Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año XIII – Nº 1 – 1º semestre 2025

Centro de Estudios Integración Regional & Derechos Humanos

IR & DH

Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires

FACULTAD DE DERECHO · UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES ·

Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Estudios
Integración Regional & Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Año XIII – N°1 – Primer Semestre 2025

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
revistairydh@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos. Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

DIRECTOR
CALOGERO PIZZOLO
Catedrático *Jean Monnet* (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CONSEJO ACADÉMICO
PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)
JOSÉ MARÍA SERNA (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)
CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (Universidad de Alcalá de Henares, España)
MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)
ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)
JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)
LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)
LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)
VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)
FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)
PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)
JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)
ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL
ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
MIGUEL ÁNGEL SEVILLA DURO (Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, España)

COORDINACIÓN
NATALÍ PAVIONI

EDICIÓN
GUILLERMO ALVAREZ SENDON

Índice

Estudios / Debates

Mentiras digitales y "contaminación" del debate público en procesos electorales. Inteligencia Artificial (IA), libertad de expresión y sociedad democrática desde un enfoque europeo **5**

CALOGERO PIZZOLO

Sección Especial "Derecho, IA y nuevas tecnologías" /

Algunos Problemas Jurídicos Del Uso De Los Datos En La Economía Digital **55**

ROBERTO CIPPITANI & MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

Entre Tecnofilia y Tecnofobia: la prudencia del jurista **88**

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

De la formación clásica al contrato digital: evolución histórica-jurídica de la oscuridad contractual **102**

EDUARDO RIVERA CARRASCO, EDUARDO RODRÍGUEZ ÁLVAREZ & VÍCTOR JAURE CATALDO

Introducción al legal TECH: algunas notas preliminares para su estudio **126**

RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI & EDUARDO BERNARDO MORALES BARRA

¿Puede una IA ser su Señoría Ilustrísima? un estudio exploratorio sobre el rol que le cabe a las nuevas tecnologías en la función jurisdiccional **143**

VALERIA GAJARDO GONZÁLEZ, LUISA QUIMBAYO OCAMPO & DAVID DOMÍNGUEZ HUENCHO

El derecho humano a la ciberseguridad en la Unión Europea: desafíos de implementación e interrelaciones con los derechos fundamentales **168**

JULIANA ESTÉVEZ

La IA como un nuevo territorio de disputa: omisiones y sesgos en clave de género y desigualdad **186**

AGOSTINA A. LÓPEZ & IRALA GONZÁLEZ OLIVIA R.

La inteligencia Artificial y el derecho humano a la Buena Administración **210**

ANDREA MENSA GONZÁLEZ

Doctrina /

El derecho a la vivienda adecuada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos **238**

CAMILA F. SCAGNETTI

Núcleo e Identidad Constitucional a la luz de los principios y valores constitucionales básicos, su protección a través de las limitantes a las reformas constitucionales en sede internacional **265**

SILVERIO RODRÍGUEZ CARRILLO

Reflexiones acerca de la criminalización de la migración en el Cono Sur. Cuerpos racializados, género y tensiones con la integración regional **294**

ÁNGELES BELÉN FREZZA

Integración regulatoria sanitaria como estrategia de autonomía periférica: el caso de la investigación clínica en América Latina **316**

MARÍA AZUL MARTÍNEZ GONZÁLEZ

Recensión de libros /

Las relaciones entre las integraciones económicas y sus estados parte un estudio desde la teoría federal, recensión del libro de Sevilla Duro, M. Á. (2025). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza **336**

CARLOS MARIANO LISZCZYNSKI

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Quince años de jurisprudencia, recensión del libro de López Castillo, A. (Dir.), & Martínez Alarcón, M. L. (Coord.). (2025). (2.ª ed.). Tirant lo Blanch, Valencia **341**

NATALÍ PAVIONI

Jurisprudencia /

Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Reseña de jurisprudencia primer semestre 2025 **355**

JONATHAN FERRARI, LAURA BARROS BARRIENTOS, EMMA SOSA LIUT, AGUSTINA CABRERA & ULISES FURUKAWA AKIZAWA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
Reseña de jurisprudencia primer semestre 2025 **413**

SOFIA TONELLI

Estudios/Debates

MENTIRAS DIGITALES Y "CONTAMINACIÓN" DEL DEBATE PÚBLICO EN PROCESOS ELECTORALES. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA DESDE UN ENFOQUE EUROPEO[1]

Calogero Pizzolo[2]

Resumen

Este ensayo aborda el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la libertad de expresión y la integridad de los procesos electorales en el contexto europeo. Se examinan los retos que plantean las mentiras digitales, las *fake news* y las *deepfakes*, así como las respuestas regulatorias adoptadas por distintos países y la Unión Europea para proteger la democracia y el debate público.

Palabras clave: Inteligencia Artificial (IA) – Procesos electorales – Fake news – Deepfake – Libertad de expresión – Unión Europea

Title: DIGITAL LIES AND "CONTAMINATION" OF PUBLIC DEBATE IN ELECTORAL PROCESSES. ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI), FREEDOM OF EXPRESSION AND DEMOCRATIC SOCIETY FROM A EUROPEAN APPROACH

Abstract

This essay addresses the impact of artificial intelligence (AI) on freedom of expression and the integrity of electoral processes in the European context. It examines the challenges posed by digital lies, *fake news* and *deepfakes*, as well as the regulatory responses adopted by different countries and the European Union to protect democracy and public debate.

[1] El presente ensayo se ha desarrollado en el ámbito del proyecto de investigación sobre "sociedad algorítmica y derechos humanos" a cargo del autor en el Centro de Estudios IR&DH/UBA/DCHO.

[2] Profesor titular ordinario de Derecho de la Integración y de Derechos Humanos y Garantías, ambas asignaturas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático Jean Monnet en Derecho Público Europeo. Director del Centro de Estudios sobre "Integración Regional & Derechos Humanos".

Keywords: Artificial Intelligence (AI) – Electoral processes – Fake news – Deepfake – Freedom of expression – European Union.

Sumario: I. Un debate sobre el alcance de la libertad de expresión en las redes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los desafíos de la era digital en la sociedad algorítmica. II. La "contaminación" del debate electoral y el condicionamiento del voto: sobre *fake news* y *deepfake*. III. La regulación alemana: ¿control o privatización de la censura? III.i. La obligación de los proveedores de servicios telemáticos de eliminar o bloquear "contenidos ilegales". III.ii. La cuestión de la indeterminación del concepto de "manifiestamente ilegales". IV. La ley francesa contra las "noticias falsas" y la intervención del *Conseil constitutionnel* (Consejo Constitucional). IV.i. De vuelta sobre los problemas de indeterminación en la definición de contenidos ilícitos en las redes sociales. Obligación de transparencia financiera. IV.ii. Procedimiento judicial provisional para el bloqueo de "información falsa" durante el proceso electoral. IV.iii. Bloqueo de la desinformación desde Estados extranjeros. V. Una nueva fase en la UE: hacia la corregulación y la evaluación del "riesgo sistémico" en los sistemas de IA. V.i. Evolución de los Códigos de Buenas Prácticas en materia de Desinformación (2018-2022). V.ii. Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales. V.ii.a. Medidas de reducción del riesgo para los procesos electorales. V.ii.b. Medidas de reducción del riesgo relacionadas con la IA generativa. V.iii. Reglamento (UE) 2024/1083 sobre la Libertad de los Medios de Comunicación. V.iv. Reglamento (UE) 2024/1689 de IA. V.iv.a. La obligación de "etiquetado". V.iv.b. Riesgos vinculados al proceso electoral. V.v. Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). V.vi. Reglamento (UE) 2024/900 sobre transparencia y segmentación de la publicidad política. VI. Convención sobre IA y Derechos humanos, Democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa (2024). VII. No es el futuro sino el presente: la *Curtea Constituțională* (Corte Constitucional rumana) anula las elecciones presidenciales a causa de la desinformación. VIII. Algunas conclusiones: ¿en la búsqueda del "algoritmo de la verdad"? Los sistemas de filtrado y la libertad de expresión e información. IX. Bibliografía.

I. Un debate sobre el alcance de la libertad de expresión en las redes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los desafíos de la era digital en la sociedad algorítmica

Existe una premisa que sobrevive desde la época del constitucionalismo clásico -siglos XVIII y XIX-[3] enlazada al liberalismo político donde se forja que ubica como "piedra angular" del sistema de gobierno a la libertad de expresión, en tanto garantía del pluralismo. Ahora bien, como debe responder dicha libertad frente al ejercicio de la intolerancia por los intolerantes que se sirven de ella para acabar con la diversidad del debate público e imponer, con exclusión de cualquier otro, sus dogmas políticos. El debate de ayer es el debate de hoy frente al fenómeno de la desinformación originado en la mentira política: ¿es ésta una "enfermedad" para la democracia que debe, por lo tanto, ser combatida? ¿Debe ser la democracia intolerante con los intolerantes? Esta forma de gobierno se funda en el debate público de ideas. De la fortaleza de este debate, depende la fortaleza de todo el sistema, y si lo que está en duda es la representatividad expresada a través del voto, en última instancia, lo que se pone en duda es su legitimidad.

Sin embargo, puede ocurrir que el "remedio" sea peor que la enfermedad y se corra el gran riesgo de promover la censura o bien "paralizar" la expresión que debería ser libre. Si este debate sobre los límites a la libertad de expresión ocupaba un lugar central en el constitucionalismo clásico, con el desarrollo de una sociedad algorítmica[4] en plena era digital y el advenimiento de la IA, este debate se potencia exponencialmente.

El problema sigue siendo el mismo: ¿a qué llamamos "verdad", a qué llamamos "mentira"? Parte de la doctrina se muestra escéptica respecto a la posibilidad de una respuesta. Hay que aceptar que en democracia no hay una verdad -se afirma-; que el riesgo de que los poderes públicos intenten imponer, o sólo orquestar u orientar hacia una verdad es peor que la enfermedad de la desinformación. Hay que partir de que ya sólo monitorear e identificar la

[3] Este período se caracteriza por la creación de constituciones escritas que establecen la división de poderes y reconocen derechos individuales.

[4] Sociedad caracterizada por la aparición de grandes plataformas tecnológicas que se han ubicado entre los Estados y los individuos, por la utilización de la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos en la toma de decisiones y, cuyo flujo vital son los datos, presenta desafíos para la libertad de expresión de los ciudadanos.

desinformación puede ser peligroso. Que es necesario determinar qué autoridades, con qué independencia y cómo lo harán, así como fijar elementos de transparencia y las posibilidades de control (COTINO HUESO, 2022: p. 235).

¿Cómo combatir fenómenos que socavan un principio fundamental de la democracia moderna como lo es el de la libertad de información y la manifestación del pensamiento como base esencial para la formación de una opinión pública capaz de ejercer conscientemente sus derechos políticos? Para regular estos fenómenos debe ponderarse la libertad de expresión y el derecho de los ciudadanos a ser informados verazmente respecto a hechos relevantes con el objeto de poder ejercer debidamente sus derechos políticos, principalmente, su derecho a votar (BINDI, 2019: p. 63).

