conocidas como derechos fundamentales. Afirmar Cisneros (2023):

Las garantías en ese sentido no vienen a ser sino el reconocimiento de los derechos civiles que la ley debe proteger. Demostrar que la ley existe para llenar a este objeto, equivale a recordar el fin de la sociedad política; por consiguiente, las garantías son una consecuencia de este fin y la más estricta obligación de los poderes de un Estado (p. 243).

En resumen, nos dice Cisneros que primero son los derechos y luego la ley; primero son las garantías y luego el Estado. Pareciera que estuviéramos leyendo el artículo primero de nuestra vigente Constitución Política; pero lo cierto es, que estas ideas ven la luz en el año de 1862, quizás antes; solo me queda afirmar —con singular aprecio y admiración— que don Luciano, fue todo un adelantado para su época.

BIBLIOGRAFÍA

Benjamín, L. (2023) *Cuaderno de Derecho Constitucional*. Fondo Editorial del Tribunal Constitucional.

⁸ También la denomina Carta Política, Pacto Social o Ley Fundamental.

SECCIÓN DOCUMENTOS

Nota en relación con el debate sobre la reforma constitucional del párrafo dos del artículo ocho de la Constitución de 1839: derecho al sufragio de indígenas y mestizos*

EDDY CHÁVEZ HUANCA**

499

[...] [S]i se ha de conceder la ciudadanía a algunos que no sepan leer ni escribir, es preciso concederla a todos los que se hallen en el mismo caso: y la reforma de la parte del artículo constitucional que nos ocupa, debe reducirse a suprimirla. Entonces sabrá el mundo, que, en el Perú, no se necesita saber escribir ni saber leer para titularse ciudadano. Dirá, es regular, que este es un pueblo bárbaro: pero, a lo menos, no dirá que es injusto.

Participación de Bartolomé HERRERA VÉLEZ
en el debate sobre el sufragio indígena
Convictorio de San Carlos

* EXTRACTO DE LAS SESIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, CONGRESO ORDINARIO DE 1849. *Diario de Debates* (s.p.i., s.f.e., s.n.).

** Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[...] Yo apelo al mismo principio de la dignidad humana que proclamó el señor [Bartolomé] Herrera, para acusar de atentatoria contra la personalidad del hombre y la nobleza de su destino, la ley que dividiendo la humanidad en dos porciones confía exclusivamente a una la dirección de la otra, sometiéndola a su perpetua tutela.

Participación de Pedro Gálvez Egúsquiza
en el debate sobre el sufragio indígena
Colegio Nuestra Señora de Guadalupe

CONTEXTO

En la vida republicana del Perú, las etapas del constitucionalismo se dividen en cuatro partes, la segunda de ellas enmarcada por las pugnas entre liberales y conservadores, la podemos referir incluso como una disputa entre liberales y antiliberales por el poder (que alcanzaba lo jurídico, político, cultural, económico, social). El cumulo de temas que han venido debatiendo a lo largo de la historia —con marchas y contramarchas en sus ideas— se retratan principalmente en los siguientes ejes temáticos: modelo de gobierno republicano o monárquico, organización territorial unitaria o federal, —en su momento— a favor o en contra del voto femenino, del voto universal, a favor o en contra del presidencialismo o del parlamentarismo, etc. Sobre las antedichas etapas, puede verse:

500

[...] [S]i reparamos la historia transcurrida durante la vida republicana, comprobaremos que los textos constitucionales peruanos han dejado registro de cuatro periodos que marcaron su redacción por las distintas asambleas constituyentes: la consolidación de la independencia, **la pugna entre liberales y conservadores**, el tránsito hacia el Estado social y la internacionalización de los derechos humanos» (Hakansson, 2024, p. 53). (énfasis agregado)

Uno de los temas que sirve de pretexto para esta contienda intelectual que luego se torna política, trata sobre el hecho de limitar o no parte de los derechos políticos a indígenas y mestizos analfabetos, concretamente el derecho al sufragio. Las figuras visibles de dicho acontecimiento son Bartolomé Herrera Vélez (Lima, 1808-1864) conservador, intelectual formado en el convictorio carolino. Es a destacar que, uno de sus planteamientos principales era sobre la idoneidad para ser gobernante, cuyo énfasis alcanzaba a los lineamientos básicos que debía cultivar el hombre peruano como son el saber leer y escribir. Se encontraban en la otra vereda, —anecdóticamente los claustros de carolinos y guadalupanos en esa época estaban a poca distancia uno del otro— Pedro Gálvez Egúsquiza (Cajamarca, 1822-1872) cabeza visible de los liberales peruanos de ese tiempo.

NOTICIAS DE LA ÉPOCA

En las circunstancias que se fueron desarrollando los debates sobre el destino de los derechos políticos de indígenas y mestizos, cuestionando si como ciudadanos podían participar en el cuerpo electoral —elegir y ser elegidos—, el énfasis se daba si dentro de este grupo, aquellos indígenas y mestizos analfabetos debían o no tener derecho al sufragio. ¿Se conocía con exactitud cuántos peruanos sabían leer y escribir? No había forma confiable de acercarse a esa información, una cifra aproximada señala que cerca de las 2/3 partes de la población del Perú era indígena (Gootenberg, 1995, p. 20). En el debate, Herrera hace mención que son 3/4 partes de la población son indígenas. En esas circunstancias, incluso aún faltaba identificar extremos del territorio patrio y las pervivencias de la vida virreinal aun hacían eco, el debate de intelectuales se reducía a pequeños cenáculos, el orbe jurídico ilustrado aún tenía rostro de elitismo intelectual, la idea de nación o la construcción de patria venían marcadas por distancias entre teorías y prácticas sociales desarraigadas, sumado al militarismo preponderante y la cultura caudillista que ya mantenían su protagonismo desde ese entonces.

Los avisos periodísticos que comunica a la población las propuestas de reforma, opiniones y debates sobre el derecho al sufragio de indígenas y mestizos, vienen acompañadas de las inquietudes y quehaceres diarios de la época, capitanes de barco que se empeñaban en avisar que tenían espacio para pasajeros y carga, propuestas para desarrollar infraestructura carcelaria firmada por Mariano Felipe Paz-Soldán, recompensas para quienes den aviso por acémilas perdidas, aclaraciones que se pedían entre señores por algún cuestionamiento a su honor, solicitudes de compra de esclavos y otros, tal como se anuncia —atiéndase la redacción de la época— en el diario *El Comercio* de fecha viernes 22 de agosto de 1851 en la ciudad de Lima:

SE DESEA

Comprar una esclava que sea de 25 a 30 años, para la cocina o la batea. En esta imprenta darán razón.
c v4 p2

AVISO

Se desea una sirvienta para el servicio de un matrimonio y el cuidado de una niña, que sea activa y presente certificado de su conducta de la última casa que haya servido. Además se ofrecen 25 pesos de gratificación a la persona que presente en venta una criada de 20 a 25 años de edad, casta negra: en esta imprenta darán razón de ambas cosas que se solicitan.
cl 3 p1

REFORMA DE ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN [DE 1839].

Informe de la Comisión del Consejo de Estado.

(...)

3.° Que el artículo 8.° § 2.° que requiere en el ciudadano la calidad de saber leer y escribir, debe modificarse en cuanto a los indígenas y mestizos conforme a lo prevenido en el proyecto de reforma.

(...)

LIBERALES VS. CONSERVADORES: DERECHO AL SUFRAGIO DE INDÍGENAS Y MESTIZOS

Los conservadores de esa época señalaban estar en contra de que los indígenas y mestizos analfabetos pudiesen sufragar, en razón de que la falta de esas aptitudes degenerarían en acciones ausentes de razón, el no poder informarse debidamente, elegir cultamente entre aquellos hombres que propugnaban puestos en el gobierno a través del voto popular los haría blancos fáciles de manipulación y acaso resultaría injusto hacerles participar de temas que no entienden por falta de habilidades grafológicas y lectoras. Se veían como cambios aparentes las propuestas de los liberales guadalupanos, en razón de que se les acusaba —incluso con sarcasmo— de que no atender a la necesidad de ejercer los derechos con la debida capacidad resultaba injusto. Una muestra de la polarización que se daba entre los miembros de estas dos casas de estudios se advertía en las palabras del tucumano Bernardo Monteagudo quien sostenía que «los enemigos mayores de América no son los españoles sino las ideas exageradas de libertad», un ejemplo más del recelo con el que se veía al liberalismo —en sus diferentes manifestaciones de la época—.

502

Por otro lado, los liberales destacaban las bondades del sufragio universal, apelaban a justificaciones históricas, una vida republicana no podía ser para disminuir derechos o retomar conductas paternalistas frente a los *hijos del Perú* que no habían tenido la oportunidad de recibir instrucción en lectura y escritura. La crítica alcanzaba al hecho de discutir sendas aclaraciones entre lo que era ser inteligente a diferencia de ser culto; del mismo modo, señalar que no por alcanzar el saber leer y escribir el don de gentes necesariamente mejoraba en los seres humanos, que el ser ilustrado no es sinónimo de ser justo, del mismo modo, los liberales en sus diferentes raigambres llegaban incluso a considerar retrogradas y elitistas a los que participaban del conservadurismo de esa época. El diputado Gómez Farfán (1849) señala al respecto:

[...] Negarle a la mayoría de la nación el ejercicio de la ciudadanía; arrancarle el derecho de sufragio, es la mayor inconsecuencia al principio que sostenemos, es el más degradante contrasentido de una carta democrática. **Una Constitución republicana no es ni puede ser un código semiaristocrático en que la libertad enmascara al privilegio:** al contrario, es y debe ser el evangelio de las garantías, el libro santo que debe contener las máximas del pueblo, que debe proteger al pueblo, todo entero, en los mismos derechos y en los mismos beneficios. (énfasis agregado)

Los liberales peruanos de esa época reclamaban la falta de voluntad política para la construcción de la nación peruana, un proyecto país a largo plazo debía de considerar la integración de los connacionales y no su clasificación entre instruidos y no instruidos, no dejar en suspenso sus derechos hasta que logren tener entendimiento de la *cosa pública*, enfilaban una crítica sustentada en el adormecimiento político de los gobernantes, que poco habían hecho para concretar el desarrollo de obras públicas orientadas —en este caso— a construir centros de instrucción básica para iniciar las primeras etapas de lucha contra el analfabetismo absoluto y de esa manera lograr su erradicación. El diputado por Cusco Don Mariano Gómez Farfán señala en su alocución:

[...] [Y] ahora que un movimiento de renovación general anima a todo el mundo y parece presidir a la civilización del siglo XIX sería monstruoso el que subsistiese en la carta fundamental peruana un mandato que degrada a los que mandan como a los que obedecen. Debemos cuanto antes arrancar ese sarcasmo contra las instituciones liberales: debemos empezar nuestras reformas regenerando a esa parte envilecida de los peruanos por medio de la instrucción: realicemos el santo dogma de la fraternidad, desembarazando a la libertad y a la inteligencia de las trabas que las ahogan, y entonces tantas ilusiones se verán cumplidas, tantas esperanzas se verán satisfechas. No hagamos aprecio del despecho, del rencor y de la vacilación de los que obedecen a preocupaciones o hábitos de otro régimen. Necesario es convencerse que todos los poderes emanan del pueblo, cuya totalidad es la única soberanía y esta soberanía es una y no puede expresarse sino por el sufragio universal.

Llegado al presente, en nuestro país ¿cuál es el estado de las cosas en el debate entre liberales y conservadores? En palabras de Carlos Hakansson, el debate mantiene su vigencia. Con muchos esfuerzos de ambas partes, se trata de conciliar ambas visiones por ejemplo en la forma como se configura la estructura del estado peruano o en el equilibrio de los poderes clásicos. Volviendo al tema central, la erradicación del analfabetismo sigue teniendo en el presente, la misma importancia y actualidad que en las primeras décadas de vida republicana, en nuestra vigente Constitución de 1993 se reconoce con rango constitucional que la educación es un derecho, tal como se manifiesta en el último párrafo del artículo diecisiete: «[...] **El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo.** Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional». (énfasis agregado).

CONCLUSIONES

En relación con el debate, se destaca la importancia de tener claustros académicos para que puedan germinar debates institucionales y sus correspondientes interpelaciones, a lo que se suma los referentes intelectuales, los estudiantes y las ideas propuestas. Es lo que ocurrió en el trasfondo del debate indígena, en este caso en relación con el derecho al sufragio, los liberales asentados en el Colegio Guadalupe se enfrentaban ideológicamente a los conservadores que tenían como reducto académico al Convictorio de San Carlos.

Para entender el trasfondo del debate y no caer en anacronismos, tenemos que recurrir al conocimiento de los principios ideológicos y filosofía que respaldaban los argumentos de una y otra parte. Como en ese momento de la historia pretendían pasar de la teoría a la práctica, de la academia a la vida política, el enfrentamiento no estuvo libre de pasiones y alusiones de carácter personal. Para los carolinos marcaban el paso las tesis herreristas (Dios centro de autoridad, los más capaces a la cabeza del gobierno, administración del Estado marcada por la disciplina, defensa de la bicameralidad, entre otras) que son puestas en práctica en este debate frente a las ideas de los liberales guadalupanos que desarrollaban las ideas de la libertad, el laicismo y mirada democrática progresista —de la aún república adolescente— que tenían los seguidores de los hermanos Gálvez.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Calderón, C. E. (1947). Bartolomé Herrera y la Soberanía de la Inteligencia. (Reflexiones). *Derecho PUCP*, 7, 32-50. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6480/6548>
- Comisión del Consejo de Estado. (1851, 22 de agosto). Reforma de artículos de la Constitución. *El Comercio*, número 3632, año XIII, s/p.
- Congreso - Cámaras Reunidas. (1849, 7 de noviembre). Discusión sobre reforma del artículo dos, inciso ocho de la Constitución y otros. *El Comercio*, número 3103, año XI, s/p.
- Congreso - Cámaras Reunidas. (1849, 10 de noviembre). Discusión sobre reforma del artículo dos, inciso ocho de la Constitución y otros. *El Comercio*, número 3106, año XI, s/p.
- Gootenberg, P. (1995). Población y etnicidad en el Perú republicano (siglo XIX). Algunas revisiones. IEP.
- Hakansson, C. (2024). *Curso de derecho constitucional* (4.^a ed.). Palestra.

Debate sobre la reforma constitucional del párrafo 2 del artículo 8 de la Constitución de 1839*

Legislatura Ordinaria de 1849
Cámaras Reunidas

Sesión del martes 6 de noviembre de 1849
(Presidencia del señor La Fuente)

Abierta a la una y cuarto del día con 15 senadores y 52 diputados, se leyó y aprobó el acta de la anterior sin observación alguna.

[...]

Se dio cuenta del dictamen emitido por las comisiones de constitución de ambas cámaras, proponiendo el proyecto de reforma constitucional en cuanto a los artículos que dichas cámaras han declarado reformables [...].

Se puso en discusión el párrafo 2 artículo 8, cuya reforma se propone en estos términos: «Saber leer y escribir, excepto los indígenas y mestizos hasta el año de 1860».

El señor *Cavero*. Señor. No coincido con el señor Polar en la inteligencia que da a los artículos constitucionales relativos a la reforma de la carta, por la sencillísima razón de que después de discutidos en cada Cámara los artículos reformables, vienen ahora preparados por entrambas comisiones a ser discutidos en Congreso pleno. Y aunque así no fuese, nunca, nunca consentiré en que el fondo de las cosas se sacrifique a las formas o exterioridades. Si no han de recibir la luz de la discusión ¿a qué se presentan esos artículos? Como quiera que sea, yo voy a tomar las cosas en su raíz, y patentizar en breves palabras, como acostumbro, la necesidad de arrancar de nuestro código político el artículo en debate, que nos presenta ante el mundo bajo un aspecto eminentemente ridículo, sino injusto y

* *Diario de Debates. Extracto de las sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Ordinario de 1849, s.p.i., s.f.e., s.n.*

atroz, pues se quiere que despojemos de la ciudadanía a la mayoría inmensa de la sociedad peruana, en el mero hecho de prescribirle el tiempo hasta que puede ejercer tal derecho. El objeto de los legisladores de Huancayo al prorrogar hasta el año 44 la ciudadanía a los indios y mestizos, aunque no supiesen leer y escribir, fue sin duda para que en ese periodo pudiesen al menos adquirir los elementos de la instrucción primaria. Mas ¿por qué ha fracasado tan laudable designio?, ¿por los indígenas que no han utilizado de este tiempo para ponerse en aptitud de ejercer los derechos de ciudadanía, o porque nuestra sociedad representada en sus congresos y gobiernos ha dejado de proporcionarles los medios de instruirse, educarse y conocer sus derechos? Si lo último es incontestable ¿cómo se quiere hacer pesar sobre la inocente, indefensa y olvidada clase indígena nuestras propias faltas, arrebatándoles el precioso derecho de representación, u otorgándoles solo por un tiempo limitado? Prueba de ello es la vergüenza con que hemos ido prorrogando de legislatura en legislatura desde el año 45 el término para no ejercerla. Honorable señor, hay ciertos derechos que nacen con el hombre, que coexisten con él y para cerciorarse de su realidad basta interrogar la conciencia del individuo y de la del género humano: derechos inherentes al hombre, inseparables, inalienables, imprescriptibles, que forman el cuadro de lo que llamamos «derecho natural». Ahora bien, esa inmensa mayoría que no sabe leer ni escribir, es de hombres razonables y libres que deben conocer el bien y estar dotados de medios para ejecutarlo. Luego han de tener derechos y deberes. El derecho y el deber los elevan a la verdadera dignidad de hombres: quien no conoce los derechos que ha de ejercer, ni los deberes que ha de cumplir, no merece colocarse en la categoría de la condición humana, porque le falta el lazo que haya de unirlo a la humanidad.

He aquí pues, el motivo porque la sociedad o el Gobierno y demás poderes que la representan activamente, deben consideraciones y protección a sus miembros para el cumplimiento de su destino: consideraciones y protección que la República peruana ha dejado de prestar a las tres cuartas partes de sus hijos, sin atender al desarrollo de su vida física, intelectual y moral, abrumándolos únicamente con deberes. ¡Qué compensación!, ¡qué igualdad de derechos! ¿Los indígenas y mestizos son acaso bestias de carga solo para vegetar encorvados rumiando el pasto? Nuestros congresos, nuestros gobiernos han faltado pues a sus deberes esenciales, no franqueándoles protección para el desarrollo de su vida física, que comprende su persona, su fortuna, sus propiedades, sus garantías, ha vivido y vive esa gran masa de mártires, que sudan y contribuyen para que exista esta nación: negándoles respeto y protección en el desarrollo de su vida intelectual, porque no solo han de vivir; la vida para seres inteligentes, no es su objeto exclusivo, sino tan solo un medio: su verdadero objeto, su misión noble, es pensar; en el pensamiento se distingue dela

creación bruta: de ahí es como la ignorancia viene a ser un obstáculo invencible al goce de todo derecho, y al ejercicio de todo deber, y por ello el Estado que no proporciona a las clases pobres la instrucción elemental, comete el mayor de los crímenes, sofocando el germen de toda inteligencia. Así que si se ha descuidado entre nosotros la instrucción de los indígenas, cualesquiera que sean las causales para ello, y procedan de donde procedieren, será necesario que el Congreso castigue sus propias faltas, su olvido o las imperfecciones de su sistema, privándoles de la ciudadanía a aquellos mismos que se hallan degradados y comparables a las bestias por la ignorancia y miseria en que se les eterniza. Negándoles protección para el desarrollo de su vida moral, porque el hombre no solo ha de ejercitar su inteligencia: ha de ser también capaz de virtud, de mejoramiento en sus costumbres; moral antes que todo. De ahí el deber indispensable de los congresos y gobiernos de procurar incansablemente la educación de todas las clases, mucho más de aquellas, como la indígena, que por su pobreza, infelicidad y por la injusticia y por la opresión, han estado privadas de este beneficio general en el coloniaje por más de tres siglos (no diré seis como la comisión porque la historia del Perú es tan oscura y se remonta a muy poco tiempo), y desde la independencia continuando sumidos en las tinieblas. ¿Y qué es el hombre, qué es la vida humana sin la educación? Un doloroso y lamentable ensayo de errores y de crímenes; un campo deparado para que la tempestad de las pasiones lo desvele y extermine. Si una larga y esmerada educación, si el hábito constante de enseñorearse de sus inclinaciones, no bastan a reprimir en los hombres civilizados la explosión de ciertas pasiones, que suelen arrastrarlos a extravíos deplorables; no bastan, repito, a mantener incontestable su libertad en medio de intereses encontrados por elevada que sea su posición y por importantes y públicos sus deberes ¿qué juzgar del indígena peruano envilecido y aplastado por una mano de hierro contra el suelo que riega con su llanto y sudor para que produzca para otros; sin derechos, agobiado tan solo por deberes que apagan su inteligencia, reduciéndolo a la parálisis de la imbecilidad y de la estupidez? No es pues lógico el despojo que se les quiere hacer de la ciudadanía después del año 60: no se ponga tal artículo en la carta: declárese ciudadanos a los indios y mestizos; tengan participación en el sufragio universal, pues si tienen aptitud y capacidad para la celebración de sus contratos y transacciones domésticas, aun sin intervención de los protectores que les daba el Gobierno español, y que les hemos quitado nosotros, mayor la tendrán para sufragar. Basta con que se les explique el objeto y se les interese en la cosa pública.

Esta discusión en que me he lanzado sin pensar, conduce en último resultado a poner en contraste los dos aspectos diferentísimos de nuestra sociedad: a hacer resaltar las dos fracciones en que se halla dividida, a marcar en fin, esta diferencia,

con un sello horrendo, limitando la ciudadanía de una de las clases, la más numerosa. Una que vive circundada del lujo, de las comodidades, luces, riquezas y bienes que proporciona la civilización, y la otra que compone la mayoría de la familia peruana, abyecta, extenuada de trabajo, irremediabilmente condenada por un fatal destino a laborar con sus manos fortunas para otros, sin más lucro, que arrastrarse en la miseria, en la inmoralidad, y entregarse a la crápula y el crimen: aún hay más, señores, como si no bastase el hallarse proscritos de todo el bien estar de la civilización, como si no bastase el verlos poblar los hospitales, las prisiones y nutrir de víctimas los cadalsos; no parece sino que estuviera decretado su anonadamiento por la ira de aquella misma sociedad, que han fundado y sostienen son sus fatigas.

En suma, señor, nos hallamos en un conflicto, que nos compromete ante el mundo, ante la historia y la posteridad: declarar que los indios y mestizos están unidos al Perú solo para contribuir, para ser explotados, para enrojecer con su sangre inocente los campos de batalla: esto importa el artículo en debate. Estoy contra él, pido que se limpie ese borrón que ennegrece nuestra carta política; sean ciudadanos sin limitación de tiempo, ni restricciones; no hay privación comparable a la de la ciudadanía; no están adheridos a esta patria, no se hallen ligados con ella por solo el vínculo del dolor y los sufrimientos.

508

El señor *Gómez Farfán*. Yo también amo al pueblo y le he amado con sinceridad, con todo mi corazón; las reflexiones emitidas por el honorable señor Caveró despiertan en mi alma sentimientos que siempre me han transportado hasta un entusiasmo sublime. Nacido dichosamente entre el pueblo, he aprendido a gozar las dulces emociones de la fraternidad, de la igualdad y de la libertad: he estudiado desde muy temprano el sentido de estas palabras, que como dijo muy bien el abate Gabriel son tres rayos partidos del corazón de Jesucristo para reanimar la humanidad moribunda. Pero... vamos a la cuestión. El señor Polar ha dicho que no no nos hallamos en la ocasión oportuna de discutir el proyecto de reforma. Es demasiado extraño este concepto cuando ahora mismo se acaba de declarar por el señor Presidente, en discusión la primera, segunda y tercera reforma propuestas por la comisión, y el Congreso las ha dado por suficientemente discutidas, actos después de los que ha recaído la aprobación. La nota por la que se invita a la reunión de las dos cámaras indica también la discusión: últimamente por más que se repita de que solo tenemos la obligación de formular un proyecto, este merece ser discutido, y aunque inmediatamente no haga parte de nuestra carta fundamental, no debe ser sometido a la siguiente legislatura sin ser prolijamente examinado y discutido.

Se trata de negar o conceder el ejercicio de la ciudadanía a los peruanos que no saben leer y escribir: el primer extremo es un atentado contra la mayoría del

pueblo, el segundo es una garantía que nadie puede arrancarle. Todo el fundamento de la negativa es un artículo constitucional el que además priva de este derecho a los indígenas y mestizos con excepción de cierto tiempo, y que ahora se trata tan solo de prorrogar dicha excepción. Yo creo que este artículo en su esencia misma es una monstruosidad constitucional: por lo que pido la supresión total de él: no tratamos ni debemos tratar al presente de rehabilitación, sino de reforma constitucional. No lo considero por el aspecto de la concesión de término sino en toda su desnudez antiliberal. Vamos a verlo: dice el artículo 8.º (lo leyó) ¿con que no son ciudadanos en ejercicio los que no saben leer ni escribir? Verdad funesta que ha existido consignada en una carta republicana, como una aberración legislativa, como un desafío a los derechos sacrosantos del pueblo. En el Perú no son ciudadanos en ejercicio más que una pequeñísima parte de peruanos: ¿y a eso llamáis república? ¿Con que el descuido de los gobiernos, el poco o ningún espíritu de reforma de los cuerpos legislativos, castigamos en la mayoría de los peruanos? He aquí la Constitución que suspende, que quita el ejercicio de la ciudadanía por crímenes, por faltas graves: artículos al lado de los que ostenta su terrible influencia el que comprende a los que no saben leer ni escribir: es decir, que la pereza, la poca energía, el descuido de los altos poderes públicos pesan de rechazo sobre nuestros desgraciados hermanos, en cierto modo como un crimen. Negarle a la mayoría de la nación el ejercicio de la ciudadanía; arrancarle el derecho de sufragio, es la mayor inconsecuencia al principio que sostenemos, es el más degradante contrasentido de una carta democrática. Una Constitución republicana no es ni puede ser un código semi-aristocrático en que la libertad enmascara al privilegio: al contrario es y debe ser el evangelio de las garantías, el libro santo que debe contener las máximas del pueblo, que debe proteger al pueblo, todo entero, en los mismos derechos y en los mismos beneficios.

Extendamos la vista por la vasta extensión del Perú y separemos a esa gran masa de hombres que no saben leer ni escribir o por mejor decir apoyados en una ley egoísta despreciemos a la mayoría de la nación ¿qué queda? una quinta parte ¿qué digo? una sexta parte, de ciudadanos en ejercicio: o como muy bien ha dicho la comisión del Congreso, quedarán las nueve décimas partes sin derechos políticos y sin sufragio. Y si no procuraré hacer algunos cálculos, llamaré mi atención hacia mi departamento al que conociéndolo más inmediatamente podré ser también más exacto, pero calculo que con cortas diferencias es aplicable a los demás. El del Cuzco cuenta con cerca de 300000 almas de población: entre este número inmenso, según repetidas observaciones que he hecho y que nadie me podrá contrariarlas, apenas se contarán 20000 que saben leer y escribir. Quiero aumentarlas hasta 30000. Ahora pregunto ¿qué son 30000 *con respecto a trescientas mil*?

He aquí una ley por la que solo tiene derechos políticos, y es ciudadano en ejercicio uno por cada diez peruanos: ley injusta, ley monstruosa, intolerable y exótica. Yo no sé si me equivoco, pero con ligeras excepciones, saliendo de las murallas de esta capital, el resto de la república está casi en el mismo estado. ¿Qué son, pues, padres conscriptos, si no son ciudadanos en ejercicio, tantísimos peruanos sin derechos políticos y sin sufragio? ¿Serán esclavos? ¿Serán ilotas? ¿Y qué importa, a qué tiende esta odiosa restricción? los republicanos enemigos de todos los principios, los exclusivistas de todas las garantías, me contestarán que con ella se asegura el acierto en las elecciones y se consulta la capacidad para los pequeños y miserables cargos a que pueden alcanzar los hombres del pueblo. ¡Singular anomalía! Querer mejorar la condición de una república degradando por una parte al pueblo, y por otra ni siquiera considerar la extensión de estos embarazos. ¿Ellos son insuperables? No: ¿cómo se entiende en las naciones más civilizadas la ilustración del pueblo? En que sepa leer y escribir: el pueblo compuesto de obreros no puede alcanzar a más. Ahora bien ¿cuánto tiempo emplea un hombre en obtener esta clase de instrucción? El espacio más corto de la vida. ¿Y será posible que por no tener valor para hacer frente a tan pequeños inconvenientes, establezcamos un principio de retroceso y dejemos siempre empañada nuestra carta fundamental publicando nuestra miseria e impotencia? Por otra parte, en diez años que van corridos bajo la observancia de la actual Constitución ¿se ha adelantado algo con este artículo? ¿Se han estimulado las masas a aprovechar su parte favorable? No y no: la misma excepción está proclamando que es enteramente inútil, que los pueblos ejercen sus derechos sin esos graves y temibles inconvenientes que tanto se ponderan.

Pero suponiendo por un momento que es imposible instruir al pueblo y que no se puede siquiera enseñarle a escribir ni leer, aun en este extraño caso, siempre sería un atentado privarle de los derechos políticos y del derecho de sufragio. Al hombre que se constituye en sociedad no se le puede arrancar ese mismo derecho de formar parte de la sociedad y mucho menos a la mayoría de una nación: porque el derecho de ser ciudadano en ejercicio y el derecho de sufragio forman, por decirlo así, su existencia social. ¿Cómo hemos subsistido en 25 años de vida política? Nuestros congresos, nuestros gobiernos han nacido de ese pueblo que se quiere seguir humillando: y si no hubieran sido los motines militares nuestra ventura habría sido estable apoyada por los sufragios de los que no saben leer ni escribir. Y si se quiere remediar los inconvenientes eleccionarios ¿no es más fácil dictar leyes secundarias que aseguren la libertad y la dignidad de los que eligen? Sí señor: medítense reglamentos suficientes, rectifíquense los procedimientos eleccionarios, trátase de prevenir todos los vicios, y no habrá necesidad de hacer la guerra a los principios, ni arrancar derechos de los ciudadanos. ¿También esto será imposible? Haya constancia, trabajo y buena fe y no lo será.

Señor, cuando levantamos el glorioso pendón de la independencia, no hemos proclamado las restricciones, ni la subsistencia de los privilegios: hemos proclamado un principio y este principio era la igualdad de los derechos, la fraternidad de las garantías. La revolución americana iniciada por nuestros ilustres próceres y consumada por los pueblos debe organizarse ya en provecho de los pueblos: y ahora que un movimiento de renovación general anima a todo el mundo y parece presidir a la civilización del siglo XIX sería monstruoso el que subsistiese en la carta fundamental peruana un mandato que degrada a los que mandan como a los que obedecen. Debemos cuanto antes arrancar ese sarcasmo contra las instituciones liberales: debemos empezar nuestras reformas regenerando a esa parte envilecida de los peruanos por medio de la instrucción: realicemos el santo dogma de la fraternidad, desembarazando a la libertad y a la inteligencia de las trabas que las ahogan, y entonces tantas ilusiones se verán cumplidas, tantas esperanzas se verán satisfechas. No hagamos aprecio del despecho, del rencor y de la vacilación de los que obedecen a preocupaciones o hábitos de otro régimen. Necesario es convencerse que todos los poderes emanan del pueblo, cuya totalidad es la única soberanía y esta soberanía es una y no puede expresarse sino por el sufragio universal.

Ante la fuerza de estas razones estoy por la supresión total del párrafo 2.º del artículo 8 y que esta supresión se considere en el proyecto como reforma constitucional.

511

El señor *Salcedo* habló sosteniendo el dictamen de la comisión.

El señor *Gamboa*. Señor. Como el proyecto que el Congreso apruebe ahora, no debe contener otros artículos que aquellos que directamente sean reformando la Constitución, como para dar otras leyes no necesita el Congreso tantas escalas, y tan repetidas formas, y como reconociendo u principio de diferentes modos se corren peligros graves, que pueden ser trascendentales a la nación entera; mi voto es porque, o se deseche el artículo como innecesario, o se modifique suprimiendo el requisito indispensable de saber leer y escribir para ser ciudadano en ejercicio. Bien podía yo mismo haber presentado en las anteriores legislaturas el proyecto de que se trata: bien podía haber creído entonces que darles el derecho de ejercer la ciudadanía a los que no saben leer, era una reforma del artículo constitucional; ¿pero creeré lo mismo, y podré llevar adelante mis pensamientos, después que el Congreso del 47 sancionó que no era reforma constitucional dando la ley de prórroga? Resultaría que aquella ley fue mal dada, y que los resultados de dicha ley son nulos: resultaría que los electores nombrados, por hombres que no eran ciudadanos en ejercicio eran nulos: resultaría, por último, que los diputados elegidos por electores nulos, no podían ni debían ejercer su misión; consecuencias muy

rectas que llegan a poner en duda la existencia legítima del cuerpo legislativo, o cuando menos manifiestan terminantemente un feo contra sentido en los trabajos parlamentarios. La ley que se dio en el anterior Congreso, fue buena en mi concepto, porque una de nuestras atribuciones es habilitar el ejercicio de la ciudadanía a los que lo habían perdido, no necesitamos pues recurrir todavía la modo de reformar los artículos constitucionales para hacer estas concesiones.

Querría, sí, en lugar del artículo que se discute, otro más liberal, más republicano, querría que se suprimiese esa odiosa restricción de saber leer y escribir para ejercer la ciudadanía, porque en un sistema de todos para todos, a nadie se le debe negar el primer derecho que la naturaleza ha concedido a cada uno, de concurrir a la formación del gran pacto social, y a la elección del hombre que ha de gobernar. Se contenta el señor Salcedo con dejar para los indios el título de ciudadanos; ciertamente que muy poco o nada le dejarían a él, si quitándole la facultad de ejercer su misión de senador le sobrara solo el título, rehusaría desde entonces hasta oír el honroso dictado de senador por no hacerse el objeto de la burla.

Mucho se teme que los hombres que ignoran el arte de leer y escribir, no pudiendo, por este motivo, cumplir sus deberes de ciudadano, solo sirvan de ciegos instrumentos a otros: no temían los antiguos republicanos en sus actos más solemnes abusos semejantes, y el ateniense que alcanza la concha para que inscriba el nombre de Arístides, ejerció libremente su voluntad soberana, mandando el ostracismo de la víctima cuyas manos le servían; tal vez no hubiera cometido ese acto de injusticia, sabiendo leer y escribir, me dirán algunos, yo diré a mi vez que en la masa del pueblo no es la señal positiva de una conciencia recta el saber leer y escribir, y Arístides desterrado por solo los hombres que sabían escribir, jamás habrían logrado la declaración inocente del fundamento de su ruina, y su título de hombre justo no honraría su inmortal memoria.

El señor *Ordóñez* habló sosteniendo el dictamen de la comisión, y manifestando que esta no había hecho otra cosa que aprobar la proposición hecha por las cámaras.

El señor *Herrera*. Tres cuestiones de orden se han suscitado en el curso de la discusión. La primera, que promovió el señor Polar y ha vuelto a presentar el señor *Ordóñez*, es si se podrá impugnar el proyecto de reforma constitucional que propone la comisión, siendo así que es el mismo que se propuso a las cámaras, cuando declararon la necesidad de la reforma. La segunda es si no se opondrá la discusión del dicho proyecto al artículo 193 de la Constitución, que previene se discuta *en las primeras sesiones del Congreso renovado*; esta es la cuestión presentada por el señor Salcedo. La tercera suscitada por el señor Gamboa, es si

habiéndose ya concedido por una ley a los indios y mestizos que no sepan leer y escribir, el ejercicio de la ciudadanía, convendrá que el Congreso les conceda la gracia de nuevo en un artículo constitucional.

La Constitución tiene resuelta con harta claridad la primera de estas cuestiones: (lee) «la reforma de uno o más artículos constitucionales se hará por el Congreso conforme a las siguientes disposiciones. La proposición en que *pide la reforma* de uno o más artículos, podrá presentarse en cualquiera de las dos cámaras, firmada, al menos, por un tercio de sus miembros presentes. Será leída por tres veces [...] Se deliberará, si ha o no lugar a admitirla a discusión. En el caso de la afirmativa, pasará a una comisión[...] para que presente su respectivo informe sobre la *necesidad de hacer la reforma*[...] Se observará lo prevenido en la formación de las leyes; siendo necesarios los dos tercios de sufragios en cada una de las cámaras». He aquí, señores, el primer paso que hay que dar en materia de reforma constitucional. Las cámaras separadas declaran primero la *necesidad de la reforma* y nada más. Esto es todo lo que se ha hecho hasta aquí. (Vuelve a leer) «Sancionada la *necesidad de hacer la reforma*, se reunirán las dos cámaras para formar el correspondiente proyecto». Esto es lo que estamos ahora haciendo.

La Constitución quiere que no se declare digno de reforma ninguno de sus artículos, sino en cámaras separadas y por los dos tercios de votos de cada una de ellas, para asegurar la madurez de la deliberación y el acierto en la resolución sobre asunto de tanta monta. Pero declarada una vez la conveniencia de la reforma, las dos cámaras deben reunirse para trabajar en una sola asamblea el proyecto de reforma, que han de proponer al Congreso, luego que se renueve en la parte que ordena la misma Constitución. Muy importante es, señores, esta medida de la ley fundamental, porque puede suceder que una cámara crea reformable algún artículo constitucional por razones diversas y contrarias tal vez, a la que la otra cámara tenga para hacer la misma declaración. Reunidas ambas, las razones se comparan, las pasiones se combaten y al fin, la mayoría forma su juicio y presenta un solo pensamiento y una sola mira a la legislatura que ha de examinar el asunto de nuevo con hombres nuevos. Si tan terminante es el texto constitucional: si, según él, las cámaras separadas no han podido hacer otra cosa que declarar reformables los artículos de que se trata: si para formar el proyecto, y no con otro fin están reunidas ahora, ¿de dónde puede nacer la duda de si puede discutirse el proyecto que la comisión ha presentado? Nace de que ese proyecto se había presentado ya a las cámaras separadas: pero, señores, si está visto que conforme a la Constitución, el proyecto no puede formarse sino por el Congreso pleno, es claro, que cualquier trabajo que se haya emprendido antes de tiempo acerca de esto, es ahora como si no existiera: es nada, porque nada es a los ojos del Congreso lo que no tiene exis-

tencia constitucional. Estamos, pues, expeditos para hacer el proyecto de reforma, ya en el sentido que se ha indicado a las cámaras separadas, ya en cualquiera otro, aunque sea el opuesto, si la discusión inclinare a ello la razón del Congreso.

La discusión, señores, es necesaria, es indispensable, aunque no hagamos ahora más que un proyecto que no tendrá fuerza de ley, si no es discutido y aprobado por al siguiente legislatura. ¿Cómo podrá el Congreso, cómo podrá una asamblea cualquiera de seres racionales adoptar un pensamiento como suyo, si no lo examina?, y ¿cómo se examinará, si no se discute? No por eso dejará de ser mero proyecto, porque cuando se vote, no se ha de declarar si ha de tener o no la fuerza del artículo constitucional, sino, si el Congreso lo cree digno de ser adoptado por él como proyecto; si lo adopta o no como tal; si lo propone o no al Congreso venidero para que en el caso de que lo tenga a bien, lo convierta de proyecto en ley constitucional. Esto creo que resuelve la segunda cuestión. Paso a ocuparme de la tercera.

¿Convendrá que el Congreso examine ahora, si ha de conceder o no por un artículo constitucional, a los indios y mestizos que no sepan leer y escribir, la gracia de la ciudadanía que les concedió ya por una ley secundaria? Si se hizo bien en sancionar esa ley, dice el señor Gamboa, es inútil ocuparnos de lo mismo en la reforma de la Constitución. Si se hizo mal, porque la materia era constitucional, el Congreso cometió un atentado. No me atrevo yo a calificar de atentado los actos del Congreso. Pero lo cierto es que las calidades que ha de tener el natural de la nación para ejercer los derechos de ciudadano, se determinan en la Constitución. La nuestra no ha dejado un asunto tan grave expuesto a las variaciones que pueden sufrir las leyes secundarias, y ha determinado cuanto se requiere para ejercer la ciudadanía incluso la calidad de saber leer y escribir, excepto los indígenas y mestizos hasta el año de 1844. Si esta disposición constitucional se ha variado por una simple ley, sin observar los trámites indispensables para reformarla válida y legítimamente, es preciso apresurarnos a remediar el mal y examinar, si hemos de adoptar como proyecto de reforma constitucional, eso que se dio como ley contradiciendo la Constitución.

Dejando ya las cuestiones de mero orden, me contraeré a la principal; y animado de los mismos sentimientos de amor a los derechos humanos y al ennoblecimiento del hombre, que han manifestado los señores que me han precedido en la tribuna; y partiendo del mismo principio solidísimo que estableció el señor Cavero, voy a deducir consecuencias absolutamente contrarias a las ideas que hasta aquí se han vertido. Con otro motivo indiqué ya en mi Cámara mis ideas sobre el particular. No pueden ser otras las que desenvuelva ahora ante el Congreso.

El verdadero origen de todos los derechos es la naturaleza del hombre, ha dicho el señor Caveró. Así es, en efecto, y por eso estoy contra el proyecto que se ha presentado para la reforma del artículo 8 de la Constitución parágrafo 2. Se quiere que los indios y mestizos sean ciudadanos en ejercicio aunque no sepan leer ni escribir, hasta el año de 1860. Pero supuesto que este derecho ha de emanar de la naturaleza; y que reconocemos, que el que no sabe leer ni escribir carece de él, ¿cómo, por nuestra simple voluntad, podemos crearlo y concederlo a todos los indios y mestizos? Sería preciso para esto, negar la realidad que tiene el derecho, independientemente del querer de los hombres; manifestar una vergonzosa ignorancia del principio fundamental de la jurisprudencia que nos ha recordado el señor Caveró; y adoptar el desatino de Rousseau, que la ciencia tiene refutado y completamente destruido, muchos años ha, de que los derechos tienen su origen en la voluntad humana: todo lo cual es indigno de la sabiduría del Congreso.

He oído un pensamiento que envuelve un error capaz de viciar todos nuestros juicios en la materia que nos ocupa. Se ha dicho, y no una sola vez, que sería injusto declarar, que no pueden ejercer la ciudadanía los indios y mestizos que no saben leer y escribir; porque en tal caso, se les aplicaría una pena porque ignoran lo que no ha estado en sus manos aprender. Mas, no se trata aquí de castigar, señores. Séame permitido, ya que es necesario, ocurrir a las primeras nociones, a las ideas preliminares de la ciencia constitucional. Por dos razones se puede carecer de un derecho: o por incapacidad natural, o por delito. En el segundo caso, la privación del derecho o más bien de su ejercicio, es una pena que la ley impone y se puede levantar al delincuente, luego que acredite la reforma de su corazón. En el primero, hay carencia natural del derecho; y cuando la ley declara que no existe, declara un hecho que no puede remediar: no impone pena.

Pero todos los hombres son iguales en derechos, porque la naturaleza humana en todos es la misma. Ciertó, señores, que todos tenemos una misma naturaleza; que todos somos hermanos porque somos hijos de un mismo padre; que todos tenemos el mismo destino y estamos llamados a gozar y ejercer los mismos derechos en iguales circunstancias. El derecho en germen, digámoslo así, es el mismo en cada hombre; pero no se desenvuelve, sino a medida que se desenvuelven las facultades humanas. Desde que nace el hombre es libre y tiene necesidades materiales. Por consiguiente, desde entonces posee el derecho de libertad y el de propiedad. Con todo ¿a quién se le ha ocurrido llamar tiranía a la autoridad paterna y establecer que el niño pueda gobernar su persona y tener libre administración de su hacienda?: ¿que tiene la facultad de hacer lo que quiera de sí mismo y de contratar, entregando sus bienes a quien le satisfaga un gusto caprichoso? Pues así como la ley civil

limita, o hablando con más exactitud, declara limitados los derechos civiles de los niños y hasta cierto punto los de las mujeres por su incapacidad natural, así la Constitución tiene que declarar limitados los derechos políticos y reconocer que no tienen derecho de sufragio los que no saben leer ni escribir, sea cual fuere su raza, porque no se ve en ellos el indicio de capacidad.