La desinformación que amenaza los procesos electorales adquiere un carácter estructural, al desarrollarse en un nuevo escenario donde el poder de producción es sustituido por el poder de definición y donde la información es el instrumento clave para ello. Esta desinformación, cuando se realiza de manera profesional y cuenta con recursos humanos y materiales suficientes, se convierte en una "amenaza para la estabilidad democrática" (RUBIO, 2025: p. 72).

Veamos más de cerca este razonamiento. El papel decisivo de los llamados algoritmos opacos y sesgados de los sistemas de recomendación fagocita el núcleo de la agenda política, creando "cámaras de eco que alimentan burbujas identitarias". Esto genera que se intensifique el sectarismo y la intolerancia ideológica y favorece la normalización de campañas negativas, los discursos de odio. Sin embargo, el riesgo más grave parece ser la erosión de la confianza. La desconfianza y la división se unen para elevar las hostilidades, el odio, la inseguridad y la polarización, revelando un mundo en el que la inestabilidad trata de imponerse como la nueva normalidad y envenenando el proyecto democrático, que está ligado a la condición del pluralismo (RUBIO, 2025: p. 76).

En su recordado caso *Handyside c. Reino Unido* (1976) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) individualiza los principios que caracterizan a una "sociedad democrática" interpretando que, la libertad de expresión, constituye uno de los "fundamentos esenciales" de dicha sociedad, "una de las condiciones básicas

para su progreso y para el desarrollo de toda persona". También define su alcance[5], sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[6], afirmando que la libertad de expresión se aplica no solo a la "información" o "ideas" que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también "a aquellas que *ofenden, escandalizan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población*".[7] Ello obedece a las exigencias del pluralismo -aseveran los jueces de Estrasburgo-, la tolerancia y la amplitud de mente, sin las cuales no existe una "sociedad democrática". Lo dicho significa, entre otras cosas, que toda "formalidad", "condición", "restricción" o "pena" impuesta en este ámbito debe ser proporcional al fin legítimo perseguido.[8]

Pronto a cumplirse 50 años de la citada sentencia, el TEDH enfrenta los desafíos de definir los contornos del alcance de la libertad de expresión en la era digital, en plena evolución de una sociedad algorítmica.

Según el TEDH, Internet se ha convertido en uno de los principales medios por los cuales las personas ejercen su derecho a la libertad de expresión. Proporciona herramientas esenciales para participar en actividades y debates sobre

[5] En el caso en cuestión, el demandante se quejaba que las requisas judiciales que había sufrido su editorial -vinculadas a la publicación del libro "*The Little Red Schoolbook*"- junto a la posterior destrucción del material incautado violaban el artículo 10 (CEDH). El TEDH no encontró en este hecho una violación a la libertad de expresión apoyándose fundamentalmente en el margen de apreciación nacional que tienen los Estados Miembros del CEDH.

[6] El artículo 10 (CEDH) reconoce la libertad de expresión en estos términos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

[7] Sin resaltar en el original.

[8] TEDH, sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Reino Unido*, nº 5493/72, apartado 49. Según su versión original: "The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a «democratic society». Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to «information» or «ideas» that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no «democratic society». This means, amongst other things, that every «formality», «condition», «restriction» or «penalty» imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued".

cuestiones políticas y de interés general.[9] La posibilidad de actividad expresiva generada por el usuario, en Internet, proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión.[10]

Sin embargo, para el propio TEDH los beneficios de esta herramienta de información, una red electrónica que da servicio a miles de millones de usuarios en todo el mundo[11], conllevan una serie de riesgos: *"Internet es una herramienta de información y comunicación particularmente distinta de los medios impresos, especialmente en lo que respecta a la capacidad de almacenar y transmitir información, y el riesgo de daño que suponen los contenidos y las comunicaciones en Internet para el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos y las libertades, en particular el derecho al respeto de la vida privada, es sin duda mayor que el que supone la prensa"*.[12]

En este contexto, se pone el foco sobre el discurso difamatorio y otros tipos de discursos claramente ilícitos, incluidos el discurso de odio y el discurso que incita a la violencia, que pueden difundirse como nunca antes, en todo el mundo, en cuestión de segundos y, a veces, permanecer disponibles en línea durante largos períodos.[13]

En la medida que el debate de ideas es determinante para enriquecer el debate público que fortalece los sistemas de gobierno democráticos, la influencia de Internet en la actividad política -sobre todo en períodos electorales- se exhibe como central. ¿Qué ocurre aquí con la libertad de expresión y el debate público? ¿Existe

[9] Véase TEDH, sentencia de 23 de junio de 2020, *Vladimir Kharitonov c. Rusia,* nº 10795/14, apartado 33; y TEDH, sentencia de 15 de junio de 2021, *Melike c. Turquía*, nº 35786/19, apartado 44.
[10] Véase TEDH, sentencia de 16 de junio de 2015, *Delfi AS c. Estonia*, nº 64569/09, apartado 110.
[11] Véase TEDH, sentencia de 5 de mayo 2011, *Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania*, nº 33014/05, apartado 63.
[12] TEDH (Gran Sala), sentencia de 15 de mayo de 2023, *Sánchez c. Francia*, nº 45581/15, apartado 158. Según su versión original: "the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information, and the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press".
Véase también TEDH, sentencia de 25 de enero de 2022, *Alain Bonnet c. Francia*, nº 35364/19, apartado 43; TEDH
, sentencia de 14 de enero de 2021, *Société éditrice de Mediapart y otros c. Francia,* nº 281/15 y 34445/15, apartado 88; TEDH, sentencia de 28 de junio de 2018; *ML y WW c. Alemania*, n º 60798/10 y 65599/10, apartado 91; TEDH, sentencia de 7 de junio de 2016, *Cicad c. Suiza*, nº 17676/09, apartado 59; y TEDH, sentencia de 5 de mayo 2011, *Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania*, nº 33014/05, apartado 63.
[13] Véase TEDH, sentencia de 28 de agosto de 2018, *Savva Terentyev c. Rusia*, nº 10692/09, apartado 79; y TEDH, sentencia de 18 de mayo de 2021, *Savcı Çengel c. Turquía,* nº 30697/19, apartado 35.

un tipo de discurso político que debe ser excluido/censurado? Se trata de una discusión central -como ya observamos- no solo para la jurisprudencia del TEDH, sino para el futuro de los procesos electorales democráticos frente a la aparición arrolladora de la llamada IA generativa.

El caso *Magyar Kétfarkú Kutya Párt (MKKP) c. Hungría* (2020) deja en evidencia como las nuevas tecnologías influyen en el debate electoral constituyendo un medio para la difusión de ideas.[14] Para el TEDH, la utilización de una aplicación móvil constituyó un medio puesto en marcha por el MKKP para que los votantes transmitieran sus opiniones políticas, permitiéndoles ejercer su derecho a la libertad de expresión. Dado el contexto durante un referéndum nacional y el nombre de la aplicación "emitir un voto inválido" -señala el TEDH-, el funcionamiento de esta aplicación móvil debe ser considerada como una expresión de la opinión política del MKKP sobre el referéndum en cuestión.[15]

La utilización de redes sociales y sus efectos durante campañas electorales, es directamente abordado por el TEDH en *Sánchez c. Francia* (2023).[16] Dado que Internet se ha convertido en uno de los principales medios por los cuales las personas ejercen su derecho a la libertad de expresión -razonan en Estrasburgo- las interferencias en el ejercicio de dicho derecho deben examinarse con especial cuidado, ya que es probable que tengan un "efecto inhibidor (*chilling effect*)", lo que conlleva un riesgo de "autocensura (*self-censorship*)".

Sin embargo, la identificación de dicho riesgo no debe ocultar la existencia de otros peligros para el ejercicio y el disfrute de los derechos y libertades

[14] El gobierno húngaro había llamado a un referéndum en 2016 sobre la implementación de las políticas migratorias promovidas por la UE. El MKKP -partido político local- instó a sus seguidores a participar en el referéndum, pero emitiendo un voto nulo. Con dicho fin puso a disposición del electorado una aplicación llamada "Emitir un voto inválido" que permitía a los usuarios subir y compartir con otros usuarios, de forma anónima, fotografías de sus papeletas o una fotografía de la actividad en la que participaron en lugar de votar. La Comisión Nacional Electoral determinó que la aplicación del móvil infringió -entre otros- los principios de imparcialidad en las elecciones y secreto del voto, ordenando al MKKP que se abstuviera de utilizarla. La aplicación del móvil en cuestión estuvo disponible durante el día de la votación y en total se compartieron 3.894 fotos.

[15] Véase TEDH (Gran Sala), sentencia de 20 de enero de 2020, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hungría*, nº 201/17, apartado 88-89.

[16] El demandante -alcalde de una ciudad francesa- alegó que se había violado el artículo 10 (CEDH) debido a su condena penal por el delito de incitación al odio o la violencia contra un grupo o una persona por motivos de religión, tras no haber actuado con prontitud para eliminar los comentarios publicados por terceros en el muro de su cuenta de Facebook en el contexto de un proceso electoral y contra un adversario político y su familia.

fundamentales, en particular los que emanan de comentarios ilícitos, difamatorios, de odio o que incitan a la violencia, que pueden difundirse como nunca antes: "*Por esta razón, en principio, debe mantenerse la posibilidad de que las personas que se quejen de discursos difamatorios u otros tipos de discursos ilícitos presenten una acción para establecer la responsabilidad, a fin de que constituya un recurso efectivo para las supuestas violaciones*".[17] El TEDH concluye en que no ha habido violación del artículo 10 (CEDH) dado que las decisiones de los tribunales nacionales se basaron en razones pertinentes y suficientes, tanto en cuanto a la responsabilidad atribuida al demandante, en su calidad de político, por los comentarios ilícitos publicados en su muro de Facebook en vísperas de unas elecciones por terceros, quienes a su vez fueron identificados y procesados como cómplices, como en cuanto a su condena penal. Por lo tanto, consideró la injerencia impugnada necesaria en una sociedad democrática.[18]

Frente a esta tensión que compromete el alcance reconocido a la libertad de expresión en relación a otros derechos -en particular el artículo 8 (CEDH) que protege el derecho a la intimidad- los jueces de Estrasburgo, teniendo en cuenta la necesidad de proteger los valores propios del CEDH, defienden que debe lograrse un equilibrio (*a balance must be struck*) que conserve la esencia de los derechos en conflicto. A una interpretación similar llega el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, ver *infra* VIII).

Dicho equilibrio fue objeto de discusión en *Delfi AS c. Estonia* (2015), donde el TEDH afirma que debe tenerse en cuenta la defensa del principio de atribución de responsabilidad para quién ejerce la libertad expresión -utilizando las herramientas que proporciona Internet-, y el consiguiente derecho a un recurso efectivo para quienes se consideran agraviados por los contenidos de la expresión.[19]

Este es el marco conceptual desde donde se plantea la cuestión de fondo que discutimos en estas páginas: ¿se debe?, y en caso de respuesta afirmativa, ¿cómo? regular el ejercicio de la libertad de expresión en Internet. Particularmente en el

[17] TEDH (Gran Sala), sentencia de 15 de mayo de 2023, *Sánchez c. Francia*, nº 45581/15, apartado 184. Según su versión original: *"For this reason the possibility for individuals complaining of defamatory or other types of unlawful speech to bring an action to establish liability must, in principle, be maintained, to constitute an effective remedy for the alleged violations".*
[18] *Ídem*, apartado 209.
[19] Véase TEDH, sentencia de 16 de junio de 2015, *Delfi AS c. Estonia*, nº 64569/09, apartado 110.

contexto de procesos electorales, ¿debe protegerse el debate público de la mentira digital? ¿Debe protegerse al elector de las campañas de desinformación generadas a partir de la IA generativa? Se trata de viejos problemas que discute el derecho constitucional frente a los nuevos desafíos que propone la IA. Desafíos que no nos esperan en un futuro incierto, sino que -como lo demuestra la reciente anulación de las elecciones presidenciales en Rumania (ver *infra* VII)- ya están entre nosotros.

II. La "contaminación" del debate electoral y el condicionamiento del voto: sobre *fake news* y *deepfake*

Conforme a la cronología que desarrolla la doctrina en torno a los procesos electorales (RUBIO, 2025: pp. 69-70), las *campañas premodernas*, que podemos situar en el siglo XIX y el principio del siglo XX, se caracterizan por su naturaleza personal. La tecnología se reducía a una plataforma en la parte trasera de un tren y la necesaria para elaborar y distribuir prensa escrita, fundamentalmente local. Este tipo de campañas basadas en mítines y movilización personal, de tierra, premiaban las estructuras partidistas y diluían la figura de un líder al que la inmensa mayoría de los votantes no podían ver ni oír durante toda la campaña.

La irrupción de los medios de comunicación de masas, como la radio y la televisión, dieron paso a las *campañas electorales modernas*. Estas comenzarían en la década de los 20 del siglo XX y se prolongarían hasta los años 80 del mismo siglo, y estaban basadas en la difusión de información a través de medios de comunicación masivos. Las campañas modernas ofrecían más posibilidades de conocer y dar a conocer las propuestas políticas de los candidatos, dando visibilidad a espacios de debate público, aunque propiciaron también un mayor personalismo, cierta dependencia de profesionales técnicos, y una mayor dependencia emocional del voto.

Las *campañas electorales posmodernas*, que van desde los años 80 hasta nuestros días, estarían caracterizadas por la irrupción sucesiva de distintas "tecnologías informáticas" que, entre otros efectos, introdujo elementos de persuasión basados en un mejor conocimiento de los públicos objetivos, sus lógicas y motivaciones, y una mayor capacidad técnica de hacerles llegar el mensaje

(segmentación), así como la posibilidad de utilizar la tecnología como herramienta de información masiva y, sobre todo, de movilización.

Sin embargo, la irrupción de las técnicas de IA, estarían dando paso a una nueva etapa, la de las *campañas algorítmicas* que amenaza con la progresiva deshumanización de las campañas electorales que, ya fuera a través de los contactos interpersonales directos, la intermediación de los medios de comunicación de masas o en la modalidad multiplataforma propia de la digitalización, siempre conservaron -a pesar de la transformación de los canales y las técnicas- su carácter humano.

Una imagen idealizada de Internet y las redes sociales donde se alcanza la evolución hacia una democracia más participativa y, en definitiva, para la expansión de la democracia en el mundo se ha visto cuestionada al advertirse distintos elementos que distorsionan el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Internet permite una mayor libertad en el flujo de información y comunicación. Sin embargo, esos efectos benéficos para la democracia resultan contradichos al menos por dos fenómenos ínsitos a su propia naturaleza. Por un lado, la gestión privada de estos procesos; por otro, que su propia lógica de funcionamiento "favorece la polarización de la sociedad y, con ello, refuerza las posiciones políticas populistas y extremistas, dañando el propio funcionamiento de la democracia pluralista" (MONTILLA MARTOS, 2023: p. 156). A la par de crear múltiples oportunidades, la IA también puede crear muchos problemas con la estructura del orden democrático (ZACCARONI, 2024: p. 22).

En "democracias de opinión" la generación de noticias falsas representa claramente la desvirtuación de un valor central para la creación de una opinión pública libre, veraz y correctamente informada, base para una participación responsable en la formación de la opinión y preferencias políticas de los ciudadanos (SUÑÉ CANO, 2025: p. 57).

Hasta el 2016, el tema de las noticias falsas que contaminan el debate político no fue objeto de mucha atención por los juristas. Sin embargo, tras el referéndum sobre el *Brexit* y las elecciones estadounidenses de 2016, ganadas por Trump, la doctrina jurídica ha comenzado a reflexionar sobre los efectos del uso de noticias falsas durante la campaña electoral.

La muy amplia e intensa protección de la libertad de expresión e información por la jurisprudencia europea hace que sea especialmente sensible y difícil cualquier regulación de la desinformación. Si bien es cierto que las libertades informativas no alcanzan a proteger en Europa un "derecho a mentir". La Constitución protege la información que es veraz. No obstante, hay que partir de que la veracidad sólo se predica de la información y los hechos, no de la opinión. Así, "se imposibilita el control de la verdad o mentira cuando se trata de opiniones" (COTINO HUESO, 2022: pp. 203-204).

Para adentrarnos en la forma a través de la cual las *deepfakes* erosionan la democracia, tenemos que empezar por hallar una definición. Con carácter general, las *deepfakes* suponen la generación "ex novo" y/o la manipulación de video, audio, texto y/o imagen a través de sistemas de IA generativa, de tal forma que se produzca un resultado que parece verdadero cuando no lo es. Las palabras fundamentales de esta definición son, por tanto, "*deep*" que hace alusión a la creación de contenidos a través de sistemas de IA generativa, y la palabra "*fakes*", que hace alusión a su carácter no verdadero. La capacidad de los actuales sistemas de IA generativa para producir *deepfakes* realistas "es en la actualidad muy elevada, de tal manera que en muchas ocasiones es casi imposible a la vista del ojo humano detectar cuándo un contenido es falso o es verdadero" (ESTELLA, 2025: p. 266-267).

El peligro de las noticias falsas es que crean una sociedad que no es capaz de ponerse de acuerdo sobre hechos básicos lo que impide construir una democracia funcional. La desinformación afecta directamente a los fundamentos de las sociedades democráticas que se construyen sobre la presunción de que sus ciudadanos toman decisiones informadas en el momento de acudir a votar. Pero este objetivo puede verse truncado si la información es falsa o engañosa. Solo la información veraz y sobre materias de interés general, por los asuntos y las personas que en ella intervienen, contribuye a la formación de la opinión pública, sirve como mecanismo de control democrático y puede gozar, por tanto, de protección jurídica (PAUNER CHULVI, 2018: p. 299).

El Reglamento (UE) 2024/1689[20] conocido como Reglamento de IA en su artículo 3.60), señala que la "ultrasuplantación" -termino que la versión española utiliza para denominar un *deepfake*- es "*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*".

¿Qué se entiende por *fake news* vinculadas al proceso electoral? Para que una noticia sea considerada falsa es necesario no solo el elemento subjetivo de la conciencia de la "falsedad de la noticia", sino también requiere la *intencionalidad* de su difusión relacionada con un propósito específico. El *fin* de las falsas noticias en el campo de la información política es manipular el diálogo democrático, que debe ser libre (ver *infra* IV.ii).

Cuando las noticias falsas difundidas a través de las redes sociales e Internet crean una "cascada de información", es muy probable que generen cambios en la opinión de las personas, lo cual es relevante en los ámbitos políticos o electorales si se toma en cuenta que dicha información, además, está falseada o constituye una distorsión deliberada de una realidad.

El decisivo avance de la IA anuncia una nueva, inminente e inevitable transformación en la dinámica de los procesos electorales. En este contexto, los procesos electorales ocupan un lugar central en la legitimidad del sistema democrático, y el uso en los mismos de la IA, por su complejidad y opacidad, puede contribuir a esta reacción de rechazo. Se señalan siete efectos centrales asociados a la IA y los procesos electorales (RUBIO, 2025: pp. 77-82).

El primer efecto y más evidente, es el de la *desinformación* y la *manipulación de la realidad*. La IA facilita la difusión estratégica y coordinada de desinformación, a través de estrategias de "infoxicación", que buscan colapsar la agenda informativa.

El segundo efecto *afecta a la libertad del voto* (su autodeterminación ajena a presiones externas), en lo que se denomina el "hackeo cognitivo". Estas nuevas técnicas de *big data* permiten captar datos del comportamiento de los votantes y

[20] Véase el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 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 (DO L 2024/1689, 12.7.2024).

procesarlos a través de distintos algoritmos que favorecen la adaptación automática de los mensajes para alterar artificialmente los grandes debates públicos, así como para influir negativamente en el mercado de la información y en el clima de las relaciones sociales, dañando la capacidad colectiva de comprensión de la realidad mediante técnicas de persuasión impensables en el pasado. Estas técnicas se van perfeccionando gracias a la IA de manera circular, y al aplicarse van mejorando su conocimiento del individuo y su eficacia de manera progresiva que en el ámbito electoral pueden condicionar la autonomía del voto.

El tercer efecto del uso de la IA en campañas electorales es la *fragmentación* y la *polarización*, fruto del predominio de la comunicación emocional. La abierta hostilidad a la realidad verificable, el desprecio por los hechos, la sustitución de la razón por la emoción y la corrosión del lenguaje están disminuyendo el valor de la verdad, inflando una "polarización tóxica" e inoculando la intolerancia como un "virus" en el sistema político.

El cuarto efecto sería el *acoso*, la *discriminación* y la *violencia política*. Las redes sociales, como consecuencia de su propia arquitectura, favorecen las "cámaras de eco", una cultura política basada en la "moralización del debate político" y la consiguiente réplica de comportamientos agresivos que tiene "efectos miméticos" en la base social. Estas dinámicas, amplifica el acoso a candidatos de grupos minoritarios y socialmente vulnerables.

El quinto efecto tiene que ver con la *ruptura de la equidad comunicativa*. El peso que la IA está adquiriendo como instrumento de las campañas electorales puede hacer que su utilización sea un factor condicionante de los resultados.

El sexto efecto tiene que ver con la *simplificación de los mensajes políticos*, ya que para adaptarse a los nuevos formatos utilizados durante las campañas y como parte de la interacción social de los usuarios, ya no existe un espacio para los grandes debates sobre las políticas públicas, y ahora se reducen al intercambio de slogans, en formatos atractivos y virales, para que tengan un eco entre los votantes.