Se ha pintado como una barbaridad que en el Perú se establezca el principio de que quien no sepa leer ni escribir no ha de ejercer la ciudadanía. Esto es declarar que las tres cuartas partes de nuestra población están excluidas de la ciudadanía y de todo influjo político. Tal declaración es una barbaridad para el señor Farfán: es horrible y ha estremecido su corazón que arde como el mío en amor a esos desventurados.

Pero ¿será barbaridad, señores, negar el sufragio a las tres cuartas partes de la población, si desgraciadamente, esas tres cuartas partes son incapaces de votar?, ¿si esas tres cuartas partes tienen menos razón y menos voluntad propia que las mujeres y los niños civilizados, a quienes con justicia se niega el voto?: ¿si el voto en lugar de ser para ellos un bien, es una carga insoportable, es un daño positivo, porque les hace emplear en un acto que no comprenden y que les es imposible realizar, el tiempo que han menester para emplearlo en el trabajo y ganar un alimento que, aun sin estos estorbos, siempre es escaso y siempre está humedecido con lágrimas? No, señores; esta no es barbaridad. La contrario... no diré que sea barbaridad, porque al fin es una opinión que se ha emitido en el Congreso. Mas esto no es barbaridad. Esto es justicia: esto es humanidad: esto es conducirnos como se conducen todos los pueblos donde alumbrada la luz de la civilización. Mostradme una nación, señores, antigua o moderna bien organizada, que en la calma de la paz y bajo el imperio, no de la fiebre revolucionaria, sino de la razón y de los principios eternos del derecho, haya declarado nunca el sufragio universal. Mostradme una nación, donde no se hayan exigido para conceder la ciudadanía activa, ciertas calidades como muestras y garantías de capacidad, esto es, de juicio propio y de independencia personal. Allí está Atenas, dice el señor Gamboa. El ciudadano

que suplicó a Arístides escribiera su nombre en la concha, no sabía escribir y quizá ni leer. Es verdad. No puedo negar ese hecho que se encuentra entre los grandes escándalos de la historia. Arístides paseaba tranquilo cuando se le acercó un compatriota suyo pidiéndole que escribiera su propio nombre, para votar en la plaza de Atenas por su destierro. El ilustre ateniense preguntó al sufragante si conocía a Arístides y si había recibido de él algún daño. No lo conozco, contestó el ciudadano, que no podía escribir y podía desterrar, tampoco me ha hecho ninguna injuria: pero estoy cansado de oír que le llaman *el justo* y quiero que sufra el

ostracismo. Arístides calló y escribió su nombre. El hecho por sí solo contesta a las reflexiones del señor Gamboa y a cuantas se han aducido en favor del sufragio de los indios y mestizos que no saben leer ni escribir. Arístides no habría sido desterrado si no hubieran ejercido la ciudadanía hombres que no sabían escribir: hombres estúpidos, incapaces de saborearse con el placer de la virtud y que se fastidiaban de ella hasta el punto de castigarla con el destierro. Dad la ciudadanía, señores, y la facultad de disponer de la suerte de los peruanos a hombres que no sepan leer ni escribir: no vayáis después a hacerles votar como queráis vosotros: dejadlos en completa libertad y veréis cuántos Arístides son sacrificados en el Perú. Al que no sabe leer ni escribir no se puede declarar la ciudadanía: no precisamente porque ella consista en actos de lectura y escritura, sino porque en el estado actual de las sociedades humanas, la carencia de estos primeros conocimientos es una señal indudable de carencia de toda educación; de carencia de discernimiento y por consiguiente de carencia de libertad para elegir. Hay, pues, en ellos incapacidad: hay falta de poder natural de ejercer la ciudadanía, por defecto de desarrollo de sus facultades. El Congreso nada les quita con declarar la realidad diciendo que no son ciudadanos: así como nada les daría con declararlos ciudadanos, pues esta declaración no podría comunicarles la capacidad de que carecen.

Aun cuando nosotros ejerciéramos una soberanía absoluta, como piensan algunos, sin embargo de que la Constitución solo nos concede dentro de límites muy marcados el poder legislativo, no podríamos dar derechos a quien careciese de ellos. Dar derecho, rigurosamente hablando, es crear, y a crear no alcanza el poder del hombre, por amplio e ilimitado que se suponga. Así, conceder la ciudadanía a quien naturalmente no la tiene, porque no ha cultivado sus facultades hasta donde es indispensable para ejercer las funciones de la ciudadanía, es conceder una ciudadanía que nunca se ejercerá, es conceder una ciudadanía de farsa y de puro nombre. Suponed, señores, un pueblo donde haya cien habitantes varones de más de veinticinco años: que solo diez de ellos sepan leer y escribir y comprendan la importancia de los actos electorales: que sin embargo voten todos, porque la ley dice que todos son ciudadanos. ¿Qué sucede, señores?, ¿esos noventa infelices a quienes se viste la gala de la ciudadanía, son ciudadanos en efecto? ¿Son ellos los que votan? ¡Ah señores! confesemos la verdad: declaremos lo que pasa a nuestra vista; lo que presenciamos todos los días. Ellos no votan. Reciben de los otros un papel y, sin saber por qué razón ni con qué fin, lo echan en la ánfora. ¿No es esto lo que pasa, señores?: ¿no es esta la verdad?: ¿no es lo que vemos? Invoco el testimonio de cada uno de los miembros del Congreso (una voz ¡Cierto! Rumor de aprobación). Pues si esta es la verdad, y si esto vemos, los noventa ciudadanos de mero título, que he supuesto, no son verdaderos ciu-

dadanos. Son noventa brazos más que se da a los ciudadanos verdaderos para que echen noventa votos más en el ánfora. Si esta es la verdad y si esto vemos, decretar la ciudadanía de todos los indios, es decretar un imposible: es pretender que nuestra voluntad impere sobre naturaleza y cambie sus leyes: es incurrir en el absurdo más chocante y en la más ridícula necesidad.

Se cree que negar el voto a la mayoría de los indios es degradarlos y declararlos reducidos a la clase de esclavos, porque se les priva de todo influjo en el orden político. Y yo pienso al contrario, que darles voto y participación en la política es la verdadera obra maldita de degradación y de repugnante envilecimiento de esa raza infeliz. Votar, es conocer que un ciudadano es a propósito para desempeñar con acierto un cargo público: es querer que lo desempeñe: es en fin, expresar este pensamiento y este deseo. Está visto ya que el que, en su ignorancia de la lectura y escritura lleva el indicio cierto de su imbecilidad, no puede practicar esta operación compleja, en la que intervienen la razón, la voluntad y la acción exterior. Está visto ya que es *imposible* vote y que por consiguiente, no vota, aunque por una extravagancia singular e inconcebible, se le haya declarado el derecho de sufragio. Está visto que no puede hacer más ni hace más, que servir a otro de instrumento para la votación. De modo que este miserable, quiera o no quiera, ha de conducir a la ánfora ciegamente el papel que le pongan en la mano, y que es la expresión ajena de un pensamiento y de una voluntad ajenos. Pregunto ahora, señores, ¿el hombre en esta extraña situación está ennoblecido o lastimosamente degradado?: ¿es ciudadano o esclavo de los ciudadanos cuya voluntad ejecuta?: ¿es hombre?: ¿es bestia, a quien contra su voluntad y haciéndole sufrir inexplicables amarguras, se obliga a marchar de su hogar al pueblo cabeza de la parroquia?: ¿es una máquina de votación que sirve, sin comprenderlo, como la ánfora y como la mesa al designio de los sufragantes? ¿Qué cosa es, señores, este desdichado?: ¿en qué se le ha convertido? Esta, sí, es verdadera y espantosa degradación de la naturaleza humana. Y después que por muchos años hayan permanecido los indios en tal estado: después que se haya arraigado en ellos el hábito de ejercer esta función de esclavos, de bestias o de máquinas ¿cómo será posible ennobleclos nunca y elevarlos a la clase de ciudadanos verdaderos? He aquí, señores, como un pensamiento falso en política, por puros y laudables que sean los sentimientos que lo hayan inspirado, produce y agrava y hace incurables los mismos padecimientos sociales que se propone remediar.

Como el proyecto está en manifiesta contradicción con las leyes de la naturaleza y con los principios del derecho, no es extraño que por cualquier lado que se le mire, presente un aspecto monstruoso. Los indios y mestizos serán ciudadanos, aunque no sepan leer ni escribir, hasta 1860: pero los que no sepan leer ni

escribir de ese año para adelante, ya no serán ciudadanos. No sé cómo conteste la comisión a los raciocinios, con que han impugnado esta limitación de tiempo los señores que profesan los principios que ella ha adoptado. Yo que no admito esos principios, no puedo dejar de asombrarme con todo de que la comisión crea justo negar la ciudadanía a los que no sepan leer ni escribir después del año 60, y que no crea que lo es ahora. Ved bien, señores, lo que vais a decir a la faz de las naciones cultas del mundo. Esa designación de tiempo significa, o que para el entendimiento de los peruanos las reglas de la justicia son variables, esto es, que para nosotros no hay verdadera justicia ni verdadero derecho; o que, aunque reconocemos su imperio, no estamos ahora de humor de sujetarnos a él, Y que el acatamiento y la profunda sumisión que merecen las leyes que reglan la conducta de la humanidad, se reservan para el año 1860, a no ser que se nos ocurra entonces otra cosa.

Otra monstruosidad me llama fuertemente la atención en el proyecto. Ya que se cree conveniente dar la ciudadanía a hombres incapaces de ejercerla, se limita este especial privilegio a los indios y mestizos. Y de paso, señores, ¿qué es mestizo? (movimiento de sorpresa): ¿qué grado de tinte indígena ha de tener la piel de un peruano para llamarse mestizo, para gozar del privilegio de votar sin saber leer ni escribir, y de que se diga que hace lo que no puede hacer? Esto me parece que podría ocasionar dudas muy frecuentes y que sería difícil resolver.

519

Volviendo al pensamiento que me ocupaba, si podemos dar la ciudadanía a los que no saben leer ni escribir ¿por qué, entre los que se hallan en esta triste condición, preferimos a los indios y a la casta indefinida de los mestizos? ¿Será porque pensamos, como algunos insensatos, que solo los indios y sus descendientes son los dueños de la tierra? ¡Cuidado, señores!; que tal pensamiento a más de injusto, sería imprudente y peligroso. El que nace en un suelo es natural de él: tiene los mismos derechos que los que como él han nacido allí: y nadie puede disputárselos, porque ha recibido su título de manos de la naturaleza que los da siempre legítimos. ¿Por qué excluimos pues a los blancos, a los negros y a los mulatos, cuarterones y en fin, a todas las castas que resultan de las tres razas primitivas? Se dirá, que estas castas y los blancos tienen medios de aprender a leer y escribir: pero no es así porque muchos carecen de esos medios. Y de la raza negra, de esa raza desgraciada y envilecida, que merece nuestra compasión tanto como los indios ¿qué se dirá? ¡Qué!, ¿no son ellos también nuestros hermanos? El principio de fraternidad que con tanto ardor y sentimiento se acaba de proclamar en la tribuna a favor de los indios, y que tan de veras y tan profundamente ha conmovido mi alma, aunque no para darles la ciudadanía: ese principio moral y santo ¿no comprenderá a los hombres negros?: ¿el negro no será nuestro hermano, no será hombre? Si se trata de dar una muestra, aunque mala, de respeto al hombre indio y al hombre mestizo,

yo reclamo, señores, respeto también para el hombre negro que es hijo de Adán y de Dios como yo; respeto para el hombre blanco; respeto para el hombre de cualquiera de las innumerables castas que forman la nación; yo reclamo respeto para la humanidad. Si se ha de conceder la ciudadanía a algunos que no sepan leer ni escribir, es preciso concederla a todos los que se hallen en el mismo caso: y la reforma de la parte del artículo constitucional que nos ocupa, debe reducirse a suprimirla. Entonces sabrá el mundo, que, en el Perú, no se necesita saber escribir ni saber leer para titularse ciudadano. Dirá, es regular, que este es un pueblo bárbaro: pero, a lo menos, no dirá que es injusto.

El proyecto, señores, no se puede aprobar por el Congreso. Es una injusticia: es una imposibilidad: es degradar más al indio, es luchar con la naturaleza para que la naturaleza se burle de nosotros. Comprendo bien la pureza y la ternura de los sentimientos que han inspirado a la comisión la idea que combato. Yo también amo a los indios: he vivido algunos años entre ellos: he oído sus gemidos: he recogido sus suspiros en mi corazón, y en la vida práctica he mezclado mis lágrimas con las suyas. Mucho tiempo he pensado en los medios de mejorar la suerte de los indios con el anhelo del amor y con la seriedad de un hombre de bien que conoce que nunca se emplean mejor la facultades mentales que cuando se emplean en el alivio de los que padecen. Pero no podía encontrar ni he encontrado otro medio que la educación. Empléese una buena porción de la renta pública en escuelas. Instrúyase, edúquese al indio, y se mejorará su condición. De otro modo, nuestros deseos, por laudables, por hermosos que sean, serán siempre estériles: porque donde quiera que un hombre estúpido esté colocado al lado de otro que haya cultivado su inteligencia, si no ha llegado este a un grado de probidad, que no es común entre los hombres, habrá siempre una víctima y un verdugo. Educación, educación, señores, para los indios: y por lo que hace a derechos, reconozcamos que nosotros no podemos hacer más que declararlos cuando existen, y que solo Dios puede crearlos.

El señor *Cuadros* (D. Manuel). Señor. Habiendo demostrado el señor Herrera que nos hallamos en disposición de suprimir el inciso 2 del artículo 8, contra lo opinado por el señor Ordóñez, paso a encargarme de la cuestión.

El citado inciso eige para el ejercicio de la ciudadanía saber leer y escribir, excepto los indígenas y mestizos hasta el año de 1860. No sé por qué quiere dársele tanta importancia al arte de escribir, hasta el punto de privar del ejercicio de la ciudadanía a los que lo ignoren. Grandes sociedades con hombres eminentes hubo antes de la escritura, y aun repúblicas en que todos ejercían la ciudadanía sin ese requisito desconocido entonces. Cadmo con su alfabeto diminuto y que constaba

de 16 letras introdujo la escritura entre los griegos que ya tenían mucho tiempo de progreso y que ya habían visto florecer entre ellos hombres de gran mérito.

En la edad media aún era vergonzoso saber leer y escribir y se puede decir que después de la fábula fue el tiempo de los héroes. Aquí mismo tenemos a Francisco Pizarro que sin saber leer ni escribir hizo cosas prodigiosas. Y siendo esto así ¿por qué queremos privar a los indios y mestizos del ejercicio de la ciudadanía, si no aprenden a escribir para el año de 60? ¿No es ridículo estar prorrogando este plazo como lo hemos hecho, por leyes secundarias sin respeto a las fórmulas constitucionales?

Son muchos los casos, más bien todos en que la ciudadanía se ejercite sin la escritura a excepción de las elecciones que se hacen por sufragios: y si yo presento un método, método que he practicado presidiendo la mesa electoral, no habrá inconveniente en que se suprima del proyecto el inciso 2 del artículo 8.

Cuando se me presentaba algún ciudadano que ignorase la escritura le preguntaba por quién sufragaba, y hacía escribir por los secretarios el nombre o nombres que designaban, y al tiempo del escrutinio agregaba esos votos así recibidos para confrontar el número de votantes con los sufragantes. Esto, que es obvio y tan sencillo y conforme a la razón, no se hallaba prohibido por la Constitución y por consecuencia se marchaba seguro del acierto: pues esto mismo debe arreglarse en la ley de elecciones para que no veamos los dos tercios de ciudadanos que componen los indios y mestizos según se ha manifestado por el señor Gamboa privados del ejercicio de la ciudadanía como lo están por el inciso en debate, que sufrirá las alteraciones vergonzosas, que llevo indicadas, porque después del año 60 hallaremos a esas castas tan ignorantes como al presente en el arte de escribir. Yo pregunto a los señores diputados del interior, si no es cierto que los padres no dedican a sus hijos a ese aprendizaje por la necesidad que de ellos tienen para la pastura de ganados, y cultivo de sus campos.

El indio y el mestizo no son tan torpes como se cree; y llegándose a la mesa electoral bien sabrán decir por quién o por quiénes es su voto, al paso que los separaremos de esta grande función de soberanía, si se continúa el método hasta aquí seguido.

Antes de concluir agregaré una reflexión a las hechas por el señor Herrera. Por el artículo 192 el proyecto de reforma se pasa por el ejecutivo al Consejo de Estado y con su informe lo remite a la legislatura inmediata. Si el Consejo sabedor e este debate, pina por la supresión del inciso como ahora se pretende, y no se hace, la próxima legislatura se hallará embarazada en la cuestión por defecto de las fórmu-

las. No importa que hasta este día haya pasado el proyecto como se halla, es decir concediéndoles hasta el año de 60 a los indios y mestizos el tiempo para aprender a escribir. Si pues ya queda demostrado que sin la escritura se ha ejercido la ciudadanía en imperios y repúblicas florecientes, y se ha tocado por la experiencia que nuestros indios y mestizos no entrarán en ella en mucho tiempo, no demos lugar a tropiezos en las elecciones manteniendo en el proyecto el inciso 2 del artículo 8.

El señor Gálvez quedó con la palabra; y se levantó la sesión a las tres de la tarde.

Sesión del miércoles 7 de noviembre de 1849 **(Presidencia del señor Herrera)**

Abierta a las dos menos cuarto de la tarde con 15 senadores y 55 diputados, se leyó y aprobó el acta anterior, con una modificación referente a indicar que el señor Ponce no había tomado la palabra.

Continuó la discusión pendiente del párrafo 2 artículo 8 reformable de la Constitución que se leyó.

522

El señor *Gálvez*. Señor. He sido arrebatado como todos por la poderosa palabra del honorable señor Herrera, y he sufrido más que nadie el dominio de su voz que, tanto tiempo ha, estoy acostumbrado a escuchar como el oráculo de la más sana filosofía y de las verdades más elevadas. Así, cuando después de él me he atrevido a hacer oír mi voz en este recinto, es porque me ha impelido una fuerza que no estaba en mi mano resistir. La elevada inteligencia del orador después de recorrer las más altas regiones de la filosofía nos ha conducido insensiblemente a conclusiones que podían ser fatales a nuestro sistema; y aunque el patriotismo del orador nos respondiese hasta la posibilidad de un ataque intencional, no se podía dejar de temblar al ver en tan robustas manos la espada que dirigida contra el error podía tal vez herir nuestros principios en su santuario.

Al defenderlos, yo no presumo entrar en una lucha que sería harto desigual pero si creo que la verdad es poderosa por humilde que sea le labio que lo profiera y que sabrá defenderse por sí misma.

Dos cuestiones se han agitado, cuestión de orden y reforma de un artículo constitucional.

En cuanto a la primera, creo como el ilustre orador a que he aludido, que el Congreso se halla en la libertad de modificar el artículo constitucional cuya necesidad de reforma se ha reconocido en cámaras separadas, sin que tenga precisión de

ceñirse estrictamente al proyecto de reforma que en ellas se sancionó, adelantando una operación que debió reservarse para el Congreso reunido. Muy terminantes son los artículos de la Constitución que señalan la conducta que ha debido observarse: presentada la moción de reformas debió sancionarse en cámaras separadas la necesidad, y nada más la necesidad de la reforma; y obtenida esta sanción, se ha debido formar en el Congreso reunido el proyecto que satisficiera esta necesidad. Obrar de otro modo, sancionar en cámaras separadas no solo la necesidad de la reforma, sino también el proyecto mismo de los artículos con que se había de sustituir a los reformados, sería reducir la operación del Congreso pleno, a la aprobación de una simple redacción, quedando sin sentido la disposición de que se discuta ante él este proyecto. A eso se agrega, que someter al Congreso un proyecto formado en las cámaras separadas por representantes que no son en su totalidad los mismos, sería imponerle la necesidad de presentar como pensamiento suyo, el que no lo era sino de las cámaras separadas, y atropellando los trámites se atropellaría también la dignidad del Congreso reunido, cuya participación en la reforma constitucional vendría a ser una estéril solemnidad. Y en consecuencia juzgo, que no haciendo mérito del proyecto de reforma verificado en cámaras separadas, es nuestra atribución llenar del modo que creamos más conveniente la necesidad de reforma reconocida en aquellas.

Hasta aquí estoy completamente de acuerdo con el señor Herrera, pero no lo estoy en que el Congreso goce de una libertad absoluta para modificar de cualquier manera el artículo que ha de reformarse; porque si es necesario que el Congreso ejerzas una atribución propia y exprese un pensamiento propio, al sancionar el proyecto de reforma no debe ponerse en contradicción con el espíritu revelado en las cámaras separadas; y si la modificación ha sido obra suya, como la continuación de una obra ya comenzada, sería una anomalía establecer que pudiese apartarse completamente de la senda indicada por las cámaras separadas. En estas al reconocerse la necesidad de la reforma, se ha indicado imprescindiblemente el sentido en que había de reformarse, y aunque en ellas no se le determine, su espíritu es por lo menos conocido. El Congreso tiene que completar el pensamiento de las cámaras separadas, que satisfacer la necesidad en ellas reconocida, y no puede contrariar su mente. El señor Herrera es de sentir que el Congreso se hallase en absoluta libertad para reformar de cualquier manera el artículo constitucional; en eso no estoy conforme, y luego manifestaré la aplicación que tiene ese principio al presente caso. Entro en la cuestión principal.

La capacidad es el origen del derecho. Tal ha sido el punto de partida para las teorías del señor Herrera. Procediendo de que todo derecho, dimanase de la naturaleza, y de que son las facultades del hombre las que exigen para su desarrollo cierto género de relaciones con los demás, ha deducido que cuando no puedan sostenerse

semejantes relaciones por la falta de facultades o por falta de capacidad, no existe el derecho que se funda en aquellas relaciones. Yo reconozco el principio de que los derechos del hombre están fundados en su naturaleza, y reconozco también que para ejercerlos se requiere cierta capacidad, pero no creo por eso que la capacidad sea el origen del derecho, sino solo una condición para su ejercicio. Yo creo que el fin del hombre revelado por su naturaleza, es el origen de sus necesidades y de sus derechos y que la capacidad no juega sino el rol de un medio de que no se debe prescindir para realizarlo; y tan lejos estoy de persuadirme que la capacidad sea el origen del derecho, como lo estaría de pensar que el derecho a alimentarse proviniese de la capacidad de tomar alimentos. Esta es una cuestión metafísica, pero que como muchas otras, es trascendental a la política, haciéndose sentir en una dura realidad, los errores abstractos que en ella pudieran cometerse.

Descendiendo del principio el señor Herrera hace entender, que el hombre no tiene derecho a obrar sino cuando tenga la capacidad de obrar bien: principio que le conduciría a exigir a cada uno sus títulos de capacidad antes de permitirle la libertad de obrar. Fatal sería por cierto a la dignidad del hombre y a la libertad, si desenvuelta esta teoría en sus últimas consecuencias, se aplicase rigurosamente a la vida social; no porque la capacidad no sea indispensable para obrar bien, sino porque la ley no puede tener en cuenta la capacidad de cada uno, sino dentro de estrechos límites que la naturaleza misma ha designado. Es racional, es justo que para permitir al hombre su acción como hombre se requiera el título de su capacidad como hombre; es decir que se le exija razón para conocer y libertad para obrar. Esto es todo lo que la naturaleza indica que puede exigirse para la acción humana, y si la ley se avanza a exigir requisitos facticios, creación de la sociedad misma, para ejercer un derecho natural, la ley es injusta y opresiva, la ley entonces choca directamente con ese principio tan luminosamente expuesto por el señor Herrera, de que no debe quedar a merced de la voluntad, de nadie, sino reconocer socialmente lo que la naturaleza, o mejor dicho Dios mismo ha establecido.

Aplicando su principio a la cuestión deducía el señor Herrera que los individuos que no saben leer y escribir, no tienen capacidad de ejercer bien el sufragio, que por lo mismo no tienen este derecho y que la ley no debía reconocérselo.

En primer lugar, no sé qué conexión necesaria puede haber entre el sufragio y la habilidad de leer y escribir, para creer de todo punto indispensable semejante requisito en los ciudadanos: el sufragio es la elección de los que se juzga más a propósito para ejercer un destino público, y aunque el hombre que sabe leer y escribir lleve consigo una probabilidad de saber mejor lo que hace por tener más medios de comunicarse con la humanidad, no siendo la comunicación por escrito,

una condición indispensable para tratar y conocer a los demás hombres, mal se puede tachar de incapaces de sufragio a los que no posean este arte de comunicarse. Las sociedades y la política han sido anteriores al arte de la escritura, y en esas épocas apartadas, otros medios existían como existen al presente para conocer y distinguir a nuestros semejantes. ¿Por qué pues se quiere limitar a solo los que tengan aquella habilidad la capacidad legal del sufragio? ¿Por qué se desconoce que un hombre aunque no la posea tiene otros medios de proceder con acierto? Ayer se ha indicado de la tribuna, que un ciudadano sin saber leer ni escribir podría sufragar por las personas de su confianza, haciendo escribir en la mesa el nombre de sus candidatos. Ciertamente que ese medio sería bastante para remover el obstáculo propuesto; y si se teme que el sufragante quede a merced de los que escriben, si se duda hasta el punto del crédito que merece la humanidad, que se tema el engaño en medio de la publicidad misma, recuérdese que hay infinidad de otros medios de que el sufragante se cerciore de que no se le ha engañado, y que con nada podría contarse como válido y legal si persistiésemos en el temor de que no puede emitirse un sufragio sino por personas capaces de escribirlo.

En segundo lugar, ¿con qué título exigiría la ley la capacidad de leer y escribir en el sufragante?, ¿esta condición es acaso exigida por la naturaleza de la asociación política? indudablemente no lo es, porque para ser miembro de una sociedad política, no pueden exigirse sino las condiciones que da la naturaleza misma. Con justicia, puede exigirse que el sufragante no sea un niño porque la naturaleza no le ha dado aún capacidad para obrar como hombre y ser responsable de sus actos: por la misma razón se puede exigir, que no sea un loco, un amente, y puede en fin, negar el sufragio a cuantos no tienen la dirección de sus propios actos, o no son dueños de sí mismos; pero no puede imponer una condición facticia, como la de saber leer y escribir, y si la impusiese sería tiránica y opresiva. ¿Por qué siguiendo la misma senda no habría de exigir mañana no solo la habilidad de saber leer y escribir, sino el conocimiento mismo del derecho público? Partiendo del principio de que la ley puede asegurar por cuantos medios estén en su mano el acierto en el sufragio, ¿por qué no habría de exigir el conocimiento de la organización del Estado reduciendo a unos cuantos individuos el número de los que habrán de disponer de la suerte de la nación?

Es degradar al hombre, decía el señor Herrera, ponerle a merced de la inteligencia, de la voluntad y tal vez de las pasiones de otro hombre. Yo me postro ante este noble pensamiento, pero creo que para realizarse en la política, no es el medio natural privar de toda cooperación a los mismos cuya dignidad se quiere respetar. ¿Sería por cierto elevar al hombre, declararle incapaz de obrar con acierto y colocarlo en la misma nulidad en que se hallan los seres inanimados?

Se teme que diez hombres echen en el ánfora cien votos por noventa manos ¿y no se teme el confiar exclusivamente a esos diez hombres el destino de los otros? Si el hombre más hábil ejerce influencia en el que lo es menos, déjese obrar a este poder natural de la inteligencia y de la voluntad, pero déjesele sin que la ley intervenga para calcularlo y dirigirlo, porque esa influencia está enteramente fuera de sus cálculos y de su previsión. No se quiera formular como disposición social lo que no está sujeto al dominio de la sociedad. En la cadena inmensa de los seres humanos, cada individuo tiene una capacidad especial, y por lo mismo una influencia más o menos grande en sus semejantes, pero esta capacidad está fuera de toda determinación, es imposible precisarla, y por lo mismo no puede traducirse en una disposición jurídica, en una ley, porque todo en las leyes tiene que ser preciso y determinado. ¿Cortará acaso la ley con una espada ciega esta progresión indefinida de capacidades humanas, y colocará a un lado los que ella reputa capaces y al otro los que reputa incapaces? ¿Con qué derecho, con qué razón podría separar estas dos clases que realmente no existen? Un hombre poco capaz en cierto orden de cosas, puede ser muy capaz en un orden diverso, y en el inmenso número de combinaciones a que estas capacidades relativas podría dar lugar, la ley jamás podría encontrar una resolución. Pero aun cuando eso no fuera así ¿habría razón para declarar a los menos capaces absolutamente incapaces, y a los más capaces únicamente capaces? ¿No sería esto retroceder a la funesta teoría de Aristóteles que dividía a la humanidad en parte destinada a mandar y parte destinada a obedecer, representando la una el alma y la otra todo el cuerpo? ¿No sería cometer la más errada de las abstracciones el prescindir en unos de toda su personalidad y entregársela arbitrariamente a otros. Yo apelo al mismo principio de la dignidad humana que proclamó el señor Herrera, para acusar de atentatoria contra la personalidad del hombre y la nobleza de su destino, la ley que dividiendo la humanidad en dos porciones confía exclusivamente a una la dirección de la otra, sometiéndola a su perpetua tutela.

El señor Herrera ha dicho también, que privar de la ciudadanía a los que no saben leer y escribir no sería un apena. Yo creo con el señor Gamboa que me precedió en la tribuna, que aunque no merecida semejante privación, y aunque no obtenida en consecuencia de un juicio, sería una exclusión enteramente semejante a las que se hacen por castigo: porque ya he dicho que siendo esta una condición artificial, al imponerse por la ley se exige de los individuos el aprendizaje correspondiente como condición del sufragio; si no adquieren aquella habilidad que naturalmente no puede venirles, la ley la reputa como una omisión que castiga del mismo modo que las demás faltas. ¿No sería esto una pena?

Así como me he estremecido con las consecuencias que pudieran deducirse de la doctrina de la capacidad, así me he dejado llevar del santo entusiasmo que anima al señor Herrera, cuando en la efusión de su amor al hombre donde quiera que le encontrase, deseaba que si en favor de la clase indígena disminuía la ley su severidad, no debía olvidarse de otra clase desgraciada también y a la que la sociedad ha marcado con el sello de la más negra injusticia. Yo también levanto mi voz en favor de la raza negra, de esa raza a la que debemos una solemne reparación, por la cadena que hemos hecho pesar por siglos sobre su cuello; y al emitir este deseo siento una inmensa satisfacción al advertir que es un deseo universal. ¡Pueden también estos desgraciados ejercer sus derechos de hombres, y no maldigan por más tiempo el que la naturaleza les haya hecho nacer al lado de otras razas, que olvidando ser sus hermanos la han convertido en sus esclavos.

Vuelco a la cuestión de orden. Si se aceptase la modificación propuesta por el señor Herrera, hallándose en contradicción con el sentido en que las cámaras separadas sancionaron la necesidad de la reforma, nos pondríamos en choque con la razón y el espíritu mismo de la Constitución. Las cámaras sancionaron la necesidad de la reforma en el sentido de ampliar hasta el año de 60 el ejercicio de la ciudadanía a los indios y mestizos que no sepan leer y escribir: el señor Herrera desearía que se modificase en el sentido de que no tenga derecho de sufragio el que no posea aquella habilidad, y el Congreso no podría acceder a este deseo sin ponerse en contradicción con las cámaras separadas, el Congreso no completaría el pensamiento de estas sino lo destruiría, y el Congreso no puede hacer esto conforme a sus atribuciones.

La mente de las cámaras fue establecer el principio de que en la Constitución de Huancayo no se exigió la cualidad de saber leer y escribir, sino como un estímulo para la ilustración de las masas, y si lo conservaba del año 60 en adelante era con el mismo objeto. Interpretar de otro modo la Constitución de Huancayo habría sido suponer a los legisladores culpables de la más grave aberración política; porque aun en los países más civilizados, en la Francia por ejemplo, allá donde la mayoría de los habitantes tienen esta habilidad, donde no sería tan opresivo exigirla como condición de ciudadanía, allí mismo, se abren con franqueza las puertas de la nación a todo hombre que quiere ser miembro suyo, y para los nacidos en el territorio basta un año de residencia en el lugar donde han de inscribirse en el registro cívico. ¿Y nosotros escasos de población, y atrasados en civilización, hasta el punto de que ni una vigésima parte de nuestros habitantes sepa ni aun esos primeros rudimentos; cerraremos la ciudadanía en límites que ni aquellas exuberantes naciones se han

atrevido a poner? ¿Si tal hubiera sido la mente de la Constitución de Huancayo, no habría ciertamente merecido el dictamen de bárbara, que el señor Farfán aplicó a este sistema de exclusión?

En honor del Congreso que nos precedió debemos interpretar su disposición en el sentido que he manifestado; y siguiéndola no pensemos ni por un momento castigar en los pobres contribuyentes el no haber adquirido una habilidad para la que no les hemos dado medios, y a la que tal vez no podrían cargados de pensiones, dedicar el tiempo que requiriese su aprendizaje: no castigemos en ellos el efecto de nuestras desgracias políticas que nos han hecho desatender la educación popular. Conservemos como estímulo para un porvenir distante el requisito exigido en Huancayo y apresurémonos a favorecer la educación por la que hacen un voto unánime las cámaras y el Gobierno como por la fuente de todo progreso.

Estoy por el artículo modificado.

Dado el punto por discutido, se votó y resultó solamente 47 votos contra 9, se rectificó la votación y no apareciendo más que 45 votos contra 9, volvió a verificarse y resultó aprobado el inciso propuesto para ser reformado por 46 votos contra 9.

**Reglamento de
Inteligencia Artificial
de la Unión Europea
2024/1689**

Nota introductoria

A continuación, se publica el *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea sobre inteligencia artificial* (en adelante IA), el mismo que fue anunciado el trece de junio de 2024, documento por el cual se lleva a cabo una sistematización y síntesis de aquellas normas referentes a la IA. Uno de los objetivos de este reglamento es el de uniformizar la legislación vigente sobre el tema de IA en el ámbito de la Unión Europea, el énfasis que se brinda en las explicaciones para su elaboración es la necesaria correspondencia con *los valores de la Unión* y que el uso de la IA debe estar siempre centrada en el ser humano, manteniendo las consideraciones a una óptima calidad de vida y respeto a los derechos señalados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

531

Dentro de sus propuestas está la de brindar un soporte jurídico integral para la innovación, garantizar un libre mercado en todo lo relacionado a la IA, dando prioridad a la dinamización de la economía tomando en cuenta el impacto de la IA; y, en lo posible evitar regulaciones ineficientes. Se busca con este reglamento uniformizar también las obligaciones de los operadores y garantizar los derechos de todos los actores que se desenvuelven en el mercado de la Unión Europea, todo ello, sin desmedro de la protección de las bases de datos personales.

Para fines didácticos, podemos dividir al reglamento en tres partes; en la primera, se hallan los considerandos, conceptos, aclaraciones y el ámbito de aplicación tanto en formas y contenidos; la segunda parte, es el reglamento en sí mismo; y, la tercera parte, contiene las disposiciones finales donde se subsumen aquellas

normas relativas a la IA que andaban dispersas —ahora, todo sistematizado en el flamante reglamento sobre IA—. Finalmente, se señala los anexos que contienen las actividades legislativas de los países miembros de la unión europea vinculados al tema de inteligencia artificial. Todo ello puede consultarlo en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

En el escenario del acceso masivo a las nuevas tecnologías, el desborde de las herramientas informáticas y todo el ecosistema digital donde la IA va tornándose en protagonista, ese escenario nos hace reflexionar respecto de la importancia de contar con un marco jurídico idóneo para el uso de la IA, la importancia de tener en orden los conceptos a utilizarse. En el presente número de la revista se publica el texto del reglamento de IA de la Unión Europea para desde el ámbito de la comparación jurídica sea de utilidad —en lo que corresponda— para atender dicho fenómeno en nuestro sistema jurídico.

Dirección de Publicaciones

Reglamento (UE) 2024/1689
del Parlamento Europeo y del Consejo
[De la unión europea]

de 13 de junio de 2024

533

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)

[...]

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Objeto

1. El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA (en lo sucesivo, «sistemas de IA») en la Unión así como prestar apoyo a la innovación.

2. El presente Reglamento establece:

- a) normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA en la Unión;
- b) prohibiciones de determinadas prácticas de IA;
- c) requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo y obligaciones para los operadores de dichos sistemas;
- d) normas armonizadas de transparencia aplicables a determinados sistemas de IA;
- e) normas armonizadas para la introducción en el mercado de modelos de IA de uso general;
- f) normas sobre el seguimiento del mercado, la vigilancia del mercado, la gobernanza y la garantía del cumplimiento;
- g) medidas en apoyo de la innovación, prestando especial atención a las pymes, incluidas las empresas emergentes.

Artículo 2

Ámbito de aplicación

1. El presente Reglamento se aplicará a:

- a) los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA o que introduzcan en el mercado modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si dichos proveedores están establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país;
- b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión;
- c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión;
- d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA;
- e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca;
- f) los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión;
- g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión.

2. A los sistemas de IA clasificados como sistemas de IA de alto riesgo de conformidad con el artículo 6, apartado 1, y relativos a productos regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en la sección B del anexo I, únicamente se les aplicará el artículo 6, apartado 1, y los artículos 102 a 109 y el artículo 112. El artículo 57 se aplicará únicamente en la medida en que los requisitos para los sistemas de IA de alto riesgo en virtud del presente Reglamento se hayan integrado en dichos actos legislativos de armonización de la Unión.

3. El presente Reglamento no se aplicará a los ámbitos que queden fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, en cualquier caso, no afectará a las competencias de los Estados miembros en materia de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad a la que los Estados miembros hayan encomendado el desempeño de tareas en relación con dichas competencias.

El presente Reglamento no se aplicará a los sistemas de IA que, y en la medida en que, se introduzcan en el mercado, se pongan en servicio o se utilicen, con o sin modificaciones, exclusivamente con fines militares, de defensa o de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad que lleve a cabo estas actividades.

El presente Reglamento no se aplicará a los sistemas de IA que no se introduzcan en el mercado o no se pongan en servicio en la Unión en los casos en que sus resultados de salida se utilicen en la Unión exclusivamente con fines militares, de defensa o de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad que lleve a cabo estas actividades.

4. El presente Reglamento no se aplicará a las autoridades públicas de terceros países ni a las organizaciones internacionales que entren dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento conforme al apartado 1 cuando dichas autoridades u organizaciones utilicen sistemas de IA en el marco de acuerdos o de la cooperación internacionales con fines de garantía del cumplimiento del Derecho y cooperación judicial con la Unión o con uno o varios Estados miembros, siempre que tal tercer país u organización internacional ofrezca garantías suficientes con respecto a la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas.

5. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios que figuran en el capítulo II del Reglamento (UE) 2022/2065.

6. El presente Reglamento no se aplicará a los sistemas o modelos de IA, incluidos sus resultados de salida, desarrollados y puestos en servicio específicamente con la investigación y el desarrollo científicos como única finalidad.

7. El Derecho de la Unión en materia de protección de los datos personales, la intimidad y la confidencialidad de las comunicaciones se aplicará a los datos personales tratados en relación con los derechos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento. El presente Reglamento no afectará a los Reglamentos (UE) 2016/679 o (UE) 2018/1725 ni a las Directivas 2002/58/CE o (UE) 2016/680, sin perjuicio del artículo 10, apartado 5, y el artículo 59 del presente Reglamento.

8. El presente Reglamento no se aplicará a ninguna actividad de investigación, prueba o desarrollo relativa a sistemas de IA o modelos de IA antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio. Estas actividades se llevarán a cabo de conformidad con el Derecho de la Unión aplicable. Las pruebas en condiciones reales no estarán cubiertas por esa exclusión.

9. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las normas establecidas por otros actos jurídicos de la Unión relativos a la protección de los consumidores y a la seguridad de los productos.

10. El presente Reglamento no se aplicará a las obligaciones de los responsables del despliegue que sean personas físicas que utilicen sistemas de IA en el ejercicio de una actividad puramente personal de carácter no profesional.

11. El presente Reglamento no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores ni que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores.

12. El presente Reglamento no se aplicará a los sistemas de IA divulgados con arreglo a licencias libres y de código abierto, a menos que se introduzcan en el mercado o se pongan en servicio como sistemas de IA de alto riesgo o como sistemas de IA que entren en el ámbito de aplicación del artículo 5 o del artículo 50.