Como consecuencia de todo lo anterior cobra especial relevancia el séptimo efecto del uso de la IA en campañas electorales, la *ausencia de controles*. La arquitectura de las redes se apoya en la economía, la ubicuidad, la facilidad de acceso y, sobre todo, el anonimato. Esto facilita acciones tecnológicas indetectables o

imperceptibles, ya sea en la dimensión de la manipulación de datos obtenidos ilícitamente, la construcción de *deepfakes* o la distribución robotizada de contenidos desinformativos a distintos niveles, que pueden comprometer los procesos electorales y cuyos autores gozan de refugio seguro.

Frente a este panorama la "transparencia" de las plataformas digitales deviene una garantía fundamental frente a la desinformación en un contexto democrático. La experiencia nos enseñará si se trata solo de añoranzas del pasado analógico, del "espíritu noble" que anida en el *marketplace of ideas,* o bien de adaptarse a la sociedad algorítmica. ¿Es posible depender de la capacidad de la red para auto-corregirse? ¿Debemos aceptar que el "espíritu noble" que siempre defendimos como representativo de la libertad de expresión sostén de la democracia, mantiene su naturaleza frente a la IA generativa?

III. La regulación alemana: ¿control o privatización de la censura?

La experiencia alemana -*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Ley de vigilancia de la red)[21] en adelante *NetzDG*[22]- es muy útil para entender las dimensiones del debate, tanto en entorno a la posible regulación de las plataformas en línea, como respecto a su impacto en la vigencia de la libertad de expresión.

Una serie de eventos que involucraron discriminación en línea y agitación hacia minorías étnicas -que tuvieron su punto máximo en 2015-2016 con la llegada de una ola de refugiados provenientes de Siria a Alemania- motivaron al gobierno alemán a tomar la iniciativa para actuar contra el contenido de odio en línea. El principal motivo de la acción legislativa fue, por tanto, frenar el aumento del discurso de odio en las redes sociales y responder así a la presión pública en torno al tema (HELDT, 2019).[23]

[21] Traducción al español que utilizan documentos internacionales (véase CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, 2018, párr. 16)
[22] Ley del 30 de junio de 2017 *(BGBI. I S. 3352)*.
[23] La *NetzDG* no aporta, sin embargo, una definición de discurso de odio, sino que enumera veintidós delitos que ya estaban previstos en la legislación penal alemana (*StGB*) como la difamación, la calumnia, la sedición y las incitaciones a la violencia.

III.i. La obligación de los proveedores de servicios telemáticos de eliminar o bloquear "contenidos ilegales"

La *NetzDG* se destaca -en su redacción originaria- por las obligaciones que impone a los "proveedores de servicios telemáticos (*telemedia service providers*)"[24], los cuales debían establecer un procedimiento "eficaz y transparente (*effective and transparent*)" que permitiera gestionar las reclamaciones sobre contenidos ilícitos. Dicho procedimiento debía garantizar: a) que el proveedor de la red social tomara conocimiento inmediato de la reclamación y comprobara si el contenido denunciado era ilegal, estaba sujeto a retirada o si el acceso al contenido debía ser bloqueado; b) que el proveedor pudiera eliminar o bloquear el acceso a contenidos "manifiestamente ilegales (*manifestly unlawful*)" en un plazo de vienticuatro horas a partir de la recepción de la reclamación;[25] y c) que el proveedor pudiera eliminar o bloquear el acceso a todos los contenidos ilegales -no manifiestos- de forma inmediata, generalmente en un plazo de siete días a partir de la recepción de la reclamación[26] (cfr. artículo 1, sección 3 (1) y (2)). El incumplimiento de estas obligaciones podía conllevar multas de hasta 500.000 mil euros y, en los casos más graves, hasta 5 millones de euros (cfr. artículo 1, sección 4 (2)).

Originariamente -como observamos-, la *NetzDG* no se aplicaba a todas las plataformas en línea, sino solo a los proveedores de servicios telemáticos que: a) administraran una plataforma en línea con fines de lucro; y b) si la plataforma permitía el intercambio o publicación de contenidos elegidos por los usuarios (redes sociales). Quedaban excluidos de la definición de redes sociales: a) las plataformas que ofrecieran contenido periodístico o editorial, porque en estos casos existe un control editorial; b) las plataformas creadas para permitir la comunicación individual o la comunicación de contenidos específicos, como las aplicaciones de mensajería instantánea; y c) las plataformas con menos de 2 millones de usuarios registrados en Alemania (cfr. artículo 1, sección 1 (1) y (2)).

[24] Las citas corresponden a la traducción inglesa de la *NetzDG* proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ, 2017).

[25] Esto último no se aplicaba si la red social había llegado a un acuerdo con la autoridad policial competente sobre un período más largo para eliminar o bloquear cualquier contenido manifiestamente ilegal.

[26] Se permitía exceder el plazo de 7 días en casos puntuales (cfr. artículo 1, sección 3 (3)).

La *NetzDG* no contempla específicamente las noticias falsas en el contexto político electoral, sino el discurso de odio. Sin embargo, tuvo amplia repercusión sobre las medidas de control de contenidos de la información y el comportamiento de los administradores de las plataformas.[27]

III.ii. La cuestión de la indeterminación del concepto de "manifiestamente ilegales"

Este intento de auto-regulación de las redes sociales estuvo acompañado, incluso desde los debates previos a la sanción de la *NetzDG*, de numerosas críticas. En particular, se lo acusaba de incentivar a las plataformas de redes sociales a censurar preventivamente convirtiéndose en árbitros de la libertad de expresión en Alemania.

La obligación de las redes sociales de eliminar contenidos manifiestamente ilegales en un plazo de veinticuatro horas suscitó dudas sobre el posible "bloqueo excesivo (*overblocking*)"[28] de contenidos. Asimismo, se ha señalado que implica una privatización del poder judicial debido a la interpretación y aplicación del derecho penal por parte de empresas privadas. Estos dos elementos combinados pueden a su vez, según sostienen los críticos, tener efectos disuasorios (*chilling effects*) sobre la libertad de expresión.

Además, la redacción dada al artículo 1, sección 3 (2) de la *NetzDG* en lo referente a la posibilidad de que se "elimine o bloquee el acceso a contenidos manifiestamente ilegales (*removes or blocks access to content that is manifestly unlawful)*", ha sido objetada por su indeterminación (una crítica similar se le hace a la ley francesa, ver *infra* IV).

Se sostiene que, por lo general, la regulación relacionada con el contenido tiene que ser lo más neutral posible con respecto a las opiniones expresadas, esto es, estar sujeta a una estricta prueba de proporcionalidad. El ámbito de aplicación

[27] Antes de su entrada en vigor, se experimentó un cambio en la gestión del contenido por parte de las redes sociales, especialmente en el período anterior a las elecciones generales del 24 de septiembre de 2017: justo antes estos comicios Facebook canceló 10.000 cuentas falsas sospechosas de difundir noticias inventadas deliberadamente para alimentar el odio y la discriminación (BINDI, 2019: p. 63).

[28] Este término se utiliza cuando el contenido se elimina o se bloquea sin motivo sustancial, ya que surge el incentivo de eliminar inmediatamente en lugar de realizar comprobaciones más fundamentales.

de una ley de segmentación de contenido debe ser lo suficientemente preciso como para evitar demasiado margen de interpretación, lo que podría -en el caso de la *NetzDG*-, resultar en una definición demasiado amplia de los términos legales y una eliminación insustancial de contenido. Usar un término legal no especificado como "manifiestamente", aunque la ley sea aplicada por una parte privada y no por un juez, pone en riesgo el poder del poder judicial en su interpretación y la aplicación de la ley. Se necesitan, en conclusión, definiciones jurídicas claras y criterios específicos para restringir la discreción de las plataformas en línea. Dejar la interpretación de un término clave del proyecto de ley demasiado sin especificar se considera inconstitucional porque este tipo de interpretación es en realidad una función central del poder judicial.

Aun así, el derecho de los usuarios a llevar las decisiones de las plataformas a los tribunales permanece intacto cuando las redes sociales eliminan contenido generado por los usuarios en virtud de la *NetzDG*.

Las críticas provienen incluso desde la O.N.U donde se señaló que la *NetzDG* ponía en duda el cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por Alemania.[29] En este sentido, el Comité de Derechos Humanos -organismo de control del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)- manifestaba su preocupación por los amplios poderes conferidos por la *NetzDG* "para suprimir los contenidos en línea considerados ilegales o abusivos. También señala con preocupación que la responsabilidad de retirar esos contenidos recae en las empresas de medios sociales y no está sujeta a supervisión judicial, lo que limita el acceso a reparación en caso de discrepancia sobre la naturaleza del contenido". La razón de la preocupación del Comité era que "estas disposiciones y su aplicación puedan tener un efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión en línea" afectando así la vigencia del artículo 19 (PIDCP).[30]

Según el citado Comité, el Estado alemán debe garantizar que todas las restricciones a la libertad de expresión en línea contempladas en la *NetzDG* cumplan estrictamente los requisitos del artículo 19, párrafo 3 (PIDCP). También "debe considerar la posibilidad de revisar la Ley para prever la supervisión judicial y el

[29] Véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (O.N.U), "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Alemania", 30 de noviembre de 2021 (CCPR/C/DEU/CO/7).
[30] *Ídem*, párr. 46.

acceso a la reparación en aquellos casos en que haya discrepancias sobre la naturaleza del contenido en línea".[31]

Años antes, el informe del *Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión* advertía que normas como la *NetzDG* "entrañan riesgos para la libertad de expresión y ejercen una presión considerable sobre las empresas que puede llevarlas a eliminar incluso contenidos lícitos en un afán desmedido por evitar la responsabilidad". La exigencia de la eliminación de contenido de forma rápida y automática "lleva consigo el riesgo de que aparezcan nuevas formas de censura previa". El informe concluye en que, las cuestiones complejas de hecho y de derecho, "deberían ser resueltas por las instituciones públicas, no por agentes privados cuyos procedimientos actuales tal vez no sean compatibles con las normas relativas a las debidas garantías procesales y cuya motivación es principalmente económica".[32]

Más recientemente, la misma Relatoría sostuvo que, la tendencia de los Estados a delegar en las plataformas en línea las funciones de "policía de la palabra" que tradicionalmente corresponden a los tribunales ha continuado. El riesgo de este tipo de leyes "es que los intermediarios pequen más bien de precavidos y eliminen más contenidos de los necesarios por miedo a ser sancionados".[33]

Finalmente, la Ley que incorpora al ordenamiento jurídico alemán -a partir del 6 de mayo de 2024- el Reglamento (UE) 2022/2065[34] derogó las polémicas Secciones 2 a 3f de la *NetzDG.*[35] En comparación con la legislación alemana, dicho Reglamento se centra menos en la eliminación de comentarios y más en la "contención de los riesgos sistémicos" que plantean las plataformas en línea. Estos

[31] *Ídem*, párr. 47.
[32] CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (O.N.U), "Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión", 6 de abril de 2018 (A/HRC/38/35), párr. 17. La NetzDG ya había sido objeto de críticas por el Relator durate su dedate en el parlamento alemán (véase OL DEU 1/2017).
[33] CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (O.N.U), "La desinformación y la libertad de opinión y de expresión - Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión", 13 de abril de 2021 (A/HRC/47/25), párr. 58.
[34] REGLAMENTO (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DO L 277 de 27/10/2022, p. 1/102).
[35] Véase artículo 29 de la Ley de 6 de mayo de 2024 (*Bundesgesetzblatt Jahrgang 2024 Teil I Nr. 149, ausgegeben zu Bonn am 13. Mai 2024 Seite 2 von 35*). Ley por la que se aplica el citado Reglamento (UE) 2022/2065, así como el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la promoción de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea y por el que se modifican otras leyes.

incluyen -entre otros- la difusión de contenido ilegal y los procesos electorales (ver *infra* V.ii).

IV. La ley francesa contra las "noticias falsas" y la intervención del *Conseil constitutionnel* (Consejo Constitucional)

El 22 de diciembre de 2018, Francia aprobó la Ley nº 2018-1202[36] para combatir la desinformación durante la campaña electoral.[37]

No se trata de una materia desconocida para el derecho francés. El *Conseil d'Etat* -al intervenir en la cuestión sobre la legalidad de la normativa- señaló que ya existen varias disposiciones destinadas, en esencia, a combatir la difusión de información falsa (*fausses informations*), siguiendo tres lógicas distintas.[38] En primer lugar, la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa permiten la represión de declaraciones deliberadamente erróneas, difamatorias, insultantes o provocadoras.[39] En segundo lugar, el Código Electoral francés también contiene disposiciones destinadas a garantizar el buen desarrollo de las campañas electorales mediante la lucha contra la difusión de noticias falsas (artículo L. 97) y la publicidad comercial con fines de propaganda electoral (artículo L. 52-1). Finalmente, el procedimiento sumario previsto en el artículo 6 de la Ley de 21 de junio de 2004, en la medida en que permite la extinción de los daños derivados del contenido de un servicio público de comunicación en línea, puede utilizarse para detener la difusión de información falsa, sin perjuicio de otros procedimientos de urgencia existentes

[36] Ley nº 2018-1202 del 22 de diciembre 2018 (*relative à la lutte contre la manipulation de l'information - Journal Officiel de la République Française*, 23 décembre 2018, Texte 2 sur 191). Versión francesa por la cual se cita.

[37] La trayectoria legislativa que llevó a la adopción del documento fue bastante larga y problemática y, luego de la presentación del primer proyecto de ley (21-03-2018), la intervención consultiva del *Conseil d'Etat* que emitió un dictamen (19-04-2018) después de que se introdujeron una serie de cambios que luego se fusionaron con el texto aprobado en la primera lectura, que produjo un serie de enmiendas transfundidas en el texto aprobado en primera lectura (3-07-2018), que se modificó en segunda lectura (9-10-2018). Finalmente, el Primer Ministro remitió la ley orgánica al *Conseil constitutionnel* el 21 de noviembre de 2018. Se presentaron, además, tres recursos parlamentarios contra la ley ordinaria, impugnando sus artículos 1, 2, 4, 5, 6, 8 y 11 así como determinadas disposiciones de su artículo 10. El *Conseil constitutionnel* en su sentencia de 20 de diciembre de 2018 rechazó las objeciones parlamentarias y declaró constitucional la Ley nº 2018-1202 con algunas reservas interpretativas según veremos.

[38] Véase CONSEJO DE ESTADO (FRANCIA), resolución de 19 abril 2018 (*Assemblée générale, Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*), párr. 6.

[39] Estos capítulos son aplicables a los servicios de comunicación pública en línea conforme al artículo 6 de la Ley de 21 de junio de 2004 sobre la confianza en la economía digital.

cuando dicha información falsa atente contra la intimidad (artículo 9, Código Civil francés).

Sin embargo, el mismo *Conseil d'Etat* observa que "los acontecimientos recientes han revelado que la difusión de información falsa se lleva a cabo ahora según nuevas lógicas y vectores". Por lo tanto, "*el eco dado a esta información falsa fue amplificado por las plataformas digitales, en particular las redes sociales*, cuya lógica económica lleva a valorar, en particular, el contenido por cuya promoción se les pagó y el que genera mayor controversia. En estas condiciones, el *Conseil d'Etat* admite que *el estado actual de la legislación, en particular en materia electoral, no permite necesariamente responder a todos los riesgos que conllevan estos nuevos fenómenos*"[40].

En su análisis de la Ley nº 2018-1202, la doctrina señala que las restricciones a la transmisión de información, en particular en el período previo a las elecciones, pueden ser definidas como "intrínsicamente sospechosas (*inherently suspect*)". Dicha Ley ofrece, por lo tanto, un ejemplo de una forma de intervención bastante "agresiva (*muscular*)" en el ámbito electoral; sin embargo, busca preservar la legitimidad democrática sin socavar las libertades individuales en las que se basa (CRAUFURD-SMITH, 2019).

El *Conseil Constitutionnel*, en su intervención institucional conforme al segundo párrafo del artículo 61 (constitución francesa)[41]- ha juzgado la Ley nº 2018-1202 conforme con la Constitución francesa mediante una sentencia de carácter interpretativo, ofreciendo una interpretación restrictiva de algunas normas que limitan la libertad de expresión.[42] Entre las objeciones que trata se encuentran

[40] Versión original: *"l'actualité récente a révélé que la diffusion des fausses informations s'effectuait désormais selon des logiques et des vecteurs nouveaux (…) Enfin l'écho donné à ces fausses informations a été amplifié par les plateformes numériques, en particulier les réseaux sociaux, dont la logique économique conduit à valoriser, notamment, les contenus pour la promotion desquels elles ont été rémunérées et ceux suscitant le plus de controverses. Dans ces conditions, le Conseil d'État admet que l'état actuel du droit, notamment en matière électorale, ne permet pas nécessairement de répondre à l'intégralité des risques induits par ces nouveaux phénomènes"* (CONSEIL D'ÉTAT [FRANCIA], 2018, citado, párr. 7). Sin resaltar en el original.

[41] La norma citada regula el llamado control de constitucionalidad preventivo, entre otras, de las leyes orgánicas, las cuales antes de su promulgación "deberán ser sometidas al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución". Con el mismo fin, antes de su promulgación, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

[42] CONSEJO CONSTITUCIONAL [FRANCIA], sentencia nº 2018-773 DC de 20 de diciembre de 2018.

las formuladas al artículo 1, el cual añade al Código Electoral francés tres artículos numerados como L. 112, L. 163-1 y L. 163-2.[43]

El artículo L. 163-1 impone a los operadores de plataformas en línea[44], durante los tres meses previos a estos comicios, *obligaciones de transparencia* con respecto a la promoción de "contenidos informativos relacionados con un debate de interés general".[45] En el artículo L. 112, se sanciona el incumplimiento de dichas obligaciones.[46] En el artículo L. 163-2, se establece un procedimiento de medidas provisionales (*procédure de référé*) que permite obtener, durante ese mismo período, el cese de la difusión de informaciones falsas en los servicios de comunicación pública en línea si el carácter de los datos puede alterar la veracidad de los comicios.

IV.i. De vuelta sobre los problemas de indeterminación en la definición de contenidos ilícitos en las redes sociales. Obligación de transparencia financiera

La primera objeción repite una crítica ya hecha a la legislación alemana (ver *supra* III.ii) y que, en general, no es ajena a cualquier intento de regular contenidos en las redes sociales: la cuestión de la indeterminación de los contenidos ilícitos. O bien, la imposibilidad jurídica de definirlos con la certeza de los tipos penales que habilitan una sanción. Precisamente, lo que se somete a escrutinio del *Conseil Constitutionnel* es el incumplimiento del principio de legalidad de los delitos y las

[43] Estos artículos se aplican a las elecciones al Parlamento y el Senado francés, a las elecciones europeas, a los referendos y, con arreglo a la Ley Orgánica en materia de Lucha contra la Manipulación de la Información, a la elección del Presidente de la República.

[44] Los operadores en cuestión son los definidos en el artículo L. 111-7 del Código del Consumo cuya actividad supera un umbral específico de conexiones en territorio francés. La definición adoptada abarca motores de búsqueda (como Google o Qwant), sitios de referencia (como Lafourchette o Tripadvisor), plataformas de comercio electrónico (como Amazon, Leboncoin o Airbnb) o redes sociales (como Facebook o Twitter).

[45] En el citado artículo L. 163-1 se exige a los operadores de plataformas en línea cuya actividad supere un determinado límite de conexiones en el territorio francés que proporcionen al usuario información fiel, clara y transparente sobre ciertos elementos. Dicha información debe versar, por una parte, sobre la identidad de las personas físicas o jurídicas que abonan a la plataforma una remuneración a cambio de la promoción de contenidos informativos ligados a un debate de interés general; por otra parte, sobre la cuantía de dicha remuneración si es superior a un límite establecido por decreto, y, por último, sobre el uso que se hace, en el marco de esa promoción, de los datos personales de los usuarios. En concreto, estas informaciones se reúnen en un registro de acceso público que se actualiza con regularidad a lo largo del período correspondiente.

[46] Se impone en concreto una pena de un año de cárcel y una multa de 75 000 euros por incumplir estas disposiciones.

penas.[47] En particular, se señala como insuficientemente precisa la expresión "contenidos informativos relacionados con un debate de interés general", la cual determina el alcance de la obligación cuyo incumplimiento se sanciona. Habida cuenta del amplio sentido en el que se puede interpretar este concepto -se afirma-, las obligaciones de transparencia impuestas a los operadores de plataformas en línea supondrían una vulneración inconstitucional de la libertad de empresa.

El *Conseil Constitutionnel* rechaza las objeciones planteadas. En primer lugar, mantiene que las obligaciones de transparencia impuestas a los operadores de plataformas en línea solo son aplicables durante los tres meses anteriores al primer día del mes de las elecciones generales o del referendo y hasta la fecha de los comicios, y únicamente con relación al interés general vinculado con la información presentada a los ciudadanos en período electoral y con la veracidad de los comicios. Por consiguiente, los contenidos señalados son aquellos que presentan una vinculación con la campaña electoral.

En segundo lugar, la obligación impuesta a los operadores de plataformas en línea se limita a exigirles que ofrezcan información fiel, clara y transparente sobre las personas para las que han promovido, a cambio de remuneración, ciertos contenidos informativos relacionados con la campaña electoral. El objetivo de esto -según el *Conseil Constitutionnel*- consiste en facilitar a la ciudadanía los medios necesarios para calcular el valor o la relevancia de la información que se promueva de esta forma y, en consecuencia, contribuye a la claridad del debate electoral.