Artículo 3

Definiciones

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

- 1) «sistema de IA»: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales;
- 2) «riesgo»: la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio;
- 3) «proveedor»: una persona física o jurídica, autoridad pública, órgano u organismo que desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general o para el que se desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzca en el mercado o ponga en servicio el sistema de IA con su propio nombre o marca, previo pago o gratuitamente;
- 4) «responsable del despliegue»: una persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional;
- 5) «representante autorizado»: una persona física o jurídica ubicada o establecida en la Unión que haya recibido y aceptado el mandato por escrito de un proveedor de un sistema de IA o de un modelo de IA de uso general para cumplir las obligaciones y llevar a cabo los procedimientos establecidos en el presente Reglamento en representación de dicho proveedor;
- 6) «importador»: una persona física o jurídica ubicada o establecida en la Unión que introduzca en el mercado un sistema de IA que lleve el nombre o la marca de una persona física o jurídica establecida en un tercer país;

- 7) «distribuidor»: una persona física o jurídica que forme parte de la cadena de suministro, distinta del proveedor o el importador, que comercialice un sistema de IA en el mercado de la Unión;
- 8) «operador»: un proveedor, fabricante del producto, responsable del despliegue, representante autorizado, importador o distribuidor;
- 9) «introducción en el mercado»: la primera comercialización en el mercado de la Unión de un sistema de IA o de un modelo de IA de uso general;
- 10) «comercialización»: el suministro de un sistema de IA o de un modelo de IA de uso general para su distribución o utilización en el mercado de la Unión en el transcurso de una actividad comercial, previo pago o gratuitamente;
- 11) «puesta en servicio»: el suministro de un sistema de IA para su primer uso directamente al responsable del despliegue o para uso propio en la Unión para su finalidad prevista;
- 12) «finalidad prevista»: el uso para el que un proveedor concibe un sistema de IA, incluidos el contexto y las condiciones de uso concretos, según la información facilitada por el proveedor en las instrucciones de uso, los materiales y las declaraciones de promoción y venta, y la documentación técnica;
- 13) «uso indebido razonablemente previsible»: la utilización de un sistema de IA de un modo que no corresponde a su finalidad prevista, pero que puede derivarse de un comportamiento humano o una interacción con otros sistemas, incluidos otros sistemas de IA, razonablemente previsible;
- 14) «componente de seguridad»: un componente de un producto o un sistema de IA que cumple una función de seguridad para dicho producto o sistema de IA, o cuyo fallo o defecto de funcionamiento pone en peligro la salud y la seguridad de las personas o los bienes;
- 15) «instrucciones de uso»: la información facilitada por el proveedor para informar al responsable del despliegue, en particular, de la finalidad prevista y de la correcta utilización de un sistema de IA;
- 16) «recuperación de un sistema de IA»: toda medida encaminada a conseguir la devolución al proveedor de un sistema de IA puesto a disposición de los responsables del despliegue, a inutilizarlo o a desactivar su uso;
- 17) «retirada de un sistema de IA»: toda medida destinada a impedir la comercialización de un sistema de IA que se encuentra en la cadena de suministro;
- 18) «funcionamiento de un sistema de IA»: la capacidad de un sistema de IA para alcanzar su finalidad prevista;
- 19) «autoridad notificante»: la autoridad nacional responsable de establecer y llevar a cabo los procedimientos necesarios para la evaluación, designación y notificación de los organismos de evaluación de la conformidad, así como de su supervisión;
- 20) «evaluación de la conformidad»: el proceso por el que se demuestra si se han cumplido los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, en relación con un sistema de IA de alto riesgo;

- 21) «organismo de evaluación de la conformidad»: un organismo que desempeña actividades de evaluación de la conformidad de terceros, como el ensayo, la certificación y la inspección;
- 22) «organismo notificado»: un organismo de evaluación de la conformidad notificado con arreglo al presente Reglamento y a otros actos pertinentes de la legislación de armonización de la Unión;
- 23) «modificación sustancial»: un cambio en un sistema de IA tras su introducción en el mercado o puesta en servicio que no haya sido previsto o proyectado en la evaluación de la conformidad inicial realizada por el proveedor y a consecuencia del cual se vea afectado el cumplimiento por parte del sistema de IA de los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, o que dé lugar a una modificación de la finalidad prevista para la que se haya evaluado el sistema de IA de que se trate;
- 24) «marcado CE»: un marcado con el que un proveedor indica que un sistema de IA es conforme con los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, y con otros actos aplicables de la legislación de armonización de la Unión que prevén su colocación;
- 25) «sistema de vigilancia poscomercialización»: todas las actividades realizadas por los proveedores de sistemas de IA destinadas a recoger y examinar la experiencia obtenida con el uso de sistemas de IA que introducen en el mercado o ponen en servicio, con objeto de detectar la posible necesidad de aplicar inmediatamente cualquier tipo de medida correctora o preventiva que resulte necesaria;
- 26) «autoridad de vigilancia del mercado»: la autoridad nacional que lleva a cabo las actividades y adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2019/1020;
- 27) «norma armonizada»: una norma armonizada tal como se define en el artículo 2, punto 1, letra c), del Reglamento (UE) n.º 1025/2012;
- 28) «especificación común»: un conjunto de especificaciones técnicas tal como se definen en el artículo 2, punto 4, del Reglamento (UE) n.º 1025/2012 que proporciona medios para cumplir determinados requisitos establecidos en virtud del presente Reglamento;
- 29) «datos de entrenamiento»: los datos usados para entrenar un sistema de IA mediante el ajuste de sus parámetros entrenables;
- 30) «datos de validación»: los datos usados para proporcionar una evaluación del sistema de IA entrenado y adaptar sus parámetros no entrenables y su proceso de aprendizaje para, entre otras cosas, evitar el subajuste o el sobreajuste;
- 31) «conjunto de datos de validación»: un conjunto de datos independiente o una parte del conjunto de datos de entrenamiento, obtenida mediante una división fija o variable;
- 32) «datos de prueba»: los datos usados para proporcionar una evaluación independiente del sistema de IA, con el fin de confirmar el funcionamiento previsto de dicho sistema antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio;
- 33) «datos de entrada»: los datos proporcionados a un sistema de IA u obtenidos directamente por él a partir de los cuales produce un resultado de salida;

- 34) «datos biométricos»: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos;
- 35) «identificación biométrica»: el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos;
- 36) «verificación biométrica»: la verificación automatizada y uno-a-uno, incluida la autenticación, de la identidad de las personas físicas mediante la comparación de sus datos biométricos con los datos biométricos facilitados previamente;
- 37) «categorías especiales de datos personales»: las categorías de datos personales a que se refieren el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679, el artículo 10 de la Directiva (UE) 2016/680 y el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725;
- 38) «datos operativos sensibles»: los datos operativos relacionados con actividades de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos cuya divulgación podría poner en peligro la integridad de las causas penales;
- 39) «sistema de reconocimiento de emociones»: un sistema de IA destinado a distinguir o inferir las emociones o las intenciones de las personas físicas a partir de sus datos biométricos;
- 40) «sistema de categorización biométrica»: un sistema de IA destinado a incluir a las personas físicas en categorías específicas en función de sus datos biométricos, a menos que sea accesorio a otro servicio comercial y estrictamente necesario por razones técnicas objetivas;
- 41) «sistema de identificación biométrica remota»: un sistema de IA destinado a identificar a las personas físicas sin su participación activa y generalmente a distancia comparando sus datos biométricos con los que figuran en una base de datos de referencia;
- 42) «sistema de identificación biométrica remota en tiempo real»: un sistema de identificación biométrica remota, en el que la recogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa; engloba no solo la identificación instantánea, sino también, a fin de evitar la elusión, demoras mínimas limitadas;
- 43) «sistema de identificación biométrica remota en diferido»: cualquier sistema de identificación biométrica remota que no sea un sistema de identificación biométrica remota en tiempo real;
- 44) «espacio de acceso público»: cualquier lugar físico, de propiedad privada o pública, al que pueda acceder un número indeterminado de personas físicas, con independencia de que deban cumplirse determinadas condiciones de acceso y con independencia de las posibles restricciones de capacidad;

- 45) «autoridad garante del cumplimiento del Derecho»:
- a) toda autoridad pública competente para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de delitos o la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de dichas amenazas, o
 - b) cualquier otro organismo o entidad a quien el Derecho del Estado miembro haya confiado el ejercicio de la autoridad pública y las competencias públicas a efectos de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o ejecución de sanciones penales, incluidas la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de dichas amenazas;
- 46) «garantía del cumplimiento del Derecho»: las actividades realizadas por las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, o en su nombre, para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de delitos o la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de dichas amenazas;
- 47) «Oficina de IA»: la función de la Comisión consistente en contribuir a la implantación, el seguimiento y la supervisión de los sistemas de IA y modelos de IA de uso general, y a la gobernanza de la IA prevista por la Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2024; las referencias hechas en el presente Reglamento a la Oficina de IA se entenderán hechas a la Comisión;
- 48) «autoridad nacional competente»: una autoridad notificante o una autoridad de vigilancia del mercado; en lo que respecta a sistemas de IA puestos en servicio o utilizados por instituciones, órganos y organismos de la Unión, las referencias hechas en el presente Reglamento a autoridades nacionales competentes o a autoridades de vigilancia del mercado se interpretarán como referencias al Supervisor Europeo de Protección de Datos;
- 49) «incidente grave»: un incidente o defecto de funcionamiento de un sistema de IA que, directa o indirectamente, tenga alguna de las siguientes consecuencias:
- a) el fallecimiento de una persona o un perjuicio grave para su salud;
 - b) una alteración grave e irreversible de la gestión o el funcionamiento de infraestructuras críticas;
 - c) el incumplimiento de obligaciones en virtud del Derecho de la Unión destinadas a proteger los derechos fundamentales;
 - d) daños graves a la propiedad o al medio ambiente;
- 50) «datos personales»: los datos personales tal como se definen en el artículo 4, punto 1, del Reglamento (UE) 2016/679;
- 51) «datos no personales»: los datos que no sean datos personales tal como se definen en el artículo 4, punto 1, del Reglamento (UE) 2016/679;
- 52) «elaboración de perfiles»: la elaboración de perfiles tal como se define en el artículo 4, punto 4, del Reglamento (UE) 2016/679;

- 53) «plan de la prueba en condiciones reales»: un documento que describe los objetivos, la metodología, el ámbito geográfico, poblacional y temporal, el seguimiento, la organización y la realización de la prueba en condiciones reales;
- 54) «plan del espacio controlado de pruebas»: un documento acordado entre el proveedor participante y la autoridad competente en el que se describen los objetivos, las condiciones, el calendario, la metodología y los requisitos para las actividades realizadas en el espacio controlado de pruebas;
- 55) «espacio controlado de pruebas para la IA»: un marco controlado establecido por una autoridad competente que ofrece a los proveedores y proveedores potenciales de sistemas de IA la posibilidad de desarrollar, entrenar, validar y probar, en condiciones reales cuando proceda, un sistema de IA innovador, con arreglo a un plan del espacio controlado de pruebas y durante un tiempo limitado, bajo supervisión regulatoria;
- 56) «alfabetización en materia de IA»: las capacidades, los conocimientos y la comprensión que permiten a los proveedores, responsables del despliegue y demás personas afectadas, teniendo en cuenta sus respectivos derechos y obligaciones en el contexto del presente Reglamento, llevar a cabo un despliegue informado de los sistemas de IA y tomar conciencia de las oportunidades y los riesgos que plantea la IA, así como de los perjuicios que puede causar;
- 57) «prueba en condiciones reales»: la prueba temporal de un sistema de IA para su finalidad prevista en condiciones reales, fuera de un laboratorio u otro entorno de simulación, con el fin de recabar datos sólidos y fiables y evaluar y comprobar la conformidad del sistema de IA con los requisitos del presente Reglamento; si se cumplen todas las condiciones establecidas en el artículo 57 o 60, no se considerará una introducción en el mercado o una puesta en servicio del sistema de IA en el sentido de lo dispuesto en el presente Reglamento;
- 58) «sujeto»: a los efectos de la prueba en condiciones reales, una persona física que participa en la prueba en condiciones reales;
- 59) «consentimiento informado»: la expresión libre, específica, inequívoca y voluntaria por parte de un sujeto de su voluntad de participar en una determinada prueba en condiciones reales tras haber sido informado de todos los aspectos de la prueba que sean pertinentes para su decisión de participar;
- 60) «ultrasuplantación»: un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos;
- 61) «infracción generalizada»: todo acto u omisión contrario al Derecho de la Unión por el que se protegen los intereses de las personas y que:
- a) haya perjudicado o pueda perjudicar los intereses colectivos de personas que residen en al menos dos Estados miembros distintos de aquel en el que:
 - i) se originó o tuvo lugar el acto u omisión,
 - ii) esté ubicado o establecido el proveedor de que se trate o, en su caso, su representante autorizado, o

- iii) esté establecido el responsable del despliegue en el momento de cometer la infracción;
- b) haya perjudicado, perjudique o pueda perjudicar los intereses colectivos de las personas y tenga características comunes —incluidas la misma práctica ilícita o la vulneración del mismo interés— y sea cometido simultáneamente por el mismo operador en al menos tres Estados miembros;
- 62) «infraestructura crítica»: una infraestructura crítica tal como se define en el artículo 2, punto 4, de la Directiva (UE) 2022/2557;
- 63) «modelo de IA de uso general»: un modelo de IA, también uno entrenado con un gran volumen de datos utilizando autosupervisión a gran escala, que presenta un grado considerable de generalidad y es capaz de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas, independientemente de la manera en que el modelo se introduzca en el mercado, y que puede integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores, excepto los modelos de IA que se utilizan para actividades de investigación, desarrollo o creación de prototipos antes de su introducción en el mercado;
- 64) «capacidades de gran impacto»: capacidades que igualan o superan las capacidades mostradas por los modelos de IA de uso general más avanzados;
- 65) «riesgo sistémico»: un riesgo específico de las capacidades de gran impacto de los modelos de IA de uso general, que tienen unas repercusiones considerables en el mercado de la Unión debido a su alcance o a los efectos negativos reales o razonablemente previsibles en la salud pública, la seguridad, la seguridad pública, los derechos fundamentales o la sociedad en su conjunto, que puede propagarse a gran escala a lo largo de toda la cadena de valor;
- 66) «sistema de IA de uso general»: un sistema de IA basado en un modelo de IA de uso general y que puede servir para diversos fines, tanto para su uso directo como para su integración en otros sistemas de IA;
- 67) «operación de coma flotante»: cualquier operación o tarea matemática que implique números de coma flotante, que son un subconjunto de los números reales normalmente representados en los ordenadores mediante un número entero de precisión fija elevado por el exponente entero de una base fija;
- 68) «proveedor posterior»: un proveedor de un sistema de IA, también de un sistema de IA de uso general, que integra un modelo de IA, con independencia de que el modelo de IA lo proporcione él mismo y esté integrado verticalmente o lo proporcione otra entidad en virtud de relaciones contractuales.

Artículo 4

Alfabetización en materia de IA

Los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un

nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los colectivos de personas en que se van a utilizar dichos sistemas.

CAPÍTULO II

PRÁCTICAS DE IA PROHIBIDAS

Artículo 5

Prácticas de IA prohibidas

1. Quedan prohibidas las siguientes prácticas de IA:

- a) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas;
- b) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona física o un determinado colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con la finalidad o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra;
- c) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para evaluar o clasificar a personas físicas o a colectivos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes:
 - i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos de personas en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente,
 - ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos de personas que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este;
- d) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de un sistema de IA para realizar evaluaciones de riesgos de personas físicas con el fin de valorar o predecir el riesgo de que una persona física cometa un delito basándose

únicamente en la elaboración del perfil de una persona física o en la evaluación de los rasgos y características de su personalidad; esta prohibición no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para apoyar la valoración humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva que ya se base en hechos objetivos y verificables directamente relacionados con una actividad delictiva;

- e) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión;
- f) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad;
- g) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual; esta prohibición no incluye el etiquetado o filtrado de conjuntos de datos biométricos adquiridos lícitamente, como imágenes, basado en datos biométricos ni la categorización de datos biométricos en el ámbito de la garantía del cumplimiento del Derecho;
- h) el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes:
 - i) la búsqueda selectiva de víctimas concretas de secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos, así como la búsqueda de personas desaparecidas,
 - ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista,
 - iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento penales o de ejecutar una sanción penal por alguno de los delitos mencionados en el anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años.

El párrafo primero, letra h), se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 en lo que respecta al tratamiento de datos biométricos con fines distintos de la garantía del cumplimiento del Derecho.

2. El uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho para cualquiera de

los objetivos mencionados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), debe desplegarse para los fines establecidos en dicha letra, únicamente para confirmar la identidad de la persona que constituya el objetivo específico y tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

- a) la naturaleza de la situación que dé lugar al posible uso, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud del perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema;
- b) las consecuencias que tendría el uso del sistema en los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de dichas consecuencias.

Además, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho para cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), del presente artículo deberá cumplir garantías y condiciones necesarias y proporcionadas en relación con el uso de conformidad con el Derecho nacional que autorice dicho uso, en particular en lo que respecta a las limitaciones temporales, geográficas y personales. El uso del sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público solo se autorizará si la autoridad garante del cumplimiento del Derecho ha completado una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales según lo dispuesto en el artículo 27 y ha registrado el sistema en la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 49. No obstante, en casos de urgencia debidamente justificados, se podrá empezar a utilizar tales sistemas sin el registro en la base de datos de la UE, siempre que dicho registro se complete sin demora indebida.

545

3. A los efectos del apartado 1, párrafo primero, letra h), y el apartado 2, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho estará supeditado a la concesión de una autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante del Estado miembro en el que vaya a utilizarse dicho sistema, que se expedirá previa solicitud motivada y de conformidad con las normas detalladas del Derecho nacional mencionadas en el apartado 5. No obstante, en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar tal sistema sin autorización siempre que se solicite dicha autorización sin demora indebida, a más tardar en un plazo de veinticuatro horas. Si se rechaza dicha autorización, el uso se interrumpirá con efecto inmediato y todos los datos, así como los resultados y la información de salida generados por dicho uso, se desecharán y suprimirán inmediatamente.

La autoridad judicial competente o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante únicamente concederá la autorización cuando tenga constancia, sobre la base de pruebas objetivas o de indicios claros que se le aporten, de que el uso del sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» es necesario y proporcionado para alcanzar alguno de los objetivos especificados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), el cual se indicará en la solicitud, y, en particular, se limita a lo estrictamente necesario en lo que se refiere al período de tiempo, así como al ámbito geográfico y personal. Al pronunciarse al respecto, esa autoridad tendrá en cuenta los aspectos mencionados en el

apartado 2. Dicha autoridad no podrá adoptar ninguna decisión que produzca efectos jurídicos adversos para una persona exclusivamente sobre la base de los resultados de salida del sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real».

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho se notificará a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente y a la autoridad nacional de protección de datos de conformidad con las normas nacionales a que se refiere el apartado 5. La notificación contendrá, como mínimo, la información especificada en el apartado 6 y no incluirá datos operativos sensibles.

5. Los Estados miembros podrán decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho dentro de los límites y en las condiciones que se indican en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y los apartados 2 y 3. Los Estados miembros de que se trate deberán establecer en sus respectivos Derechos nacionales las normas detalladas necesarias aplicables a la solicitud, la concesión y el ejercicio de las autorizaciones a que se refiere el apartado 3, así como a la supervisión y la presentación de informes relacionadas con estas. Dichas normas especificarán también para qué objetivos de los enumerados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y en su caso en relación con qué delitos de los indicados en la letra h), inciso iii), se podrá autorizar a las autoridades competentes para que utilicen esos sistemas con fines de garantía del cumplimiento del Derecho. Los Estados miembros notificarán dichas normas a la Comisión a más tardar treinta días después de su adopción. Los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota.

6. Las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados miembros a las que se haya notificado el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho con arreglo al apartado 4 presentarán a la Comisión informes anuales sobre dicho uso. A tal fin, la Comisión facilitará a los Estados miembros y a las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y de protección de datos un modelo que incluya información sobre el número de decisiones adoptadas por las autoridades judiciales competentes o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante en relación con las solicitudes de autorización de conformidad con el apartado 3, así como su resultado.

7. La Comisión publicará informes anuales sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho elaborados basados en datos agregados relativos a los Estados miembros sobre la base de los informes anuales a que se refiere el apartado 6. Dichos informes anuales no incluirán datos operativos sensibles de las actividades de garantía del cumplimiento del Derecho conexas.

8. El presente artículo no afectará a las prohibiciones aplicables cuando una práctica de IA infrinja otras disposiciones de Derecho de la Unión.

CAPÍTULO III

SISTEMAS DE IA DE ALTO RIESGO

SECCIÓN 1

Clasificación de los sistemas de IA como sistemas de alto riesgo

Artículo 6

Reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo

1. Con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b), un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación:

- a) que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos, y
- b) que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad de terceros para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I.

2. Además de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el apartado 1, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA contemplados en el anexo III.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, un sistema de IA a que se refiere el anexo III no se considerará de alto riesgo cuando no plantee un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, también al no influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones.

El párrafo primero se aplicará cuando se cumpla cualquiera de las condiciones siguientes:

- a) que el sistema de IA esté destinado a realizar una tarea de procedimiento limitada;
- b) que el sistema de IA esté destinado a mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada;
- c) que el sistema de IA esté destinado a detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones con respecto a patrones de toma de decisiones anteriores y no esté destinado a sustituir la valoración humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella, o
- d) que el sistema de IA esté destinado a realizar una tarea preparatoria para una evaluación que sea pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los sistemas de IA a que se refiere el anexo III siempre se considerarán de alto riesgo cuando el sistema de IA efectúe la elaboración de perfiles de personas físicas.

4. El proveedor que considere que un sistema de IA contemplado en el anexo III no es de alto riesgo documentará su evaluación antes de que dicho sistema sea introducido en el mercado o puesto en servicio. Dicho proveedor estará sujeto a la obligación de registro establecida en el artículo 49, apartado 2. A petición de las autoridades nacionales competentes, el proveedor facilitará la documentación de la evaluación.

5. La Comisión, previa consulta al Consejo Europeo de Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, «Consejo de IA»), y a más tardar el 2 de febrero de 2026, proporcionará directrices que especifiquen la aplicación práctica del presente artículo en consonancia con el artículo 96, junto con una lista exhaustiva de ejemplos prácticos de casos de uso de sistemas de IA que sean de alto riesgo y que no sean de alto riesgo.

6. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar el apartado 3, párrafo segundo, del presente artículo, añadiendo nuevas condiciones a las establecidas en dicho apartado, o modificando estas, cuando existan pruebas concretas y fiables de la existencia de sistemas de IA que entren en el ámbito de aplicación del anexo III, pero que no planteen un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas.

7. La Comisión adoptará actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar el apartado 3, párrafo segundo, del presente artículo, suprimiendo cualquiera de las condiciones establecidas en él, cuando existan pruebas concretas y fiables de que es necesario para mantener el nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales previsto en el presente Reglamento.

8. Ninguna modificación de las condiciones establecidas en el apartado 3, párrafo segundo, adoptada de conformidad con los apartados 6 y 7 del presente artículo, reducirá el nivel global de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales previsto en el presente Reglamento, y cualquier modificación garantizará la coherencia con los actos delegados adoptados con arreglo al artículo 7, apartado 1, y tendrá en cuenta la evolución tecnológica y del mercado.

Artículo 7

Modificaciones del anexo III

1. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar el anexo III mediante la adición o modificación de casos de uso de sistemas de IA de alto riesgo cuando se reúnan las dos condiciones siguientes:

- a) que los sistemas de IA estén destinados a ser utilizados en cualquiera de los ámbitos que figuran en el anexo III, y
- b) que los sistemas de IA planteen un riesgo de perjudicar la salud y la seguridad o de tener repercusiones negativas en los derechos fundamentales, y que dicho riesgo sea equivalente a, o mayor que, el riesgo de perjuicio o de repercusiones negativas que plantean los sistemas de IA de alto riesgo que ya se mencionan en el anexo III.

2. Cuando evalúe la condición prevista en el apartado 1, letra b), la Comisión tendrá en cuenta los criterios siguientes:

- a) la finalidad prevista del sistema de IA;
- b) la medida en que se haya utilizado o sea probable que se utilice un sistema de IA;
- c) la naturaleza y la cantidad de los datos tratados y utilizados por el sistema de IA, en particular si se tratan categorías especiales de datos personales;
- d) el grado de autonomía con el que actúa el sistema de IA y la posibilidad de que un ser humano anule una decisión o recomendaciones que puedan dar lugar a un perjuicio;
- e) la medida en que la utilización de un sistema de IA ya haya causado un perjuicio a la salud y la seguridad, haya tenido repercusiones negativas en los derechos fundamentales o haya dado lugar a problemas importantes en relación con la probabilidad de dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas, según demuestren, por ejemplo, los informes o las alegaciones documentadas que se presenten a las autoridades nacionales competentes o cualquier otro informe, según proceda;
- f) el posible alcance de dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas, en particular en lo que respecta a su intensidad y su capacidad para afectar a varias personas o afectar de manera desproporcionada a un determinado colectivo de personas;
- g) la medida en que las personas que podrían sufrir dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas dependan del resultado generado por un sistema de IA, en particular porque, por motivos prácticos o jurídicos, no sea razonablemente posible renunciar a dicho resultado;
- h) la medida en que exista un desequilibrio de poder o las personas que podrían sufrir dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas se encuentren en una posición de vulnerabilidad respecto del responsable del despliegue de un sistema de IA, en particular debido a su situación, autoridad, conocimientos, circunstancias económicas o sociales, o edad;
- i) la medida en que sea fácil corregir o revertir el resultado generado utilizando un sistema de IA, teniendo en cuenta las soluciones técnicas disponibles para corregirlo o revertirlo y sin que deba considerarse que los resultados que afectan negativamente a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales son fáciles de corregir o revertir;
- j) la probabilidad de que el despliegue del sistema de IA resulte beneficioso para las personas, los colectivos o la sociedad en general, y la magnitud de este beneficio, incluidas posibles mejoras en la seguridad de los productos;
- k) la medida en que el Derecho de la Unión vigente establezca:
 - i) vías de recurso efectivas en relación con los riesgos que plantea un sistema de IA, con exclusión de las acciones por daños y perjuicios,
 - ii) medidas efectivas para prevenir o reducir notablemente esos riesgos.

3. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar la lista del anexo III mediante la supresión de sistemas de IA de alto riesgo cuando se reúnan las dos condiciones siguientes:

- a) que los sistemas de IA de alto riesgo de que se trate ya no planteen riesgos considerables para los derechos fundamentales, la salud o la seguridad, teniendo en cuenta los criterios enumerados en el apartado 2;
- b) que la supresión no reduzca el nivel general de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la Unión.

SECCIÓN 2

Requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo

Artículo 8

Cumplimiento de los requisitos

1. Los sistemas de IA de alto riesgo cumplirán los requisitos establecidos en la presente sección, teniendo en cuenta sus finalidades previstas, así como el estado actual de la técnica generalmente reconocido en materia de IA y tecnologías relacionadas con la IA. A la hora de garantizar el cumplimiento de dichos requisitos se tendrá en cuenta el sistema de gestión de riesgos a que se refiere el artículo 9.

2. Cuando un producto contenga un sistema de IA al que se apliquen los requisitos del presente Reglamento, así como los requisitos de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, los proveedores serán responsables de garantizar que su producto cumpla plenamente todos los requisitos aplicables en virtud de los actos legislativos de armonización de la Unión que sean aplicables. Para garantizar el cumplimiento de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el apartado 1 de los requisitos establecidos en la presente sección, y con el fin de garantizar la coherencia, evitar duplicidades y reducir al mínimo las cargas adicionales, los proveedores podrán optar por integrar, según proceda, los procesos de prueba y presentación de información necesarios, y la información y la documentación que faciliten con respecto a su producto en documentación y procedimientos que ya existan y exijan los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A.

Artículo 9

Sistema de gestión de riesgos

1. Se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión de riesgos en relación con los sistemas de IA de alto riesgo.

2. El sistema de gestión de riesgos se entenderá como un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas. Constará de las siguientes etapas:

- a) la determinación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles que el sistema de IA de alto riesgo pueda plantear para la salud, la seguridad o los derechos fun-

damentales cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista;

- b) la estimación y la evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista y cuando se le dé un uso indebido razonablemente previsible;
- c) la evaluación de otros riesgos que podrían surgir, a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de vigilancia poscomercialización a que se refiere el artículo 72;
- d) la adopción de medidas adecuadas y específicas de gestión de riesgos diseñadas para hacer frente a los riesgos detectados con arreglo a la letra a).

3. Los riesgos a que se refiere el presente artículo son únicamente aquellos que pueden mitigarse o eliminarse razonablemente mediante el desarrollo o el diseño del sistema de IA de alto riesgo o el suministro de información técnica adecuada.

4. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), tendrán debidamente en cuenta los efectos y la posible interacción derivados de la aplicación combinada de los requisitos establecidos en la presente sección, con vistas a reducir al mínimo los riesgos de manera más eficaz al tiempo que se logra un equilibrio adecuado en la aplicación de las medidas para cumplir dichos requisitos.

5. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), considerarán aceptables los riesgos residuales pertinentes asociados a cada peligro, así como el riesgo residual general de los sistemas de IA de alto riesgo.

551

A la hora de determinar las medidas de gestión de riesgos más adecuadas, se procurará:

- a) eliminar o reducir los riesgos detectados y evaluados de conformidad con el apartado 2 en la medida en que sea técnicamente viable mediante un diseño y un desarrollo adecuados del sistema de IA de alto riesgo;
- b) implantar, cuando proceda, unas medidas de mitigación y control apropiadas que hagan frente a los riesgos que no puedan eliminarse;
- c) proporcionar la información requerida conforme al artículo 13 y, cuando proceda, impartir formación a los responsables del despliegue.

Con vistas a eliminar o reducir los riesgos asociados a la utilización del sistema de IA de alto riesgo, se tendrán debidamente en cuenta los conocimientos técnicos, la experiencia, la educación y la formación que se espera que posea el responsable del despliegue, así como el contexto en el que está previsto que se utilice el sistema.

6. Los sistemas de IA de alto riesgo serán sometidos a pruebas destinadas a determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas y específicas. Dichas pruebas comprobarán que los sistemas de IA de alto riesgo funcionan de manera coherente con su finalidad prevista y cumplen los requisitos establecidos en la presente sección.

7. Los procedimientos de prueba podrán incluir pruebas en condiciones reales de conformidad con el artículo 60.

8. Las pruebas de los sistemas de IA de alto riesgo se realizarán, según proceda, en cualquier momento del proceso de desarrollo y, en todo caso, antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio. Las pruebas se realizarán utilizando parámetros y umbrales de probabilidades previamente definidos que sean adecuados para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo.

9. Cuando se implante el sistema de gestión de riesgos previsto en los apartados 1 a 7, los proveedores prestarán atención a si, en vista de su finalidad prevista, es probable que el sistema de IA de alto riesgo afecte negativamente a las personas menores de dieciocho años y, en su caso, a otros colectivos vulnerables.

10. En el caso de los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo que estén sujetos a requisitos relativos a procesos internos de gestión de riesgos con arreglo a otras disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, los aspectos previstos en los apartados 1 a 9 podrán formar parte de los procedimientos de gestión de riesgos establecidos con arreglo a dicho Derecho, o combinarse con ellos.

Artículo 10

Datos y gobernanza de datos

1. Los sistemas de IA de alto riesgo que utilizan técnicas que implican el entrenamiento de modelos de IA con datos se desarrollarán a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplan los criterios de calidad a que se refieren los apartados 2 a 5 siempre que se utilicen dichos conjuntos de datos.

2. Los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba se someterán a prácticas de gobernanza y gestión de datos adecuadas para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo. Dichas prácticas se centrarán, en particular, en lo siguiente:

- a) las decisiones pertinentes relativas al diseño;
- b) los procesos de recogida de datos y el origen de los datos y, en el caso de los datos personales, la finalidad original de la recogida de datos;
- c) las operaciones de tratamiento oportunas para la preparación de los datos, como la anotación, el etiquetado, la depuración, la actualización, el enriquecimiento y la agregación;
- d) la formulación de supuestos, en particular en lo que respecta a la información que se supone que miden y representan los datos;
- e) una evaluación de la disponibilidad, la cantidad y la adecuación de los conjuntos de datos necesarios;
- f) el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando las salidas de datos influyan en las informaciones de entrada de futuras operaciones;

- g) medidas adecuadas para detectar, prevenir y mitigar posibles sesgos detectados con arreglo a la letra f);
- h) la detección de lagunas o deficiencias pertinentes en los datos que impidan el cumplimiento del presente Reglamento, y la forma de subsanarlas.

3. Los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba serán pertinentes, suficientemente representativos y, en la mayor medida posible, carecerán de errores y estarán completos en vista de su finalidad prevista. Asimismo, tendrán las propiedades estadísticas adecuadas, por ejemplo, cuando proceda, en lo que respecta a las personas o los colectivos de personas en relación con los cuales está previsto que se utilice el sistema de IA de alto riesgo. Los conjuntos de datos podrán reunir esas características para cada conjunto de datos individualmente o para una combinación de estos.

4. Los conjuntos de datos tendrán en cuenta, en la medida necesaria para la finalidad prevista, las características o elementos particulares del entorno geográfico, contextual, conductual o funcional específico en el que está previsto que se utilice el sistema de IA de alto riesgo.

5. En la medida en que sea estrictamente necesario para garantizar la detección y corrección de los sesgos asociados a los sistemas de IA de alto riesgo de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2, letras f) y g), del presente artículo, los proveedores de dichos sistemas podrán tratar excepcionalmente las categorías especiales de datos personales siempre que ofrezcan las garantías adecuadas en relación con los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas. Además de las disposiciones establecidas en los Reglamentos (UE) 2016/679 y (UE) 2018/1725 y la Directiva (UE) 2016/680, para que se produzca dicho tratamiento deben cumplirse todas las condiciones siguientes:

- a) que el tratamiento de otros datos, como los sintéticos o los anonimizados, no permita efectuar de forma efectiva la detección y corrección de sesgos;
- b) que las categorías especiales de datos personales estén sujetas a limitaciones técnicas relativas a la reutilización de los datos personales y a medidas punteras en materia de seguridad y protección de la intimidad, incluida la seudonimización;
- c) que las categorías especiales de datos personales estén sujetas a medidas para garantizar que los datos personales tratados estén asegurados, protegidos y sujetos a garantías adecuadas, incluidos controles estrictos y documentación del acceso, a fin de evitar el uso indebido y garantizar que solo las personas autorizadas tengan acceso a dichos datos personales con obligaciones de confidencialidad adecuadas;
- d) que las categorías especiales de datos personales no se transmitan ni transfieran a terceros y que estos no puedan acceder de ningún otro modo a ellos;
- e) que las categorías especiales de datos personales se eliminen una vez que se haya corregido el sesgo o los datos personales hayan llegado al final de su período de conservación, si esta fecha es anterior;
- f) que los registros de las actividades de tratamiento con arreglo a los Reglamentos (UE) 2016/679 y (UE) 2018/1725 y la Directiva (UE) 2016/680 incluyan las razones

por las que el tratamiento de categorías especiales de datos personales era estrictamente necesario para detectar y corregir sesgos, y por las que ese objetivo no podía alcanzarse mediante el tratamiento de otros datos.

6. Para el desarrollo de sistemas de IA de alto riesgo que no empleen técnicas que impliquen el entrenamiento de modelos de IA, los apartados 2 a 5 se aplicarán únicamente a los conjuntos de datos de prueba.

Artículo 11

Documentación técnica

1. La documentación técnica de un sistema de IA de alto riesgo se elaborará antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, y se mantendrá actualizada.

La documentación técnica se redactará de modo que demuestre que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos en la presente sección y que proporcione de manera clara y completa a las autoridades nacionales competentes y a los organismos notificados la información necesaria para evaluar la conformidad del sistema de IA con dichos requisitos. Contendrá, como mínimo, los elementos contemplados en el anexo IV. Las pymes, incluidas las empresas emergentes, podrán facilitar los elementos de la documentación técnica especificada en el anexo IV de manera simplificada. A tal fin, la Comisión establecerá un formulario simplificado de documentación técnica orientado a las necesidades de las pequeñas empresas y las microempresas. Cuando una pyme, incluidas las empresas emergentes, opte por facilitar la información exigida en el anexo IV de manera simplificada, utilizará el formulario a que se refiere el presente apartado. Los organismos notificados aceptarán dicho formulario a efectos de la evaluación de la conformidad.

2. Cuando se introduzca en el mercado o se ponga en servicio un sistema de IA de alto riesgo asociado a un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión mencionados en el anexo I, sección A, se elaborará un único conjunto de documentos técnicos que contenga toda la información mencionada en el apartado 1, así como la información que exijan dichos actos legislativos.

3. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar el anexo IV, cuando sea necesario, para garantizar que, en vista de los avances técnicos, la documentación técnica proporcione toda la información necesaria para evaluar si el sistema cumple los requisitos establecidos en la presente sección.

Artículo 12

Conservación de registros

1. Los sistemas de IA de alto riesgo permitirán técnicamente el registro automático de acontecimientos (en lo sucesivo, «archivos de registro») a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema.

2. Para garantizar un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo que resulte adecuado para la finalidad prevista del sistema, las capacidades de registro permitirán que se registren acontecimientos pertinentes para:

- a) la detección de situaciones que puedan dar lugar a que el sistema de IA de alto riesgo presente un riesgo en el sentido del artículo 79, apartado 1, o a una modificación sustancial;
- b) la facilitación de la vigilancia poscomercialización a que se refiere el artículo 72, y
- c) la vigilancia del funcionamiento de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 26, apartado 5.

3. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, punto 1, letra a), las capacidades de registro incluirán, como mínimo:

- a) un registro del período de cada uso del sistema (la fecha y la hora de inicio y la fecha y la hora de finalización de cada uso);
- b) la base de datos de referencia con la que el sistema ha cotejado los datos de entrada;
- c) los datos de entrada con los que la búsqueda ha arrojado una correspondencia;
- d) la identificación de las personas físicas implicadas en la verificación de los resultados que se mencionan en el artículo 14, apartado 5.

Artículo 13

Transparencia y comunicación de información a los responsables del despliegue

555

1. Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que se garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente sus resultados de salida. Se garantizará un tipo y un nivel de transparencia adecuados para que el proveedor y el responsable del despliegue cumplan las obligaciones pertinentes previstas en la sección 3.

2. Los sistemas de IA de alto riesgo irán acompañados de las instrucciones de uso correspondientes en un formato digital o de otro tipo adecuado, las cuales incluirán información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible para los responsables del despliegue.

3. Las instrucciones de uso contendrán al menos la siguiente información:

- a) la identidad y los datos de contacto del proveedor y, en su caso, de su representante autorizado;
- b) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo, con inclusión de:
 - i) su finalidad prevista,
 - ii) el nivel de precisión (incluidos los parámetros para medirla), solidez y ciberseguridad mencionado en el artículo 15 con respecto al cual se haya probado y

- validado el sistema de IA de alto riesgo y que puede esperarse, así como cualquier circunstancia conocida y previsible que pueda afectar al nivel de precisión, solidez y ciberseguridad esperado,
- iii) cualquier circunstancia conocida o previsible, asociada a la utilización del sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 9, apartado 2,
 - iv) en su caso, las capacidades y características técnicas del sistema de IA de alto riesgo para proporcionar información pertinente para explicar sus resultados de salida,
 - v) cuando proceda, su funcionamiento con respecto a determinadas personas o determinados colectivos de personas en relación con los que esté previsto utilizar el sistema,
 - vi) cuando proceda, especificaciones relativas a los datos de entrada, o cualquier otra información pertinente en relación con los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba usados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo,
 - vii) en su caso, información que permita a los responsables del despliegue interpretar los resultados de salida del sistema de IA de alto riesgo y utilizarla adecuadamente;
- c) los cambios en el sistema de IA de alto riesgo y su funcionamiento predeterminados por el proveedor en el momento de efectuar la evaluación de la conformidad inicial, en su caso;
 - d) las medidas de supervisión humana a que se hace referencia en el artículo 14, incluidas las medidas técnicas establecidas para facilitar la interpretación de los resultados de salida de los sistemas de IA de alto riesgo por parte de los responsables del despliegue;
 - e) los recursos informáticos y de hardware necesarios, la vida útil prevista del sistema de IA de alto riesgo y las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias (incluida su frecuencia) para garantizar el correcto funcionamiento de dicho sistema, también en lo que respecta a las actualizaciones del software;
 - f) cuando proceda, una descripción de los mecanismos incluidos en el sistema de IA de alto riesgo que permita a los responsables del despliegue recabar, almacenar e interpretar correctamente los archivos de registro de conformidad con el artículo 12.

Artículo 14

Supervisión humana

1. Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas.

2. El objetivo de la supervisión humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en la presente sección.

3. Las medidas de supervisión serán proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto de uso del sistema de IA de alto riesgo, y se garantizarán bien mediante uno de los siguientes tipos de medidas, bien mediante ambos:

- a) las medidas que el proveedor defina y que integre, cuando sea técnicamente viable, en el sistema de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio;
- b) las medidas que el proveedor defina antes de la introducción del sistema de IA de alto riesgo en el mercado o de su puesta en servicio y que sean adecuadas para que las ponga en práctica el responsable del despliegue.

4. A efectos de la puesta en práctica de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, el sistema de IA de alto riesgo se ofrecerá al responsable del despliegue de tal modo que las personas físicas a quienes se encomiende la supervisión humana puedan, según proceda y de manera proporcionada a:

- a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados;
- b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;
- c) interpretar correctamente los resultados de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles;
- d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o descartar, invalidar o revertir los resultados de salida que este genere;
- e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura.

5. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, punto 1, letra a), las medidas a que se refiere el apartado 3 del presente artículo garantizarán, además, que el responsable del despliegue no actúe ni tome ninguna decisión basándose en la identificación generada por el sistema, salvo si al menos dos personas físicas con la competencia, formación y autoridad necesarias han verificado y confirmado por separado dicha identificación.

El requisito de la verificación por parte de al menos dos personas físicas por separado no se aplicará a los sistemas de IA de alto riesgo utilizados con fines de garantía del cumplimiento del Derecho, de migración, de control fronterizo o de asilo cuando el Derecho nacional o de la Unión considere que la aplicación de este requisito es desproporcionada.

Artículo 15

Precisión, solidez y ciberseguridad

1. Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que alcancen un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad y funcionen de manera uniforme en esos sentidos durante todo su ciclo de vida.

2. Para abordar los aspectos técnicos sobre la forma de medir los niveles adecuados de precisión y solidez establecidos en el apartado 1 y cualquier otro parámetro de rendimiento pertinente, la Comisión, en cooperación con las partes interesadas y organizaciones pertinentes, como las autoridades de metrología y de evaluación comparativa, fomentará, según proceda, el desarrollo de parámetros de referencia y metodologías de medición.

3. En las instrucciones de uso que acompañen a los sistemas de IA de alto riesgo se indicarán los niveles de precisión de dichos sistemas, así como los parámetros pertinentes para medirla.

4. Los sistemas de IA de alto riesgo serán lo más resistentes posible en lo que respecta a los errores, fallos o incoherencias que pueden surgir en los propios sistemas o en el entorno en el que funcionan, en particular a causa de su interacción con personas físicas u otros sistemas. Se adoptarán medidas técnicas y organizativas a este respecto.

La solidez de los sistemas de IA de alto riesgo puede lograrse mediante soluciones de redundancia técnica, tales como copias de seguridad o planes de prevención contra fallos.

Los sistemas de IA de alto riesgo que continúan aprendiendo tras su introducción en el mercado o puesta en servicio se desarrollarán de tal modo que se elimine o reduzca lo máximo posible el riesgo de que los resultados de salida que pueden estar sesgados influyan en la información de entrada de futuras operaciones (bucles de retroalimentación) y se garantice que dichos bucles se subsanen debidamente con las medidas de reducción de riesgos adecuadas.

5. Los sistemas de IA de alto riesgo serán resistentes a los intentos de terceros no autorizados de alterar su uso, sus resultados de salida o su funcionamiento aprovechando las vulnerabilidades del sistema.

Las soluciones técnicas encaminadas a garantizar la ciberseguridad de los sistemas de IA de alto riesgo serán adecuadas a las circunstancias y los riesgos pertinentes.

Entre las soluciones técnicas destinadas a subsanar vulnerabilidades específicas de la IA figurarán, según corresponda, medidas para prevenir, detectar, combatir, resolver y controlar los ataques que traten de manipular el conjunto de datos de entrenamiento

(«envenenamiento de datos»), o los componentes entrenados previamente utilizados en el entrenamiento («envenenamiento de modelos»), la información de entrada diseñada para hacer que el modelo de IA cometa un error («ejemplos adversarios» o «evasión de modelos»), los ataques a la confidencialidad o los defectos en el modelo.

SECCIÓN 3

Obligaciones de los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo y de otras partes

Artículo 16

Obligaciones de los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo

Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo:

- a) velarán por que sus sistemas de IA de alto riesgo cumplan los requisitos definidos en la sección 2;
- b) indicarán en el sistema de IA de alto riesgo o, cuando no sea posible, en el embalaje del sistema o en la documentación que lo acompañe, según proceda, su nombre, su nombre comercial registrado o marca registrada y su dirección de contacto;
- c) contarán con un sistema de gestión de la calidad que cumpla lo dispuesto en el artículo 17;
- d) conservarán la documentación a que se refiere el artículo 18;
- e) cuando estén bajo su control, conservarán los archivos de registro generados automáticamente por sus sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 19;
- f) se asegurarán de que los sistemas de IA de alto riesgo sean sometidos al procedimiento pertinente de evaluación de la conformidad a que se refiere el artículo 43 antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio;
- g) elaborarán una declaración UE de conformidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 47;
- h) colocará el marcado CE en el sistema de IA de alto riesgo o, cuando no sea posible, en su embalaje o en la documentación que lo acompañe, para indicar la conformidad con el presente Reglamento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48;
- i) cumplirán las obligaciones de registro a que se refiere el artículo 49, apartado 1;
- j) adoptarán las medidas correctoras necesarias y facilitarán la información exigida en el artículo 20;
- k) demostrarán, previa solicitud motivada de la autoridad nacional competente, la conformidad del sistema de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en la sección 2;
- l) velarán por que el sistema de IA de alto riesgo cumpla requisitos de accesibilidad de conformidad con las Directivas (UE) 2016/2102 y (UE) 2019/882.