IV.ii. Procedimiento judicial provisional para el bloqueo de "información falsa" durante el proceso electoral

Con relación al ya citado artículo L. 163-2, las objeciones parten de que dicho procedimiento (*procédure de référé*) constituye una vulneración despreoporcionada a la libertad de expresión teniendo en cuenta la especial relevancia que reviste esta libertad en el debate político y las campañas electorales. Por otra parte, a causa de la vaguedad de los criterios escogidos por el legislador, es posible que algunos

[47] El legislador francés tiene, en virtud del artículo 34 (constitución francesa) y del principio de legalidad de los delitos y las penas (cfr. artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), la obligación de definir él mismo el ámbito de aplicación del derecho penal y de describir los delitos con una claridad y una precisión suficientes para que no haya lugar a la arbitrariedad.

comentarios paródicos o simplemente engañosos o erróneos, que no por eso constituyan informaciones falsas, sean objeto de este procedimiento de medidas provisionales.

El artículo L. 163-2 proporciona, ante todo, un concepto de *fake news* durante el período electoral al señalar que "*cuando se difundan de manera deliberada, artificial o automatizada y masiva a través de un servicio de comunicación pública en línea alegaciones o imputaciones inexactas o engañosas de un hecho que pueda alterar la sinceridad de las próximas elecciones, el juez de medidas provisionales podrá, a petición del Ministerio Fiscal, cualquier candidato, partido o agrupación política o cualquier persona interesada en ejercitar la acción, y sin perjuicio de la indemnización del perjuicio sufrido, prescribir a las personas físicas o jurídicas* [responsables] *(…) que adopten todas las medidas proporcionadas y necesarias para poner fin a dicha difusión*".[48]

El *Conseil d'Etat* había llamado la atención sobre que la respuesta del juez, por muy rápida que sea, puede llegar demasiado tarde, dada la velocidad a la que se difunde la información falsa, o incluso en el momento equivocado, aunque la huella de esta información se esté desvaneciendo en el debate público. No obstante -afirmó-, este nuevo procedimiento provisional permitirá a los candidatos electorales que sean objeto de una campaña de difusión de información falsa acogerse a una rápida decisión judicial, con el fin de poder responder de manera útil en el debate público a los ataques infundados a los que serían sometidos.[49]

El TEDH, por su parte, viene desarrollado un parámetro de convencionalidad en relación a los límites a los que debe someterse la expresión política sin afectar el

[48] Versión original: *"Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises, lorsque des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne, le juge des référés peut, à la demande du ministère public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant intérêt à agir, et sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire aux personnes physiques ou morales mentionnées au 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 du même I toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion".*

[49] Véase CONSEJO DE ESTADO (FRANCIA), resolución de 19 abril 2018 (*Assemblée générale, Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*), párr. 18.

artículo 10 (CEDH). En *Brasilier c. Francia* (2006)[50] recordó la distinción entre declaraciones de hecho y juicios de valor (*déclarations de fait et jugements de valeur*) que mantiene en su jurisprudencia[51]: si bien se puede probar la materialidad de las primeras, no se puede demostrar la exactitud de los segundos. Por lo tanto, para los juicios de valor, la obligación de prueba es imposible de cumplir y vulnera la propia libertad de opinión, un elemento fundamental del derecho garantizado por el citado artículo 10.[52] Sin embargo, aun cuando una declaración constituye un juicio de valor, la proporcionalidad de la injerencia depende de la "existencia de una base fáctica" -que en el caso en cuestión fue constatada por el TEDH- para la declaración impugnada, puesto que incluso un juicio de valor totalmente carente de base fáctica puede resultar excesivo.[53]

El TEDH rechaza en el caso en cuestión la aplicación por el Tribunal de Apelaciones de París de una sanción civil por daños y perjuicios. En su opinión, las declaraciones denunciadas reflejan afirmaciones sobre cuestiones de interés público y constituyen, por lo tanto, más juicios de valor que meras declaraciones de hechos. Además, los límites de la crítica permisible son más amplios respecto de un político[54] que respecto de un ciudadano común: a diferencia de este último, el primero se expone inevitable y conscientemente a un escrutinio minucioso de sus acciones tanto por parte de los periodistas como del público en general; por lo tanto, debe mostrar mayor tolerancia. Es fundamental -concluye-, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político.[55]

El *Conseil Constitutionnel* -teniendo presente el citado parámetro de convencionalidad, y dando mayor precisión al ámbito de aplicación de las medidas cautelares- rechaza también aquí las objeciones planteadas. Afirma que las vulneraciones al ejercicio de la libertad de expresión, tienen que ser necesarias, estar adaptadas y ser proporcionales a los fines perseguidos.

[50] TEDH, sentencia de 11 de abril de 2006, *Brasilier c. Francia*, nº 71343/01.
[51] TEDH, sentencia de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*, nº 9815/82, apartado 46.
[52] TEDH, sentencia de 27 de febrero de 2001, *Jerusalén c. Austria*, n.º 26958/95, apartado 42.
[53] *Ídem*, apartado 43.
[54] En este caso, las observaciones controvertidas estaban dirigidas a un miembro del Parlamento, alcalde del distrito 5 de París, que sin duda -para el TEDH- era una figura política y mediática.
[55] TEDH, sentencia de 11 de abril de 2006, *Brasilier c. Francia*, nº 71343/01, apartado 41.

En este contexto, por primera vez en su jurisprudencia, el *Conseil Constitutionnel* asocia el tercer párrafo del artículo 3 (constitución francesa)[56] con el principio de la veracidad del voto (*principe de sincérité du scrutin*).[57] Como ha destacado la doctrina, las *deepfakes* erosionan un aspecto vital de la democracia como es la confianza en los políticos, en la política y, finalmente, en la propia democracia (ESTELLA, 2025: p. 270).

Al instaurar un procedimiento de medidas provisionales para interrumpir la difusión de determinadas informaciones falsas que podrían menoscabar la veracidad de los comicios, el legislador -razona el *Conseil Constitutionnel*- ha tratado de luchar contra el riesgo de que los ciudadanos sean engañados o manipulados al ejercer su derecho a voto debido a la difusión masiva de tales informaciones en los servicios de comunicación pública en línea. De la misma forma, ha intentado velar por la claridad del debate electoral y el respeto del principio de veracidad del voto. También ha limitado la aplicación de este procedimiento al período de campaña electoral. Además, el procedimiento de medidas provisionales solo afecta a los contenidos publicados en servicios de comunicación pública en línea. Este tipo de servicios -se interpreta- se prestan con mayor facilidad a manipulaciones masivas y coordinadas, debido a su abundancia y a las modalidades concretas de difusión de sus contenidos.

De igual modo -continua el *Conseil Constitutionnel*-, no debe olvidarse que el legislador ha delimitado rigurosamente las informaciones que pueden ser objeto del procedimiento de medidas provisionales impugnado. Por una parte, este procedimiento solo puede aplicarse a alegaciones o imputaciones inexactas o engañosas de un hecho que pueda alterar la veracidad de los futuros comicios. Dichas alegaciones o imputaciones "*no engloban las opiniones, las parodias, las inexactitudes parciales ni las meras exageraciones; por el contrario, serán aquellas cuya falsedad se pueda demostrar de manera objetiva. Por otra parte, solo se puede*

[56] Según el cual *"[e]l sufragio podrá ser directo o indirecto en las condiciones previstas en la Constitución y será siempre universal, igual y secreto".*

[57] CONSEJO CONSTITUCIONAL [FRANCIA], sentencia nº 2018-773 DC de 20 de diciembre de 2018, apartado 17-26.

cuestionar la difusión de estas alegaciones o imputaciones si cumple tres condiciones acumulativas: debe ser artificial o automática, masiva y deliberada"[58].

En opinión del *Conseil Constitutionnel*, la libertad de expresión reviste una especial importancia en el debate político y en el transcurso de las campañas electorales. Garantiza la información de todas las personas y la defensa de todas las opiniones, pero protege también contra las consecuencias de los abusos perpetrados basándose en ella, al permitir responder a estos y denunciarlos. Por tanto, habida cuenta de las consecuencias de un procedimiento que puede conllevar el cese de la difusión de determinados contenidos informativos, "*las alegaciones o imputaciones cuestionadas no servirán de justificación, sin vulnerar la libertad de expresión y de comunicación, para una medida de este tipo, a menos que su naturaleza inexacta o engañosa sea manifiesta. Lo mismo cabe decir del riesgo de alteración de la veracidad de los comicios, que también debe ser manifiesto*"[59].

El *Conseil d'Etat* ya había advertido en relación a la información falsa -que se difunde con la intención deliberada de alterar la sinceridad del voto- y que necesariamente resultaría desprovista de toda base fáctica, no puede reclamar una protección equivalente a la que gozan, en principio, las observaciones formuladas en el marco de un debate de interés general.[60]

IV.iii. Bloqueo de la desinformación desde Estados extranjeros

El último párrafo del apartado I del artículo 33-1 -conforme al artículo 5 de la Ley nº 2018-1202- trata de un modo distinto a las personas jurídicas que se encuentran bajo el control o la influencia de un Estado extranjero[61]. De tal forma que se permite al Consejo Superior de Medios Audiovisuales (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*) -al evaluar una solicitud de celebración de acuerdo- tener en cuenta el

[58] *Ídem*, párr. 21. Texto original: "*Ces allégations ou imputations ne recouvrent ni les opinions, ni les parodies, ni les inexactitudes partielles ou les simples exagérations. Elles sont celles dont il est possible de démontrer la fausseté de manière objective. D'autre part, seule la diffusion de telles allégations ou imputations répondant à trois conditions cumulatives peut êtremise en cause : elle doit être artificielle ou automatisée, massive et délibérée*". Sin resaltar en el original

[59] *Ídem*, párr. 23. Texto original: "*les allégations ou imputations mises en cause ne sauraient, sans que soit méconnue la liberté d'expression et de communication, justifier une telle mesure que si leur caractère inexact ou trompeur est manifeste. Il en est de même pour le risque d'altération de la sincérité du scrutin, qui doit également être manifeste*". Sin resaltar en el original.

[60] CONSEJO DE ESTADO (FRANCIA), resolución de 19 abril 2018 (*Assemblée générale, Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*), párr. 19.

[61] En el sentido del artículo L. 233-3 del Código de Comercio francés.

contenido que el solicitante, sus filiales, la persona jurídica que la controla o las filiales de esta última, publiquen en otros servicios de comunicación al público por medios electrónicos. Con la adopción de estas disposiciones -para el *Conseil Constitutionnel*-, el legislador ha tenido en cuenta la especial gravedad que revisten los intentos de desestabilización provenientes de un medio de comunicación controlado de manera directa o indirecta por una potencia extranjera. Por consiguiente, la reclamación relativa al incumplimiento del principio de igualdad ante la ley debe desestimarse.[62]

Cabe destacar en este contexto que, ante la invasión de Rusia a Ucrania el 24 de febrero de 2022, la UE ha adoptado sanciones a gran escala y sin precedentes contra Rusia. Entre las sanciones impuestas, la UE se ha blindado contra la desinformación rusa, bloqueando los canales de difusión rusos *Russia Today* y *Sputnik*. El Tribunal General de la UE en el asunto RT *France c. Consejo (UE)*, confirmó la legitimidad de la medida adoptada por el Consejo, validando el bloqueo de los canales rusos[63].