Artículo 17

Sistema de gestión de la calidad

1. Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo establecerán un sistema de gestión de la calidad que garantice el cumplimiento del presente Reglamento. Dicho sistema deberá consignarse de manera sistemática y ordenada en documentación en la que se recojan las políticas, los procedimientos y las instrucciones e incluirá, al menos, los siguientes aspectos:

- a) una estrategia para el cumplimiento de la normativa, incluido el cumplimiento de los procedimientos de evaluación de la conformidad y de los procedimientos de gestión de las modificaciones de los sistemas de IA de alto riesgo;
- b) las técnicas, los procedimientos y las actuaciones sistemáticas que se utilizarán en el diseño y el control y la verificación del diseño del sistema de IA de alto riesgo;
- c) las técnicas, los procedimientos y las actuaciones sistemáticas que se utilizarán en el desarrollo del sistema de IA de alto riesgo y en el control y el aseguramiento de la calidad de este;
- d) los procedimientos de examen, prueba y validación que se llevarán a cabo antes, durante y después del desarrollo del sistema de IA de alto riesgo, así como la frecuencia con que se ejecutarán;
- e) las especificaciones técnicas, incluidas las normas, que se aplicarán y, cuando las normas armonizadas pertinentes no se apliquen en su totalidad o no cubran todos los requisitos pertinentes establecidos en la sección 2, los medios que se utilizarán para velar por que el sistema de IA de alto riesgo cumpla dichos requisitos;
- f) los sistemas y procedimientos de gestión de datos, lo que incluye su adquisición, recopilación, análisis, etiquetado, almacenamiento, filtrado, prospección, agregación, conservación y cualquier otra operación relacionada con los datos que se lleve a cabo antes de la introducción en el mercado o puesta en servicio de sistemas de IA de alto riesgo y con esa finalidad;
- g) el sistema de gestión de riesgos que se menciona en el artículo 9;
- h) el establecimiento, aplicación y mantenimiento de un sistema de vigilancia poscomercialización de conformidad con el artículo 72;
- i) los procedimientos asociados a la notificación de un incidente grave con arreglo al artículo 73;
- j) la gestión de la comunicación con las autoridades nacionales competentes, otras autoridades pertinentes, incluidas las que permiten acceder a datos o facilitan el acceso a ellos, los organismos notificados, otros operadores, los clientes u otras partes interesadas;
- k) los sistemas y procedimientos para llevar un registro de toda la documentación e información pertinente;
- l) la gestión de los recursos, incluidas medidas relacionadas con la seguridad del suministro;

- m) un marco de rendición de cuentas que defina las responsabilidades del personal directivo y de otra índole en relación con todos los aspectos enumerados en este apartado.

2. La aplicación de los aspectos mencionados en el apartado 1 será proporcional al tamaño de la organización del proveedor. Los proveedores respetarán, en todo caso, el grado de rigor y el nivel de protección requerido para garantizar la conformidad de sus sistemas de IA de alto riesgo con el presente Reglamento.

3. Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo que estén sujetos a obligaciones relativas a los sistemas de gestión de la calidad o una función equivalente con arreglo al Derecho sectorial pertinente de la Unión podrán incluir los aspectos enumerados en el apartado 1 como parte de los sistemas de gestión de la calidad con arreglo a dicho Derecho.

4. En el caso de los proveedores que sean entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros, se considerará que se ha cumplido la obligación de establecer un sistema de gestión de la calidad, salvo en relación con lo dispuesto en el apartado 1, letras g), h) e i), del presente artículo cuando se respeten las normas sobre los sistemas o procesos de gobernanza interna de acuerdo con el Derecho pertinente de la Unión en materia de servicios financieros. A tal fin, se tendrán en cuenta todas las normas armonizadas que se mencionan en el artículo 40.

Artículo 18

Conservación de la documentación

1. Durante un período de diez años a contar desde la introducción en el mercado o la puesta en servicio del sistema de IA de alto riesgo, el proveedor mantendrá a disposición de las autoridades nacionales competentes:

- a) la documentación técnica a que se refiere el artículo 11;
- b) la documentación relativa al sistema de gestión de la calidad a que se refiere el artículo 17;
- c) la documentación relativa a los cambios aprobados por los organismos notificados, si procede;
- d) las decisiones y otros documentos expedidos por los organismos notificados, si procede;
- e) la declaración UE de conformidad contemplada en el artículo 47.

2. Cada Estado miembro determinará las condiciones en las que la documentación a que se refiere el apartado 1 permanecerá a disposición de las autoridades nacionales competentes durante el período indicado en dicho apartado en los casos en que un proveedor o su representante autorizado establecido en su territorio quiebre o cese en su actividad antes del final de dicho período.

3. Los proveedores que sean entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros mantendrán la documentación técnica como parte de la documentación conservada en virtud del Derecho pertinente de la Unión en materia de servicios financieros.

Artículo 19

Archivos de registro generados automáticamente

1. Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo conservarán los archivos de registro a que se refiere el artículo 12, apartado 1, que los sistemas de IA de alto riesgo generen automáticamente en la medida en que dichos archivos estén bajo su control. Sin perjuicio del Derecho aplicable de la Unión o nacional, los archivos de registro se conservarán durante un período de tiempo adecuado para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo, de al menos seis meses, salvo que el Derecho de la Unión o nacional aplicable, en particular el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, disponga otra cosa.

2. Los proveedores que sean entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros mantendrán los archivos de registro generados automáticamente por sus sistemas de IA de alto riesgo como parte de la documentación conservada en virtud del Derecho pertinente en materia de servicios financieros.

Artículo 20

Medidas correctoras y obligación de información

1. Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo que consideren o tengan motivos para considerar que un sistema de IA de alto riesgo que han introducido en el mercado o puesto en servicio no es conforme con el presente Reglamento adoptarán inmediatamente las medidas correctoras necesarias para que sea conforme, para retirarlo del mercado, desactivarlo o recuperarlo, según proceda. Informarán de ello a los distribuidores del sistema de IA de alto riesgo de que se trate y, en su caso, a los responsables del despliegue, al representante autorizado y a los importadores.

2. Cuando un sistema de IA de alto riesgo presente un riesgo en el sentido del artículo 79, apartado 1, y el proveedor tenga conocimiento de dicho riesgo, este investigará inmediatamente las causas, en colaboración con el responsable del despliegue que lo haya notificado, en su caso, e informará a las autoridades de vigilancia del mercado competentes respecto al sistema de IA de alto riesgo de que se trate y, cuando proceda, al organismo notificado que haya expedido un certificado para dicho sistema de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, en particular sobre la naturaleza del incumplimiento y sobre cualquier medida correctora adoptada.

Artículo 21

Cooperación con las autoridades competentes

1. Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo, previa solicitud motivada de una autoridad competente, proporcionarán a dicha autoridad toda la información y la documentación necesarias para demostrar la conformidad del sistema de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en la sección 2, en una lengua que la autoridad pueda entender fácilmente y que sea una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, indicada por el Estado miembro de que se trate.

2. Previa solicitud motivada de una autoridad competente, los proveedores darán también a dicha autoridad, cuando proceda, acceso a los archivos de registro generados automáticamente del sistema de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 12, apartado 1, en la medida en que dichos archivos estén bajo su control.

3. Toda información obtenida por una autoridad competente con arreglo al presente artículo se tratará de conformidad con las obligaciones de confidencialidad establecidas en el artículo 78.

Artículo 22

Representantes autorizados de los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo

563

1. Antes de comercializar sus sistemas de IA de alto riesgo en el mercado de la Unión, los proveedores establecidos en terceros países tendrán que nombrar, mediante un mandato escrito, a un representante autorizado que esté establecido en la Unión.

2. Los proveedores permitirán que su representante autorizado pueda efectuar las tareas especificadas en el mandato recibido del proveedor.

3. Los representantes autorizados efectuarán las tareas especificadas en el mandato recibido del proveedor. Facilitarán a las autoridades de vigilancia del mercado, cuando lo soliciten, una copia del mandato en una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión según lo indicado por la autoridad de competente. A los efectos del presente Reglamento, el mandato habilitará al representante autorizado para realizar las tareas siguientes:

- a) verificar que se han elaborado la declaración UE de conformidad a que se refiere el artículo 47 y la documentación técnica a que se refiere el artículo 11 y que el proveedor ha llevado a cabo un procedimiento de evaluación de la conformidad adecuado;
- b) conservar a disposición de las autoridades competentes y de las autoridades u organismos nacionales a que se refiere el artículo 74, apartado 10, durante un período de diez años a contar desde la introducción en el mercado o la puesta en servicio del sistema de IA de alto riesgo, los datos de contacto del proveedor que haya nombrado al representante autorizado, una copia de la declaración UE de conformidad a que se refiere el artículo 47, la documentación técnica y, en su caso, el certificado expedido por el organismo notificado;

- c) proporcionar a una autoridad competente, previa solicitud motivada, toda la información y la documentación, incluida la mencionada en el presente párrafo, letra b), que sean necesarias para demostrar la conformidad de un sistema de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en la sección 2, incluido el acceso a los archivos de registro a que se refiere el artículo 12, apartado 1, generados automáticamente por ese sistema, en la medida en que dichos archivos estén bajo el control del proveedor;
- d) cooperar con las autoridades competentes, previa solicitud motivada, en todas las acciones que estas emprendan en relación con el sistema de IA de alto riesgo, en particular para reducir y mitigar los riesgos que este presente;
- e) cuando proceda, cumplir las obligaciones de registro a que se refiere el artículo 49, apartado 1, o si el registro lo lleva a cabo el propio proveedor, garantizar que la información a que se refiere el anexo VIII, sección A, punto 3, es correcta.

El mandato habilitará al representante autorizado para que las autoridades competentes se pongan en contacto con él, además de con el proveedor o en lugar de con el proveedor, con referencia a todas las cuestiones relacionadas con la garantía del cumplimiento del presente Reglamento.

4. El representante autorizado pondrá fin al mandato si considera o tiene motivos para considerar que el proveedor contraviene las obligaciones que le atañen con arreglo al presente Reglamento. En tal caso, además, informará de inmediato de la terminación del mandato y de los motivos de esta medida a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente, así como, cuando proceda, al organismo notificado pertinente.

Artículo 23

Obligaciones de los importadores

1. Antes de introducir un sistema de IA de alto riesgo en el mercado, los importadores se asegurarán de que el sistema sea conforme con el presente Reglamento verificando que:

- a) el proveedor del sistema de IA de alto riesgo haya llevado a cabo el procedimiento de evaluación de la conformidad pertinente a que se refiere el artículo 43;
- b) el proveedor haya elaborado la documentación técnica de conformidad con el artículo 11 y el anexo IV;
- c) el sistema lleve el marcado CE exigido y vaya acompañado de la declaración UE de conformidad a que se refiere el artículo 47 y de las instrucciones de uso;
- d) el proveedor haya designado a un representante autorizado de conformidad con el artículo 22, apartado 1.

2. Si el importador tiene motivos suficientes para considerar que un sistema de IA de alto riesgo no es conforme con el presente Reglamento, ha sido falsificado o va acompañado de documentación falsificada, no lo introducirá en el mercado hasta que se haya conseguido la conformidad de dicho sistema. Si el sistema de IA de alto riesgo

presenta un riesgo en el sentido del artículo 79, apartado 1, el importador informará de ello al proveedor del sistema, a los representantes autorizados y a las autoridades de vigilancia del mercado.

3. Los importadores indicarán, en el embalaje del sistema de IA de alto riesgo o en la documentación que lo acompañe, cuando proceda, su nombre, su nombre comercial registrado o marca registrada y su dirección de contacto.

4. Mientras sean responsables de un sistema de IA de alto riesgo, los importadores se asegurarán de que las condiciones de almacenamiento o transporte, cuando proceda, no comprometan el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sección 2 por parte de dicho sistema.

5. Los importadores conservarán, durante un período de diez años a contar desde la introducción en el mercado o la puesta en servicio del sistema de IA de alto riesgo, una copia del certificado expedido por el organismo notificado, en su caso, de las instrucciones de uso y de la declaración UE de conformidad a que se refiere el artículo 47.

6. Los importadores proporcionarán a las autoridades competentes pertinentes, previa solicitud motivada, toda la información y la documentación, incluidas las referidas en el apartado 5, que sean necesarias para demostrar la conformidad de un sistema de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en la sección 2 en una lengua que estas puedan entender fácilmente. A tal efecto, velarán asimismo por que la documentación técnica pueda ponerse a disposición de esas autoridades.

7. Los importadores cooperarán con las autoridades competentes pertinentes en cualquier medida que estas adopten en relación con un sistema de IA de alto riesgo introducido en el mercado por los importadores, en particular para reducir y mitigar los riesgos que este presente.

Artículo 24

Obligaciones de los distribuidores

1. Antes de comercializar un sistema de IA de alto riesgo, los distribuidores verificarán que este lleve el marcado CE exigido, que vaya acompañado de una copia de la declaración UE de conformidad a que se refiere el artículo 47 y de las instrucciones de uso, y que el proveedor y el importador de dicho sistema, según corresponda, hayan cumplido sus obligaciones establecidas en el artículo 16, letras b) y c), y el artículo 23, apartado 3, respectivamente.

2. Si un distribuidor considera o tiene motivos para considerar, con arreglo a la información en su poder, que un sistema de IA de alto riesgo no es conforme con los requisitos establecidos en la sección 2, no lo comercializará hasta que se haya conseguido esa conformidad. Además, si el sistema de IA de alto riesgo presenta un riesgo en el sentido del artículo 79, apartado 1, el distribuidor informará de ello al proveedor o importador del sistema, según corresponda.

3. Mientras sean responsables de un sistema de IA de alto riesgo, los distribuidores se asegurarán de que las condiciones de almacenamiento o transporte, cuando proceda, no comprometen el cumplimiento por parte del sistema de los requisitos establecidos en la sección 2.

4. Los distribuidores que consideren o tengan motivos para considerar, con arreglo a la información en su poder, que un sistema de IA de alto riesgo que han comercializado no es conforme con los requisitos establecidos en la sección 2 adoptarán las medidas correctoras necesarias para que sea conforme, para retirarlo del mercado o recuperarlo, o velarán por que el proveedor, el importador u otro operador pertinente, según proceda, adopte dichas medidas correctoras. Cuando un sistema de IA de alto riesgo presente un riesgo en el sentido del artículo 79, apartado 1, su distribuidor informará inmediatamente de ello al proveedor o al importador del sistema y a las autoridades competentes respecto al sistema de IA de alto riesgo de que se trate y dará detalles, en particular, sobre la no conformidad y las medidas correctoras adoptadas.

5. Previa solicitud motivada de una autoridad competente pertinente, los distribuidores de un sistema de IA de alto riesgo proporcionarán a esa autoridad toda la información y la documentación relativas a sus actuaciones con arreglo a los apartados 1 a 4 que sean necesarias para demostrar que dicho sistema cumple los requisitos establecidos en la sección 2.

6. Los distribuidores cooperarán con las autoridades competentes pertinentes en cualquier medida que estas adopten en relación con un sistema de IA de alto riesgo comercializado por los distribuidores, en particular para reducir o mitigar los riesgos que esté presente.

Artículo 25

Responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA

1. Cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue o tercero será considerado proveedor de un sistema de IA de alto riesgo a los efectos del presente Reglamento y estará sujeto a las obligaciones del proveedor previstas en el artículo 16 en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) cuando ponga su nombre o marca en un sistema de IA de alto riesgo previamente introducido en el mercado o puesto en servicio, sin perjuicio de los acuerdos contractuales que estipulen que las obligaciones se asignan de otro modo;
- b) cuando modifique sustancialmente un sistema de IA de alto riesgo que ya haya sido introducido en el mercado o puesto en servicio de tal manera que siga siendo un sistema de IA de alto riesgo con arreglo al artículo 6;
- c) cuando modifique la finalidad prevista de un sistema de IA, incluido un sistema de IA de uso general, que no haya sido considerado de alto riesgo y ya haya sido introducido en el mercado o puesto en servicio, de tal manera que el sistema de IA de que se trate se convierta en un sistema de IA de alto riesgo de conformidad con el artículo 6.

2. Cuando se den las circunstancias mencionadas en el apartado 1, el proveedor que inicialmente haya introducido en el mercado el sistema de IA o lo haya puesto en servicio dejará de ser considerado proveedor de ese sistema de IA específico a efectos del presente Reglamento. Ese proveedor inicial cooperará estrechamente con los nuevos proveedores y facilitará la información necesaria, el acceso técnico u otra asistencia razonablemente previstos que sean necesarios para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento, en particular en lo que respecta al cumplimiento de la evaluación de la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo. El presente apartado no se aplicará en los casos en que el proveedor inicial haya indicado claramente que su sistema de IA no debe ser transformado en un sistema de IA de alto riesgo y, por lo tanto, no está sujeto a la obligación de facilitar la documentación.

3. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo que sean componentes de seguridad de productos contemplados en los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, el fabricante del producto será considerado proveedor del sistema de IA de alto riesgo y estará sujeto a las obligaciones previstas en el artículo 16 en alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que el sistema de IA de alto riesgo se introduzca en el mercado junto con el producto bajo el nombre o la marca del fabricante del producto;
- b) que el sistema de IA de alto riesgo se ponga en servicio bajo el nombre o la marca del fabricante del producto después de que el producto haya sido introducido en el mercado.

567

4. El proveedor de un sistema de IA de alto riesgo y el tercero que suministre un sistema de IA de alto riesgo, herramientas, servicios, componentes o procesos que se utilicen o integren en un sistema de IA de alto riesgo especificarán, mediante acuerdo escrito, la información, las capacidades, el acceso técnico y otra asistencia que sean necesarios, sobre la base del estado de la técnica generalmente reconocido, para que el proveedor del sistema de IA de alto riesgo pueda cumplir plenamente las obligaciones establecidas en el presente Reglamento. El presente apartado no se aplicará a terceros que pongan a disposición del público herramientas, servicios, procesos o componentes distintos de modelos de IA de uso general, en el marco de una licencia libre y de código abierto.

La Oficina de IA podrá elaborar y recomendar cláusulas contractuales tipo, de carácter voluntario, entre los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo y terceros que suministren herramientas, servicios, componentes o procesos que se utilicen o integren en los sistemas de IA de alto riesgo. Cuando elabore esas cláusulas contractuales tipo de carácter voluntario, la Oficina de IA tendrá en cuenta los posibles requisitos contractuales aplicables en determinados sectores o modelos de negocio. Las cláusulas contractuales tipo de carácter voluntario se publicarán y estarán disponibles gratuitamente en un formato electrónico fácilmente utilizable.

5. Los apartados 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de la necesidad de observar y proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial, la información empresarial confidencial y los secretos comerciales, de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional.

Artículo 26

Obligaciones de los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo

1. Los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo adoptarán medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que utilizan dichos sistemas con arreglo a las instrucciones de uso que los acompañen, de acuerdo con los apartados 3 y 6.

2. Los responsables del despliegue encomendarán la supervisión humana a personas físicas que tengan la competencia, la formación y la autoridad necesarias.

3. Las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 no afectan a otras obligaciones que el Derecho nacional o de la Unión imponga a los responsables del despliegue ni a su libertad para organizar sus propios recursos y actividades con el fin de poner en práctica las medidas de supervisión humana que indique el proveedor.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, el responsable del despliegue se asegurará de que los datos de entrada sean pertinentes y suficientemente representativos en vista de la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo, en la medida en que ejerza el control sobre dichos datos.

5. Los responsables del despliegue vigilarán el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo basándose en las instrucciones de uso y, cuando proceda, informarán a los proveedores con arreglo al artículo 72. Cuando los responsables del despliegue tengan motivos para considerar que utilizar el sistema de IA de alto riesgo conforme a sus instrucciones puede dar lugar a que ese sistema de IA presente un riesgo en el sentido del artículo 79, apartado 1, informarán, sin demora indebida, al proveedor o distribuidor y a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente y suspenderán el uso de ese sistema. Cuando los responsables del despliegue detecten un incidente grave, informarán asimismo inmediatamente de dicho incidente, en primer lugar, al proveedor y, a continuación, al importador o distribuidor y a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente. En el caso de que el responsable del despliegue no consiga contactar con el proveedor, el artículo 73 se aplicará *mutatis mutandis*. Esta obligación no comprenderá los datos operativos sensibles de los responsables del despliegue de sistemas de IA que sean autoridades garantes del cumplimiento del Derecho.

En el caso de los responsables del despliegue que sean entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros, se considerará que se ha cumplido la obligación de vigilancia prevista en el párrafo primero cuando se respeten las normas sobre sistemas, procesos y mecanismos de gobernanza interna de acuerdo con el Derecho pertinente en materia de servicios financieros.

6. Los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo conservarán los archivos de registro que los sistemas de IA de alto riesgo generen automáticamente en la medida en que dichos archivos estén bajo su control, durante un período de tiempo adecuado para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo, de al menos seis meses, salvo

que se disponga otra cosa en el Derecho de la Unión o nacional aplicable, en particular en el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales.

Los responsables del despliegue que sean entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros mantendrán los archivos de registro como parte de la documentación conservada en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros.

7. Antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Esta información se facilitará, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión y nacional y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes.

8. Los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo que sean autoridades públicas o instituciones, órganos y organismos de la Unión cumplirán las obligaciones de registro a que se refiere el artículo 49. Cuando dichos responsables del despliegue constaten que el sistema de IA de alto riesgo que tienen previsto utilizar no ha sido registrado en la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71, no utilizarán dicho sistema e informarán al proveedor o al distribuidor.

9. Cuando proceda, los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo utilizarán la información facilitada conforme al artículo 13 del presente Reglamento para cumplir la obligación de llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que les imponen el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679 o el artículo 27 de la Directiva (UE) 2016/680.

10. No obstante lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/680, en el marco de una investigación cuya finalidad sea la búsqueda selectiva de una persona sospechosa de haber cometido un delito o condenada por ello, el responsable del despliegue de un sistema de IA de alto riesgo de identificación biométrica remota en diferido solicitará, *ex ante* o sin demora indebida y a más tardar en un plazo de cuarenta y ocho horas, a una autoridad judicial o administrativa cuyas decisiones sean vinculantes y estén sujetas a revisión judicial, una autorización para utilizar ese sistema, salvo cuando se utilice para la identificación inicial de un posible sospechoso sobre la base de hechos objetivos y verificables vinculados directamente al delito. Cada utilización deberá limitarse a lo que resulte estrictamente necesario para investigar un delito concreto.

En caso de que se deniegue la autorización contemplada en el párrafo primero, dejará de utilizarse el sistema de identificación biométrica remota en diferido objeto de la solicitud de autorización con efecto inmediato y se eliminarán los datos personales asociados al uso del sistema de IA de alto riesgo para el que se solicitó la autorización.

Dicho sistema de IA de alto riesgo de identificación biométrica remota en diferido no se utilizará en ningún caso a los efectos de la garantía del cumplimiento del Derecho

de forma indiscriminada, sin que exista relación alguna con un delito, un proceso penal, una amenaza real y actual o real y previsible de delito, o con la búsqueda de una persona desaparecida concreta. Se velará por que las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho no puedan adoptar ninguna decisión que produzca efectos jurídicos adversos para una persona exclusivamente sobre la base de los resultados de salida de dichos sistemas de identificación biométrica remota en diferido.

El presente apartado se entiende sin perjuicio del artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 y del artículo 10 de la Directiva (UE) 2016/680 para el tratamiento de los datos biométricos.

Con independencia de la finalidad o del responsable del despliegue, se documentará toda utilización de tales sistemas de IA de alto riesgo en el expediente policial pertinente y se pondrá a disposición, previa solicitud, de la autoridad de vigilancia del mercado pertinente y de la autoridad nacional de protección de datos, quedando excluida la divulgación de datos operativos sensibles relacionados con la garantía del cumplimiento del Derecho. El presente párrafo se entenderá sin perjuicio de los poderes conferidas por la Directiva (UE) 2016/680 a las autoridades de control.

Los responsables del despliegue presentarán informes anuales a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente y a la autoridad nacional de protección de datos sobre el uso que han hecho de los sistemas de identificación biométrica remota en diferido, quedando excluida la divulgación de datos operativos sensibles relacionados con la garantía del cumplimiento del Derecho. Los informes podrán agregarse de modo que cubran más de un despliegue.

Los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota en diferido.

11. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 del presente Reglamento, los responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III que tomen decisiones o ayuden a tomar decisiones relacionadas con personas físicas informarán a las personas físicas de que están expuestas a la utilización de los sistemas de IA de alto riesgo. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo que se utilicen a los efectos de la garantía del cumplimiento del Derecho, se aplicará el artículo 13 de la Directiva (UE) 2016/680.

12. Los responsables del despliegue cooperarán con las autoridades competentes pertinentes en cualquier medida que estas adopten en relación con el sistema de IA de alto riesgo con el objetivo de aplicar el presente Reglamento.

Artículo 27

Evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales para los sistemas de IA de alto riesgo

1. Antes de desplegar uno de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 6, apartado 2, con excepción de los sistemas de IA de alto riesgo destinados a ser utilizados en el ámbito enumerado en el anexo III, punto 2, los responsables del desplie-

que que sean organismos de Derecho público, o entidades privadas que prestan servicios públicos, y los responsable del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, punto 5, letras b) y c), llevarán a cabo una evaluación del impacto que la utilización de dichos sistemas puede tener en los derechos fundamentales. A tal fin, los responsables del despliegue llevarán a cabo una evaluación que consistirá en:

- a) una descripción de los procesos del responsable del despliegue en los que se utilizará el sistema de IA de alto riesgo en consonancia con su finalidad prevista;
- b) una descripción del período de tiempo durante el cual se prevé utilizar cada sistema de IA de alto riesgo y la frecuencia con la que está previsto utilizarlo;
- c) las categorías de personas físicas y colectivos que puedan verse afectados por su utilización en el contexto específico;
- d) los riesgos de perjuicio específicos que puedan afectar a las categorías de personas físicas y colectivos determinadas con arreglo a la letra c) del presente apartado, teniendo en cuenta la información facilitada por el proveedor con arreglo al artículo 13;
- e) una descripción de la aplicación de medidas de supervisión humana, de acuerdo con las instrucciones de uso;
- f) las medidas que deben adoptarse en caso de que dichos riesgos se materialicen, incluidos los acuerdos de gobernanza interna y los mecanismos de reclamación.

2. La obligación descrita con arreglo al apartado 1 se aplicará al primer uso del sistema de IA de alto riesgo. En casos similares, el responsable del despliegue podrá basarse en evaluaciones de impacto relativas a los derechos fundamentales realizadas previamente o a evaluaciones de impacto existentes realizadas por los proveedores. Si, durante el uso del sistema de IA de alto riesgo, el responsable del despliegue considera que alguno de los elementos enumerados en el apartado 1 ha cambiado o ha dejado de estar actualizado, adoptará las medidas necesarias para actualizar la información.

3. Una vez realizada la evaluación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, el responsable del despliegue notificará sus resultados a la autoridad de vigilancia del mercado, presentando el modelo cumplimentado a que se refiere el apartado 5 del presente artículo. En el caso contemplado en el artículo 46, apartado 1, los responsables del despliegue podrán quedar exentos de esta obligación de notificación.

4. Si ya se cumple cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente artículo mediante la evaluación de impacto relativa a la protección de datos realizada con arreglo al artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679 o del artículo 27 de la Directiva (UE) 2016/680, la evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales a que se refiere el apartado 1 del presente artículo complementará dicha evaluación de impacto relativa a la protección de datos.

5. La Oficina de IA elaborará un modelo de cuestionario, también mediante una herramienta automatizada, a fin de facilitar que los responsables del despliegue cumplan sus obligaciones en virtud del presente artículo de manera simplificada.

SECCIÓN 4

Autoridades notificantes y organismos notificados

Artículo 28

Autoridades notificantes

1. Cada Estado miembro nombrará o constituirá al menos una autoridad notificante que será responsable de establecer y llevar a cabo los procedimientos necesarios para la evaluación, designación y notificación de los organismos de evaluación de la conformidad, así como de su supervisión. Dichos procedimientos se desarrollarán por medio de la cooperación entre las autoridades notificantes de todos los Estados miembros.

2. Los Estados miembros podrán decidir que la evaluación y la supervisión contempladas en el apartado 1 sean realizadas por un organismo nacional de acreditación en el sentido del Reglamento (CE) n.º 765/2008 y con arreglo a este.

3. Las autoridades notificantes se constituirán, se organizarán y funcionarán de forma que no surjan conflictos de intereses con los organismos de evaluación de la conformidad y que se garantice la imparcialidad y objetividad de sus actividades.

4. Las autoridades notificantes se organizarán de forma que las decisiones relativas a la notificación de los organismos de evaluación de la conformidad sean adoptadas por personas competentes distintas de las que llevaron a cabo la evaluación de dichos organismos.

5. Las autoridades notificantes no ofrecerán ni ejercerán ninguna actividad que efectúen los organismos de evaluación de la conformidad, ni ningún servicio de consultoría de carácter comercial o competitivo.

6. Las autoridades notificantes preservarán la confidencialidad de la información obtenida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.

7. Las autoridades notificantes dispondrán de suficiente personal competente para efectuar adecuadamente sus tareas. Cuando proceda, el personal competente tendrá los conocimientos especializados necesarios para ejercer sus funciones, en ámbitos como las tecnologías de la información, la IA y el Derecho, incluida la supervisión de los derechos fundamentales.

Artículo 29

Solicitud de notificación por parte de un organismo de evaluación de la conformidad

1. Los organismos de evaluación de la conformidad presentarán una solicitud de notificación ante la autoridad notificante del Estado miembro en el que estén establecidos.

2. La solicitud de notificación irá acompañada de una descripción de las actividades de evaluación de la conformidad, del módulo o módulos de evaluación de la conformidad y los tipos de sistemas de IA en relación con los cuales el organismo de evaluación de la

conformidad se considere competente, así como de un certificado de acreditación, si lo hay, expedido por un organismo nacional de acreditación, que declare que el organismo de evaluación de la conformidad cumple los requisitos establecidos en el artículo 31.

Se añadirá cualquier documento válido relacionado con las designaciones existentes del organismo notificado solicitante en virtud de cualquier otro acto de la legislación de armonización de la Unión.

3. Si el organismo de evaluación de la conformidad de que se trate no puede facilitar un certificado de acreditación, entregará a la autoridad notificante todas las pruebas documentales necesarias para verificar, reconocer y supervisar periódicamente que cumple los requisitos establecidos en el artículo 31.

4. En lo que respecta a los organismos notificados designados de conformidad con cualquier otro acto legislativo de armonización de la Unión, todos los documentos y certificados vinculados a dichas designaciones podrán utilizarse para apoyar su procedimiento de designación en virtud del presente Reglamento, según proceda. El organismo notificado actualizará la documentación a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo cuando se produzcan cambios pertinentes, para que la autoridad responsable de los organismos notificados pueda supervisar y verificar que se siguen cumpliendo todos los requisitos establecidos en el artículo 31.

Artículo 30

Procedimiento de notificación

573

1. Las autoridades notificantes solo podrán notificar organismos de evaluación de la conformidad que hayan cumplido los requisitos establecidos en el artículo 31.

2. Las autoridades notificantes notificarán a la Comisión y a los demás Estados miembros, mediante el sistema de notificación electrónica desarrollado y gestionado por la Comisión, cada organismo de evaluación de la conformidad a que se refiere el apartado 1.

3. La notificación a que se refiere el apartado 2 del presente artículo incluirá información detallada de las actividades de evaluación de la conformidad, el módulo o módulos de evaluación de la conformidad y los tipos de sistemas de IA afectados, así como la certificación de competencia pertinente. Si la notificación no está basada en el certificado de acreditación a que se refiere el artículo 29, apartado 2, la autoridad notificante facilitará a la Comisión y a los demás Estados miembros las pruebas documentales que demuestren la competencia del organismo de evaluación de la conformidad y las disposiciones existentes destinadas a garantizar que se supervisará periódicamente al organismo y que este continuará satisfaciendo los requisitos establecidos en el artículo 31.

4. El organismo de evaluación de la conformidad de que se trate únicamente podrá realizar las actividades de un organismo notificado si la Comisión o los demás Estados miembros no formulan ninguna objeción en el plazo de dos semanas tras la notificación de

una autoridad notificante cuando esta incluya el certificado de acreditación a que se refiere el artículo 29, apartado 2, o de dos meses tras la notificación de la autoridad notificante cuando esta incluya las pruebas documentales a que se refiere el artículo 29, apartado 3.

5. Cuando se formulen objeciones, la Comisión iniciará sin demora consultas con los Estados miembros pertinentes y el organismo de evaluación de la conformidad. En vista de todo ello, la Comisión enviará su decisión al Estado miembro afectado y al organismo de evaluación de la conformidad pertinente.

Artículo 31

Requisitos relativos a los organismos notificados

1. Los organismos notificados se establecerán de conformidad con el Derecho nacional de los Estados miembros y tendrán personalidad jurídica.

2. Los organismos notificados satisfarán los requisitos organizativos, de gestión de la calidad, recursos y procesos, necesarios para el desempeño de sus funciones, así como los requisitos adecuados en materia de ciberseguridad.

3. La estructura organizativa, la distribución de las responsabilidades, la línea jerárquica y el funcionamiento de los organismos notificados ofrecerán confianza en su desempeño y en los resultados de las actividades de evaluación de la conformidad que realicen los organismos notificados.

4. Los organismos notificados serán independientes del proveedor de un sistema de IA de alto riesgo en relación con el cual lleven a cabo actividades de evaluación de la conformidad. Los organismos notificados serán independientes de cualquier otro operador con un interés económico en los sistemas de IA de alto riesgo que se evalúen, así como de cualquier competidor del proveedor. Ello no será óbice para el uso de sistemas de IA de alto riesgo evaluados que sean necesarios para las actividades del organismo de evaluación de la conformidad o para el uso de tales sistemas de alto riesgo con fines personales.

5. Los organismos de evaluación de la conformidad, sus máximos directivos y el personal responsable de la realización de las tareas de evaluación de la conformidad no intervendrán directamente en el diseño, el desarrollo, la comercialización o el uso de dichos sistemas de IA de alto riesgo, ni tampoco representarán a las partes que llevan a cabo estas actividades. Además, no efectuarán ninguna actividad que pudiera entrar en conflicto con su independencia de criterio o su integridad en relación con las actividades de evaluación de la conformidad para las que han sido notificados. Ello se aplicará especialmente a los servicios de consultoría.

6. Los organismos notificados estarán organizados y gestionados de modo que se garantice la independencia, objetividad e imparcialidad de sus actividades. Los organismos notificados documentarán e implantarán una estructura y procedimientos que garanticen la imparcialidad y permitan promover y poner en práctica los principios de imparcialidad aplicables en toda su organización, a todo su personal y en todas sus actividades de evaluación.

7. Los organismos notificados contarán con procedimientos documentados que garanticen que su personal, sus comités, sus filiales, sus subcontratistas y todos sus organismos asociados o personal de organismos externos mantengan, de conformidad con el artículo 78, la confidencialidad de la información que llegue a su poder en el desempeño de las actividades de evaluación de la conformidad, excepto en aquellos casos en que la ley exija su divulgación. El personal de los organismos notificados estará sujeto al secreto profesional en lo que respecta a toda la información obtenida en el ejercicio de las funciones que les hayan sido encomendadas en virtud del presente Reglamento, salvo en relación con las autoridades notificantes del Estado miembro en el que desarrollen sus actividades.

8. Los organismos notificados contarán con procedimientos para desempeñar sus actividades que tengan debidamente en cuenta el tamaño de los proveedores, el sector en que operan, su estructura y el grado de complejidad del sistema de IA de que se trate.

9. Los organismos notificados suscribirán un seguro de responsabilidad adecuado para sus actividades de evaluación de la conformidad, salvo que la responsabilidad la asuma el Estado miembro en que estén establecidos con arreglo al Derecho nacional o que el propio Estado miembro sea directamente responsable de la evaluación de la conformidad.

10. Los organismos notificados serán capaces de llevar a cabo todas sus tareas con arreglo al presente Reglamento con el máximo grado de integridad profesional y la competencia técnica necesaria en el ámbito específico, tanto si dichas tareas las efectúan los propios organismos notificados como si se realizan en su nombre y bajo su responsabilidad.

11. Los organismos notificados contarán con competencias técnicas internas suficientes para poder evaluar de manera eficaz las tareas que lleven a cabo agentes externos en su nombre. El organismo notificado dispondrá permanentemente de suficiente personal administrativo, técnico, jurídico y científico que tenga experiencia y conocimientos relativos a los tipos de sistemas de IA, los datos y la computación de datos pertinentes y a los requisitos establecidos en la sección 2.

12. Los organismos notificados participarán en las actividades de coordinación según lo previsto en el artículo 38. Asimismo, tomarán parte directamente o mediante representación en organizaciones europeas de normalización, o se asegurarán de mantenerse al corriente de la situación actualizada de las normas pertinentes.

Artículo 32

Presunción de conformidad con los requisitos relativos a los organismos notificados

Cuando un organismo de evaluación de la conformidad demuestre que cumple los criterios establecidos en las normas armonizadas pertinentes, o en partes de estas, cuyas referencias estén publicadas en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, se presumirá que cumple los requisitos establecidos en el artículo 31 en la medida en que las normas armonizadas aplicables contemplen esos mismos requisitos.

Artículo 33

Filiales de organismos notificados y subcontratación

1. Cuando un organismo notificado subcontrate tareas específicas relacionadas con la evaluación de la conformidad o recurra a una filial, se asegurará de que el subcontratista o la filial cumplan los requisitos establecidos en el artículo 31 e informará a la autoridad notificante en consecuencia.

2. Los organismos notificados asumirán la plena responsabilidad de las tareas realizadas por cualesquiera subcontratistas o filiales.

3. Las actividades solo podrán subcontratarse o delegarse en una filial previo consentimiento del proveedor. Los organismos notificados pondrán a disposición del público una lista de sus filiales.

4. Los documentos pertinentes sobre la evaluación de las cualificaciones del subcontratista o de la filial y el trabajo que estos realicen en virtud del presente Reglamento se mantendrán a disposición de la autoridad notificante durante un período de cinco años a partir de la fecha de finalización de la subcontratación.

Artículo 34

Obligaciones operativas de los organismos notificados

1. Los organismos notificados verificarán la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo siguiendo los procedimientos de evaluación de la conformidad establecidos en el artículo 43.

2. Los organismos notificados evitarán cargas innecesarias para los proveedores cuando desempeñen sus actividades, y tendrán debidamente en cuenta el tamaño del proveedor, el sector en que opera, su estructura y el grado de complejidad del sistema de IA de alto riesgo de que se trate, en particular con vistas a reducir al mínimo las cargas administrativas y los costes del cumplimiento para las microempresas y pequeñas empresas en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE. El organismo notificado respetará, sin embargo, el grado de rigor y el nivel de protección requeridos para que el sistema de IA de alto riesgo cumpla los requisitos del presente Reglamento.

3. Los organismos notificados pondrán a disposición de la autoridad notificante mencionada en el artículo 28, y le presentarán cuando se les pida, toda la documentación pertinente, incluida la documentación de los proveedores, a fin de que dicha autoridad pueda llevar a cabo sus actividades de evaluación, designación, notificación y supervisión, y de facilitar la evaluación descrita en la presente sección.

Artículo 35

Números de identificación y listas de organismos notificados

1. La Comisión asignará un número de identificación único a cada organismo notificado, incluso cuando un organismo sea notificado con arreglo a más de un acto de la Unión.

2. La Comisión hará pública la lista de organismos notificados con arreglo al presente Reglamento, incluidos sus números de identificación y las actividades para las que hayan sido notificados. La Comisión se asegurará de que la lista se mantenga actualizada.

Artículo 36

Cambios en las notificaciones

1. La autoridad notificante notificará a la Comisión y a los demás Estados miembros cualquier cambio pertinente en la notificación de un organismo notificado a través del sistema de notificación electrónica a que se refiere el artículo 30, apartado 2.

2. Los procedimientos establecidos en los artículos 29 y 30 se aplicarán a las ampliaciones del ámbito de aplicación de la notificación.

Para modificaciones de la notificación distintas de las ampliaciones de su ámbito de aplicación, se aplicarán los procedimientos establecidos en los apartados 3 a 9.

3. Cuando un organismo notificado decida poner fin a sus actividades de evaluación de la conformidad, informará de ello a la autoridad notificante y a los proveedores afectados tan pronto como sea posible y, cuando se trate de un cese planeado, al menos un año antes de poner fin a sus actividades. Los certificados del organismo notificado podrán seguir siendo válidos durante un plazo de nueve meses después del cese de las actividades del organismo notificado, siempre que otro organismo notificado haya confirmado por escrito que asumirá la responsabilidad de los sistemas de IA de alto riesgo cubiertos por dichos certificados. Este último organismo notificado realizará una evaluación completa de los sistemas de IA de alto riesgo afectados antes del vencimiento de ese plazo de nueve meses y antes de expedir nuevos certificados para esos sistemas. Si el organismo notificado ha puesto fin a sus actividades, la autoridad notificante retirará la designación.

4. Si una autoridad notificante tiene motivo suficiente para considerar que un organismo notificado ya no cumple los requisitos establecidos en el artículo 31 o no está cumpliendo sus obligaciones, la autoridad notificante investigará el asunto sin demora y con la máxima diligencia. En ese contexto, informará al organismo notificado de que se trate acerca de las objeciones formuladas y le ofrecerá la posibilidad de exponer sus puntos de vista. Si la autoridad notificante llega a la conclusión de que el organismo notificado ya no cumple los requisitos establecidos en el artículo 31 o no está cumpliendo sus obligaciones, dicha autoridad limitará, suspenderá o retirará la designación, según el caso, dependiendo de la gravedad del incumplimiento de dichos requisitos u obligaciones. Asimismo, informará de ello inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros.

5. Cuando su designación haya sido suspendida, limitada o retirada total o parcialmente, el organismo notificado informará a los proveedores afectados a más en un plazo de diez días.

6. En caso de la limitación, suspensión o retirada de una designación, la autoridad notificante adoptará las medidas oportunas para garantizar que los archivos del organismo

notificado de que se trate se conserven, y para ponerlos a disposición de las autoridades notificantes de otros Estados miembros y de las autoridades de vigilancia del mercado, a petición de estas.

7. En caso de la limitación, suspensión o retirada de una designación, la autoridad notificante:

- a) evaluará las repercusiones en los certificados expedidos por el organismo notificado;
- b) presentará a la Comisión y a los demás Estados miembros un informe con sus conclusiones en un plazo de tres meses a partir de la notificación de los cambios en la designación;
- c) exigirá al organismo notificado que suspenda o retire, en un plazo razonable determinado por la autoridad, todo certificado indebidamente expedido, a fin de garantizar la conformidad continua de los sistemas de IA de alto riesgo en el mercado;
- d) informará a la Comisión y a los Estados miembros de los certificados cuya suspensión o retirada haya exigido;
- e) facilitará a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en el que el proveedor tenga su domicilio social toda la información pertinente sobre los certificados cuya suspensión o retirada haya exigido; dicha autoridad tomará las medidas oportunas, cuando sea necesario, para evitar un riesgo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales.

578

8. Salvo en el caso de los certificados expedidos indebidamente, y cuando una designación haya sido suspendida o limitada, los certificados mantendrán su validez en una de las circunstancias siguientes:

- a) cuando, en el plazo de un mes a partir de la suspensión o la limitación, la autoridad notificante haya confirmado que no existe riesgo alguno para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales en relación con los certificados afectados por la suspensión o la limitación y haya fijado un calendario de acciones para subsanar la suspensión o la limitación, o
- b) cuando la autoridad notificante haya confirmado que no se expedirán, modificarán ni volverán a expedir certificados relacionados con la suspensión mientras dure la suspensión o limitación, y declare si el organismo notificado tiene o no la capacidad, durante el período de la suspensión o limitación, de seguir supervisando los certificados expedidos y siendo responsable de ellos; cuando la autoridad notificante determine que el organismo notificado no tiene la capacidad de respaldar los certificados expedidos, el proveedor del sistema cubierto por el certificado deberá confirmar por escrito a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en que tenga su domicilio social, en un plazo de tres meses a partir de la suspensión o limitación, que otro organismo notificado cualificado va a asumir temporalmente las funciones del organismo notificado para supervisar los certificados y ser responsable de ellos durante el período de la suspensión o limitación.

9. Salvo en el caso de los certificados expedidos indebidamente, y cuando se haya retirado una designación, los certificados mantendrán su validez durante nueve meses en las circunstancias siguientes:

- a) la autoridad nacional competente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social el proveedor del sistema de IA de alto riesgo cubierto por el certificado ha confirmado que no existe ningún riesgo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales asociado al sistema de IA de alto riesgo de que se trate, y
- b) otro organismo notificado ha confirmado por escrito que asumirá la responsabilidad inmediata de dichos sistemas de IA y completa su evaluación en el plazo de doce meses a partir de la retirada de la designación.

En las circunstancias a que se refiere el párrafo primero, la autoridad nacional competente del Estado miembro en el que tenga su domicilio social el proveedor del sistema cubierto por el certificado podrá prorrogar la validez provisional de los certificados por plazos adicionales de tres meses, sin exceder de doce meses en total.

La autoridad nacional competente o el organismo notificado que asuman las funciones del organismo notificado afectado por el cambio de la designación informarán de ello inmediatamente a la Comisión, a los demás Estados miembros y a los demás organismos notificados.

Artículo 37

Cuestionamiento de la competencia de los organismos notificados

1. La Comisión investigará, cuando sea necesario, todos los casos en los que existan razones para dudar de la competencia de un organismo notificado o del cumplimiento continuo, por parte de un organismo notificado, de los requisitos establecidos en el artículo 31 y de sus responsabilidades aplicables.

2. La autoridad notificante facilitará a la Comisión, a petición de esta, toda la información pertinente relativa a la notificación o el mantenimiento de la competencia del organismo notificado de que se trate.

3. La Comisión garantizará el tratamiento confidencial de acuerdo con el artículo 78 de toda la información delicada recabada en el transcurso de sus investigaciones en virtud del presente artículo.

4. Cuando la Comisión determine que un organismo notificado no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos para su notificación, informará al Estado miembro notificante en consecuencia y le solicitará que adopte las medidas correctoras necesarias, incluidas la suspensión o la retirada de la designación en caso necesario. Si el Estado miembro no adopta las medidas correctoras necesarias, la Comisión, mediante un acto de ejecución, podrá suspender, limitar o retirar la designación. Dicho acto de ejecución se adoptará con arreglo al procedimiento de examen contemplado en el artículo 98, apartado 2.

Artículo 38

Coordinación de los organismos notificados

1. La Comisión se asegurará de que se instaure y se mantenga convenientemente, en relación con los sistemas de IA de alto riesgo, una adecuada coordinación y cooperación entre los organismos notificados activos en los procedimientos de evaluación de la conformidad en virtud del presente Reglamento, en forma de grupo sectorial de organismos notificados.

2. Cada autoridad notificante se asegurará de que los organismos notificados por ella participen en el trabajo del grupo a que se refiere el apartado 1, directamente o por medio de representantes designados.

3. La Comisión dispondrá que se organicen intercambios de conocimientos y mejores prácticas entre autoridades notificantes.

Artículo 39

Organismos de evaluación de la conformidad de terceros países

Los organismos de evaluación de la conformidad establecidos en virtud del Derecho de un tercer país con el que la Unión haya celebrado un acuerdo podrán ser autorizados a desempeñar las actividades de los organismos notificados con arreglo al presente Reglamento, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 31 o garanticen un nivel equivalente de cumplimiento.

SECCIÓN 5

Normas, evaluación de la conformidad, certificados, registro

Artículo 40

Normas armonizadas y documentos de normalización

1. Los sistemas de IA de alto riesgo o los modelos de IA de uso general que sean conformes con normas armonizadas, o partes de estas, cuyas referencias estén publicadas en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de conformidad con el Reglamento (UE) n.o 1025/2012 se presumirá que son conformes con los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo o, en su caso, con las obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones 2 y 3, del presente Reglamento, en la medida en que dichas normas contemplen estos requisitos u obligaciones.

2. De conformidad con el artículo 10 del Reglamento (UE) n.o 1025/2012, la Comisión formulará, sin demora indebida, peticiones de normalización que contemplen todos los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo y, según proceda, las peticiones de normalización que contemplen las obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones

2 y 3, del presente Reglamento. La petición de normalización también incluirá la solicitud de documentos sobre los procesos de presentación de información y documentación a fin de mejorar el funcionamiento de los de los sistemas de IA desde el punto de vista de los recursos, como la reducción del consumo de energía y de otros recursos del sistema de IA de alto riesgo durante su ciclo de vida, así como sobre el desarrollo eficiente desde el punto de vista energético de los modelos de IA de uso general. Cuando prepare una petición de normalización, la Comisión consultará al Consejo de IA y a las partes interesadas pertinentes, incluido el foro consultivo.

Cuando dirija una petición de normalización a las organizaciones europeas de normalización, la Comisión especificará que las normas deben ser claras, coherentes —también con las normas elaboradas en diversos sectores para los productos regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión vigentes enumerados en el anexo I— y destinadas a garantizar que los sistemas de IA de alto riesgo o los modelos de IA de uso general introducidos en el mercado o puestos en servicio en la Unión cumplan los requisitos u obligaciones pertinentes establecidos en el presente Reglamento.

La Comisión solicitará a las organizaciones europeas de normalización que aporten pruebas de que han hecho todo lo posible por cumplir los objetivos a que se refieren los párrafos primero y segundo del presente apartado, de conformidad con el artículo 24 del Reglamento (UE) n.º 1025/2012.

3. Los participantes en el proceso de normalización tratarán de promover la inversión y la innovación en IA, también incrementando la seguridad jurídica, así como la competitividad y el crecimiento del mercado de la Unión, de contribuir al refuerzo de la cooperación mundial en pro de la normalización, teniendo en cuenta las normas internacionales existentes en el ámbito de la IA que son coherentes con los valores, derechos fundamentales e intereses de la Unión, y de mejorar la gobernanza multilateral, garantizando una representación equilibrada de los intereses y la participación efectiva de todas las partes interesadas pertinentes de conformidad con los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento (UE) n.º 1025/2012.

581

Artículo 41

Especificaciones comunes

1. La Comisión podrá adoptar actos de ejecución por los que se establezcan especificaciones comunes para los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo o, según corresponda, para las obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones 2 y 3, siempre que se hayan cumplido las siguientes condiciones:

- a) la Comisión ha solicitado, de conformidad con el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1025/2012, a una o varias organizaciones europeas de normalización que elaboren una norma armonizada para los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo, o según corresponda, para las obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones 2 y 3, y:

- i) la solicitud no ha sido aceptada por ninguna de las organizaciones europeas de normalización, o
 - ii) las normas armonizadas que responden a dicha solicitud no se han entregado en el plazo establecido de conformidad con el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) n.o 1025/2012, o
 - iii) las normas armonizadas pertinentes responden de forma insuficiente a las preocupaciones en materia de derechos fundamentales, o
 - iv) las normas armonizadas no se ajustan a la solicitud, y
- b) no se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea ninguna referencia a normas armonizadas que regulen los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo, o según proceda, las obligaciones a que se refiere el capítulo V, secciones 2 y 3, de conformidad con el Reglamento (UE) n.o 1025/2012 y no se prevé la publicación de tal referencia en un plazo razonable.

Al elaborar las disposiciones comunes, la Comisión consultará al foro consultivo a que se refiere el artículo 67.

Los actos de ejecución a que se refiere el párrafo primero del presente apartado se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen contemplado en el artículo 98, apartado 2.

582

2. Antes de elaborar un proyecto de acto de ejecución, la Comisión informará al comité a que se refiere el artículo 22 del Reglamento (UE) n.o 1025/2012 de que considera que se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 1 del presente artículo.

3. Se presumirá que los sistemas de IA de alto riesgo o los modelos de IA de uso general que sean conformes con las especificaciones comunes a que se refiere el apartado 1, o partes de dichas especificaciones, son conformes con los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo o, según corresponda, para cumplir con las obligaciones a que se refiere el capítulo V, secciones 2 y 3, en la medida en que dichas especificaciones comunes contemplen esos requisitos o esas obligaciones.

4. Cuando una norma armonizada sea adoptada por una organización europea de normalización y propuesta a la Comisión con el fin de publicar su referencia en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, la Comisión evaluará la norma armonizada de conformidad con el Reglamento (UE) n.o 1025/2012. Cuando la referencia a una norma armonizada se publique en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, la Comisión derogará los actos de ejecución a que se refiere el apartado 1, o las partes de dichos actos que contemplen los mismos requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo o, según corresponda, las mismas obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones 2 y 3.

5. Cuando los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo o los modelos de IA de uso general no cumplan las especificaciones comunes mencionadas en el apartado 1, justificarán debidamente que han adoptado soluciones técnicas que cumplan los requisitos a que se refiere la sección 2 del presente capítulo o, según corresponda, cumplan con

las obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones 2 y 3, en un nivel como mínimo equivalente a aquellos.

6. Cuando un Estado miembro considere que una especificación común no cumple plenamente los requisitos establecidos en la sección 2, o, según corresponda, no cumple con las obligaciones establecidas en el capítulo V, secciones 2 y 3, informará de ello a la Comisión con una explicación detallada. La Comisión evaluará dicha información y, en su caso, modificará el acto de ejecución por el que se establece la especificación común de que se trate.

Artículo 42

Presunción de conformidad con determinados requisitos

1. Se presumirá que los sistemas de IA de alto riesgo que hayan sido entrenados y probados con datos que reflejan el entorno geográfico, conductual, contextual o funcional específico en el que esté previsto su uso cumplen los requisitos pertinentes establecidos en el artículo 10, apartado 4.

2. Se presumirá que los sistemas de IA de alto riesgo que cuenten con un certificado o una declaración de conformidad en virtud de un esquema de ciberseguridad con arreglo al Reglamento (UE) 2019/881 cuyas referencias estén publicadas en el *Diario Oficial de la Unión Europea* cumplen los requisitos de ciberseguridad establecidos en el artículo 15 del presente Reglamento en la medida en que el certificado de ciberseguridad o la declaración de conformidad, o partes de estos, contemplen dichos requisitos.

583

Artículo 43

Evaluación de la conformidad

1. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo III, punto 1, cuando, al demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sección 2 por parte de un sistema de IA de alto riesgo, el proveedor haya aplicado las normas armonizadas a que se refiere el artículo 40, o bien, en su caso, las especificaciones comunes a que se refiere el artículo 41, el proveedor optará por uno de los procedimientos de evaluación de la conformidad siguientes:

- a) el fundamentado en el control interno, mencionado en el anexo VI, o
- b) el fundamentado en la evaluación del sistema de gestión de la calidad y la evaluación de la documentación técnica, con la participación de un organismo notificado, mencionado en el anexo VII.

Al demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sección 2 por parte de un sistema de IA de alto riesgo, el proveedor se atendrá al procedimiento de evaluación de la conformidad establecido en el anexo VII cuando:

- a) las normas armonizadas a que se refiere el artículo 40 no existan, y no se disponga de las especificaciones comunes a que se refiere el artículo 41;

- b) el proveedor no haya aplicado la norma armonizada, o solo haya aplicado parte de esta;
- c) existan las especificaciones comunes a que se refiere la letra a), pero el proveedor no las haya aplicado;
- d) una o varias de las normas armonizadas a que se refiere la letra a) se hayan publicado con una limitación, y únicamente en la parte de la norma objeto de la limitación.

A efectos del procedimiento de evaluación de la conformidad mencionado en el anexo VII, el proveedor podrá escoger cualquiera de los organismos notificados. No obstante, cuando se prevea la puesta en servicio del sistema de IA de alto riesgo por parte de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, las autoridades de inmigración o las autoridades de asilo, o por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, la autoridad de vigilancia del mercado mencionada en el artículo 74, apartado 8 o 9, según proceda, actuará como organismo notificado.

2. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, puntos 2 a 8, los proveedores se atenderán al procedimiento de evaluación de la conformidad fundamentado en un control interno a que se refiere el anexo VI, que no contempla la participación de un organismo notificado.

3. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, el proveedor se atenderá al procedimiento de evaluación de la conformidad pertinente exigida por dichos actos legislativos. Los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo se aplicarán a dichos sistemas de IA de alto riesgo y formarán parte de dicha evaluación. Asimismo, se aplicarán los puntos 4.3, 4.4 y 4.5 del anexo VII, así como el punto 4.6, párrafo quinto, de dicho anexo.

A efectos de dicha evaluación, los organismos notificados que hayan sido notificados con arreglo a dichos actos legislativos dispondrán de la facultad de controlar la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en la sección 2, a condición de que se haya evaluado el cumplimiento por parte de dichos organismos notificados de los requisitos establecidos en el artículo 31, apartados 4, 5, 10 y 11, en el contexto del procedimiento de notificación con arreglo a dichos actos legislativos.

Cuando un acto legislativo enumerado en el anexo I, sección A, permita al fabricante del producto prescindir de una evaluación de la conformidad de terceros, a condición de que el fabricante haya aplicado todas las normas armonizadas que contemplan todos los requisitos pertinentes, dicho fabricante solamente podrá recurrir a esta opción si también ha aplicado las normas armonizadas o, en su caso, las especificaciones comunes a que se refiere el artículo 41 que contemplan todos los requisitos establecidos en la sección 2 del presente capítulo.

4. Los sistemas de IA de alto riesgo que ya hayan sido objeto de un procedimiento de evaluación de la conformidad se someterán a un nuevo procedimiento de evaluación de la conformidad en caso de modificación sustancial, con independencia de si está prevista una distribución posterior del sistema modificado o de si este continúa siendo utilizado por el responsable del despliegue actual.

En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo que continúen aprendiendo tras su introducción en el mercado o su puesta en servicio, los cambios en el sistema de IA de alto riesgo y su funcionamiento que hayan sido predeterminados por el proveedor en el momento de la evaluación inicial de la conformidad y figuren en la información recogida en la documentación técnica mencionada en el anexo IV, punto 2, letra f), no constituirán modificaciones sustanciales.

5. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar los anexos VI y VII actualizándolos a la luz del progreso técnico.

6. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 97 al objeto de modificar los apartados 1 y 2 del presente artículo a fin de someter a los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, puntos 2 a 8, al procedimiento de evaluación de la conformidad a que se refiere el anexo VII o a partes de este. La Comisión adoptará dichos actos delegados teniendo en cuenta la eficacia del procedimiento de evaluación de la conformidad fundamentado en un control interno mencionado en el anexo VI para prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad y la protección de los derechos fundamentales que plantean estos sistemas, así como la disponibilidad de capacidades y recursos adecuados por parte de los organismos notificados.

Artículo 44

Certificados

585

1. Los certificados expedidos por los organismos notificados con arreglo al anexo VII se redactarán en una lengua que las autoridades pertinentes del Estado miembro en el que esté establecido el organismo notificado puedan entender fácilmente.

2. Los certificados serán válidos para el período que indiquen, que no excederá de cinco años para los sistemas de IA contemplados en el anexo I, y cuatro años para los sistemas de IA contemplados en el anexo III. A solicitud del proveedor, la validez de un certificado podrá prorrogarse por períodos adicionales no superiores a cinco años para los sistemas de IA contemplados en el anexo I, y cuatro años para los sistemas de IA contemplados en el anexo III, sobre la base de una nueva evaluación con arreglo a los procedimientos de evaluación de la conformidad aplicables. Todo suplemento de un certificado mantendrá su validez a condición de que el certificado al que complementa sea válido.

3. Si un organismo notificado observa que un sistema de IA ya no cumple los requisitos establecidos en la sección 2, suspenderá o retirará, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, el certificado expedido o le impondrá restricciones, a menos que se garantice el cumplimiento de dichos requisitos mediante medidas correctoras adecuadas adoptadas por el proveedor del sistema en un plazo adecuado determinado por el organismo notificado. El organismo notificado motivará su decisión.

Existirá un procedimiento de recurso frente a las decisiones de los organismos notificados, también respecto a los certificados de conformidad expedidos.

Artículo 45

Obligaciones de información de los organismos notificados

1. Los organismos notificados informarán a la autoridad notificante:

- a) de cualquier certificado de la Unión de evaluación de la documentación técnica, de cualquier suplemento a dichos certificados y de cualesquiera aprobaciones de sistemas de gestión de la calidad expedidas con arreglo a los requisitos establecidos en el anexo VII;
- b) de cualquier denegación, restricción, suspensión o retirada de un certificado de la Unión de evaluación de la documentación técnica o de una aprobación de un sistema de gestión de la calidad expedida con arreglo a los requisitos establecidos en el anexo VII;
- c) de cualquier circunstancia que afecte al ámbito de aplicación o a las condiciones de notificación;
- d) de cualquier solicitud de información sobre las actividades de evaluación de la conformidad que hayan recibido de las autoridades de vigilancia del mercado;
- e) previa solicitud, de las actividades de evaluación de la conformidad realizadas dentro del ámbito de aplicación de su notificación y de cualquier otra actividad realizada, incluidas las actividades transfronterizas y las subcontrataciones.

2. Cada organismo notificado informará a los demás organismos notificados:

- a) de las aprobaciones de sistemas de gestión de la calidad que haya rechazado, suspendido o retirado y, previa solicitud, de las aprobaciones de sistemas de gestión de la calidad que haya expedido;
- b) de los certificados de la Unión de evaluación de la documentación técnica o los suplementos a dichos certificados que haya rechazado, retirado, suspendido o restringido de cualquier otro modo y, previa solicitud, de los certificados o los suplementos a estos que haya expedido.

3. Cada organismo notificado proporcionará a los demás organismos notificados que realicen actividades de evaluación de la conformidad similares y relativas a los mismos tipos de sistemas de IA información pertinente sobre cuestiones relacionadas con resultados negativos y, previa solicitud, con resultados positivos de las evaluaciones de la conformidad.

4. Los organismos notificados preservarán la confidencialidad de la información obtenida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.

Artículo 46

Exención del procedimiento de evaluación de la conformidad

1. Como excepción a lo dispuesto en el artículo 43 y previa solicitud debidamente motivada, cualquier autoridad de vigilancia del mercado podrá autorizar la introducción en el mercado o la puesta en servicio de sistemas de IA de alto riesgo específicos en el territorio del

Estado miembro de que se trate por motivos excepcionales de seguridad pública o con el fin de proteger la vida y la salud de las personas, el medio ambiente o activos fundamentales de la industria y de las infraestructuras. Dicha autorización se concederá por un período limitado, mientras se lleven a cabo los procedimientos de evaluación de la conformidad necesarios, teniendo en cuenta los motivos excepcionales que justifiquen la exención. La conclusión de los procedimientos de que se trate se alcanzará sin demora indebida.

2. En una situación de urgencia debidamente justificada por motivos excepcionales de seguridad pública o en caso de amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas, las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho o las autoridades de protección civil podrán poner en servicio un sistema de IA de alto riesgo específico sin la autorización a que se refiere el apartado 1, siempre que se solicite dicha autorización durante o después de la utilización sin demora indebida. Si se deniega la autorización a que se refiere el apartado 1, se suspenderá el uso del sistema de IA de alto riesgo con efecto inmediato y se desecharán inmediatamente todos los resultados y toda la información de salida producidos por dicho uso.

3. La autorización a que se refiere el apartado 1 solo se expedirá si la autoridad de vigilancia del mercado llega a la conclusión de que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos en la sección 2. La autoridad de vigilancia del mercado informará a la Comisión y a los demás Estados miembros de toda autorización expedida de conformidad con los apartados 1 y 2. Esta obligación no comprenderá los datos operativos sensibles relativos a las actividades de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho.

4. Si, en el plazo de quince días naturales tras la recepción de la información indicada en el apartado 3, ningún Estado miembro ni la Comisión presentan objeción alguna sobre una autorización expedida por una autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro con arreglo al apartado 1, la autorización se considerará justificada.

5. Si, en el plazo de quince días naturales tras la recepción de la notificación a que se refiere el apartado 3, un Estado miembro formula objeciones contra una autorización expedida por una autoridad de vigilancia del mercado de otro Estado miembro, o si la Comisión considera que la autorización vulnera el Derecho de la Unión o que la conclusión de los Estados miembros relativa al cumplimiento del sistema a que se refiere el apartado 3 es infundada, la Comisión celebrará consultas con el Estado miembro pertinente sin demora. Se consultará a los operadores de que se trate y se les ofrecerá la posibilidad de exponer sus puntos de vista. En vista de todo ello, la Comisión decidirá si la autorización está justificada o no. La Comisión enviará su decisión al Estado miembro afectado y a los operadores pertinentes.

6. Si la Comisión considera que la autorización no está justificada, la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro de que se trate la retirará.

7. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo asociados a productos regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, solo se aplicarán las exenciones de la evaluación de la conformidad establecidas en dichos actos legislativos de armonización de la Unión.

Artículo 47

Declaración UE de conformidad

1. El proveedor redactará una declaración UE de conformidad por escrito en un formato legible por máquina, con firma electrónica o manuscrita, para cada sistema de IA de alto riesgo y la mantendrá a disposición de las autoridades nacionales competentes durante un período de diez años a contar desde la introducción del sistema de IA de alto riesgo en el mercado o su puesta en servicio. En la declaración UE de conformidad se especificará el sistema de IA de alto riesgo para el que ha sido redactada. Se entregará una copia de la declaración UE de conformidad a las autoridades nacionales competentes pertinentes que lo soliciten.

2. En la declaración UE de conformidad constará que el sistema de IA de alto riesgo de que se trate cumple los requisitos establecidos en la sección 2. La declaración UE de conformidad contendrá la información indicada en el anexo V y se traducirá a una lengua que puedan entender fácilmente las autoridades nacionales competentes del Estado o Estados miembros en que se introduzca en el mercado o comercialice el sistema de IA de alto riesgo.

3. Cuando los sistemas de IA de alto riesgo estén sujetos a otros actos legislativos de armonización de la Unión que también exijan una declaración UE de conformidad, se elaborará una única declaración UE de conformidad con respecto a todos el Derecho de la Unión aplicable al sistema de IA de alto riesgo. La declaración contendrá toda la información necesaria para determinar los actos legislativos de armonización de la Unión a los que se refiere la declaración.

4. Al elaborar la declaración UE de conformidad, el proveedor asumirá la responsabilidad del cumplimiento de los requisitos establecidos en la sección 2. El proveedor mantendrá actualizada la declaración UE de conformidad según proceda.

5. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 al objeto de modificar el anexo V actualizando el contenido de la declaración UE de conformidad establecida en dicho anexo, con el fin de introducir elementos que resulten necesarios a la luz del progreso técnico.

Artículo 48

Marcado CE

1. El mercado CE estará sujeto a los principios generales establecidos en el artículo 30 del Reglamento (CE) n.o 765/2008.

2. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo que se proporcionan digitalmente, se utilizará un marcado CE digital, únicamente si es fácilmente accesible a través de la interfaz desde la que se accede a dicho sistema o mediante un código fácilmente accesible legible por máquina u otros medios electrónicos.

3. El marcado CE se colocará de manera visible, legible e indeleble en los sistemas de IA de alto riesgo. Cuando esto no sea posible o no pueda garantizarse debido a la naturaleza del sistema de IA de alto riesgo, se colocará en el embalaje o en los documentos adjuntos, según proceda.

4. En su caso, el marcado CE irá seguido del número de identificación del organismo notificado responsable de los procedimientos de evaluación de la conformidad establecidos en el artículo 43. El número de identificación del organismo notificado lo colocará él mismo o, siguiendo sus instrucciones, el proveedor o el representante autorizado del proveedor. El número de identificación figurará también en todo el material publicitario en el que se mencione que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos de marcado CE.

5. Cuando los sistemas de IA de alto riesgo estén sujetos a otras disposiciones del Derecho de la Unión que también requieran la colocación del marcado CE, este indicará que los sistemas de IA de alto riesgo también cumplen los requisitos de esas otras disposiciones.

Artículo 49

Registro

1. Antes de introducir en el mercado o de poner en servicio un sistema de IA de alto riesgo enumerado en el anexo III, con excepción de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, punto 2, el proveedor o, en su caso, el representante autorizado, registrarán su sistema y a ellos mismos en la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71.

2. Antes de introducir en el mercado o poner en servicio un sistema de IA sobre el que el proveedor haya llegado a la conclusión de que no es de alto riesgo de conformidad con el artículo 6, apartado 3, dicho proveedor o, en su caso, el representante autorizado, registrarán ese sistema y a ellos mismos en la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71.

3. Antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo enumerado en el anexo III, con excepción de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, punto 2, los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo que sean autoridades públicas, instituciones, órganos u organismos de la Unión, o personas que actúen en su nombre, se registrarán, seleccionarán el sistema y registrarán su utilización en la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71.

4. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, puntos 1, 6 y 7, en los ámbitos de la garantía del cumplimiento del Derecho, la migración, el asilo y la gestión del control fronterizo, el registro a que se refieren los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo se efectuará en una sección segura no pública de la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71 e incluirá únicamente la información, según proceda, a la que se hace referencia en:

- a) el anexo VIII, sección A, puntos 1 a 10, con excepción de los puntos 6, 8 y 9;
- b) el anexo VIII, sección B, puntos 1 a 5 y puntos 8 y 9;
- c) el anexo VIII, sección C, puntos 1 a 3;
- d) el anexo IX, puntos 1, 2, 3 y 5.

Únicamente la Comisión y las autoridades nacionales a que se refiere el artículo 74, apartado 8, tendrán acceso a las secciones restringidas respectivas de la base de datos de la UE enumeradas en el párrafo primero del presente apartado.

5. Los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, punto 2, se registrarán a nivel nacional.

CAPÍTULO IV

OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA DE LOS PROVEEDORES Y RESPONSABLES DEL DESPLIEGUE DE DETERMINADOS SISTEMAS DE IA

Artículo 50

Obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas de IA

590

1. Los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas se diseñen y desarrollen de forma que las personas físicas de que se trate estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA autorizados por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros, salvo que estos sistemas estén a disposición del público para denunciar un delito penal.

2. Los proveedores de sistemas de IA, entre los que se incluyen los sistemas de IA de uso general, que generen contenido sintético de audio, imagen, vídeo o texto, velarán por que los resultados de salida del sistema de IA estén marcados en un formato legible por máquina y que sea posible detectar que han sido generados o manipulados de manera artificial. Los proveedores velarán por que sus soluciones técnicas sean eficaces, interoperables, sólidas y fiables en la medida en que sea técnicamente viable, teniendo en cuenta las particularidades y limitaciones de los diversos tipos de contenido, los costes de aplicación y el estado actual de la técnica generalmente reconocido, según se refleje en las normas técnicas pertinentes. Esta obligación no se aplicará en la medida en que los sistemas de IA desempeñen una función de apoyo a la edición estándar o no alteren sustancialmente los datos de entrada facilitados por el responsable del despliegue o su semántica, o cuando estén autorizados por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos.

3. Los responsables del despliegue de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica informarán del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él y tratarán sus datos personales de conformidad con los Reglamentos (UE) 2016/679 y (UE) 2018/1725 y con la Directiva (UE) 2016/680, según corresponda. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para la categorización biométrica y el reconocimiento de emociones que hayan sido autorizados por ley para detectar, prevenir e investigar delitos, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros y de conformidad con el Derecho de la Unión.

4. Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando la ley autorice su uso para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. Cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, las obligaciones de transparencia establecidas en el presente apartado se limitarán a la obligación de hacer pública la existencia de dicho contenido generado o manipulado artificialmente de una manera adecuada que no dificulte la exhibición o el disfrute de la obra.

Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule texto que se publique con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público divulgarán que el texto se ha generado o manipulado de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando el uso esté autorizado por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, o cuando el contenido generado por IA haya sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial y cuando una persona física o jurídica tenga la responsabilidad editorial por la publicación del contenido.

5. La información a que se refieren los apartados 1 a 4 se facilitará a las personas físicas de que se trate de manera clara y distinguible a más tardar con ocasión de la primera interacción o exposición. La información se ajustará a los requisitos de accesibilidad aplicables.

6. Los apartados 1 a 4 no afectarán a los requisitos y obligaciones establecidos en el capítulo III y se entenderán sin perjuicio de otras obligaciones de transparencia establecidas en el Derecho nacional o de la Unión para los responsables del despliegue de sistemas de IA.

7. La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión para promover la aplicación efectiva de las obligaciones relativas a la detección y el etiquetado de contenidos generados o manipulados de manera artificial. La Comisión podrá adoptar actos de ejecución a fin de aprobar dichos códigos de buenas prácticas, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 56, apartado 6. Si considera que el código no es adecuado, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución que especifique normas comunes para el cumplimiento de las citadas obligaciones de conformidad con el procedimiento de examen establecido en el artículo 98, apartado 2.

CAPÍTULO V
MODELOS DE IA DE USO GENERAL

SECCIÓN 1
Reglas de clasificación

Artículo 51

**Reglas de clasificación de los modelos de IA de uso general como modelos de
IA de uso general con riesgo sistémico**

1. Un modelo de IA de uso general se clasificará como modelo de IA de uso general con riesgo sistémico si reúne alguna de las siguientes condiciones:

- a) tiene capacidades de gran impacto evaluadas a partir de herramientas y metodologías técnicas adecuadas, como indicadores y parámetros de referencia;
- b) con arreglo a una decisión de la Comisión, adoptada de oficio o a raíz de una alerta cualificada del grupo de expertos científicos, tiene capacidades o un impacto equivalente a los establecidos en la letra a), teniendo en cuenta los criterios establecidos en el anexo XIII.

2. Se presumirá que un modelo de IA de uso general tiene capacidades de gran impacto con arreglo al apartado 1, letra a), cuando la cantidad acumulada de cálculo utilizada para su entrenamiento, medida en operaciones de coma flotante, sea superior a 1025.

3. La Comisión adoptará actos delegados de conformidad con el artículo 97 para modificar los umbrales a que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo, así como para complementar los parámetros de referencia e indicadores en función de los avances tecnológicos, como las mejoras algorítmicas o la mayor eficiencia del hardware, cuando sea necesario, para que los umbrales reflejen el estado actual de la técnica.

Artículo 52

Procedimiento

1. Cuando un modelo de IA de uso general cumpla la condición a que se refiere el artículo 51, apartado 1, letra a), el proveedor pertinente lo notificará a la Comisión sin demora y, en cualquier caso, antes de transcurridas dos semanas desde que se cumpla dicho requisito o desde que se sepa que va a cumplirse. Dicha notificación incluirá la información necesaria para demostrar que se cumple el requisito pertinente. Si la Comisión tiene conocimiento de un modelo de IA de uso general que presenta riesgos sistémicos y que no ha sido notificado, podrá decidir designarlo como modelo con riesgo sistémico.

2. El proveedor de un modelo de IA de uso general que cumpla la condición a que se refiere el artículo 51, apartado 1, letra a), podrá presentar, junto con su notificación, argumentos suficientemente fundamentados que demuestren que, excepcionalmente,

aunque el modelo de IA de uso general cumple dicho requisito, no presenta riesgos sistémicos, debido a sus características específicas, y no debe clasificarse, por tanto, como modelo de IA de uso general con riesgo sistémico.

3. Cuando la Comisión concluya que los argumentos presentados con arreglo al apartado 2 no están suficientemente fundamentados y que el proveedor pertinente no ha sido capaz de demostrar que el modelo de IA de uso general no presenta, debido a sus características específicas, riesgos sistémicos, rechazará dichos argumentos y el modelo de IA de uso general se considerará un modelo de IA de uso general con riesgo sistémico.

4. La Comisión podrá determinar que un modelo de IA de uso general presenta riesgos sistémicos, de oficio o a raíz de una alerta cualificada del grupo de expertos científicos con arreglo al artículo 90, apartado 1, letra a), a partir de los criterios establecidos en el anexo XIII.

La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 97 al objeto de modificar el anexo XIII especificando y actualizando los criterios establecidos en dicho anexo.

5. Previa solicitud motivada de un proveedor cuyo modelo haya sido designado como modelo de IA de uso general con riesgo sistémico con arreglo al apartado 4, la Comisión tendrá en cuenta la solicitud y podrá decidir reevaluar si puede seguir considerándose que el modelo de IA de uso general presenta riesgos sistémicos con arreglo a los criterios establecidos en el anexo XIII. Dicha solicitud contendrá motivos objetivos, detallados y nuevos que hayan surgido desde la decisión de designación. Los proveedores no podrán solicitar la reevaluación antes de transcurridos seis meses desde la decisión de designación. Si tras la reevaluación la Comisión decide mantener la designación como modelo de IA de uso general con riesgo sistémico, los proveedores no podrán solicitar otra reevaluación hasta transcurridos seis meses desde dicha decisión.

6. La Comisión velará por que se publique una lista de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico, que mantendrá actualizada, sin perjuicio de la necesidad de respetar y proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial y la información empresarial confidencial o los secretos comerciales de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional.

SECCIÓN 2

Obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general

Artículo 53

Obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general

1. Los proveedores de modelos de IA de uso general:

- a) elaborarán y mantendrán actualizada la documentación técnica del modelo, incluida la información relativa al proceso de entrenamiento y realización de pruebas y los resultados de su evaluación, que contendrá, como mínimo, la información establecida en el anexo XI con el fin de facilitarla, previa solicitud, a la Oficina de IA y a las autoridades nacionales competentes;

- b) elaborarán y mantendrán actualizada información y documentación y la pondrán a disposición de los proveedores de sistemas de IA que tengan la intención de integrar el modelo de IA de uso general en sus sistemas de IA. Sin perjuicio de la necesidad de observar y proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial y la información empresarial confidencial o los secretos comerciales de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional, dicha información y documentación:
 - i) permitirá a los proveedores de sistemas de IA entender bien las capacidades y limitaciones del modelo de IA de uso general y cumplir sus obligaciones en virtud del presente Reglamento, y
 - ii) contendrá, como mínimo, los elementos previstos en el anexo XII;
- c) establecerán directrices para cumplir el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines, y en particular, para detectar y cumplir, por ejemplo, a través de tecnologías punta, una reserva de derechos expresada de conformidad con el artículo 4, apartado 3, de la Directiva (UE) 2019/790;
- d) elaborarán y pondrán a disposición del público un resumen suficientemente detallado del contenido utilizado para el entrenamiento del modelo de IA de uso general, con arreglo al modelo facilitado por la Oficina de IA.

594

2. Las obligaciones establecidas en el apartado 1, letras a) y b), no se aplicarán a los proveedores de modelos de IA que se divulguen con arreglo a una licencia libre y de código abierto que permita el acceso, la utilización, la modificación y la distribución del modelo y cuyos parámetros, incluidos los pesos, la información sobre la arquitectura del modelo y la información sobre el uso del modelo, se pongan a disposición del público. Esta excepción no se aplicará a los modelos de IA de uso general con riesgo sistémico.

3. Los proveedores de modelos de IA de uso general cooperarán con la Comisión y las autoridades nacionales competentes, según sea necesario, en el ejercicio de sus competencias y facultades en virtud del presente Reglamento.

4. Los proveedores de modelos de IA de uso general podrán recurrir a códigos de buenas prácticas en el sentido de lo dispuesto en el artículo 56 para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el apartado 1 del presente artículo, hasta que se publique una norma armonizada. El cumplimiento de las normas armonizadas europeas otorga a los proveedores presunción de conformidad en la medida en que tales normas regulen dichas obligaciones. Los proveedores de modelos de IA de uso general que no se adhieran a un código de buenas prácticas aprobado o no cumplan una norma armonizada europea deberán demostrar que cumplen sus obligaciones por medios alternativos adecuados para su evaluación por parte de la Comisión.

5. A fin de facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el anexo XI, en particular en su punto 2, letras d) y e), la Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 97 para detallar las metodologías de medición y cálculo con vistas a que la documentación sea comparable y verificable.

6. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97, apartado 2, para modificar los anexos XI y XII en función de los avances tecnológicos.

7. Toda información o documentación obtenida en virtud del presente artículo, incluidos los secretos comerciales, se tratarán de conformidad con las obligaciones de confidencialidad establecidas en el artículo 78.

Artículo 54

Representantes autorizados de los proveedores de modelos de IA de uso general

1. Antes de introducir en el mercado de la Unión un modelo de IA de uso general, los proveedores establecidos en terceros países tendrán que nombrar, mediante un mandato escrito, a un representante autorizado que esté establecido en la Unión.

2. Los proveedores permitirán que su representante autorizado pueda efectuar las tareas especificadas en el mandato recibido del proveedor.

3. Los representantes autorizados efectuarán las tareas especificadas en el mandato recibido del proveedor. Facilitarán a la Oficina de IA, cuando lo solicite, una copia del mandato en una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión. A los efectos del presente Reglamento, el mandato habilitará al representante autorizado para realizar las tareas siguientes:

- a) comprobar que se ha elaborado la documentación técnica que se indica en el anexo XI y que el proveedor cumple todas las obligaciones a que se refiere el artículo 53 y, en su caso, el artículo 55;
- b) conservar una copia de la documentación técnica que se indica en el anexo XI a disposición de la Oficina de IA y de las autoridades nacionales competentes por un período de diez años a partir de la introducción en el mercado del modelo de IA de uso general, y de los datos de contacto del proveedor que haya designado al representante autorizado;
- c) facilitar a la Oficina de IA, previa solicitud motivada, toda la información y documentación, incluidas la información y documentación mencionadas en la letra b), que sean necesarias para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente capítulo;
- d) cooperar con la Oficina de IA y las autoridades competentes, previa solicitud motivada, en cualquier acción que emprendan en relación con el modelo de IA de uso general, también cuando el modelo esté integrado en un sistema de IA introducido en el mercado o puesto en servicio en la Unión.

4. El mandato habilitará al representante autorizado para que la Oficina de IA o las autoridades competentes se pongan en contacto con él, además de con el proveedor o en lugar de con el proveedor, con referencia a todas las cuestiones relacionadas con la garantía del cumplimiento del presente Reglamento.

5. El representante autorizado pondrá fin al mandato si considera o tiene motivos para considerar que el proveedor contraviene sus obligaciones en virtud del presente Reglamento. En tal caso, también informará inmediatamente a la Oficina de IA del fin del mandato y de los motivos para ello.

6. La obligación establecida en el presente artículo no se aplicará a los proveedores de modelos de IA de uso general que se divulguen con arreglo a una licencia libre y de código abierto que permita el acceso, la utilización, la modificación y la distribución del modelo y cuyos parámetros, incluidos los pesos, la información sobre la arquitectura del modelo y la información sobre el uso del modelo, se pongan a disposición del público, salvo si los citados modelos de IA de uso general presentan riesgos sistémicos.

SECCIÓN 3

Obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico

Artículo 55

Obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico

596

1. Además de las obligaciones enumeradas en los artículos 53 y 54, los proveedores de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico:

- a) evaluarán los modelos de conformidad con protocolos y herramientas normalizados que reflejen el estado de la técnica, lo que incluye la realización y documentación de pruebas de simulación de adversarios con el modelo con vistas a detectar y mitigar riesgos sistémicos;
- b) evaluarán y mitigarán los posibles riesgos sistémicos a escala de la Unión que puedan derivarse del desarrollo, la introducción en el mercado o el uso de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico, así como el origen de dichos riesgos;
- c) vigilarán, documentarán y comunicarán, sin demora indebida, a la Oficina de IA y, en su caso, a las autoridades nacionales competentes, la información pertinente sobre incidentes graves y las posibles medidas correctoras para resolverlos;
- d) velarán por que se establezca un nivel adecuado de protección de la ciberseguridad para el modelo de IA de uso general con riesgo sistémico y la infraestructura física del modelo.

2. Los proveedores de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico podrán recurrir a códigos de buenas prácticas en el sentido de lo dispuesto en el artículo 56 para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el apartado 1 del presente artículo, hasta que se publique una norma armonizada. El cumplimiento de las normas armonizadas europeas otorga a los proveedores presunción de conformidad en la medida

en que tales normas regulen dichas obligaciones. Los proveedores de modelos de IA de uso general que no se adhieran a un código de buenas prácticas aprobado o no cumplan una norma armonizada europea deberán demostrar que cumplen sus obligaciones por medios alternativos adecuados para su evaluación por parte de la Comisión.

3. Toda información o documentación obtenida en virtud del presente artículo, incluidos los secretos comerciales, se tratarán de conformidad con las obligaciones de confidencialidad establecidas en el artículo 78.

SECCIÓN 4

Códigos de buenas prácticas

Artículo 56

Códigos de buenas prácticas

1. La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión a fin de contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta los planteamientos internacionales.

2. La Oficina de IA y el Consejo de IA velarán por que los códigos de buenas prácticas comprendan al menos las obligaciones establecidas en los artículos 53 y 55, entre las que se incluyen las cuestiones siguientes:

- a) los medios para garantizar que la información a que se refiere el artículo 53, apartado 1, letras a) y b), se mantenga actualizada con respecto a la evolución del mercado y los avances tecnológicos;
- b) el nivel adecuado de detalle por lo que respecta al resumen sobre el contenido utilizado para el entrenamiento;
- c) la determinación del tipo y la naturaleza de los riesgos sistémicos a escala de la Unión, incluido su origen, cuando proceda;
- d) las medidas, procedimientos y modalidades de evaluación y gestión de los riesgos sistémicos a escala de la Unión, incluida su documentación, que serán proporcionales a los riesgos y tendrán en cuenta su gravedad y probabilidad y las dificultades específicas para hacerles frente, habida cuenta de la manera en que dichos riesgos pueden surgir y materializarse a lo largo de la cadena de valor de la IA.

3. La Oficina de IA podrá invitar a todos los proveedores de modelos de IA de uso general, así como a las autoridades nacionales competentes pertinentes, a participar en la elaboración de códigos de buenas prácticas. Las organizaciones de la sociedad civil, la industria, el mundo académico y otras partes interesadas pertinentes, como los proveedores posteriores y los expertos independientes, podrán contribuir al proceso.

4. La Oficina de IA y el Consejo de IA velarán por que los códigos de buenas prácticas establezcan claramente sus objetivos específicos y contengan compromisos o medidas, como,

por ejemplo, indicadores clave de rendimiento, si procede, para garantizar la consecución de dichos objetivos, y que tengan debidamente en cuenta las necesidades e intereses de todas las partes interesadas, incluidas las personas afectadas, a escala de la Unión.

5. La Oficina de IA velará por que los participantes en los códigos de buenas prácticas informen periódicamente a la Oficina de IA sobre la aplicación de los compromisos y las medidas adoptadas y sus resultados, lo que incluye su evaluación con respecto a los indicadores clave de rendimiento, si procede. Los indicadores clave de rendimiento y los compromisos de presentación de información reflejarán las diferencias de tamaño y capacidad entre los distintos participantes.