V. Una nueva fase en la UE: hacia la corregulación y la evaluación del "riesgo sistémico" en los sistemas de IA

Teniendo en cuenta, por un lado, la necesidad de subsanar el fracaso de las estrategias anteriores -en particular del *Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación* (2018)- y, por otro, garantizar un enfoque unitario y armonizado a nivel supranacional, se viene configurando en la UE una nueva fase en la lucha contra la desinformación caracterizada por una intervención reguladora más drástica y significativa (POLLICINO, 2024: p. 254).

La UE ha reaccionado frente a las limitaciones del sistema de autorregulación (*self-regulation*) -basado en *soft law* y códigos de conducta- estableciendo un modelo de corregulación (*co-regulation*) que trata de controlar la red de forma objetiva sin afectar al pleno ejercicio de la libertad de información.

El modelo original combinaba el impulso institucional con elementos de colaboración, a través del fomento de los sistemas de respuesta coordinada y el

[62] CONSEJO CONSTITUCIONAL [FRANCIA], sentencia nº 2018-773 DC de 20 de diciembre de 2018, párr. 41.
[63] TGUE (Gran Sala) sentencia de 27 de julio de 2022, *RT France c. Consejo* (UE), T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483.

fomento de la formación de los usuarios. Sin embargo, "ante la insuficiencia de este modelo, quizá tributario de una traslación demasiado literal de los parámetros del periodismo clásico al nuevo ecosistema informativo, se ha optado por un modelo de corregulación" (CERNADA BADÍA, 2023: pp. 168-169).

Las actuaciones voluntarias de las plataformas y redes contra la desinformación son muy importantes. Pero la doctrina señala que no puede dejarse la cuestión totalmente bajo su discrecionalidad. Las legislaciones intervencionistas -como vimos- establecen obligaciones y restricciones de contenidos o imponen obligaciones concretas de actuación a plataformas, intermediarios u otros actores implicados. Frente a ese modelo, los diversos "modos de autorregulación" -que incluye a la corregulación- tienen ventajas y cobran especial protagonismo en general en Internet y en particular en el ámbito de la desinformación. En este punto, "se evitan mandatos sobre contenidos, si bien se delimita el poder de actuación y moderación de las plataformas" (COTINO HUESO, 2022: pp. 217-218).

Las compañías tecnológicas se rigen por criterios de beneficio económico y, en ese sentido, su responsabilidad social está siempre condicionada por su cuenta de resultados. Por ello, los decálogos o códigos éticos no vinculantes son importantes. Sin embargo, debe hacerse compatible con la iniciativa reguladora de los poderes públicos (MONTILLA MARTOS, 2023: pp. 162-163).

El nuevo modelo pivota sobre tres pilares básicos que se identifican con los sujetos con capacidad de ejercer funciones de control en la red: a) los *usuarios*, cuya posición fortalece la normativa a través del objetivo y promoción de la "alfabetización mediática", el sistema de reclamaciones internas de usuarios y la garantía del debido proceso ante la justicia ordinaria o sistemas alternativos de resolución de conflictos; b) la *colaboración civil*, mediante principalmente la intensificación en el desarrollo de la actividad de los *fact-checkers*; y c) la *cooperación institucional*, a través de la labor de supervisión de la Comisión (UE) y de los Estados mediante la figura del coordinador de servicios digitales, todos ellos aglutinados en la Junta Europea de Servicios digitales.

V.i. Evolución de los Códigos de Buenas Prácticas en materia de Desinformación (2018-2022)

Contemporáneo a la *NetzDG* el *Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación* (2018) fue el primero aplicable en la UE. Instituyó normas de autorregulación para luchar contra la desinformación acordadas voluntariamente por los representantes de las plataformas en línea, las principales empresas tecnológicas y los agentes del sector de la publicidad.[64] Estos se comprometían a adoptar medidas de transparencia en la publicidad política, cierre de cuentas falsas, desmonetización de los proveedores de desinformación y en su anexo se identifican las mejores prácticas. Especialmente significativo fue el sistema de informes periódicos que los firmantes debían de presentar.

Orientada hacia un enfoque que, en la medida de lo posible, apoyara formas de autorregulación del fenómeno en cuestión, la estrategia adoptada en a partir del *Código* de 2018 pronto resultó bastante insatisfactoria. Especialmente a la luz del estallido de la crisis pandémica en 2020 y el ataque ruso en Ucrania en 2022 (POLLICINO, 2024: p. 251). Estos hechos llevaron al desarrollo de un *Código* más intervencionista en 2022.

La Comisión (UE) publicó su evaluación del *Código* (2018) en septiembre de 2020 poniendo de manifiesto que proporcionó un valioso marco para un diálogo estructurado entre plataformas en línea y garantizó una mayor transparencia y rendición de cuentas de sus políticas en materia de desinformación.[65] Sin embargo, esta evaluación general destaca que, para garantizar una aplicación completa y coherente en todas las plataformas y Estados miembros, el *Código* debe mejorarse en diversas áreas, proporcionando definiciones compartidas, procedimientos más claros, compromisos más precisos, así como indicadores clave de rendimiento transparentes y un seguimiento adecuado, todo ello teniendo en cuenta los marcos regulatorios aplicables. También deben realizarse mayores esfuerzos para ampliar

[64] El Código de buenas prácticas fue firmado en octubre de 2018 por las plataformas en línea *Facebook*, *Google*, *Twitter* y *Mozilla*, así como por anunciantes y otros agentes del sector de la publicidad. *Microsoft* se adhirió en mayo de 2019, mientras que *TikTok* firmó el Código en junio de 2020.

[65] COMISIÓN (UE) 10-9-2020, *Assessment of the Code of Practice on Disinformation - Achievements and areas for further improvement* (SWD (2020) 180 final).

la participación a otras partes interesadas relevantes, en particular del sector publicitario.[66]

El nuevo *Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación* (2022)[67] se caracteriza entonces por su reescritura orgánica y su transformación de un instrumento de autorregulación a un instrumento de corregulación.[68] La importancia de este nuevo *Código* se explica -como vemos en el parágrafo siguiente- en conexión con la sanción del Reglamento de Servicios Digitales el cual permite el desarrollo de códigos de conducta que genere estándares comunes para combatir la desinformación (cfr. artículos 34 y 35).

V.ii. Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales

Conocido como *Digital Services Act* (*DAS* según sus siglas en inglés) el ya citado Reglamento (UE) 2022/2065 representa un modelo de corregulación que incide en materia de desinformación. Obliga a la implantación de mecanismos y normas internas y sistemas de resolución de conflictos e incluye obligaciones, supervisión y control. Deja espacios, por tanto, no sólo a la autorregulación por las plataformas y redes, sino también a la regulación nacional que incluso debe potenciar y desarrollar el sistema. Ello conlleva la necesidad de regular e implementar las estructuras internas gubernamentales que deben cooperar y compartir información.

Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño[69] -conforme al Reglamento (UE) 2022/2065- "*detectarán, analizarán y evaluarán con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los*

[66] *Ídem*, párr. 4.
[67] Este Código fue firmado por 34 entidades, incluidas plataformas en línea, agencias de publicidad, verificadores de hechos, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil.
[68] Véanse, en este sentido, la COM (2020) 790 de la Comisión de 3 de diciembre de 2020 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea*; y la COM (2021) 262 de la Comisión de 26 de mayo de 2021 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Orientaciones de la Comisión Europea sobre el refuerzo del Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación*.
[69] De conformidad con el artículo 33 del citado Reglamento, estos prestadores son designados por la Comisión como tales por tener un número medio mensual de destinatarios activos de su servicio en la UE igual o superior a 45 millones.

sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios" (cfr. artículo 34.1)[70].

Dichas evaluaciones, deberán llevarse a cabo al menos una vez al año, y en cualquier caso antes de desplegar funcionalidades que puedan tener un impacto crítico en los riesgos detectados. Esta evaluación de riesgos debe ser "específica de sus servicios y proporcionada a los riesgos sistémicos, teniendo en cuenta su gravedad y probabilidad", e incluirá -entre otros riesgos sistémicos- "*cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública*" (cfr. artículo 34.1.d)[71].

V.ii.a. Medidas de reducción del riesgo para los procesos electorales

En opinión de la Comisión (UE) las plataformas y los motores de búsqueda en línea, "se han convertido *en lugares importantes para el debate público, la configuración de la opinión pública y el comportamiento de los votantes*". Una amplia gama de fenómenos relacionados con ellos conlleva un mayor riesgo para la "integridad electoral". Entre estos riesgos figuran -de forma no exhaustiva- la proliferación de la incitación ilegal al odio en Internet, las amenazas relacionadas con la manipulación de la información y la injerencia por parte de agentes extranjeros, así como "el *fenómeno más amplio de la desinformación*, la difusión de contenidos extremistas (violentos) y de contenidos destinados a la radicalización de las personas, y la *difusión de contenidos generados mediante nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial generativa*".[72]

Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben aplicar "medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados", teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales (cfr. artículo 35.1). En particular,

[70] Sin resaltar en el original.
[71] Sin resaltar en el original.
[72] COM (2024) 3014 de la Comisión de 26 de abril de 2024, *Directrices de la Comisión para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño para la reducción de los riesgos sistémicos en los procesos electorales de conformidad con el artículo 35, apartado 3, del Reglamento (UE) 2022/2065*, párr. 1-3. Sin resaltar en el original.

según la Comisión (UE), el derecho a la libertad de expresión y de información, incluyendo la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación.[73]

De igual modo, se promueve la elaboración de los citados *Códigos* de conducta voluntarios en el ámbito de la UE para contribuir a la debida aplicación del Reglamento (UE) 2022/2065, teniendo en cuenta en particular las dificultades concretas que conlleva actuar contra diferentes tipos de contenidos ilícitos y riesgos sistémicos, de conformidad con el Derecho de la UE (cfr. artículo 45.1, Reglamento citado).

V.ii.b. Medidas de reducción del riesgo relacionadas con la IA generativa

Los recientes avances tecnológicos en IA generativa, en palabras de la Comisión (UE), han permitido la creación y el uso generalizado de sistemas de inteligencia artificial capaces de generar texto, imágenes, vídeos u otros contenidos sintéticos. Estos avances pueden dar lugar a riesgos sistémicos específicos en contextos electorales. En particular, a través de la IA generativa se puede "*inducir a error a los votantes o manipular los procesos electorales* mediante la creación y difusión de contenidos sintéticos no auténticos, sesgados y engañosos (incluidos textos, audio, imágenes fijas y vídeos) en relación con actores políticos, la representación falsa de acontecimientos, encuestas electorales, contextos o narrativas. Los sistemas de IA generativa también pueden producir información incorrecta, incoherente o inventada, lo que se conoce como «alucinaciones», que tergiversan la realidad y pueden inducir a error a los votantes"[74].