6. La Oficina de IA y el Consejo de IA supervisarán y evaluarán periódicamente la consecución de los objetivos de los códigos de buenas prácticas por parte de los participantes y su contribución a la correcta aplicación del presente Reglamento. La Oficina de IA y el Consejo de IA evaluarán si los códigos de buenas prácticas incluyen las obligaciones establecidas en los artículos 53 y 55, y supervisarán y evaluarán periódicamente la consecución de sus objetivos. Publicarán su evaluación de la adecuación de los códigos de buenas prácticas.

La Comisión podrá, mediante un acto de ejecución, aprobar un código de buenas prácticas y conferirle una validez general dentro de la Unión. Dicho acto de ejecución se adoptará con arreglo al procedimiento de examen contemplado en el artículo 98, apartado 2.

7. La Oficina de IA podrá invitar a todos los proveedores de modelos de IA de uso general a adherirse a los códigos de buenas prácticas. En el caso de los proveedores de modelos de IA de uso general que no presenten riesgos sistémicos, esta adhesión podrá limitarse a las obligaciones previstas en el artículo 53, salvo que declaren expresamente su interés en adherirse al código completo.

8. La Oficina de IA también fomentará y facilitará, según proceda, la revisión y la adaptación de los códigos de buenas prácticas, en particular teniendo en cuenta las normas emergentes. La Oficina de IA asistirá en la evaluación de las normas disponibles.

9. Los códigos de buenas prácticas estarán finalizados a más tardar el 2 de mayo de 2025. La Oficina de IA adoptará las medidas necesarias, lo que incluye invitar a los proveedores a adherirse a los códigos de buenas prácticas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 7.

Si un código de buenas prácticas no se ha podido finalizar a más tardar el 2 de agosto de 2025, o si la Oficina de IA lo considera inadecuado tras su evaluación con arreglo al apartado 6 del presente artículo, la Comisión podrá establecer, mediante actos de ejecución, normas comunes para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 53 y 55, que incluyan las cuestiones establecidas en el apartado 2 del presente artículo. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

CAPÍTULO VI

MEDIDAS DE APOYO A LA INNOVACIÓN

Artículo 57

Espacios controlados de pruebas para la IA

1. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes establezcan al menos un espacio controlado de pruebas para la IA a escala nacional, que estará operativo a más tardar el 2 de agosto de 2026. Dicho espacio controlado de pruebas también podrá establecerse conjuntamente con las autoridades competentes de otros Estados miembros. La Comisión podrá proporcionar apoyo técnico, asesoramiento y herramientas para el establecimiento y el funcionamiento de los espacios controlados de pruebas para la IA.

La obligación prevista en el párrafo primero también podrá cumplirse mediante la participación en un espacio controlado de pruebas existente en la medida en que dicha participación proporcione un nivel de cobertura nacional equivalente a los Estados miembros participantes.

2. También podrán establecerse espacios controlados de pruebas para la IA adicionales a escala regional o local o conjuntamente con las autoridades competentes de otros Estados miembros.

3. El Supervisor Europeo de Protección de Datos también podrá establecer un espacio controlado de pruebas para la IA para las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y podrá ejercer las funciones y tareas de las autoridades nacionales competentes de conformidad con el presente capítulo.

4. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes a que se refieren los apartados 1 y 2 asignen recursos suficientes para cumplir lo dispuesto en el presente artículo de manera efectiva y oportuna. Cuando proceda, las autoridades nacionales competentes cooperarán con otras autoridades pertinentes y podrán permitir la participación de otros agentes del ecosistema de la IA. El presente artículo no afectará a otros espacios controlados de pruebas establecidos en virtud del Derecho de la Unión o nacional. Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de cooperación entre las autoridades que supervisan esos otros espacios controlados de pruebas y las autoridades nacionales competentes.

5. Los espacios controlados de pruebas para la IA establecidos de conformidad con el apartado 1 proporcionarán un entorno controlado que fomente la innovación y facilite el desarrollo, el entrenamiento, la prueba y la validación de sistemas innovadores de IA durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, con arreglo a un plan del espacio controlado de pruebas específico acordado entre los proveedores o proveedores potenciales y la autoridad competente. Tales espacios controlados de pruebas podrán incluir pruebas en condiciones reales supervisadas dentro de ellos.

6. Las autoridades competentes proporcionarán, en su caso, orientación, supervisión y apoyo dentro del espacio controlado de pruebas para la IA con vistas a determinar

los riesgos, en particular para los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, a las pruebas y a las medidas de reducción y su eficacia en relación con las obligaciones y los requisitos del presente Reglamento y, cuando proceda, de otras disposiciones de Derecho de la Unión y nacional cuya observancia se supervise en el espacio controlado de pruebas.

7. Las autoridades competentes proporcionarán a los proveedores y proveedores potenciales que participen en el espacio controlado de pruebas para la IA orientaciones sobre las expectativas en materia de regulación y la manera de cumplir los requisitos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento.

A petición del proveedor o proveedor potencial del sistema de IA, la autoridad competente aportará una prueba escrita de las actividades llevadas a cabo con éxito en el espacio controlado de pruebas. La autoridad competente también proporcionará un informe de salida en el que se detallen las actividades llevadas a cabo en el espacio controlado de pruebas y los resultados y resultados del aprendizaje correspondientes. Los proveedores podrán utilizar esta documentación para demostrar su cumplimiento del presente Reglamento mediante el proceso de evaluación de la conformidad o las actividades de vigilancia del mercado pertinentes. A este respecto, las autoridades de vigilancia del mercado y los organismos notificados tendrán en cuenta positivamente los informes de salida proporcionados y las pruebas escritas aportadas por la autoridad nacional competente, con vistas a acelerar los procedimientos de evaluación de la conformidad en una medida razonable.

600

8. Con sujeción a las disposiciones de confidencialidad del artículo 78 y con el acuerdo del proveedor o proveedor potencial, la Comisión y el Consejo de IA estarán autorizados a acceder a los informes de salida y los tendrán en cuenta, según proceda, en el ejercicio de sus funciones en virtud del presente Reglamento. Si tanto el proveedor o proveedor potencial como la autoridad nacional competente dan expresamente su acuerdo para ello, el informe de salida podrá hacerse público a través de la plataforma única de información a que se refiere el presente artículo.

9. El establecimiento de espacios controlados de pruebas para la IA tendrá por objeto contribuir a los siguientes objetivos:

- a) mejorar la seguridad jurídica para lograr el cumplimiento del presente Reglamento o, en su caso, de otras disposiciones de Derecho de la Unión y nacional aplicable;
- b) apoyar el intercambio de mejores prácticas mediante la cooperación con las autoridades que participan en el espacio controlado de pruebas para la IA;
- c) fomentar la innovación y la competitividad y facilitar el desarrollo de un ecosistema de la IA;
- d) contribuir a un aprendizaje normativo basado en datos contrastados;
- e) facilitar y acelerar el acceso al mercado de la Unión de los sistemas de IA, en particular cuando los proporcionen pymes, incluidas las empresas emergentes.

10. Las autoridades nacionales competentes velarán por que, en la medida en que los sistemas innovadores de IA impliquen el tratamiento de datos personales o estén comprendidos dentro del ámbito de supervisión de otras autoridades nacionales o autoridades competentes

que proporcionen o respalden el acceso a los datos, las autoridades nacionales de protección de datos y las demás autoridades nacionales o competentes estén ligadas al funcionamiento del espacio controlado de pruebas para la IA e involucradas en la supervisión de dichos aspectos en la medida en que lo permitan sus respectivas funciones y competencias.

11. Los espacios controlados de pruebas para la IA no afectarán a las facultades de supervisión o correctoras de las autoridades competentes que supervisan los espacios controlados de pruebas, tampoco a escala regional o local. Cualquier riesgo considerable para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales detectado durante el proceso de desarrollo y prueba de estos sistemas de IA dará lugar a una reducción adecuada. Las autoridades nacionales competentes estarán facultadas para suspender temporal o permanentemente el proceso de prueba, o la participación en el espacio controlado de pruebas si no es posible una reducción efectiva, e informarán a la Oficina de IA de dicha decisión. Con el objetivo de apoyar la innovación en materia de IA en la Unión, las autoridades nacionales competentes ejercerán sus facultades de supervisión dentro de los límites del Derecho pertinente y harán uso de su potestad discrecional a la hora de aplicar disposiciones jurídicas en relación con un proyecto específico de espacio controlado de pruebas para la IA.

12. Los proveedores y proveedores potenciales que participen en el espacio controlado de pruebas para la IA responderán, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional en materia de responsabilidad, de cualquier daño infligido a terceros como resultado de la experimentación realizada en el espacio controlado de pruebas. Sin embargo, siempre que los proveedores potenciales respeten el plan específico y las condiciones de su participación y sigan de buena fe las orientaciones proporcionadas por la autoridad nacional competente, las autoridades no impondrán multas administrativas por infracciones del presente Reglamento. En los casos en que otras autoridades competentes responsables de otras disposiciones del Derecho de la Unión y nacional hayan participado activamente en la supervisión del sistema de IA en el espacio controlado de pruebas y hayan proporcionado orientaciones para el cumplimiento, no se impondrán multas administrativas en relación con dichas disposiciones.

13. Los espacios controlados de pruebas para la IA serán diseñados y puestos en práctica de tal manera que, cuando proceda, faciliten la cooperación transfronteriza entre las autoridades nacionales competentes.

14. Las autoridades nacionales competentes coordinarán sus actividades y cooperarán en el marco del Consejo de IA.

15. Las autoridades nacionales competentes informarán a la Oficina de IA y al Consejo de IA del establecimiento de un espacio controlado de pruebas y podrán solicitarles apoyo y orientación. La Oficina de IA pondrá a disposición del público una lista de los espacios controlados de pruebas previstos y existentes y la mantendrá actualizada con el fin de fomentar una mayor interacción en los espacios controlados de pruebas para la IA, así como la cooperación transfronteriza.

16. Las autoridades nacionales competentes presentarán informes anuales a la Oficina de IA y al Consejo de IA, por primera vez un año después del establecimiento del espacio controlado de pruebas para la IA y, posteriormente, cada año hasta su terminación, así

como un informe final. Dichos informes proporcionarán información sobre el progreso y los resultados de la puesta en práctica de dichos espacios controlados de pruebas, incluidos mejores prácticas, incidentes, enseñanzas extraídas y recomendaciones acerca de su configuración y, en su caso, acerca de la aplicación y posible revisión del presente Reglamento, incluidos sus actos delegados y de ejecución, y sobre la aplicación de otras disposiciones de Derecho de la Unión, supervisada por las autoridades competentes en el marco del espacio controlado de pruebas. Las autoridades nacionales competentes pondrán dichos informes anuales, o resúmenes de estos, a disposición del público, en línea. La Comisión tendrá en cuenta, cuando proceda, los informes anuales en el ejercicio de sus funciones en virtud del presente Reglamento.

17. La Comisión desarrollará una interfaz única y específica que contenga toda la información pertinente relacionada con los espacios controlados de pruebas para la IA para que las partes interesadas puedan interactuar con los espacios controlados de pruebas para la IA y plantear consultas a las autoridades competentes, así como pedir orientaciones no vinculantes sobre la conformidad de productos, servicios y modelos de negocio innovadores que incorporen tecnologías de IA, de conformidad con el artículo 62, apartado 1, letra c). La Comisión se coordinará de forma proactiva con las autoridades nacionales competentes, cuando proceda.

Artículo 58

Disposiciones detalladas relativas a los espacios controlados de pruebas para la IA y al funcionamiento de dichos espacios

1. A fin de evitar que se produzca una fragmentación en la Unión, la Comisión adoptará actos de ejecución que especifiquen las disposiciones detalladas para el establecimiento, el desarrollo, la puesta en práctica, el funcionamiento y la supervisión de los espacios controlados de pruebas para la IA. Los actos de ejecución incluirán principios comunes sobre las siguientes cuestiones:

- a) los criterios de admisibilidad y selección para participar en el espacio controlado de pruebas para la IA;
- b) los procedimientos para la solicitud, la participación, la supervisión, la salida y la terminación del espacio controlado de pruebas para la IA, incluidos el plan del espacio controlado de pruebas y el informe de salida;
- c) las condiciones aplicables a los participantes.

Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

2. Los actos de ejecución mencionados en el apartado 1 garantizarán:

- a) que los espacios controlados de pruebas para la IA estén abiertos a cualquier proveedor o proveedor potencial de un sistema de IA que presente una solicitud y cumpla los criterios de admisibilidad y selección, que serán transparentes y equitativos, y también que las autoridades nacionales competentes informen a los solicitantes de su decisión en un plazo de tres meses a partir de la presentación de la solicitud;

- b) que los espacios controlados de pruebas para la IA permitan un acceso amplio e igualitario y se adapten a la demanda de participación; los proveedores y proveedores potenciales también podrán presentar solicitudes en asociación con responsables del despliegue y con otros terceros pertinentes;
- c) que las disposiciones detalladas y las condiciones relativas a los espacios controlados de pruebas para la IA propicien, en la medida de lo posible, que las autoridades nacionales competentes dispongan de flexibilidad para establecer y gestionar sus espacios controlados de pruebas para la IA;
- d) que el acceso a los espacios controlados de pruebas para la IA sea gratuito para las pymes, incluidas las empresas emergentes, sin perjuicio de los costes excepcionales que las autoridades nacionales competentes puedan recuperar de una forma justa y proporcionada;
- e) que se facilite a los proveedores y proveedores potenciales, mediante los resultados del aprendizaje de los espacios controlados de pruebas para la IA, el cumplimiento de las obligaciones de evaluación de la conformidad en virtud del presente Reglamento y la aplicación voluntaria de los códigos de conducta a que se refiere el artículo 95;
- f) que los espacios controlados de pruebas para la IA faciliten la participación de otros agentes pertinentes del ecosistema de la IA, como los organismos notificados y los organismos de normalización, las pymes, incluidas las empresas emergentes, las empresas, los agentes innovadores, las instalaciones de ensayo y experimentación, los laboratorios de investigación y experimentación y los centros europeos de innovación digital, los centros de excelencia y los investigadores, a fin de permitir y facilitar la cooperación con los sectores público y privado;
- g) que los procedimientos, procesos y requisitos administrativos para la solicitud, la selección, la participación y la salida del espacio controlado de pruebas para la IA sean sencillos y fácilmente inteligibles y se comuniquen claramente, a fin de facilitar la participación de las pymes, incluidas las empresas emergentes, con capacidades jurídicas y administrativas limitadas, y se racionalicen en toda la Unión, a fin de evitar la fragmentación y de que la participación en un espacio controlado de pruebas para la IA establecido por un Estado miembro o por el Supervisor Europeo de Protección de Datos esté reconocida mutua y uniformemente y tenga los mismos efectos jurídicos en toda la Unión;
- h) que la participación en el espacio controlado de pruebas para la IA se limite a un período que se ajuste a la complejidad y la escala del proyecto, y que podrá ser prorrogado por la autoridad nacional competente;
- i) que los espacios controlados de pruebas para la IA faciliten el desarrollo de herramientas e infraestructuras para la prueba, la evaluación comparativa, la evaluación y la explicación de las dimensiones de los sistemas de IA pertinentes para el aprendizaje normativo, como la precisión, la solidez y la ciberseguridad, así como de medidas para mitigar los riesgos para los derechos fundamentales y la sociedad en su conjunto.

3. Se ofrecerán a los proveedores potenciales que participen en los espacios controlados de pruebas para la IA, en particular a las pymes y las empresas emergentes, cuando proceda, servicios previos al despliegue, como orientaciones sobre la aplicación del presente Reglamento, otros servicios que aportan valor añadido, como ayuda con los documentos de normalización y la certificación, y acceso a las instalaciones de ensayo y experimentación, los centros europeos de innovación digital y los centros de excelencia.

4. Cuando las autoridades nacionales competentes estudien autorizar la realización de pruebas en condiciones reales supervisadas en el marco de un espacio controlado de pruebas para la IA que se establecerá en virtud del presente artículo, acordarán específicamente las condiciones de dichas pruebas y, en particular, las garantías adecuadas con los participantes, con vistas a proteger los derechos fundamentales, la salud y la seguridad. Cuando proceda, cooperarán con otras autoridades nacionales competentes con el fin de garantizar la coherencia de las prácticas en toda la Unión.

Artículo 59

Tratamiento ulterior de datos personales para el desarrollo de determinados sistemas de IA en favor del interés público en el espacio controlado de pruebas para la IA

1. En el espacio controlado de pruebas, los datos personales recabados lícitamente con otros fines podrán tratarse únicamente con el objetivo de desarrollar, entrenar y probar determinados sistemas de IA en el espacio controlado de pruebas cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) que los sistemas de IA se desarrollen para que una autoridad pública u otra persona física o jurídica proteja un interés público esencial en uno o varios de los siguientes ámbitos:
 - i) la seguridad y la salud públicas, incluidos la detección, el diagnóstico, la prevención, el control y el tratamiento de enfermedades y la mejora de los sistemas sanitarios,
 - ii) un elevado nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la biodiversidad, la protección contra la contaminación, las medidas de transición ecológica, la mitigación del cambio climático y las medidas de adaptación a este,
 - iii) la sostenibilidad energética,
 - iv) la seguridad y la resiliencia de los sistemas de transporte y la movilidad, las infraestructuras críticas y las redes,
 - v) la eficiencia y la calidad de la administración pública y de los servicios públicos;
- b) que los datos tratados resulten necesarios para cumplir uno o varios de los requisitos mencionados en el capítulo III, sección 2, cuando dichos requisitos no puedan cumplirse efectivamente mediante el tratamiento de datos anonimizados o sintéticos o de otro tipo de datos no personales;

- c) que existan mecanismos de supervisión eficaces para detectar si pueden producirse durante la experimentación en el espacio controlado de pruebas riesgos elevados para los derechos y libertades de los interesados, mencionados en el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679 y en el artículo 39 del Reglamento (UE) 2018/1725, así como mecanismos de respuesta para mitigar sin demora dichos riesgos y, en su caso, detener el tratamiento;
- d) que los datos personales que se traten en el contexto del espacio controlado de pruebas se encuentren en un entorno de tratamiento de datos funcionalmente separado, aislado y protegido, bajo el control del proveedor potencial, y que únicamente las personas autorizadas tengan acceso a dichos datos;
- e) que los proveedores solo puedan compartir los datos recabados originalmente de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos; los datos personales creados en el espacio controlado de pruebas no pueden salir del espacio controlado de pruebas;
- f) que el tratamiento de datos personales en el contexto del espacio controlado de pruebas no dé lugar a medidas o decisiones que afecten a los interesados ni afecte a la aplicación de sus derechos establecidos en el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales;
- g) que los datos personales tratados en el contexto del espacio controlado de pruebas se protejan mediante medidas técnicas y organizativas adecuadas y se eliminen una vez concluida la participación en dicho espacio o cuando los datos personales lleguen al final de su período de conservación;
- h) que los archivos de registro del tratamiento de datos personales en el contexto del espacio controlado de pruebas se conserven mientras dure la participación en el espacio controlado de pruebas, salvo que se disponga otra cosa en el Derecho de la Unión o el Derecho nacional;
- i) que se conserve una descripción completa y detallada del proceso y la lógica subyacentes al entrenamiento, la prueba y la validación del sistema de IA junto con los resultados del proceso de prueba como parte de la documentación técnica a que se refiere el anexo IV;
- j) que se publique una breve síntesis del proyecto de IA desarrollado en el espacio controlado de pruebas, junto con sus objetivos y resultados previstos, en el sitio web de las autoridades competentes; esta obligación no comprenderá los datos operativos sensibles relativos a las actividades de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, del control fronterizo, de la inmigración o del asilo.

2. Cuando se lleve a cabo con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de dichas amenazas, y bajo el control y la responsabilidad de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, el tratamiento de datos personales en los espacios controlados de pruebas para la IA se basará en un Derecho específico, de la Unión o nacional y cumplirá las condiciones acumulativas que se indican en el apartado 1.

3. El apartado 1 se entiende sin perjuicio del Derecho de la Unión o nacional que proscriba el tratamiento de datos personales con fines distintos de los expresamente mencionados en dichos actos, así como sin perjuicio del Derecho de la Unión o nacional que establezca las bases para el tratamiento de datos personales necesario para desarrollar, probar o entrenar sistemas innovadores de IA o de cualquier otra base jurídica, de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales.

Artículo 60

Pruebas de sistemas de IA de alto riesgo en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA

1. Los proveedores o proveedores potenciales de sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo III podrán realizar pruebas de sistemas de IA de alto riesgo en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA de conformidad el presente artículo y con el plan de la prueba en condiciones reales a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en el artículo 5.

La Comisión adoptará, mediante un acto de ejecución, los elementos detallados del plan de la prueba en condiciones reales. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

El presente apartado se entiende sin perjuicio del Derecho de la Unión o nacional en materia de pruebas en condiciones reales de sistemas de IA de alto riesgo asociados a productos regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I.

2. Los proveedores o proveedores potenciales podrán realizar pruebas de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III en condiciones reales en cualquier momento antes de la introducción en el mercado o la puesta en servicio del sistema de IA por cuenta propia o en asociación con uno o varios responsables del despliegue o responsables del despliegue potenciales.

3. Las pruebas de sistemas de IA de alto riesgo en condiciones reales con arreglo al presente artículo se entenderán sin perjuicio de cualquier revisión ética que se exija en el Derecho de la Unión o nacional.

4. Los proveedores o proveedores potenciales podrán realizar pruebas en condiciones reales solamente cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) el proveedor o proveedor potencial ha elaborado un plan de la prueba en condiciones reales y lo ha presentado a la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro en que se vayan a realizar las pruebas en condiciones reales;
- b) la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro en que se vayan a realizar las pruebas en condiciones reales ha aprobado las pruebas en condiciones reales y el plan de la prueba en condiciones reales; si la autoridad de vigilancia del mercado no responde en un plazo de treinta días, se entenderá que las pruebas en condiciones

reales y el plan de la prueba en condiciones reales han sido aprobados; cuando el Derecho nacional no contemple una aprobación tácita, las pruebas en condiciones reales estarán sujetas a una autorización también en este caso;

- c) el proveedor o proveedor potencial, con excepción de los proveedores o proveedores potenciales de sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, puntos 1, 6 y 7, en los ámbitos de la garantía del cumplimiento del Derecho, la migración, el asilo y la gestión del control fronterizo, así como de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el punto 2 del anexo III ha registrado las pruebas en condiciones reales de conformidad con el artículo 71, apartado 4, con un número de identificación único para toda la Unión y la información indicada en el anexo IX; el proveedor o proveedor potencial de sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, puntos 1, 6 y 7, en los ámbitos de la garantía del cumplimiento del Derecho, la migración, el asilo y la gestión del control fronterizo, ha registrado las pruebas en condiciones reales en la parte no pública de la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 49, apartado 4, letra d), con un número de identificación único para toda la Unión y la información indicada en este; el proveedor o proveedor potencial de sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, punto 2, ha registrado las pruebas en condiciones reales de conformidad con el artículo 49, apartado 5;
- d) el proveedor o proveedor potencial que realiza las pruebas en condiciones reales está establecido en la Unión o ha designado a un representante legal que está establecido en la Unión;
- e) los datos recabados y tratados a efectos de las pruebas en condiciones reales únicamente se transferirán a terceros países si se aplican las garantías adecuadas y aplicables en virtud del Derecho de la Unión;
- f) las pruebas en condiciones reales no duran más de lo necesario para lograr sus objetivos y, en cualquier caso, no más de seis meses, que podrán prorrogarse por un período adicional de seis meses, con sujeción al envío de una notificación previa por parte del proveedor o proveedor potencial a la autoridad de vigilancia del mercado, acompañada por una explicación de la necesidad de dicha prórroga;
- g) los sujetos de las pruebas en condiciones reales que sean personas pertenecientes a colectivos vulnerables debido a su edad o a una discapacidad cuentan con protección adecuada;
- h) cuando un proveedor o proveedor potencial organice las pruebas en condiciones reales en cooperación con uno o varios responsables del despliegue o responsables del despliegue potenciales, estos últimos habrán sido informados de todos los aspectos de las pruebas que resulten pertinentes para su decisión de participar y habrán recibido las instrucciones de uso pertinentes del sistema de IA a que se refiere el artículo 13; el proveedor o proveedor potencial y el responsable del despliegue o responsable del despliegue potencial alcanzarán un acuerdo en que se detallen sus funciones y responsabilidades con vistas a garantizar el cumplimiento de las disposiciones relativas a las pruebas en condiciones reales con arreglo al presente Reglamento y a otras disposiciones de Derecho de la Unión y nacional aplicable;

- i) los sujetos de las pruebas en condiciones reales han dado su consentimiento informado de conformidad con el artículo 61 o, en el ámbito de la garantía del cumplimiento del Derecho, en el que intentar obtener el consentimiento informado impediría que se probara el sistema de IA, las pruebas en sí y los resultados de las pruebas en condiciones reales no tendrán ningún efecto negativo sobre los sujetos, cuyos datos personales se suprimirán una vez realizada la prueba;
- j) las pruebas en condiciones reales son supervisadas de manera efectiva por el proveedor o el proveedor potencial y por los responsables del despliegue o los responsables del despliegue potenciales mediante personas adecuadamente cualificadas en el ámbito pertinente y con la capacidad, formación y autoridad necesarias para realizar sus tareas;
- k) se pueden revertir y descartar de manera efectiva las predicciones, recomendaciones o decisiones del sistema de IA.

5. Cualquier sujeto de las pruebas en condiciones reales o su representante legalmente designado, según proceda, podrá, sin sufrir por ello perjuicio alguno y sin tener que proporcionar ninguna justificación, abandonar las pruebas en cualquier momento retirando su consentimiento informado y solicitar la supresión inmediata y permanente de sus datos personales. La retirada del consentimiento informado no afectará a las actividades ya completadas.

6. De conformidad con el artículo 75, los Estados miembros conferirán a sus autoridades de vigilancia del mercado poderes para exigir a los proveedores y proveedores potenciales que faciliten información, realizar sin previo aviso inspecciones a distancia o *in situ* y controlar la realización de las pruebas en condiciones reales y los sistemas de IA de alto riesgo relacionados. Las autoridades de vigilancia del mercado harán uso de dichos poderes para garantizar que las pruebas en condiciones reales se desarrollen de manera segura.

7. Se informará de cualquier incidente grave detectado en el transcurso de las pruebas en condiciones reales a la autoridad nacional de vigilancia del mercado de conformidad con el artículo 73. El proveedor o proveedor potencial adoptará medidas de reducción inmediatas o, en su defecto, suspenderá las pruebas en condiciones reales hasta que se produzca dicha reducción o pondrá fin a las pruebas. El proveedor o proveedor potencial establecerá un procedimiento para la rápida recuperación del sistema de IA en caso de que se ponga fin a las pruebas en condiciones reales.

8. El proveedor o proveedor potencial notificará a la autoridad nacional de vigilancia del mercado del Estado miembro en que se vayan a realizar las pruebas en condiciones reales la suspensión o la terminación de las pruebas en condiciones reales y los resultados finales.

9. El proveedor o proveedor potencial será responsable, conforme al Derecho de la Unión y nacional en materia de responsabilidad aplicable, de cualquier daño causado en el transcurso de sus pruebas en condiciones reales.

Artículo 61

Consentimiento informado para participar en pruebas en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA

1. A los efectos de las pruebas en condiciones reales con arreglo al artículo 60, se obtendrá de los sujetos de las pruebas un consentimiento informado dado libremente antes de participar en dichas pruebas y después de haber recibido información concisa, clara, pertinente y comprensible en relación con:

- a) la naturaleza y los objetivos de las pruebas en condiciones reales y los posibles inconvenientes asociados a su participación;
- b) las condiciones en las que se van a llevar a cabo las pruebas en condiciones reales, incluida la duración prevista de la participación del sujeto o los sujetos;
- c) sus derechos y las garantías relativas a su participación, en particular su derecho a negarse a participar y el derecho a abandonar las pruebas en condiciones reales en cualquier momento sin sufrir por ello perjuicio alguno y sin tener que proporcionar ninguna justificación;
- d) las disposiciones para solicitar la reversión o el descarte de las predicciones, recomendaciones o decisiones del sistema de IA;
- e) el número de identificación único para toda la Unión de la prueba en condiciones reales de conformidad con el artículo 60, apartado 4, letra c), y la información de contacto del proveedor o de su representante legal, de quien se puede obtener más información.

2. El consentimiento informado estará fechado y documentado, y se entregará una copia a los sujetos de la prueba o a sus representantes legales.

Artículo 62

Medidas dirigidas a proveedores y responsables del despliegue, en particular pymes, incluidas las empresas emergentes

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas siguientes:

- a) proporcionarán a las pymes, incluidas las empresas emergentes, que tengan un domicilio social o una sucursal en la Unión un acceso prioritario a los espacios controlados de pruebas para la IA, siempre que cumplan las condiciones de admisibilidad y los criterios de selección; el acceso prioritario no impedirá que otras pymes, incluidas las empresas emergentes, distintas de las mencionadas en el presente apartado accedan al espacio controlado de pruebas para la IA, siempre que también cumplan las condiciones de admisibilidad y los criterios de selección;
- b) organizarán actividades de sensibilización y formación específicas sobre la aplicación del presente Reglamento adaptadas a las necesidades de las pymes, incluidas las empresas emergentes, los responsables del despliegue y, en su caso, las autoridades públicas locales;

- c) utilizarán canales específicos existentes y establecerán, en su caso, nuevos canales para la comunicación con las pymes, incluidas las empresas emergentes, los responsables del despliegue y otros agentes innovadores, así como, en su caso, las autoridades públicas locales, a fin de proporcionar asesoramiento y responder a las dudas planteadas acerca de la aplicación del presente Reglamento, también en relación con la participación en los espacios controlados de pruebas para la IA;
- d) fomentarán la participación de las pymes y otras partes interesadas pertinentes en el proceso de desarrollo de la normalización.

2. Se tendrán en cuenta los intereses y necesidades específicos de los proveedores que sean pymes, incluidas las empresas emergentes, a la hora de fijar las tasas para la evaluación de la conformidad en virtud del artículo 43, y se reducirán dichas tasas en proporción a su tamaño, al tamaño del mercado y a otros indicadores pertinentes.

3. La Oficina de IA adoptará las medidas siguientes:

- a) proporcionará modelos normalizados para los ámbitos regulados por el presente Reglamento, tal como especifique el Consejo de IA en su solicitud;
- b) desarrollará y mantendrá una plataforma única de información que proporcione información fácil de usar en relación con el presente Reglamento destinada a todos los operadores de la Unión;
- c) organizará campañas de comunicación adecuadas para sensibilizar sobre las obligaciones derivadas del presente Reglamento;
- d) evaluará y fomentará la convergencia de las mejores prácticas en los procedimientos de contratación pública en relación con los sistemas de IA.

Artículo 63

Excepciones para operadores específicos

1. Las microempresas en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE podrán cumplir determinados elementos del sistema de gestión de la calidad exigido por el artículo 17 del presente Reglamento de manera simplificada, siempre que no tengan empresas asociadas o empresas vinculadas en el sentido de dicha Recomendación. A tal fin, la Comisión elaborará directrices sobre los elementos del sistema de gestión de la calidad que puedan cumplirse de manera simplificada teniendo en cuenta las necesidades de las microempresas sin que ello afecte al nivel de protección ni a la necesidad de cumplir los requisitos relativos a los sistemas de IA de alto riesgo.

2. El apartado 1 del presente artículo no se interpretará en el sentido de que exime a dichos operadores de cumplir cualquier otro requisito u obligación establecidos en el presente Reglamento, incluidos aquellos que figuran en los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 72 y 73.

CAPÍTULO VII

GOBERNANZA

SECCIÓN 1

Gobernanza a escala de la Unión

Artículo 64

Oficina de IA

1. La Comisión desarrollará los conocimientos especializados y las capacidades de la Unión en el ámbito de la IA mediante la Oficina de IA.
2. Los Estados miembros facilitarán las tareas encomendadas a la Oficina de IA, que están reflejadas en el presente Reglamento.

Artículo 65

Creación y estructura del Consejo Europeo de Inteligencia Artificial

1. Se crea un Consejo Europeo de Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, «Consejo de IA»).
2. El Consejo de IA estará compuesto de un representante por Estado miembro. El Supervisor Europeo de Protección de Datos participará en calidad de observador. La Oficina de IA también asistirá a las reuniones del Consejo de IA sin participar en las votaciones. El Consejo de IA podrá invitar a otras autoridades, organismos o expertos nacionales y de la Unión a las reuniones en función de cada situación concreta, cuando los temas tratados sean relevantes para ellos.
3. Cada representante será designado por su Estado miembro por un período de tres años, renovable una vez.
4. Los Estados miembros se asegurarán de que sus representantes en el Consejo de IA:
 - a) tengan las competencias y los poderes pertinentes en su Estado miembro para poder contribuir activamente al cumplimiento de las funciones del Consejo de IA a que se refiere el artículo 66;
 - b) sean designados como punto de contacto único respecto del Consejo de IA y, en su caso, teniendo en cuenta las necesidades de los Estados miembros, como punto de contacto único para las partes interesadas;
 - c) estén facultados para facilitar la coherencia y la coordinación entre las autoridades nacionales competentes en su Estado miembro en relación con la aplicación del presente Reglamento, también mediante la recopilación de datos e información pertinentes para cumplir sus funciones en el Consejo de IA.

5. Los representantes designados de los Estados miembros adoptarán el Reglamento Interno del Consejo de IA por mayoría de dos tercios. El Reglamento Interno establecerá, en particular, los procedimientos para el proceso de selección, la duración del mandato y las especificaciones de las funciones de la presidencia, las modalidades de votación detalladas y la organización de las actividades del Consejo de IA y de sus subgrupos.

6. El Consejo de IA establecerá dos subgrupos permanentes a fin de proporcionar una plataforma de cooperación e intercambio entre las autoridades de vigilancia del mercado y de notificar a las autoridades cuestiones relacionadas con la vigilancia del mercado y los organismos notificados, respectivamente.

El subgrupo permanente de vigilancia del mercado debe actuar como grupo de cooperación administrativa (ADCO) para el presente Reglamento en el sentido del artículo 30 del Reglamento (UE) 2019/1020.

El Consejo de IA puede establecer otros subgrupos de carácter permanente o temporal, según proceda, para examinar asuntos específicos. Cuando proceda, se podrá invitar a representantes del foro consultivo a que se refiere el artículo 67 a dichos subgrupos o a reuniones específicas de dichos subgrupos en calidad de observadores.

7. El Consejo de IA se organizará y gestionará de manera que se preserve la objetividad e imparcialidad de sus actividades.

8. El Consejo de IA estará presidido por uno de los representantes de los Estados miembros. La Oficina de IA asumirá las labores de secretaría del Consejo de IA, convocará las reuniones a petición de la presidencia y elaborará el orden del día de conformidad con las funciones del Consejo de IA en virtud del presente Reglamento y de su Reglamento Interno.

Artículo 66

Funciones del Consejo de IA

El Consejo de IA prestará asesoramiento y asistencia a la Comisión y a los Estados miembros para facilitar la aplicación coherente y eficaz del presente Reglamento. A tal fin, el Consejo de IA podrá, en particular:

- a) contribuir a la coordinación entre las autoridades nacionales competentes responsables de la aplicación del presente Reglamento y, en cooperación con las autoridades de vigilancia del mercado de que se trate y previo acuerdo de estas, apoyar las actividades conjuntas de las autoridades de vigilancia del mercado a que se refiere el artículo 74, apartado 11;
- b) recopilar y compartir conocimientos técnicos y reglamentarios y mejores prácticas entre los Estados miembros;
- c) ofrecer asesoramiento sobre la aplicación del presente Reglamento, en particular en lo relativo al cumplimiento de las normas sobre modelos de IA de uso general;
- d) contribuir a la armonización de las prácticas administrativas en los Estados miembros, también en relación con la exención de los procedimientos de evaluación de la

conformidad a que se refiere el artículo 46, el funcionamiento de los espacios controlados de pruebas para la IA y las pruebas en condiciones reales a que se refieren los artículos 57, 59 y 60;

- e) previa solicitud de la Comisión o por iniciativa propia, emitir recomendaciones y dictámenes por escrito en relación con cualquier asunto pertinente relacionado con la ejecución del presente Reglamento y con su aplicación coherente y eficaz, por ejemplo:
 - i) sobre la elaboración y aplicación de códigos de conducta y códigos de buenas prácticas con arreglo al presente Reglamento, así como de las directrices de la Comisión,
 - ii) sobre la evaluación y revisión del presente Reglamento con arreglo al artículo 112, también en lo que respecta a los informes de incidentes graves a que se refiere el artículo 73, y el funcionamiento de la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71, la preparación de los actos delegados o de ejecución, y en lo que respecta a las posibles adaptaciones del presente Reglamento a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I,
 - iii) sobre especificaciones técnicas o normas existentes relativas a los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2,
 - iv) sobre el uso de normas armonizadas o especificaciones comunes a que se refieren los artículos 40 y 41,
 - v) sobre tendencias, como la competitividad de Europa a escala mundial en materia de IA, la adopción de la IA en la Unión y el desarrollo de capacidades digitales,
 - vi) sobre tendencias en la tipología cambiante de las cadenas de valor de la IA, en particular sobre las implicaciones resultantes en términos de rendición de cuentas,
 - vii) sobre la posible necesidad de modificar el anexo III de conformidad con el artículo 7 y sobre la posible necesidad de revisar el artículo 5 con arreglo al artículo 112, teniendo en cuenta las pruebas disponibles pertinentes y los últimos avances tecnológicos;
- f) apoyar a la Comisión en la promoción de la alfabetización en materia de IA, la sensibilización del público y la comprensión de las ventajas, los riesgos, las salvaguardias y los derechos y obligaciones en relación con la utilización de sistemas de IA;
- g) facilitar el desarrollo de criterios comunes y la comprensión compartida entre los operadores del mercado y las autoridades competentes de los conceptos pertinentes previstos en el presente Reglamento, por ejemplo, contribuyendo al desarrollo de parámetros de referencia;
- h) cooperar, en su caso, con otras instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como con grupos de expertos y redes pertinentes de la Unión, en particular en los ámbitos de la seguridad de los productos, la ciberseguridad, la competencia, los servicios digitales y de medios de comunicación, los servicios financieros, la protección de los consumidores, y la protección de datos y de los derechos fundamentales;

- i) contribuir a la cooperación efectiva con las autoridades competentes de terceros países y con organizaciones internacionales;
- j) asistir a las autoridades nacionales competentes y a la Comisión en el desarrollo de los conocimientos técnicos y organizativos necesarios para la aplicación del presente Reglamento, por ejemplo, contribuyendo a la evaluación de las necesidades de formación del personal de los Estados miembros que participe en dicha aplicación;
- k) asistir a la Oficina de IA en el apoyo a las autoridades nacionales competentes para el establecimiento y el desarrollo de espacios controlados de pruebas para la IA, y facilitar la cooperación y el intercambio de información entre espacios controlados de pruebas para la IA;
- l) contribuir a la elaboración de documentos de orientación y proporcionar el asesoramiento pertinente al respecto;
- m) proporcionar asesoramiento a la Comisión en relación con asuntos internacionales en materia de IA;
- n) emitir dictámenes para la Comisión sobre las alertas cualificadas relativas a modelos de IA de uso general;
- o) recibir dictámenes de los Estados miembros sobre alertas cualificadas relativas a modelos de IA de uso general y sobre las experiencias y prácticas nacionales en materia de supervisión y ejecución de los sistemas de IA, en particular los sistemas que integran los modelos de IA de uso general.

Artículo 67

Foro consultivo

1. Se creará un foro consultivo para proporcionar conocimientos técnicos y asesorar al Consejo de IA y a la Comisión, así como para contribuir a las funciones de estos en virtud del presente Reglamento.

2. La composición del foro consultivo representará una selección equilibrada de partes interesadas, incluidos la industria, las empresas emergentes, las pymes, la sociedad civil y el mundo académico. La composición del foro consultivo estará equilibrada en lo que respecta a los intereses comerciales y los no comerciales y, dentro de la categoría de los intereses comerciales, en lo que respecta a las pymes y otras empresas.

3. La Comisión nombrará a los miembros del foro consultivo, de conformidad con los criterios establecidos en el apartado 2, de entre las partes interesadas con conocimientos especializados reconocidos en el ámbito de la IA.

4. El mandato de los miembros del foro consultivo será de dos años y podrá prorrogarse hasta un máximo de cuatro años.

5. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad, el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI) serán miembros permanentes del foro consultivo.

6. El foro consultivo establecerá su reglamento interno. Elegirá dos copresidentes de entre sus miembros, de conformidad con los criterios establecidos en el apartado 2. El mandato de los copresidentes será de dos años, renovable una sola vez.

7. El foro consultivo celebrará reuniones al menos dos veces al año. Podrá invitar a expertos y otras partes interesadas a sus reuniones.

8. El foro consultivo podrá elaborar dictámenes, recomendaciones y contribuciones por escrito a petición del Consejo de IA o de la Comisión.

9. El foro consultivo podrá crear subgrupos permanentes o temporales, según proceda, para examinar cuestiones específicas relacionadas con los objetivos del presente Reglamento.

10. El foro consultivo redactará un informe anual de sus actividades. Dicho informe se pondrá a disposición del público.

Artículo 68

Grupo de expertos científicos independientes

1. La Comisión adoptará, mediante un acto de ejecución, disposiciones sobre la creación de un grupo de expertos científicos independientes (en lo sucesivo, «grupo de expertos científicos») destinado a apoyar las actividades de garantía del cumplimiento previstas en el presente Reglamento. Dicho acto de ejecución se adoptará de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

2. El grupo de expertos científicos estará compuesto por expertos seleccionados por la Comisión sobre la base de conocimientos científicos o técnicos actualizados en el ámbito de la IA necesarios para las funciones establecidas en el apartado 3, y será capaz de demostrar que cumple todas las condiciones siguientes:

- a) conocimientos especializados y competencias particulares, y conocimientos científicos o técnicos en el ámbito de la IA;
- b) independencia de cualquier proveedor de sistemas de IA o de modelos de IA de uso general;
- c) capacidad para llevar a cabo actividades con diligencia, precisión y objetividad.

La Comisión, en consulta con el Consejo de IA, determinará el número de expertos del grupo de acuerdo con las necesidades requeridas y garantizará una representación geográfica y de género justa.

3. El grupo de expertos científicos asesorará y apoyará a la Oficina de IA, en particular en lo que respecta a las siguientes funciones:

- a) apoyar la aplicación y el cumplimiento del presente Reglamento en lo que respecta a los sistemas y modelos de IA de uso general, en particular:
 - i) alertando a la Oficina de IA de los posibles riesgos sistémicos a escala de la Unión de modelos de IA de uso general, de conformidad con el artículo 90,

- ii) contribuyendo al desarrollo de herramientas y metodologías para evaluar las capacidades de los sistemas y modelos de IA de uso general, también a través de parámetros de referencia,
 - iii) asesorando sobre la clasificación de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico,
 - iv) asesorando sobre la clasificación de diversos sistemas y modelos de IA de uso general,
 - v) contribuyendo al desarrollo de herramientas y modelos;
- b) apoyar la labor de las autoridades de vigilancia del mercado, a petición de estas;
 - c) apoyar las actividades transfronterizas de vigilancia del mercado a que se refiere el artículo 74, apartado 11, sin perjuicio de los poderes de las autoridades de vigilancia del mercado;
 - d) apoyar a la Oficina de IA en el ejercicio de sus funciones en el contexto del procedimiento de salvaguardia de la Unión con arreglo al artículo 81.

4. Los expertos del grupo desempeñarán sus funciones con imparcialidad y objetividad y garantizarán la confidencialidad de la información y los datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones y actividades. No solicitarán ni aceptarán instrucciones de nadie en el ejercicio de sus funciones previstas en el apartado 3. Cada experto cumplimentará una declaración de intereses que se hará pública. La Oficina de IA establecerá sistemas y procedimientos para gestionar y prevenir activamente los posibles conflictos de intereses.

5. El acto de ejecución a que se refiere el apartado 1 incluirá disposiciones sobre las condiciones, los procedimientos y las disposiciones detalladas para que el grupo de expertos científicos y sus miembros emitan alertas y soliciten la asistencia de la Oficina de IA para el desempeño de las funciones del grupo de expertos científicos.

Artículo 69

Acceso a expertos por parte de los Estados miembros

1. Los Estados miembros podrán recurrir a expertos del grupo de expertos científicos para que apoyen sus actividades de garantía del cumplimiento previstas en el presente Reglamento.

2. Se podrá exigir a los Estados miembros que paguen tasas por el asesoramiento y el apoyo prestado por los expertos. La estructura y el importe de las tasas, así como la escala y la estructura de los costes recuperables, se establecerán en el acto de ejecución a que se refiere el artículo 68, apartado 1, teniendo en cuenta los objetivos de la correcta aplicación del presente Reglamento, la rentabilidad y la necesidad de garantizar que todos los Estados miembros tengan un acceso efectivo a los expertos.

3. La Comisión facilitará el acceso oportuno de los Estados miembros a los expertos, según sea necesario, y garantizará que la combinación de las actividades de apoyo llevadas

a cabo por las estructuras de apoyo a los ensayos de IA de la Unión con arreglo al artículo 84 y por expertos con arreglo al presente artículo se organice de manera eficiente y ofrezca el mayor valor añadido posible.

SECCIÓN 2

Autoridades nacionales competentes

Artículo 70

Designación de las autoridades nacionales competentes y de los puntos de contacto único

1. Cada Estado miembro establecerá o designará al menos una autoridad notificante y al menos una autoridad de vigilancia del mercado como autoridades nacionales competentes a los efectos del presente Reglamento. Dichas autoridades nacionales competentes ejercerán sus poderes de manera independiente, imparcial y sin sesgos, a fin de preservar la objetividad de sus actividades y funciones y de garantizar la aplicación y ejecución del presente Reglamento. Los miembros de dichas autoridades se abstendrán de todo acto incompatible con sus funciones. Siempre que se respeten esos principios, tales actividades y funciones podrán ser realizadas por una o varias autoridades designadas, de conformidad con las necesidades organizativas del Estado miembro.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión la identidad de las autoridades notificantes y de las autoridades de vigilancia del mercado y las funciones de dichas autoridades, así como cualquier cambio posterior al respecto. Los Estados miembros pondrán a disposición del público, por medios de comunicación electrónica, información sobre la forma de contactar con las autoridades competentes y los puntos de contacto únicos a más tardar el 2 de agosto de 2025. Los Estados miembros designarán una autoridad de vigilancia del mercado que actúe como punto de contacto único para el presente Reglamento y notificarán a la Comisión la identidad de dicho punto. La Comisión pondrá a disposición del público la lista de puntos de contacto únicos.

3. Los Estados miembros garantizarán que sus autoridades nacionales competentes dispongan de recursos técnicos, financieros y humanos adecuados, y de infraestructuras para el desempeño de sus funciones de manera efectiva con arreglo al presente Reglamento. En concreto, las autoridades nacionales competentes dispondrán permanentemente de suficiente personal cuyas competencias y conocimientos técnicos incluirán un conocimiento profundo de las tecnologías de IA, datos y computación de datos; la protección de los datos personales, la ciberseguridad, los riesgos para los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, y conocimientos acerca de las normas y requisitos legales vigentes. Los Estados miembros evaluarán y, en caso necesario, actualizarán anualmente los requisitos en materia de competencias y recursos a que se refiere el presente apartado.

4. Las autoridades nacionales competentes adoptarán las medidas adecuadas para garantizar un nivel adecuado de ciberseguridad.

5. En el desempeño de sus funciones, las autoridades nacionales competentes actuarán de conformidad con las obligaciones de confidencialidad establecidas en el artículo 78.

6. A más tardar el 2 de agosto de 2025 y cada dos años a partir de entonces, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe acerca del estado de los recursos financieros y humanos de las autoridades nacionales competentes, que incluirá una evaluación de su idoneidad. La Comisión remitirá dicha información al Consejo de IA para que mantenga un debate sobre ella y, en su caso, formule recomendaciones.

7. La Comisión facilitará el intercambio de experiencias entre las autoridades nacionales competentes.

8. Las autoridades nacionales competentes podrán proporcionar orientaciones y asesoramiento sobre la aplicación del presente Reglamento, en particular a las pymes —incluidas las empresas emergentes—, teniendo en cuenta las orientaciones y el asesoramiento del Consejo de IA y de la Comisión, según proceda. Siempre que una autoridad nacional competente tenga la intención de proporcionar orientaciones y asesoramiento en relación con un sistema de IA en ámbitos regulados por otros actos del Derecho de la Unión, se consultará a las autoridades nacionales competentes con arreglo a lo dispuesto en dichos actos, según proceda.

9. Cuando las instituciones, órganos y organismos de la Unión entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, el Supervisor Europeo de Protección de Datos actuará como autoridad competente para su supervisión.

CAPÍTULO VIII

BASE DE DATOS DE LA UE PARA SISTEMAS DE IA DE ALTO RIESGO

Artículo 71

Base de datos de la UE para los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el ANEXO III

1. La Comisión, en colaboración con los Estados miembros, creará y mantendrá una base de datos de la UE que contendrá la información mencionada en los apartados 2 y 3 del presente artículo en relación con los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 6, apartado 2, que estén registrados con arreglo a los artículos 49 y 60 y los sistemas de IA que no se consideren de alto riesgo en virtud del artículo 6, apartado 3, y que estén registrados con arreglo al artículo 6, apartado 4, y al artículo 49. La Comisión consultará a los expertos pertinentes a la hora de fijar las especificaciones funcionales de dicha base de datos y al Consejo de IA a la hora de actualizarlas.

2. Los datos enumerados en el anexo VIII, secciones A y B, serán introducidos en la base de datos de la UE por el proveedor o, en su caso, por el representante autorizado.

3. Los datos enumerados en el anexo VIII, sección C, serán introducidos en la base de datos de la UE por el responsable del despliegue que sea una autoridad pública, órgano u organismo, o actúe en su nombre, de conformidad con el artículo 49, apartados 3 y 4.

4. A excepción de la sección a que se refieren el artículo 49, apartado 4, y el artículo 60, apartado 4, letra c), la información presente en la base de datos de la UE y registrada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 será accesible y estará a disposición del público de manera sencilla. Debe ser fácil navegar por la información y esta ha de ser legible por máquina. Únicamente podrán acceder a la información registrada de conformidad con el artículo 60 las autoridades de vigilancia de mercado y la Comisión, a menos que el proveedor potencial o el proveedor hayan dado su consentimiento a que la información también esté accesible para el público.

5. La base de datos de la UE únicamente contendrá datos personales en la medida en que sean necesarios para la recogida y el tratamiento de información de conformidad con el presente Reglamento. Dicha información incluirá los nombres y datos de contacto de las personas físicas responsables del registro de sistema y que cuenten con autoridad legal para representar al proveedor o al responsable del despliegue, según proceda.

6. La Comisión será la responsable del tratamiento de la base de datos de la UE, y proporcionará apoyo técnico y administrativo adecuado a los proveedores, proveedores potenciales y responsables del despliegue. La base de datos de la UE cumplirá los requisitos de accesibilidad aplicables.

CAPÍTULO IX

VIGILANCIA POSCOMERCIALIZACIÓN, INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y VIGILANCIA DEL MERCADO

SECCIÓN 1

Vigilancia poscomercialización

Artículo 72

Vigilancia poscomercialización por parte de los proveedores y plan de vigilancia poscomercialización para sistemas de IA de alto riesgo

1. Los proveedores establecerán y documentarán un sistema de vigilancia poscomercialización de forma proporcionada a la naturaleza de las tecnologías de IA y a los riesgos de los sistemas de IA de alto riesgo.

2. El sistema de vigilancia poscomercialización recopilará, documentará y analizará de manera activa y sistemática los datos pertinentes que pueden facilitar los responsables del despliegue o que pueden recopilarse a través de otras fuentes sobre el funcionamiento de los sistemas de IA de alto riesgo durante toda su vida útil, y que permiten al proveedor evaluar el cumplimiento permanente de los requisitos establecidos en el capítulo III,

sección 2, por parte de los sistemas de IA. Cuando proceda, la vigilancia poscomercialización incluirá un análisis de la interacción con otros sistemas de IA. Esta obligación no comprenderá los datos operativos sensibles de los responsables del despliegue que sean autoridades garantes del cumplimiento del Derecho.

3. El sistema de vigilancia poscomercialización se basará en un plan de vigilancia poscomercialización. El plan de vigilancia poscomercialización formará parte de la documentación técnica a que se refiere el anexo IV. La Comisión adoptará un acto de ejecución en el que se establecerán disposiciones detalladas que constituyan un modelo para el plan de vigilancia poscomercialización y la lista de elementos que deberán incluirse en él a más tardar el 2 de febrero de 2026. Dicho acto de ejecución se adoptará de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

4. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, cuando ya se hayan establecido un sistema y un plan de vigilancia poscomercialización con arreglo a dichos actos, con el fin de garantizar la coherencia, evitar duplicidades y reducir al mínimo las cargas adicionales, los proveedores podrán optar por integrar, según proceda, los elementos necesarios descritos en los apartados 1, 2 y 3, utilizando el modelo a que se refiere el apartado 3, en los sistemas y planes que ya existan en virtud de dicha legislación, siempre que alcance un nivel de protección equivalente.

El párrafo primero del presente apartado también se aplicará a los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, punto 5, introducidos en el mercado o puestos en servicio por entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos en virtud del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros.

SECCIÓN 2

Intercambio de información sobre incidentes graves

Artículo 73

Notificación de incidentes graves

1. Los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo introducidos en el mercado de la Unión notificarán cualquier incidente grave a las autoridades de vigilancia del mercado de los Estados miembros en los que se haya producido dicho incidente.

2. La notificación a que se refiere el apartado 1 se efectuará inmediatamente después de que el proveedor haya establecido un vínculo causal entre el sistema de IA y el incidente grave o la probabilidad razonable de que exista dicho vínculo y, en cualquier caso, a más tardar quince días después de que el proveedor o, en su caso, el responsable del despliegue, tengan conocimiento del incidente grave.

El plazo para la notificación a que se refiere el párrafo primero tendrá en cuenta la magnitud del incidente grave.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, en caso de una infracción generalizada o de un incidente grave tal como se define en el artículo 3, punto 49, letra b), la notificación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se realizará de manera inmediata y a más tardar dos días después de que el proveedor o, en su caso, el responsable del despliegue tenga conocimiento del incidente.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, en caso de fallecimiento de una persona, la notificación se efectuará de manera inmediata después de que el proveedor o el responsable del despliegue haya establecido —o tan pronto como sospeche— una relación causal entre el sistema de IA de alto riesgo y el incidente grave, en un plazo no superior a diez días a contar de la fecha en la que el proveedor o, en su caso, el responsable del despliegue tenga conocimiento del incidente grave.

5. Cuando sea necesario para garantizar la notificación en tiempo oportuno, el proveedor o, en su caso, el responsable del despliegue podrá presentar inicialmente una notificación incompleta, seguida de una notificación completa.

6. Después de notificar un incidente grave con arreglo al apartado 1, el proveedor realizará sin demora las investigaciones necesarias en relación con el incidente grave y el sistema de IA afectado. Esto incluirá una evaluación de riesgos del incidente y las medidas correctoras.

El proveedor cooperará con las autoridades competentes y, en su caso, con el organismo notificado afectado durante las investigaciones a que se refiere el párrafo primero, y no emprenderá acción alguna que suponga la modificación del sistema de IA afectado de un modo que pueda repercutir en cualquier evaluación posterior de las causas del incidente sin haber informado antes de dicha acción a las autoridades competentes.

7. Tras la recepción de una notificación relativa a un incidente grave a que se refiere el artículo 3, punto 49, letra c), la autoridad de vigilancia del mercado pertinente informará a las autoridades u organismos públicos nacionales a que se refiere el artículo 77, apartado 1. La Comisión elaborará orientaciones específicas para facilitar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el apartado 1 del presente artículo. Dichas orientaciones se publicarán a más tardar el 2 de agosto de 2025 y se evaluarán periódicamente.

8. La autoridad de vigilancia del mercado adoptará medidas adecuadas tal como se establece en el artículo 19 del Reglamento (UE) 2019/1020, en un plazo de siete días a partir de la fecha en que reciba la notificación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, y seguirá los procedimientos de notificación previstos en dicho Reglamento.

9. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, introducidos en el mercado o puestos en servicio por proveedores que estén sujetos a instrumentos legislativos de la Unión por los que se establezcan obligaciones de información equivalentes a las establecidas en el presente Reglamento, la notificación de incidentes graves se limitará a los mencionados en el artículo 3, punto 49, letra c).

10. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo que sean componentes de seguridad de dispositivos, o que en sí mismos sean dispositivos, regulados por los Reglamento

(UE) 2017/745 y (UE) 2017/746, la notificación de incidentes graves se limitará a los mencionados en el artículo 3, punto 49, letra c), del presente Reglamento, y se hará a la autoridad nacional competente elegida para tal fin por los Estados miembros en los que se haya producido el incidente.

11. Las autoridades nacionales competentes informarán de inmediato a la Comisión de todo incidente grave, independientemente de han adoptado medidas al respecto, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento (UE) 2019/1020.

SECCIÓN 3

Garantía del cumplimiento

Artículo 74

Vigilancia del mercado y control de los sistemas de IA en el mercado de la Unión

1. El Reglamento (UE) 2019/1020 se aplicará a los sistemas de IA regulados por el presente Reglamento. A efectos de garantía del cumplimiento efectivo del presente Reglamento:

- a) se entenderá que toda referencia a un operador económico con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1020 incluye a todos los operadores mencionados en el artículo 2, apartado 1, del presente Reglamento;
- b) se entenderá que toda referencia a un producto con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1020 incluye todos los sistemas de IA que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

2. Como parte de sus obligaciones de presentación de información en virtud del artículo 34, apartado 4, del Reglamento (UE) 2019/1020, las autoridades de vigilancia del mercado informarán anualmente a la Comisión y a las autoridades nacionales de competencia pertinentes de cualquier información recabada en el transcurso de las actividades de vigilancia del mercado que pueda ser de interés potencial para la aplicación del Derecho de la Unión en materia de normas de competencia. Asimismo, informarán anualmente a la Comisión sobre el recurso a prácticas prohibidas que se hayan producido durante ese año y sobre las medidas adoptadas.

3. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo asociados a productos regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, la autoridad de vigilancia del mercado a efectos del presente Reglamento será la autoridad responsable de las actividades de vigilancia del mercado designada en virtud de dichos actos legislativos.

Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, en circunstancias adecuadas, los Estados miembros podrán designar otra autoridad pertinente como autoridad de vigilancia del mercado, siempre que se garantice la coordinación con las autoridades sectoriales de

vigilancia del mercado pertinentes responsables de la ejecución de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I.

4. Los procedimientos a que se refieren los artículos 79 a 83 del presente Reglamento no se aplicarán a los sistemas de IA asociados a productos regulados por los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, sección A, cuando dichos actos legislativos ya prevean procedimientos que garanticen un nivel equivalente de protección que tengan el mismo objetivo. En dichos casos, se aplicarán los procedimientos sectoriales pertinentes.

5. Sin perjuicio de los poderes de las autoridades de vigilancia del mercado en virtud del artículo 14 del Reglamento (UE) 2019/1020, a efectos de garantizar la ejecución efectiva del presente Reglamento, las autoridades de vigilancia del mercado podrán ejercer a distancia los poderes a que se refiere el artículo 14, apartado 4, letras d) y j), de dicho Reglamento, según proceda.

6. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo introducidos en el mercado, puestos en servicio o utilizados por entidades financieras reguladas por el Derecho de la Unión en materia de servicios financieros, la autoridad de vigilancia del mercado a efectos del presente Reglamento será la autoridad nacional pertinente responsable de la supervisión financiera de dichas entidades con arreglo a la mencionada legislación, en la medida en que la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización del sistema de IA esté directamente relacionada con la prestación de dichos servicios financieros.

7. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 6, en las circunstancias apropiadas y siempre que se garantice la coordinación, el Estado miembro podrá designar otra autoridad pertinente como autoridad de vigilancia del mercado a efectos del presente Reglamento.

Las autoridades nacionales de vigilancia del mercado que supervisen las entidades de crédito reguladas por la Directiva 2013/36/UE y que participen en el Mecanismo Único de Supervisión establecido por el Reglamento (UE)

n.o 1024/2013 deberán comunicar sin demora al Banco Central Europeo toda información obtenida en el transcurso de sus actividades de vigilancia del mercado que pueda ser de interés para las funciones de supervisión prudencial del Banco Central Europeo especificadas en dicho Reglamento.

8. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo III del presente Reglamento, punto 1, en la medida en que los sistemas se utilicen a los efectos de la garantía del cumplimiento del Derecho, la gestión de fronteras y la justicia y la democracia, y en el caso de los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo III, puntos 6, 7 y 8, del presente Reglamento, los Estados miembros designarán como autoridades de vigilancia del mercado a efectos del presente Reglamento bien a las autoridades de control encargadas de la protección de datos competentes con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 o a la Directiva (UE) 2016/680, bien a cualquier otra autoridad designada con arreglo a las mismas condiciones establecidas en los artículos 41 a 44 de la Directiva (UE) 2016/680. Las actividades de vigilancia del mercado no afectarán en modo alguno a la

independencia de las autoridades judiciales ni interferirán de otro modo en sus actividades en el ejercicio de su función judicial.

9. Cuando las instituciones, órganos y organismos de la Unión entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, el Supervisor Europeo de Protección de Datos actuará como su autoridad de vigilancia del mercado, salvo en relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando actúe en el ejercicio de su función judicial.

10. Los Estados miembros facilitarán la coordinación entre las autoridades de vigilancia del mercado designadas con arreglo al presente Reglamento y otras autoridades u organismos nacionales pertinentes responsables de supervisar la aplicación de la legislación de armonización de la Unión indicada en el anexo I o en otras disposiciones de Derecho de la Unión que pudieran resultar pertinente para los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III.

11. Las autoridades de vigilancia del mercado y la Comisión podrán proponer actividades conjuntas, incluidas investigaciones conjuntas, que deben llevar a cabo bien las autoridades de vigilancia del mercado, bien las autoridades de vigilancia del mercado junto con la Comisión, con el objetivo de fomentar el cumplimiento, detectar incumplimientos, sensibilizar u ofrecer orientaciones en relación con el presente Reglamento con respecto a las categorías específicas de sistemas de IA de alto riesgo que presentan un riesgo grave en dos o más Estados miembros de conformidad con el artículo 9 del Reglamento (UE) 2019/1020. La Oficina de IA prestará apoyo de coordinación a las investigaciones conjuntas.

12. Sin perjuicio de los poderes previstos en el Reglamento (UE) 2019/1020, y cuando proceda y se limite a lo necesario para el desempeño de sus funciones, los proveedores concederán a las autoridades de vigilancia del mercado pleno acceso a la documentación, así como a los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba utilizados para el desarrollo de los sistemas de IA de alto riesgo, también, cuando proceda y con sujeción a garantías de seguridad, a través de interfaces de programación de aplicaciones (API) o de otras herramientas y medios técnicos pertinentes que permitan el acceso a distancia.

13. Se concederá a las autoridades de vigilancia del mercado acceso al código fuente del sistema de IA de alto riesgo, previa solicitud motivada y solo si se cumplen las dos siguientes condiciones:

- a) el acceso al código fuente es necesario para evaluar la conformidad de un sistema de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, y
- b) se han agotado todos los procedimientos de prueba o auditoría y todas las comprobaciones basadas en los datos y la documentación facilitados por el proveedor, o han resultado insuficientes.

14. Cualesquiera información o documentación obtenidas por las autoridades de vigilancia del mercado se tratarán de conformidad con las obligaciones de confidencialidad establecidas en el artículo 78.

Artículo 75

Asistencia mutua, vigilancia del mercado y control de sistemas de IA de uso general

1. Cuando un sistema de IA se base en un modelo de IA de uso general y un mismo proveedor desarrolle tanto el modelo como el sistema, la Oficina de IA estará facultada para vigilar y supervisar el cumplimiento por parte de dicho sistema de IA de las obligaciones en virtud del presente Reglamento. Para llevar a cabo estas tareas de vigilancia y supervisión, la Oficina de IA tendrá todos los poderes de una autoridad prevista en la presente sección y en el Reglamento (UE) 2019/1020.

2. Cuando las autoridades de vigilancia del mercado pertinentes tengan motivos suficientes para considerar que los sistemas de IA de uso general que pueden ser utilizados directamente por los responsables del despliegue al menos para una de las finalidades clasificadas como de alto riesgo con arreglo al presente Reglamento no cumplen los requisitos establecidos en el presente Reglamento, cooperarán con la Oficina de IA para llevar a cabo evaluaciones del cumplimiento e informarán al respecto al Consejo de IA y las demás autoridades de vigilancia del mercado.

3. Cuando una autoridad de vigilancia del mercado no pueda concluir su investigación sobre el sistema de IA de alto riesgo por no poder acceder a determinada información relativa al modelo de IA de uso general, a pesar de haber realizado todos los esfuerzos adecuados para obtener esa información, podrá presentar una solicitud motivada a la Oficina de IA para que se imponga el acceso a dicha información. En tal caso, la Oficina de IA facilitará a la autoridad solicitante sin demora y, en cualquier caso en un plazo de treinta días, toda la información que la Oficina de IA considere pertinente para determinar si un sistema de IA de alto riesgo no es conforme. Las autoridades de vigilancia del mercado preservarán la confidencialidad de la información obtenida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del presente Reglamento. Se aplicará *mutatis mutandis* el procedimiento previsto en el capítulo VI del Reglamento (UE) 2019/1020.

625

Artículo 76

Supervisión de las pruebas en condiciones reales por las autoridades de vigilancia del mercado

1. Las autoridades de vigilancia del mercado tendrán las competencias y los poderes necesarios para garantizar que las pruebas en condiciones reales se ajusten a lo dispuesto en el presente Reglamento.

2. Cuando se realicen pruebas en condiciones reales de sistemas de IA supervisadas dentro de un espacio controlado de pruebas para la IA con arreglo al artículo 58, las autoridades de vigilancia del mercado verificarán el cumplimiento de del artículo 60 como parte de su función supervisora en el espacio controlado de pruebas para la IA. Dichas autoridades podrán permitir, según proceda, que el proveedor o proveedor potencial lleve a cabo pruebas en condiciones reales, como excepción a las condiciones establecidas en el artículo 60, apartado 4, letras f) y g).

3. Cuando una autoridad de vigilancia del mercado haya sido informada por el proveedor potencial, el proveedor o un tercero de un incidente grave o tenga otros motivos para pensar que no se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 60 y 61, podrá adoptar una de las decisiones siguientes en su territorio, según proceda:

- a) suspender o poner fin a las pruebas en condiciones reales;
- b) exigir al proveedor o proveedor potencial y al responsable del despliegue o responsable del despliegue potencial que modifiquen cualquier aspecto de las pruebas en condiciones reales.

4. Cuando una autoridad de vigilancia del mercado haya adoptado una decisión mencionada en el apartado 3 del presente artículo o haya formulado una objeción en el sentido del artículo 60, apartado 4, letra b), la decisión o la objeción deberá estar motivada e indicar las vías de que dispone el proveedor o proveedor potencial para poder impugnar la decisión o la objeción.

5. En su caso, cuando una autoridad de vigilancia del mercado haya adoptado una decisión mencionada en el apartado 3, comunicará los motivos de dicha decisión a las autoridades de vigilancia del mercado de los demás Estados miembros en que se haya probado el sistema de IA de conformidad con el plan de la prueba.

Artículo 77

Poderes de las autoridades encargadas de proteger los derechos fundamentales

1. Las autoridades u organismos públicos nacionales encargados de supervisar o hacer respetar las obligaciones contempladas en el Derecho de la Unión en materia de protección de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la no discriminación, con respecto al uso de sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III tendrán la facultad de solicitar cualquier documentación creada o conservada con arreglo al presente Reglamento y de acceder a ella, en un lenguaje y formato accesibles, cuando el acceso a dicha documentación sea necesario para el cumplimiento efectivo de sus mandatos, dentro de los límites de su jurisdicción. La autoridad u organismo público pertinente informará sobre cualquier solicitud de este tipo a la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro que corresponda.

2. A más tardar el 2 de noviembre de 2024, cada Estado miembro designará las autoridades u organismos públicos a que se refiere el apartado 1 y los incluirá en una lista que pondrá a disposición del público. Los Estados miembros notificarán dicha lista a la Comisión y a los demás Estados miembros y la mantendrán actualizada.

3. Cuando la documentación mencionada en el apartado 1 no baste para determinar si se ha producido un incumplimiento de las obligaciones previstas en el Derecho de la Unión en materia de protección de los derechos fundamentales, la autoridad u organismo público a que se refiere el apartado 1 podrá presentar una solicitud motivada a la autoridad de vigilancia del mercado para organizar pruebas del sistema de IA de alto riesgo a través

de medios técnicos. La autoridad de vigilancia del mercado organizará las pruebas con la estrecha colaboración de la autoridad u organismo público solicitante en un plazo razonable tras la presentación de la solicitud.

4. Cualquier información o documentación obtenidas por las autoridades u organismos públicos nacionales a que se refiere el apartado 1 del presente artículo con arreglo al presente artículo se tratará de conformidad con las obligaciones de confidencialidad dispuestas en el artículo 78.

Artículo 78

Confidencialidad

1. La Comisión, las autoridades de vigilancia del mercado, los organismos notificados y cualquier otra persona física o jurídica que participe en la aplicación del presente Reglamento, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, respetarán la confidencialidad de la información y los datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones y actividades de modo que se protejan, en particular:

- a) los derechos de propiedad intelectual e industrial y la información empresarial confidencial o los secretos comerciales de una persona física o jurídica, incluido el código fuente, salvo en los casos mencionados en el artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹⁾;
- b) la aplicación eficaz del presente Reglamento, en particular a efectos de investigaciones, inspecciones o auditorías;
- c) los intereses de seguridad pública y nacional;
- d) el desarrollo de las causas penales o los procedimientos administrativos;
- e) la información clasificada con arreglo al Derecho de la Unión o nacional.

2. Las autoridades involucradas en la aplicación del presente Reglamento de conformidad con el apartado 1 solo solicitarán los datos que sean estrictamente necesarios para la evaluación del riesgo que presentan los sistemas de IA y para el ejercicio de sus competencias de conformidad con el presente Reglamento y con el Reglamento (UE) 2019/1020. Establecerán medidas adecuadas y eficaces en materia de ciberseguridad a fin de proteger la seguridad y la confidencialidad de la información y los datos obtenidos, y suprimirán los datos recopilados tan pronto como dejen de ser necesarios para los fines para los que se obtuvieron, de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional aplicable.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, la información intercambiada de forma confidencial entre las autoridades nacionales competentes o entre estas y la

¹ Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DO L 157 de 15.6.2016, p. 1).

Comisión no se revelará sin consultar previamente a la autoridad nacional competente de origen y al responsable del despliegue cuando las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, del control de fronteras, de la inmigración o del asilo utilicen los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, puntos 1, 6 o 7, y dicha divulgación comprometería los intereses de seguridad pública y nacional. Este intercambio de información no comprenderá los datos operativos sensibles relativos a las actividades de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, del control de fronteras, de la inmigración o del asilo.

Cuando las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, de la inmigración o del asilo sean proveedores de sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III, puntos 1, 6 o 7, la documentación técnica mencionada en el anexo IV permanecerá dentro de las instalaciones de dichas autoridades. Dichas autoridades velarán por que las autoridades de vigilancia del mercado a que se refiere el artículo 74, apartados 8 y 9, según proceda, puedan, previa solicitud, acceder inmediatamente a la documentación u obtener una copia de esta. Tan solo se permitirá acceder a dicha documentación o a cualquier copia de esta al personal de la autoridad de vigilancia del mercado que disponga de una habilitación de seguridad del nivel adecuado.

4. Los apartados 1, 2 y 3 no afectarán a los derechos u obligaciones de la Comisión, los Estados miembros y sus autoridades pertinentes, ni a los derechos u obligaciones de los organismos notificados en lo que se refiere al intercambio de información y la difusión de advertencias, también en el contexto de la cooperación transfronteriza, ni a las obligaciones de facilitar información en virtud del Derecho penal de los Estados miembros que incumban a las partes interesadas.

5. Cuando sea necesario y con arreglo a las disposiciones pertinentes de los acuerdos internacionales y comerciales, la Comisión y los Estados miembros podrán intercambiar información confidencial con autoridades reguladoras de terceros países con las que hayan celebrado acuerdos de confidencialidad bilaterales o multilaterales que garanticen un nivel de confidencialidad adecuado.

Artículo 79

Procedimiento aplicable a escala nacional a los sistemas de IA que presenten un riesgo

1. Los sistemas de IA que presentan un riesgo se entenderán como «productos que presentan un riesgo» tal como se definen en el artículo 3, punto 19, del Reglamento (UE) 2019/1020, en la medida en que presenten riesgos que afecten a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas.

2. Cuando la autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro tenga motivos suficientes para considerar que un sistema de IA presenta un riesgo mencionado en el apartado 1 del presente artículo, efectuará una evaluación del sistema de IA de que se trate para verificar su cumplimiento de todos los requisitos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento. Debe prestarse una especial atención a los sistemas de IA que

presenten un riesgo para los colectivos vulnerables. Cuando se detecten riesgos para los derechos fundamentales, la autoridad de vigilancia del mercado informará también a las autoridades u organismos públicos nacionales pertinentes a que se refiere el artículo 77, apartado 1, y cooperará plenamente con ellos. Los operadores pertinentes cooperarán en lo necesario con la autoridad de vigilancia del mercado y con las demás autoridades u organismos públicos nacionales a que se refiere el artículo 77, apartado 1.

Cuando, en el transcurso de tal evaluación, la autoridad de vigilancia del mercado o, cuando proceda, la autoridad de vigilancia del mercado en cooperación con la autoridad nacional pública a que se refiere el artículo 77, apartado 1, constate que el sistema de IA no cumple los requisitos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento, exigirá sin demora indebida al operador pertinente que adopte todas las medidas correctoras oportunas para adaptar el sistema de IA a los citados requisitos y obligaciones, retirarlo del mercado o recuperarlo, dentro de un plazo que dicha autoridad podrá determinar y, en cualquier caso, en un plazo de quince días hábiles a más tardar o en el plazo que prevean los actos legislativos de armonización de la Unión pertinentes según corresponda.

La autoridad de vigilancia del mercado informará al organismo notificado correspondiente en consecuencia. El artículo 18 del Reglamento (UE) 2019/1020 será de aplicación a las medidas mencionadas en el párrafo segundo del presente apartado.

3. Cuando la autoridad de vigilancia del mercado considere que el incumplimiento no se limita a su territorio nacional, informará a la Comisión y a los demás Estados miembros sin demora indebida de los resultados de la evaluación y de las medidas que haya instado al operador a adoptar.

4. El operador se asegurará de que se adopten todas las medidas correctoras adecuadas en relación con todos los sistemas de IA afectados que haya comercializado en la Unión.

5. Si el operador de un sistema de IA no adopta las medidas correctoras adecuadas en el plazo a que hace referencia el apartado 2, la autoridad de vigilancia del mercado adoptará todas las medidas provisionales adecuadas para prohibir o restringir la comercialización del sistema de IA en su mercado nacional o su puesta en servicio, para retirar el producto o el sistema de IA independiente de dicho mercado o recuperarlo. Dicha autoridad notificará estas medidas sin demora indebida a la Comisión y a los demás Estados miembros.

6. La notificación a que se refiere el apartado 5 incluirá todos los detalles disponibles, en particular la información necesaria para la identificación del sistema de IA no conforme, el origen del sistema de IA y la cadena de suministro, la naturaleza de la presunta no conformidad y el riesgo planteado, la naturaleza y duración de las medidas nacionales adoptadas y los argumentos expresados por el operador correspondiente. En concreto, las autoridades de vigilancia del mercado indicarán si la no conformidad se debe a uno o varios de los motivos siguientes:

- a) el no respeto de la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5;
- b) el incumplimiento de los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, por parte de un sistema de IA de alto riesgo;

- c) deficiencias en las normas armonizadas o especificaciones comunes mencionadas en los artículos 40 y 41 que confieren la presunción de conformidad;
- d) el incumplimiento del artículo 50.

7. Las autoridades de vigilancia del mercado distintas de la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro que inició el procedimiento comunicarán sin demora indebida a la Comisión y a los demás Estados miembros toda medida que adopten y cualquier información adicional de que dispongan en relación con la no conformidad del sistema de IA de que se trate y, en caso de desacuerdo con la medida nacional notificada, sus objeciones al respecto.

8. Si, en el plazo de tres meses desde la recepción de la notificación mencionada en el apartado 5 del presente artículo, ninguna autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro ni la Comisión presentan objeción alguna sobre una medida provisional adoptada por una autoridad de vigilancia del mercado de otro Estado miembro, la medida se considerará justificada. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos procedimentales del operador correspondiente con arreglo al artículo 18 del Reglamento (UE) 2019/1020. El plazo de tres meses a que se refiere el presente apartado se reducirá a treinta días en caso de no respeto de la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5 del presente Reglamento.

9. Las autoridades de vigilancia del mercado velarán por que se adopten sin demora indebida las medidas restrictivas adecuadas respecto del producto o del sistema de IA de que se trate, tales como la retirada del producto o del sistema de IA de su mercado.

Artículo 80

Procedimiento aplicable a los sistemas de IA clasificados por el proveedor como no de alto riesgo en aplicación del anexo III

1. Cuando una autoridad de vigilancia del mercado tenga motivos suficientes para considerar que un sistema de IA que el proveedor haya clasificado como no de alto riesgo con arreglo al artículo 6, apartado 3, sí lo es, dicha autoridad realizará una evaluación del sistema de IA de que se trate por cuanto se refiere a su clasificación como sistema de IA de alto riesgo en función de las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 3, y las directrices de la Comisión.

2. Cuando, al realizar dicha evaluación, la autoridad de vigilancia del mercado constate que el sistema de IA afectado es de alto riesgo, pedirá sin demora indebida al proveedor correspondiente que adopte todas las medidas necesarias para que el sistema de IA cumpla los requisitos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento, así como que adopte las medidas correctoras adecuadas en el plazo que la autoridad de vigilancia del mercado podrá determinar.

3. Cuando la autoridad de vigilancia del mercado considere que la utilización del sistema de IA afectado no se circunscribe a su territorio nacional, informará a la Comisión

y a los demás Estados miembros sin demora indebida de los resultados de la evaluación y de las medidas que haya exigido al proveedor que adopte.

4. El proveedor se asegurará de que se adopten todas las medidas necesarias para que el sistema de IA cumpla los requisitos y obligaciones que se establecen en el presente Reglamento. Cuando el proveedor de un sistema de IA afectado no haga lo necesario para que cumpla dichos requisitos y obligaciones en el plazo a que se refiere el apartado 2 del presente artículo, se le impondrán multas de conformidad con el artículo 99.

5. El proveedor se asegurará de que se adopten todas las medidas correctoras adecuadas para todos los sistemas de IA afectados que haya comercializado en toda la Unión.

6. Cuando el proveedor del sistema de IA afectado no adopte las medidas correctoras adecuadas en el plazo a que se refiere el apartado 2 del presente artículo, se aplicará el artículo 79, apartados 5 a 9.

7. Cuando, al realizar la evaluación con arreglo al apartado 1 del presente artículo, la autoridad de vigilancia del mercado determine que el proveedor había clasificado erróneamente el sistema de IA como de no alto riesgo con el fin de eludir la aplicación de los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, se impondrán multas al proveedor de conformidad con el artículo 99.

8. En el ejercicio de su facultad de supervisión de la aplicación del presente artículo, y de conformidad con el artículo 11 del Reglamento (UE) 2019/1020, las autoridades de vigilancia del mercado podrán realizar los controles pertinentes, teniendo en cuenta, en particular, la información almacenada en la base de datos de la UE a que se refiere el artículo 71 del presente Reglamento.

631

Artículo 81

Procedimiento de salvaguardia de la Unión

1. Cuando, en el plazo de tres meses desde la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 79, apartado 5, o en el plazo de treinta días en caso de que no se respete la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5, la autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro formule objeciones sobre una medida adoptada por otra autoridad de vigilancia del mercado, o cuando la Comisión considere que la medida es contraria al Derecho de la Unión, la Comisión entablará consultas sin demora indebida con la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro pertinente y el operador u operadores, y evaluará la medida nacional. Basándose en los resultados de la mencionada evaluación, la Comisión decidirá, en un plazo de seis meses a partir de la notificación a que se refiere el artículo 79, apartado 5, o de sesenta días en caso de que no se respete la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5, si la medida nacional está justificada y notificará su decisión a la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro interesado. La Comisión informará también a las demás autoridades de vigilancia del mercado de su decisión.

2. Cuando la Comisión considere que la medida adoptada por el Estado miembro correspondiente está justificada, todos los Estados miembros se asegurarán de adoptar las medidas restrictivas adecuadas con respecto al sistema de IA de que se trate, como exigir la retirada del sistema de IA de su mercado sin demora indebida, e informarán de ello a la Comisión. Cuando la Comisión considere que la medida nacional no está justificada, el Estado miembro correspondiente retirará la medida e informará de ello a la Comisión.

3. Cuando se considere que la medida nacional está justificada y la no conformidad del sistema de IA se atribuya a deficiencias de las normas armonizadas o especificaciones comunes a las que se refieren los artículos 40 y 41 del presente Reglamento, la Comisión aplicará el procedimiento previsto en el artículo 11 del Reglamento (UE) n.o 1025/2012.

Artículo 82

Sistemas de IA conformes que presenten un riesgo

1. Si, tras efectuar una evaluación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 79 y consultar a la autoridad pública nacional a que se refiere el artículo 77, apartado 1, la autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro concluye que un sistema de IA de alto riesgo, a pesar de cumplir con el presente Reglamento, presenta sin embargo un riesgo para la salud o la seguridad de las personas, para los derechos fundamentales o para otros aspectos de protección del interés público, pedirá al operador interesado que adopte todas las medidas adecuadas para garantizar que el sistema de IA de que se trate ya no presente ese riesgo cuando se introduzca en el mercado o se ponga en servicio sin demora indebida, dentro de un plazo que dicha autoridad podrá determinar.

2. El proveedor u otro operador pertinente se asegurará de que se adoptan medidas correctoras con respecto a todos los sistemas de IA afectados que haya comercializado en el mercado de la Unión en el plazo determinado por la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro a que se refiere el apartado 1.

3. Los Estados miembros informarán inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros cuando se llegue a una conclusión en virtud del apartado 1. La información facilitada incluirá todos los detalles disponibles, en particular los datos necesarios para detectar el sistema de IA afectado y para determinar su origen y cadena de suministro, la naturaleza del riesgo planteado y la naturaleza y duración de las medidas nacionales adoptadas.

4. La Comisión entablará sin demora indebida consultas con los Estados miembros afectados y los operadores pertinentes y evaluará las medidas nacionales adoptadas. Basándose en los resultados de esta evaluación, la Comisión decidirá si la medida está justificada y, en su caso, propondrá otras medidas adecuadas.

5. La Comisión comunicará inmediatamente su decisión a los Estados miembros afectados y a los operadores pertinentes. Informará asimismo a los demás Estados miembros.

Artículo 83

Incumplimiento formal

1. Cuando la autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro constata una de las situaciones indicadas a continuación, exigirá al proveedor correspondiente que subsane el incumplimiento de que se trate, dentro de un plazo que dicha autoridad podrá determinar:

- a) se ha colocado el marcado CE contraviniendo el artículo 48;
- b) no se ha colocado el marcado CE;
- c) no se ha elaborado la declaración UE de conformidad con el artículo 47;
- d) no se ha elaborado correctamente la declaración UE de conformidad con el artículo 47;
- e) no se ha efectuado el registro en la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 71;
- f) cuando proceda, no se ha designado a un representante autorizado;
- g) no se dispone de documentación técnica.

2. Si el incumplimiento a que se refiere el apartado 1 persiste, la autoridad de vigilancia del mercado del Estado miembro de que se trate adoptará medidas adecuadas y proporcionadas para restringir o prohibir la comercialización del sistema de IA de alto riesgo o para asegurarse de que se recupera o retira del mercado sin demora.

633

Artículo 84

Estructuras de apoyo a los ensayos de IA de la Unión

1. La Comisión designará una o varias estructuras de apoyo a los ensayos de IA de la Unión para realizar las actividades enumeradas en el artículo 21, apartado 6, del Reglamento (UE) 2019/1020 en el ámbito de la IA.

2. Sin perjuicio de las actividades a que se refiere el apartado 1, las estructuras de apoyo a los ensayos de IA de la Unión también proporcionarán asesoramiento técnico o científico independiente a petición del Consejo de IA, la Comisión o de las autoridades de vigilancia del mercado.

SECCIÓN 4

Vías de recurso

Artículo 85

Derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de vigilancia del mercado

Sin perjuicio de otras vías administrativas o judiciales de recurso, toda persona física o jurídica que tenga motivos para considerar que se ha infringido lo dispuesto en

el presente Reglamento podrá presentar reclamaciones ante la autoridad de vigilancia del mercado pertinente.

De conformidad con el Reglamento (UE) 2019/1020, tales reclamaciones se tendrán en cuenta a la hora de llevar a cabo actividades de vigilancia del mercado y se tramitarán de conformidad con los procedimientos específicos establecidos con este fin por las autoridades de vigilancia del mercado.

Artículo 86

Derecho a explicación de decisiones tomadas individualmente

1. Toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada.

2. No se aplicará el apartado 1 a la utilización de sistemas de IA para los que existan excepciones o restricciones a la obligación prevista en dicho apartado derivadas del Derecho de la Unión o nacional de conformidad con el Derecho de la Unión.

3. El presente artículo se aplicará únicamente en la medida en que el derecho a que se refiere el apartado 1 no esté previsto de otro modo en el Derecho de la Unión.

Artículo 87

Denuncia de infracciones y protección de los denunciantes

La Directiva (UE) 2019/1937 se aplicará a la denuncia de infracciones del presente Reglamento y a la protección de las personas que denuncien tales infracciones.

SECCIÓN 5

Supervisión, investigación, cumplimiento y seguimiento respecto de proveedores de modelos de IA de uso general

Artículo 88

Cumplimiento de las obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general

1. La Comisión tendrá competencias exclusivas para supervisar y hacer cumplir el capítulo V, teniendo en cuenta las garantías procedimentales previstas en el artículo 94. La Comisión debe confiar la ejecución de estas tareas a la Oficina de IA, sin perjuicio de

las competencias de organización de la Comisión y del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión en virtud de los Tratados.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 75, apartado 3, las autoridades de vigilancia del mercado podrán solicitar a la Comisión que ejerza las facultades previstas en la presente sección, cuando resulte necesario y proporcionado para ayudar a que se lleven a cabo las actividades de su competencia en virtud del presente Reglamento.

Artículo 89

Medidas de seguimiento

1. Con el fin de llevar a cabo los cometidos que se le atribuyen en la presente sección, la Oficina de IA podrá tomar las medidas necesarias para supervisar la aplicación y cumplimiento efectivos del presente Reglamento por parte de los proveedores de modelos de IA de uso general, incluida su observancia de los códigos de buenas prácticas aprobados.

2. Los proveedores posteriores tendrán derecho a presentar reclamaciones alegando infracciones del presente Reglamento. Las reclamaciones deberán motivarse debidamente e indicar, como mínimo:

- a) el punto de contacto del proveedor del modelo de IA de uso general de que se trate;
- b) una descripción de los hechos, las disposiciones del presente Reglamento afectadas y los motivos por los que el proveedor posterior considera que el proveedor del modelo de IA de uso general de que se trate ha infringido el presente Reglamento;
- c) cualquier otra información que el proveedor posterior que presente la reclamación considere pertinente, como, por ejemplo, en su caso, información que haya recopilado por iniciativa propia.

635

Artículo 90

Alertas del grupo de expertos científicos sobre riesgos sistémicos

1. El grupo de expertos científicos podrá proporcionar alertas calificadas a la Oficina de IA cuando tenga motivos para sospechar que:

- a) un modelo de IA de uso general plantea un riesgo concreto reconocible a escala de la Unión, o
- b) un modelo de IA de uso general reúne las condiciones a que se refiere el artículo 51.

2. Tras recibir dicha alerta calificada, la Comisión podrá ejercer, a través de la Oficina de IA y tras haber informado al Consejo de IA, las facultades previstas en la presente sección con el fin de evaluar la cuestión. La Oficina de IA informará al Consejo de IA de cualquier medida que se adopte de conformidad con los artículos 91 a 94.

3. Las alertas calificadas deberán motivarse debidamente e indicar, como mínimo:

- a) el punto de contacto del proveedor del modelo de IA de uso general con riesgo sistémico de que se trate;

- b) una descripción de los hechos y los motivos por los que el grupo de expertos científicos proporciona la alerta;
- c) cualquier otra información que el grupo de expertos científicos considere pertinente, como, por ejemplo, en su caso, información que haya recopilado por iniciativa propia.

Artículo 91

Poderes para solicitar documentación e información

1. La Comisión podrá solicitar al proveedor del modelo de IA de uso general interesado que facilite la documentación preparada por el proveedor de conformidad con los artículos 53 y 55, o cualquier otra información que sea necesaria para evaluar el cumplimiento del presente Reglamento por parte del proveedor.

2. Antes de enviar la solicitud de información, la Oficina de IA podrá entablar un diálogo estructurado con el proveedor del modelo de IA de uso general.

3. Cuando el grupo de expertos científicos presente la correspondiente solicitud debidamente motivada, la Comisión podrá dirigir al proveedor de un modelo de IA de uso general una solicitud de información si el acceso a dicha información resulta necesario y proporcionado para que el grupo de expertos científicos pueda llevar a cabo sus cometidos en virtud del artículo 68, apartado 2.

4. La solicitud de información indicará la base jurídica y la finalidad de la solicitud, precisará qué información se requiere, fijará el plazo en el que deberá facilitarse la información e indicará las multas que se establecen en el artículo 101 por facilitar información incorrecta, incompleta o engañosa.

5. El proveedor del modelo de IA de uso general interesado, o su representante, facilitará la información solicitada. De tratarse de personas jurídicas, sociedades o empresas, o cuando el proveedor carezca de personalidad jurídica, las personas habilitadas por ley o por sus estatutos para representarlas facilitarán la información solicitada en nombre del proveedor del modelo de IA de uso general interesado. Los abogados debidamente habilitados podrán facilitar la información en nombre de sus representados. Los representados seguirán siendo, no obstante, plenamente responsables, si la información facilitada es incompleta, incorrecta o engañosa.

Artículo 92

Poderes para realizar evaluaciones

1. La Oficina de IA, previa consulta al Consejo de IA, podrá realizar evaluaciones del modelo de IA de uso general de que se trate con el fin de:

- a) evaluar si el proveedor cumple sus obligaciones en virtud del presente Reglamento, cuando la información recabada con arreglo al artículo 91 resulte insuficiente, o

- b) investigar riesgos sistémicos a escala de la Unión de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico, en particular a raíz de una alerta cualificada del grupo de expertos científicos de conformidad con el artículo 90, apartado 1, letra a).

2. La Comisión podrá decidir nombrar a expertos independientes para que realicen las evaluaciones en su nombre, también expertos científicos del grupo establecido de conformidad con el artículo 68. Los expertos independientes que se nombren para realizar estas tareas cumplirán los criterios establecidos en el artículo 68, apartado 2.

3. A los efectos del apartado 1, la Comisión podrá solicitar el acceso al modelo de IA de uso general de que se trate a través de API o de otros medios y herramientas técnicos adecuados, como, por ejemplo, el código fuente.

4. La solicitud de acceso indicará la base jurídica, la finalidad y los motivos de la solicitud, y fijará el plazo durante el que deberá facilitarse el acceso y las multas que se establecen en el artículo 101 por no facilitarlo.

5. Los proveedores del modelo de IA de uso general interesados o su representante facilitarán la información solicitada. En caso de que se trate de personas jurídicas, sociedades o empresas, o cuando el proveedor carezca de personalidad jurídica, las personas habilitadas por ley o por sus estatutos para representarlas, facilitarán el acceso solicitado en nombre del proveedor del modelo de IA de uso general interesado.

6. La Comisión adoptará actos de ejecución en los que se establezcan las modalidades detalladas y las condiciones de las evaluaciones, incluidas las disposiciones detalladas para la participación de expertos independientes y el procedimiento para su selección. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

7. Antes de solicitar el acceso al modelo de IA de uso general de que se trate, la Oficina de IA podrá entablar un diálogo estructurado con el proveedor del modelo de IA de uso general para recabar más información sobre los ensayos internos del modelo, las salvaguardias internas para prevenir los riesgos sistémicos y otros procedimientos y medidas internos que el proveedor haya adoptado para mitigar tales riesgos.

Artículo 93

Poderes para solicitar la adopción de medidas

1. Cuando resulte necesario y conveniente, la Comisión podrá solicitar a los proveedores que:

- a) adopten las medidas oportunas para cumplir las obligaciones establecidas en los artículos 53 y 54;
- b) apliquen medidas de reducción de riesgos cuando la evaluación realizada de conformidad con el artículo 92 apunte a que existen motivos serios y fundados de preocupación por la existencia de un riesgo sistémico a escala de la Unión;
- c) restrinjan la comercialización del modelo, lo retiren o lo recuperen.

2. Antes de solicitar que se adopten medidas, la Oficina de IA podrá entablar un diálogo estructurado con el proveedor del modelo de IA de uso general.

3. Si, durante el diálogo estructurado a que se refiere el apartado 2, el proveedor del modelo de IA de uso general con riesgo sistémico se compromete a adoptar medidas de reducción para hacer frente a un riesgo sistémico a escala de la Unión, la Comisión podrá, mediante una decisión, hacer dichos compromisos vinculantes y declarar que no hay ya motivos para actuar.

Artículo 94

Garantías procesales de los operadores económicos del modelo de IA de uso general

El artículo 18 del Reglamento (UE) 2019/1020 se aplicará *mutatis mutandis* a los proveedores del modelo de IA de uso general, sin perjuicio de las garantías procesales más específicas previstas en el presente Reglamento.

CAPÍTULO X

CÓDIGOS DE CONDUCTA Y DIRECTRICES

Artículo 95

Códigos de conducta para la aplicación voluntaria de requisitos específicos

1. La Oficina de IA y los Estados miembros fomentarán y facilitarán la elaboración de códigos de conducta, con los correspondientes mecanismos de gobernanza, destinados a fomentar la aplicación voluntaria de alguno o de todos los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, a los sistemas de IA que no sean de alto riesgo, teniendo en cuenta las soluciones técnicas disponibles y las mejores prácticas del sector que permitan la aplicación de dichos requisitos.

2. La Oficina de IA y los Estados miembros facilitarán la elaboración de códigos de conducta relativos a la aplicación voluntaria, también por parte de los responsables del despliegue, de requisitos específicos para todos los sistemas de IA, sobre la base de objetivos claros e indicadores clave de resultados para medir la consecución de dichos objetivos, incluidos, entre otros pero no exclusivamente, elementos como:

- a) los elementos aplicables establecidos en las Directrices éticas de la Unión para una IA fiable;
- b) la evaluación y reducción al mínimo de las repercusiones de los sistemas de IA en la sostenibilidad medioambiental, también por cuanto se refiere a la programación eficiente desde el punto de vista energético y las técnicas para diseñar, entrenar y utilizar la IA de manera eficiente;
- c) la promoción de la alfabetización en materia de IA, en particular en el caso de las personas que se ocupan del desarrollo, funcionamiento y utilización de la IA;

- d) la facilitación de un diseño inclusivo y diverso de los sistemas de IA, por ejemplo mediante la creación de equipos de desarrollo inclusivos y diversos y la promoción de la participación de las partes interesadas en dicho proceso;
- e) la evaluación y prevención de los perjuicios de los sistemas de IA para las personas vulnerables o los colectivos de personas vulnerables, también por cuanto se refiere a accesibilidad para las personas con discapacidad, así como para la igualdad de género.

3. Los códigos de conducta podrán ser elaborados por proveedores o responsables del despliegue de sistemas de IA particulares, por las organizaciones que los representen o por ambos, también con la participación de cualquier parte interesada y sus organizaciones representativas, como, por ejemplo, las organizaciones de la sociedad civil y el mundo académico. Los códigos de conducta podrán comprender uno o varios sistemas de IA en función de la similitud de la finalidad prevista de los distintos sistemas.

4. La Oficina de IA y los Estados miembros tendrán en cuenta los intereses y necesidades específicos de las pymes, incluidas las empresas emergentes, a la hora de fomentar y facilitar la elaboración de códigos de conducta.

Artículo 96

Directrices de la Comisión sobre la aplicación del presente Reglamento

1. La Comisión elaborará directrices sobre la aplicación práctica del presente Reglamento y, en particular, sobre:

- a) la aplicación de los requisitos y obligaciones a que se refieren los artículos 8 a 15 y el artículo 25;
- b) las prácticas prohibidas a que se refiere el artículo 5;
- c) la aplicación práctica de las disposiciones relacionadas con modificaciones sustanciales;
- d) la aplicación práctica de las obligaciones de transparencia establecidas en el artículo 50;
- e) información detallada sobre la relación entre el presente Reglamento y la lista de actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, así como otras disposiciones de Derecho de la Unión pertinentes, también por cuanto se refiere a la coherencia en su aplicación;
- f) la aplicación de la definición de sistema de IA que figura en el artículo 3, punto 1.

Al publicar estas directrices, la Comisión prestará especial atención a las necesidades de las pymes, incluidas las empresas emergentes, de las autoridades públicas locales y de los sectores que tengan más probabilidades de verse afectados por el presente Reglamento.

Las directrices a que se refiere el párrafo primero del presente apartado tendrán debidamente en cuenta el estado de la técnica generalmente reconocido en materia de IA, así como las normas armonizadas y especificaciones comunes pertinentes a que se refieren los artículos 40 y 41, o las normas armonizadas o especificaciones técnicas que se establezcan con arreglo al Derecho de armonización de la Unión.

2. A petición de los Estados miembros o de la Oficina de IA, o por propia iniciativa, la Comisión actualizará las directrices anteriormente adoptadas cuando se considere necesario.

CAPÍTULO XI

DELEGACIÓN DE PODERES Y PROCEDIMIENTO DE COMITÉ

Artículo 97

Ejercicio de la delegación

1. Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados en las condiciones establecidas en el presente artículo.

2. Los poderes para adoptar actos delegados mencionados en el artículo 6, apartado 6 y 7, el artículo 7, apartados 1 y 3, el artículo 11, apartado 3, el artículo 43, apartados 5 y 6, el artículo 47, apartado 5, el artículo 51, apartado 3, el artículo 52, apartado 4, y el artículo 53, apartados 5 y 6, se otorgan a la Comisión por un período de cinco años a partir del 1 de agosto de 2024. La Comisión elaborará un informe sobre la delegación de poderes a más tardar nueve meses antes de que finalice el período de cinco años. La delegación de poderes se prorrogará tácitamente por períodos de idéntica duración, excepto si el Parlamento Europeo o el Consejo se oponen a dicha prórroga a más tardar tres meses antes del final de cada período.

3. La delegación de poderes mencionada en el artículo 6, apartados 6 y 7, el artículo 7, apartados 1 y 3, el artículo 11, apartado 3, el artículo 43, apartados 5 y 6, el artículo 47, apartado 5, el artículo 51, apartado 3, el artículo 52, apartado 4, y el artículo 53, apartados 5 y 6, podrá ser revocada en cualquier momento por el Parlamento Europeo o por el Consejo. La decisión de revocación pondrá término a la delegación de los poderes que en ella se especifiquen. La decisión surtirá efecto el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* o en una fecha posterior indicada ella. No afectará a la validez de los actos delegados que ya estén en vigor.

4. Antes de la adopción de un acto delegado, la Comisión consultará a los expertos designados por cada Estado miembro de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo interinstitucional de 13 de abril de 2016 sobre la mejora de la legislación.

5. Tan pronto como la Comisión adopte un acto delegado lo notificará simultáneamente al Parlamento Europeo y al Consejo.

6. Los actos delegados adoptados en virtud del artículo 6, apartados 6 o 7, el artículo 7, apartados 1 o 3, el artículo 11, apartado 3, el artículo 43, apartados 5 o 6, el artículo 47, apartado 5, el artículo 51, apartado 3, el artículo 52, apartado 4, o el artículo 53, apartados 5 o 6, entrarán en vigor únicamente si, en un plazo de tres meses a partir de su notificación al Parlamento Europeo y al Consejo, ninguna de estas instituciones formula objeciones o si, antes del vencimiento de dicho plazo, ambas informan a la Comisión de que no las formularán. El plazo se prorrogará tres meses a iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo.

Artículo 98

Procedimiento de comité

1. La Comisión estará asistida por un comité. Dicho comité será un comité en el sentido del Reglamento (UE) n.o 182/2011.

2. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, se aplicará el artículo 5 del Reglamento (UE) n.o 182/2011.

CAPÍTULO XII

SANCIONES

Artículo 99

Sanciones

1. De conformidad con las condiciones previstas en el presente Reglamento, los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones y otras medidas de ejecución, como advertencias o medidas no pecuniarias, aplicable a las infracciones del presente Reglamento que cometan los operadores y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se aplican de forma adecuada y efectiva y teniendo así en cuenta las directrices emitidas por la Comisión con arreglo al artículo 96. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Tendrán en cuenta los intereses de las pymes, incluidas las empresas emergentes, así como su viabilidad económica.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, sin demora y, como muy tarde, en la fecha de aplicación las normas referentes a las sanciones y otras medidas de ejecución mencionadas en el apartado 1 y la informará, sin demora, de toda modificación de dichas normas.

3. El no respeto de la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5 estará sujeto a multas administrativas de hasta 35 000 000 EUR o, si el infractor es una empresa, de hasta el 7 % de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior.

4. El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones que figuran a continuación en relación con los operadores o los organismos notificados, distintas de los mencionados en el artículo 5, estará sujeto a multas administrativas de hasta 15 000 000 EUR o, si el infractor es una empresa, de hasta el 3 % de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior:

- a) las obligaciones de los proveedores con arreglo al artículo 16;
- b) las obligaciones de los representantes autorizados con arreglo al artículo 22;
- c) las obligaciones de los importadores con arreglo al artículo 23;
- d) las obligaciones de los distribuidores con arreglo al artículo 24;
- e) las obligaciones de los responsables del despliegue con arreglo al artículo 26;

- f) los requisitos y obligaciones de los organismos notificados con arreglo al artículo 31, al artículo 33, apartados 1, 3 y 4, o al artículo 34;
- g) las obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables del despliegue con arreglo al artículo 50.

5. La presentación de información inexacta, incompleta o engañosa a organismos notificados o a las autoridades nacionales competentes en respuesta a una solicitud estará sujeta a multas administrativas de hasta 7 500 000 EUR o, si el infractor es una empresa, de hasta el 1 % del volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior.

6. En el caso de las pymes, incluidas las empresas emergentes, cada una de las multas a que se refiere el presente artículo podrá ser por el porcentaje o el importe a que se refieren los apartados 3, 4 y 5, según cuál de ellos sea menor.

7. Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso concreto se tomarán en consideración todas las circunstancias pertinentes de la situación de que se trate y, en su caso, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción y de sus consecuencias, teniendo en cuenta la finalidad del sistema de IA y, cuando proceda, el número de personas afectadas y el nivel de los daños que hayan sufrido;
- b) si otras autoridades de vigilancia del mercado han impuesto ya multas administrativas al mismo operador por la misma infracción;
- c) si otras autoridades han impuesto ya multas administrativas al mismo operador por infracciones de otros actos legislativos nacionales o de la Unión, cuando dichas infracciones se deriven de la misma actividad u omisión que constituya una infracción pertinente del presente Reglamento;
- d) el tamaño, el volumen de negocios anual y la cuota de mercado del operador que comete la infracción;
- e) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción;
- f) el grado de cooperación con las autoridades nacionales competentes con el fin de subsanar la infracción y mitigar sus posibles efectos adversos;
- g) el grado de responsabilidad del operador, teniendo en cuenta las medidas técnicas y organizativas aplicadas por este;
- h) la forma en que las autoridades nacionales competentes tuvieron conocimiento de la infracción, en particular si el operador notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;
- i) la intencionalidad o negligencia en la infracción;
- j) las acciones emprendidas por el operador para mitigar los perjuicios sufridos por las personas afectadas.

8. Cada Estado miembro establecerá normas que determinen en qué medida es posible imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro.

9. En función del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, las normas relativas a las multas administrativas podrán aplicarse de tal modo que las multas las impongan órganos jurisdiccionales nacionales competentes u otros organismos, según proceda en dichos Estados miembros. La aplicación de dichas normas en estos Estados miembros tendrá un efecto equivalente.

10. El ejercicio de poderes en virtud del presente artículo estará sujeto a garantías procesales adecuadas de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional, entre ellas la tutela judicial efectiva y el respeto de las garantías procesales.

11. Los Estados miembros informarán anualmente a la Comisión de las multas administrativas que hayan impuesto durante ese año de conformidad con el presente artículo y de cualquier litigio o proceso judicial relacionados.

Artículo 100

Multas administrativas a instituciones, órganos y organismos de la Unión

1. El Supervisor Europeo de Protección de Datos podrá imponer multas administrativas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso concreto se tomarán en consideración todas las circunstancias pertinentes de la situación de que se trate y se tendrá debidamente en cuenta lo siguiente:

- a) la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción y de sus consecuencias, teniendo en cuenta la finalidad del sistema de IA de que se trate, así como, cuando proceda, el número de personas afectadas y el nivel de los daños que hayan sufrido;
- b) el grado de responsabilidad de la institución, órgano u organismo de la Unión, teniendo en cuenta las medidas técnicas y organizativas aplicadas;
- c) las acciones emprendidas por la institución, órgano u organismo de la Unión para mitigar los perjuicios sufridos por las personas afectadas;
- d) el grado de cooperación con el Supervisor Europeo de Protección de Datos con el fin de subsanar la infracción y mitigar sus posibles efectos adversos, incluido el cumplimiento de cualquiera de las medidas que el propio Supervisor Europeo de Protección de Datos haya ordenado previamente contra la institución, órgano u organismo de la Unión de que se trate en relación con el mismo asunto;
- e) toda infracción anterior similar cometida por la institución, órgano u organismo de la Unión;
- f) la forma en que el Supervisor Europeo de Protección de Datos tuvo conocimiento de la infracción, en particular si la institución, órgano u organismo de la Unión notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;
- g) el presupuesto anual de la institución, órgano u organismo de la Unión.

2. El no respeto de la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5 estará sujeto a multas administrativas de hasta 1 500 000 EUR.

3. El incumplimiento por parte del sistema de IA de cualquiera de los requisitos u obligaciones establecidos en el presente Reglamento, distintos de los previstos en el artículo 5, estará sujeto a multas administrativas de hasta 750 000 EUR.

4. Antes de tomar ninguna decisión en virtud del presente artículo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos ofrecerá a la institución, órgano u organismo de la Unión sometida al procedimiento instruido por el Supervisor Europeo de Protección de Datos la oportunidad de ser oída en lo que respecta a la posible infracción. El Supervisor Europeo de Protección de Datos basará sus decisiones únicamente en los elementos y las circunstancias sobre los que las partes afectadas hayan podido manifestarse. Los denunciantes, si los hay, participarán estrechamente en el procedimiento.

5. Los derechos de defensa de las partes estarán garantizados plenamente en el curso del procedimiento. Tendrán derecho a acceder al expediente del Supervisor Europeo de Protección de Datos, sin perjuicio del interés legítimo de las personas físicas y las empresas en la protección de sus datos personales o secretos comerciales.

6. La recaudación proveniente de la imposición de multas con arreglo al presente artículo contribuirá al presupuesto general de la Unión. Las multas no afectarán al funcionamiento efectivo de la institución, órgano u organismo de la Unión sancionado.

7. El Supervisor Europeo de Protección de Datos informará anualmente a la Comisión de las multas administrativas que haya impuesto en virtud del presente artículo y de cualquier litigio o proceso judicial que haya iniciado.

Artículo 101

Multas a proveedores de modelos de IA de uso general

1. La Comisión podrá imponer multas a los proveedores de modelos de IA de uso general que no superen el 3 % de su volumen de negocios mundial total anual correspondiente al ejercicio financiero anterior o de 15 000 000 EUR, si esta cifra es superior, cuando la Comisión considere que, de forma deliberada o por negligencia:

- a) infringieron las disposiciones pertinentes del presente Reglamento;
- b) no atendieron una solicitud de información o documentos con arreglo al artículo 91, o han facilitado información inexacta, incompleta o engañosa;
- c) incumplieron una medida solicitada en virtud del artículo 93;
- d) no dieron acceso a la Comisión al modelo de IA de uso general o al modelo de IA de uso general con riesgo sistémico para que se lleve a cabo una evaluación con arreglo al artículo 92.

Al fijar el importe de la multa o de la multa coercitiva, se tomarán en consideración la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo debidamente en cuenta los

principios de proporcionalidad y adecuación. La Comisión también tendrá en cuenta los compromisos contraídos de conformidad con el artículo 93, apartado 3, y en los códigos de buenas prácticas pertinentes previstos en el artículo 56.

2. Antes de adoptar una decisión con arreglo al apartado 1, la Comisión comunicará sus conclusiones preliminares al proveedor del modelo de IA de uso general o del modelo de IA y le dará la oportunidad de ser oído.

3. Las multas impuestas de conformidad con el presente artículo serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

4. La información sobre las multas impuestas en virtud del presente artículo también se comunicará al Consejo de IA, según proceda.

5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá plena competencia jurisdiccional para examinar las decisiones de imposición de una multa adoptadas por la Comisión en virtud del presente artículo. Podrá anular, reducir o incrementar la cuantía de la multa impuesta.

6. La Comisión adoptará actos de ejecución que contengan disposiciones detalladas y garantías procesales para los procedimientos con vistas a la posible adopción de decisiones con arreglo al apartado 1 del presente artículo. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 98, apartado 2.

645

CAPÍTULO XIII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 102

Modificación del Reglamento (CE) n.º 300/2008

En el artículo 4, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 300/2008, se añade el párrafo siguiente:

Al adoptar medidas detalladas relativas a las especificaciones técnicas y los procedimientos de aprobación y utilización del equipo de seguridad en relación con sistemas de inteligencia artificial en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo², se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

² 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>)

Artículo 103

Modificación del Reglamento (UE) n.º 167/2013

En el artículo 17, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 167/2013, se añade el párrafo siguiente:

Al adoptar actos delegados en virtud del párrafo primero relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo³, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

Artículo 104

Modificación del Reglamento (UE) n.º 168/2013

En el artículo 22, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 168/2013, se añade el párrafo siguiente:

Al adoptar actos delegados en virtud del párrafo primero relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo⁴, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

Artículo 105

Modificación de la Directiva 2014/90/UE

En el artículo 8 de la Directiva 2014/90/UE, se añade el apartado siguiente:

«5. En el caso de los sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento

³ 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

⁴ 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

Europeo y del Consejo⁵, la Comisión tendrá en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento al desempeñar sus actividades con arreglo al apartado 1 y al adoptar especificaciones técnicas y normas de ensayo de conformidad con los apartados 2 y 3.

Artículo 106

Modificación de la Directiva (UE) 2016/797

En el artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/797, se añade el apartado siguiente:

«12. Al adoptar actos delegados en virtud del apartado 1 y actos de ejecución en virtud del apartado 11 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo⁶, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

Artículo 107

Modificación del Reglamento (UE) 2018/858

En el artículo 5 del Reglamento (UE) 2018/858, se añade el apartado siguiente:

«4. Al adoptar actos delegados en virtud del apartado 3 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/... del Parlamento Europeo y del Consejo⁷, se

⁵ 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

⁶ 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

⁷ 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

tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

Artículo 108

Modificación del Reglamento (UE) 2018/1139

El Reglamento (UE) 2018/1139 se modifica como sigue:

- 1) En el artículo 17, se añade el apartado siguiente:

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, al adoptar actos de ejecución en virtud del apartado 1 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo⁸, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

- 2) En el artículo 19, se añade el apartado siguiente:

4. Al adoptar actos delegados en virtud de los apartados 1 y 2 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

- 3) En el artículo 43, se añade el apartado siguiente:

4. Al adoptar actos de ejecución en virtud del apartado 1 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

- 4) En el artículo 47, se añade el apartado siguiente:

3. Al adoptar actos delegados en virtud de los apartados 1 y 2 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

(UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

⁸ 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

- 5) En el artículo 57, se añade el párrafo siguiente:

Al adoptar dichos actos de ejecución relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

- 6) En el artículo 58, se añade el apartado siguiente:

3. Al adoptar actos delegados en virtud de los apartados 1 y 2 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

Artículo 109

Modificación del Reglamento (UE) 2019/2144

En el artículo 11 del Reglamento (UE) 2019/2144, se añade el párrafo siguiente:

3. Al adoptar actos de ejecución en virtud del apartado 2 relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo⁹, se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, de dicho Reglamento.

649

Artículo 110

Modificación de la Directiva (UE) 2020/1828

En el anexo I de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo

¹⁰ se añade el punto siguiente:

68) Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia

⁹ 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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

¹⁰ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DO L 409 de 4.12.2020, p. 1).

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) (DO L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

Artículo 111

Sistemas de IA ya introducidos en el mercado o puestos en servicio y modelos de IA de uso general ya introducidos en el mercado

1. Sin perjuicio de que se aplique el artículo 5 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 113, apartado 3, letra a), los sistemas de IA que sean componentes de los sistemas informáticos de gran magnitud establecidos en virtud de los actos legislativos enumerados en el anexo X que se hayan introducido en el mercado o se hayan puesto en servicio antes del 2 de agosto de 2027 deberán estar en conformidad con el presente Reglamento a más tardar el 31 de diciembre de 2030.

Los requisitos establecidos en el presente Reglamento se tendrán en cuenta en la evaluación de cada sistema informático de gran magnitud establecido en virtud de los actos jurídicos enumerados en el anexo X que se efectúe de conformidad con lo dispuesto en dichos actos jurídicos y cuando dichos actos jurídicos hayan sido sustituidos o modificados.

2. Sin perjuicio de que se aplique el artículo 5 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 113, apartado 3, letra a), el presente Reglamento se aplicará a los operadores de sistemas de IA de alto riesgo, distintos de los mencionados en el apartado 1 del presente artículo, que se hayan introducido en el mercado o se hayan puesto en servicio antes del 2 de agosto de 2026 únicamente si, a partir de esa fecha, dichos sistemas se ven sometidos a cambios significativos en su diseño. En cualquier caso, los proveedores y los responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo destinados a ser utilizados por las autoridades públicas adoptarán las medidas necesarias para cumplir los requisitos y obligaciones del presente Reglamento a más tardar el 2 de agosto de 2030.

3. Los proveedores de modelos de IA de uso general que se hayan introducido en el mercado antes del 2 de agosto de 2025 adoptarán las medidas necesarias para cumplir las obligaciones establecidas en el presente Reglamento a más tardar el 2 de agosto de 2027.

Artículo 112

Evaluación y revisión

1. La Comisión evaluará la necesidad de modificar la lista del anexo III y la lista de prácticas de IA prohibidas previstas en el artículo 5 una vez al año a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento y hasta el final del período de delegación de poderes previsto en el artículo 97. La Comisión presentará las conclusiones de dicha evaluación al Parlamento Europeo y al Consejo.

2. A más tardar el 2 de agosto de 2028, y posteriormente cada cuatro años, la Comisión evaluará los puntos siguientes e informará de ello al Parlamento Europeo y al Consejo:

- a) la necesidad de ampliar los ámbitos enumerados en el anexo III o de añadir nuevos ámbitos;
- b) la necesidad de modificar la lista de sistemas de IA que requieren medidas de transparencia adicionales con arreglo al artículo 50;
- c) la necesidad de mejorar la eficacia del sistema de supervisión y gobernanza.

3. A más tardar el 2 de agosto de 2029, y posteriormente cada cuatro años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la evaluación y revisión del presente Reglamento. El informe incluirá una evaluación de la estructura de control del cumplimiento y de la posible necesidad de que una agencia de la Unión resuelva las deficiencias detectadas. En función de sus conclusiones, dicho informe irá acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación del presente Reglamento. Los informes se harán públicos.

4. En los informes mencionados en el apartado 2 se prestará una atención especial a lo siguiente:

- a) el estado de los recursos financieros, técnicos y humanos de las autoridades nacionales competentes para desempeñar de forma eficaz las funciones que les hayan sido asignadas en virtud del presente Reglamento;
- b) el estado de las sanciones, en particular, de las multas administrativas a que se refiere el artículo 99, apartado 1, aplicadas por los Estados miembros a las infracciones de las disposiciones del presente Reglamento;
- c) las normas armonizadas adoptadas y las especificaciones comunes desarrolladas en apoyo del presente Reglamento;
- d) el número de empresas que entran en el mercado después de que se empiece a aplicar el presente Reglamento y, de entre ellas, el número de pymes.

5. A más tardar el 2 de agosto de 2028, la Comisión evaluará el funcionamiento de la Oficina de IA, si se le han otorgado poderes y competencias suficientes para desempeñar sus funciones, y si sería pertinente y necesario para la correcta aplicación y ejecución del presente Reglamento mejorar la Oficina de IA y sus competencias de ejecución, así como aumentar sus recursos. La Comisión presentará un informe sobre su evaluación al Parlamento Europeo y al Consejo.

6. A más tardar el 2 de agosto de 2028 y posteriormente cada cuatro años, la Comisión presentará un informe sobre la revisión de los avances en la elaboración de documentos de normalización sobre el desarrollo eficiente desde el punto de vista energético de modelos de IA de uso general y evaluará la necesidad de medidas o acciones adicionales, incluidas medidas o acciones vinculantes. Este informe se remitirá al Parlamento Europeo y al Consejo y se hará público.

7. A más tardar el 2 de agosto de 2028 y posteriormente cada tres años, la Comisión evaluará la incidencia y la eficacia de los códigos de conducta voluntarios por lo que respecta a promover la aplicación de los requisitos establecidos en el capítulo III, sección 2, a sistemas de IA que no sean de alto riesgo y, en su caso, de otros requisitos adicionales aplicables a los sistemas de IA que no sean sistemas de IA de alto riesgo, como, por ejemplo, requisitos relativos a la sostenibilidad medioambiental.

8. A efectos de lo dispuesto en los apartados 1 a 7, el Consejo de IA, los Estados miembros y las autoridades nacionales competentes facilitarán información a la Comisión, cuando así lo solicite, y sin demora indebida.

9. Al llevar a cabo las evaluaciones y revisiones mencionadas en los apartados 1 a 7, la Comisión tendrá en cuenta las posiciones y conclusiones del Consejo de IA, el Parlamento Europeo, el Consejo y los demás organismos o fuentes pertinentes.

10. La Comisión presentará, en caso necesario, las propuestas oportunas de modificación del presente Reglamento, en particular teniendo en cuenta la evolución de la tecnología y el efecto de los sistemas de IA en la salud y la seguridad y en los derechos fundamentales, y a la vista de los avances en la sociedad de la información.

11. Para orientar las evaluaciones y revisiones a que se refieren los apartados 1 a 7 del presente artículo, la Oficina de IA se encargará de desarrollar una metodología objetiva y participativa para la evaluación de los niveles de riesgo a partir de los criterios expuestos en los artículos pertinentes y la inclusión de nuevos sistemas en:

- a) la lista establecida en el anexo III, incluida la ampliación de los ámbitos existentes o la inclusión de nuevos ámbitos en dicho anexo;
- b) la lista de prácticas prohibidas establecida en el artículo 5, y
- c) la lista de sistemas de IA que requieren medidas de transparencia adicionales con arreglo al artículo 50.

12. Las modificaciones del presente Reglamento con arreglo al apartado 10, o los actos delegados o de ejecución pertinentes, que afecten a los actos legislativos de armonización de la Unión sectoriales que se enumeran en el anexo I, sección B, tendrán en cuenta las particularidades normativas de cada sector y los mecanismos de gobernanza, evaluación de la conformidad y ejecución vigentes, así como las autoridades establecidas en ellos.

13. A más tardar el 2 de agosto de 2031, la Comisión evaluará la ejecución del presente Reglamento e informará al respecto al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, teniendo en cuenta los primeros años de aplicación del presente Reglamento. En función de sus conclusiones, dicho informe irá acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación del presente Reglamento en lo que respecta a la estructura de ejecución y a la necesidad de que una agencia de la Unión resuelva las deficiencias detectadas.

Artículo 113

Entrada en vigor y aplicación

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Será aplicable a partir del 2 de agosto de 2026.

No obstante:

- a) los capítulos I y II serán aplicables a partir del 2 de febrero de 2025;
- b) el capítulo III, sección 4, el capítulo V, el capítulo VII y el capítulo XII y el artículo 78 serán aplicables a partir del 2 de agosto de 2025, a excepción del artículo 101;
- c) el artículo 6, apartado 1, y las obligaciones correspondientes del presente Reglamento serán aplicables a partir del 2 de agosto de 2027.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el 13 de junio de 2024.

Por el Parlamento Europeo

La Presidenta

R. METSOLA

Por el Consejo El Presidente

M. MICHEL

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Guía de instrucción para los autores

1. Sobre la Revista Peruana de Derecho Constitucional

1.1. Descripción general

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (en adelante RPDC) es la revista oficial del Tribunal Constitucional del Perú. Su primer número ha sido publicado en 1999. Desde el año 2023 la publicación es semestral (sus fechas de aparición son julio y diciembre de cada año), la misma que es dirigida por el Magistrado Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (CEC). Además, la integran: un Consejo Consultivo, un Consejo Editorial y el editor (labor que se encuentra a cargo del Director de Publicaciones y Documentación del CEC).

1.2. Recepción y publicación

La RPDC recibe y publica trabajos de investigación sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Estado, Historia Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ciencia Política y ramas afines.

1.3. Sobre los contenidos

Los contenidos de cada número de la RPDC están dedicados a un tema jurídico que es elegido por su Director. Los trabajos de investigación que se encuentran relacionados al referido tema se publican en una **sección especial**. A diferencia de las investigaciones ajenas al número temático de la RPDC, que se publican en la **sección miscelánea**. La RPDC también contiene una **sección homenaje**, donde se publican trabajos especialmente

preparados en reconocimiento a un/a jurista destacado/a o sus propios trabajos. Adicionalmente, la RPDC ofrece la **sección de jurisprudencia comentada**, donde se publican estudios críticos a las sentencias relevantes; una **sección clásicos**, en la que se publican trabajos de autores clásicos; una **sección de documentos**, en la que se publican documentos históricos; y una **sección de reseñas bibliográficas** en la que se comentan obras publicadas recientemente.

1.4. Invitación a publicar

El Director General invita formalmente a especialistas en la materia a escribir en la RPDC. La convocatoria también es abierta y permanente. Los trabajos de investigación que sean enviados para publicación a la RPDC, deberán atender el cronograma establecido para cada número de la revista; del mismo modo, tomar en consideración los requisitos mínimos exigidos y superar la evaluación correspondiente.

2. Sobre la remisión de los trabajos

Los trabajos remitidos para la **sección especial** tienen que ser originales e inéditos, los mismos que deberán ser enviados al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe. Para efectos de su publicación los trabajos serán objeto de evaluación por pares anónimos. El idioma principal de los contenidos publicados en la RPDC es el español. Sin perjuicio de ello, serán publicados aquellos trabajos remitidos en idiomas distintos al español, siempre y cuando sean pertinentes a las convocatorias realizadas y cumplan los requerimientos editoriales establecidos.

Para todos los efectos, es responsabilidad de los autores el envío de trabajos en estricto cumplimiento de los derechos de autor en relación a la legislación vigente.

3. Formato de los trabajos de investigación

3.1. Formato

Los trabajos de investigación deberán presentarse en formato Word, estilo y tamaño de letra en Times New Roman 12. El espacio tendrá un interlineado de uno y medio. La extensión total del trabajo de investigación presentado

no deberá superar las treinta (30) páginas (10000 a 12000 palabras), quedan incluidas las notas a pie de página, bibliografía, apéndices, imágenes, cuadros estadísticos y demás información que contenga. De manera excepcional, el Director podrá autorizar una extensión mayor.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores y su dirección o direcciones de correo electrónico, (de ser el caso) código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) conforme a las indicaciones que aparecen a continuación.

3.2. *Título*

El título se colocará en español e inglés al medio, en negrita y en mayúsculas. La comprensión del mismo deberá ser factible y coincidir con el contenido de la investigación. De preferencia se debe evitar el uso de palabras que sean de difícil entendimiento, en otro idioma y el uso de acrónimos.

3.3. *Resumen*

Los trabajos irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés (*abstract*), cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su contenido ha de limitarse a tratar lo reflejado en el trabajo. No deberán incluir situaciones, ideas o pensamientos que no estén relacionados con el trabajo remitido.

3.4. *Palabras clave*

Se incluirá un máximo de diez palabras clave, en español e inglés (*Keywords*). Las palabras clave del trabajo de investigación irán una a continuación de las otras precedidas por un punto y coma.

3.5. *Sumario*

El sumario contendrá los títulos y subtítulos del trabajo de investigación remitido, las notas (de haberlas) y la bibliografía. Indicará, por tanto, cómo se encuentra estructurado. Se recomienda que los títulos se numeren en romanos y en mayúsculas y los subtítulos en números arábigos y en minúsculas.

Un ejemplo es el siguiente:

- I. PLANTEAMIENTO
 - II. LEGITIMIDAD DEL USO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXTERNA
 - 1. Perspectiva jurídico-teórica
 - 2. Perspectiva jurídico-positiva
 - III. LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
 - IV. VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
 - 1. Frecuencia y asimetrías
 - 2. Las razones del uso moderado
 - 3. Función y valor jurídico
 - 4. Algunos usos problemáticos
 - 4.1. La correcta comprensión de la doctrina citada
 - 4.2. La jurisprudencia extranjera controvertida en origen
 - 4.3. La selección de la jurisprudencia citada: representatividad y pertinencia
 - V. CONCLUSIONES
- NOTAS
- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS¹

Dependiendo de la cantidad de títulos y subtítulos puede permitirse un sumario que solo contenga los títulos. Este formato se puede incluir si no ha sido remitido por el autor. También se puede modificar.

Además del artículo, los autores deben presentar las siguientes declaraciones: 1. Declaración de originalidad, 2. Declaración de Metadatos y Biodatos; y 3. Declaración de Ciencia Abierta. De igual modo, los autores deberán remitir el texto de su artículo empleando el Formato de presentación del trabajo.

1 Sumario extraído de: Arzoz Santisteban, X. (2022). La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 13-44. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.01>

4. Sobre el proceso de publicación

4.1. *Revisión de pares ciegos*

La RPDC acusa recibo de los trabajos de investigación remitidos. Todas las investigaciones presentadas para la **sección especial** son evaluadas aplicándose el método de revisión por pares ciegos. Ni el autor tendrá conocimiento de quien es el revisor ni el revisor tendrá conocimiento de quién es el autor. Los revisores serán especialistas en la materia. De presentarse observaciones o errores advertidos que pueden ser corregidos, el trabajo será remitido al autor para que, si lo considera, efectúe los ajustes pertinentes. Si el autor manifiesta no estar de acuerdo con las observaciones, tiene la posibilidad de solicitar el retiro de su trabajo. Los trabajos pueden ser sometidos a programas de detección de similitud.

4.2. *Publicación posterior*

Prevía comunicación de conformidad, aquellos trabajos que no llegasen a ser publicados en el número para el que fueron presentados, se informará previamente al autor si está de acuerdo en que la publicación del mismo se realice en el número sucesivo de la RPDC.

659

5. Sobre el citado

El citado y las referencias deben ajustarse a la Norma APA, Séptima Edición. El citado y las referencias podrán ser corregidos a este formato o el trabajo podrá ser devuelto al autor para que realice las correcciones correspondientes. Excepcionalmente, tratándose de trabajos seleccionados para la publicación en la *sección clásicos o documentos históricos*, podrá aceptarse el estilo de citado original. La RPDC puede realizar ajustes menores al formato referido, lo que se verá en cada caso en concreto.

6. Derechos de autor

Respecto de aquellos trabajos que hayan cumplido las exigencias editoriales y su dictamen sea el de publicable, se comunicará al autor que el mismo ha sido **seleccionado para ser publicado**.

La RPDC se reserva los derechos de reproducción, distribución, donación, venta (de ser el caso), de la revista y por ende de los contenidos de la misma en cualquier formato en que se haya realizado su publicación. En ese sentido, los autores manifiestan su consentimiento para la publicidad

de la RPDC a través de medios de comunicación que puedan ser utilizados para su difusión, ya sean canales tradicionales o virtuales (redes sociales, canal de *Youtube*, notas de prensa, y demás existentes).

7. Sobre la comunicación entre los autores y el editor de la RPDC

Para los interesados en publicar en la revista, que tengan el interés en enviar o hayan enviado sus colaboraciones en todo aquello respecto de la publicación de la revista, se debe desarrollar una comunicación permanente con el editor o quien sea por él designado para la debida y oportuna atención, la misma que se va desarrollar a través del siguiente correo: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe.

8. Otras pautas a considerar por parte del editor

La aceptación o rechazo serán realizadas con la debida pertinencia y en estricto cumplimiento de los requerimientos académicos y editoriales establecidos. Del mismo modo, queda en salvaguarda la confidencialidad en todo el proceso editorial: recepción, evaluación, observación y dictamen de las colaboraciones. Asimismo, se llevará a cabo de manera diligente, la publicación y difusión de la revista en los formatos y medios correspondientes.

9. Sobre la remisión de la guía de instrucción para los autores

Esta guía de instrucción para autores será remitida junto con la invitación para escribir las colaboraciones de investigación solicitadas por la RPDC.

Siendo que la convocatoria de la revista es abierta, los requisitos para el envío de trabajos son de conocimiento público. Se podrá acceder a los mismos a través de las vías institucionales de la entidad; de tal modo, que todos aquellos interesados en participar en las convocatorias a publicar en la revista, cumplan oportunamente con las exigencias editoriales previamente señaladas, con ello se busca promover el envío de colaboraciones que desde la primera oportunidad se ajusten a lo solicitado.

10. Consultas y comentarios

Si tuviera alguna duda y/o comentario, puede escribir al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe.

Este libro se terminó de imprimir en diciembre de 2024
en las instalaciones de Corporación Gráfica JMD S.A.C.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales del
Tribunal Constitucional del Perú.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