De conformidad con el citado artículo 35.1 vimos que los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, deben evaluar los riesgos sistémicos en el contexto de las elecciones, entre los que la desinformación ocupa un lugar prominente, y establecer medidas de reducción razonables, proporcionadas y eficaces adaptadas a los riesgos

[73] En consonancia con el considerando 47 (Reglamento (UE) 2022/2065), los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben prestar la debida atención a las normas internacionales pertinentes en materia de derechos humanos. También pueden tenerse en cuenta informes independientes pertinentes a la hora de diseñar y aplicar las medidas de reducción (*Ídem*, párr. 33).
[74] *Ídem*, párr. 36. Sin resaltar en el original.

relacionados tanto con la creación como con la difusión de contenidos generativos de IA, en función de la naturaleza de su servicio.

V.iii. Reglamento (UE) 2024/1083 sobre la Libertad de los Medios de Comunicación

La promoción activa de los valores del pluralismo informativo, así como al intento de garantizar una mejora global de la calidad de la comunicación mediática se destacan en el Reglamento (UE) 2024/1083[75]. En su artículo 4, por ejemplo, se señalan los derechos de los prestadores de servicios de medios de comunicación y en el artículo 5 salvaguardias del funcionamiento independiente para dichos prestadores. El artículo 6 establece tanto determinadas obligaciones de transparencia por parte de los citados prestadores (relativas sobre todo a la identidad de los propietarios y financiadores) como obligaciones de aplicar medidas adecuadas para garantizar la independencia de las decisiones editoriales individuales en el caso de los prestadores de servicios de comunicación que suministran contenidos informativos y de actualidad.

Desde sus considerandos, el Reglamento (UE) 2024/1083 llama la atención sobre las plataformas en línea de alcance mundial las cuales "actúan como puertas de entrada a los contenidos de los medios de comunicación, con modelos de negocio que tienden a eliminar la intermediación para el acceso a los servicios de medios de comunicación y a *amplificar los contenidos polarizadores y la desinformación*". El buen funcionamiento del mercado interior de los servicios de medios de comunicación, en consecuencia, "*se ve puesto en peligro por prestadores, incluidos los controlados por determinados terceros países, que practican de forma sistemática la desinformación, o la manipulación de información y la injerencia*"[76].

Por otra parte, el Reglamento (UE) 2024/1083 también prevé la posibilidad de iniciar un "diálogo estructurado" entre las partes implicadas, el *Comité Europeo de Servicios de Medios de Comunicación* y la sociedad civil, con el fin de garantizar el intercambio de experiencias y el desarrollo de mejores prácticas en la aplicación de

[75] REGLAMENTO (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior y se modifica la Directiva 2010/13/UE (DO L, 2024/1083, 17.4.2024).
[76] *Ídem*, considerando 4. Sin resaltar en el original.

este mecanismo de moderación y en la promoción del pluralismo de los medios de comunicación dentro de las propias plataformas en línea. En este contexto se propone "efectuar un seguimiento de la adhesión a iniciativas de autorregulación destinadas a proteger a los usuarios de contenidos nocivos, como la desinformación y la manipulación de información e injerencia por parte de agentes extranjeros" (cfr. artículo 19.1.c, Reglamento citado).

V.iv. Reglamento (UE) 2024/1689 de IA

El ya citado Reglamento (UE) 2024/1689 aborda la regulación de los sistemas de IA desde la *perspectiva de los riesgos* que los mismos son capaces de producir.[77] En este sentido, establece una trilogía: *riesgos inaceptables* y, por tanto, prohibidos[78]; *riesgos altos*, a los que somete a una serie de requisitos y obligaciones[79]; y "determinados sistemas de IA" (es decir, el resto) a los que somete a obligaciones de transparencia[80].

En este trabajo nos concentramos en la regulación de los demás sistemas de IA (de aquellos que no constituyen riesgos inaceptables ni riesgos altos), dentro de la cual están reguladas las *deepfakes*.

El Reglamento (UE) 2024/1689 dedica el artículo 50 del capítulo IV (titulado "obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables de determinados sistemas de IA") e impone obligaciones fundamentalmente de información a los "proveedores" de sistemas de IA, y también a los "responsables" del despliegue de determinados sistemas de IA. En su artículo 3.4 define a estos últimos: se trata de "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". También se define al proveedor en el artículo 3.3, como "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

[77] Se deja de lado la cuestión de los modelos de IA de uso general, que el reglamento también regula (cfr. artículo 3. 63) aunque se centra en los sistemas de IA.
[78] Reglamento (UE) 2024/1689, citado, capítulo II, art. 5.
[79] *Ídem*, capítulo III, artículos 6 al 27.
[80] *Ídem*, capítulo IV artículo 50.

introduzca en el mercado o ponga en servicio el sistema de IA con su propio nombre o marca, previo pago o gratuitamente".

La estructura del citado artículo 50 establece 5 supuestos: 1) sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas; 2) sistemas de IA de uso general que generen contenido sintético de audio, imagen, video, texto; 3) sistemas de reconocimiento de emociones o de categorización biométrica; 4) sistemas de IA que generen o manipulen imágenes o contenidos de audio o video que constituyan una ultrasuplantación: y 5) sistemas de IA que generen o manipulen texto que se publique con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público. En razón del objeto de este trabajo nos concentraremos en el cuarto supuesto.

V.iv.a. La obligación de "etiquetado"

El artículo 50.4 (Reglamento citado) establece literalmente que "los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o video que constituyan una ultrasuplantación *harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial*".[81]

Lo primero que tenemos que destacar es que el Reglamento (UE) 2024/1689 hace responsable de la obligación de informar al responsable del despliegue del sistema de IA que genere la *deepfake*, y no al proveedor. Es decir, se hace responsable a aquellas personas que utilicen el sistema de IA generador de la *deepfake*. El segundo punto a tener en consideración es que se obliga a dichos sujetos a que "hagan público" que esos contenidos han sido generados o manipulados de manera artificial.

Sin embargo, el Reglamento (UE) 2024/1689 no señala de manera específica cómo se debe implementar dicha obligación, es decir, cómo, exactamente, se debe hacer público que una determinada *deepfake* ha sido generada o manipulada por un sistema de IA. El párrafo 134 del preámbulo ofrece algunos indicios al respecto. Además de las soluciones técnicas utilizadas por los proveedores del sistema de IA, los responsables del despliegue que utilicen un sistema de IA para "*generar o manipular un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA*

[81] Si resaltar en el original.

que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos (ultrasuplantaciones) deben también *hacer público, de manera clara y distinguible*, que este contenido ha sido creado o manipulado de manera artificial *etiquetando* los resultados de salida generados por la IA en consecuencia e indicando su origen artificial".[82]

El mismo párrafo 134 aclara que, el cumplimiento de esta obligación de transparencia, no debe interpretarse como un indicador de que la utilización del sistema de IA o de sus resultados de salida obstaculiza el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de las artes y de las ciencias, garantizados por la CDFUE.

V.iv.b. Riesgos vinculados al proceso electoral

El Reglamento (UE) 2024/1689 prohíbe los "riesgos inaceptables", así como los que amenazan la seguridad o los derechos y libertades de los ciudadanos, incluidas las prerrogativas relacionadas con el ejercicio libre, consciente y autodeterminado de la participación política. En esta categoría, se incluyen las aplicaciones capaces de manipular el comportamiento humano[83] e identificar o proporcionar información sobre las vulnerabilidades de determinados grupos, así como las circunstancias especiales que implican la categorización biométrica o la videovigilancia masiva por parte de las autoridades en espacios públicos.

También afectan a los procesos electorales los sistemas de "alto riesgo", que amenazan infraestructuras críticas y pueden interferir en los derechos de las personas, como los relacionados con los derechos democráticos (gestión del censo electoral, reconocimiento de firmas en el voto por correo o sistemas de identificación biométrica para el acceso al voto). Todos los sistemas que utilicen estas técnicas deberán garantizar: a) la gobernanza de los datos, de forma que mantengan estándares de calidad y estén libres de sesgos y discriminaciones; b) la

[82] Sin resaltar en el original.
[83] Ejemplos de estas prácticas son las técnicas de marketing y la publicidad subliminal, que se introducen en la conciencia de las personas para alterar sustancialmente su comportamiento de forma potencialmente perjudicial para sus intereses.

seguridad y la supervisión humana en todos los ciclos[84]; c) el cumplimiento de sus deberes de transparencia sobre el funcionamiento del sistema; d) el registro en una base de datos a nivel comunitario; y e) la superación del test de conformidad, con vistas a la obtención de la correspondiente certificación. Por último, los sistemas de riesgo medio o bajo, como los asistentes virtuales o chatbots que no afectan directamente a la privacidad, inicialmente no suponen riesgos significativos para los derechos y libertades, aunque eventualmente puedan ser utilizados en aplicaciones de recomendación de voto. En esta dimensión, la medida básica garantiza la transparencia, para que los usuarios puedan entender cómo funcionan y sus principales características y puedan evitar sesgos ideológicos o partidistas.

V.v. Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)

No debemos olvidarnos en este análisis del Reglamento (UE) 2016/679[85] en la medida que regula el "tratamiento de datos personales en el contexto de elecciones" y establece una serie de previsiones y limitaciones como el consentimiento explícito, el tratamiento de datos para cumplir una obligación legal o de interés público, etc. incluidas las obligaciones de los responsables del tratamiento de datos. Entre estas obligaciones se encuentra la de los actores políticos de informar a las personas sobre el tratamiento de sus datos y, muy especialmente, sobre la identidad del responsable, los fines del tratamiento, fuentes de los datos, destinatarios, etc. En su considerando 56 este Reglamento afirma que, si en el marco de actividades electorales, "el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas".

[84] El ciclo de vida de la IA incluye técnicamente las siguientes fases: 1. diseño, datos y modelización (planificación, recopilación de datos y construcción del modelo); 2. desarrollo y validación (entrenamiento y pruebas); 3. despliegue; 4. supervisión y perfeccionamiento (solución de cualquier problema que se produzca).

[85] 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 (DO L 119 de 4.5.2016, pp. 1-88).

Obsérvese que en el contexto de unas elecciones la serie de datos recogidos y tratados pertenecen muchos de ellos a la categoría de sensibles, por lo que tanto los encargados como los responsables del tratamiento tienen que aplicar medidas adecuadas para garantizar el nivel de seguridad que se exige en proporción con los riesgos que entrañan.

V.vi. Reglamento (UE) 2024/900 sobre transparencia y segmentación de la publicidad política

El Reglamento (UE) 2024/900[86] busca apoyar unas elecciones libres y justas y también afecta a actividades para las que se está utilizando ya IA. De esta manera: a) amplia el concepto de publicidad política; b) reduce la fragmentación jurídica y elimina los obstáculos habituales de los servicios transfronterizos; c) aumenta las obligaciones de transparencia de la publicidad política (definiendo como tal la que realizan los partidos políticos pero también los anuncios temáticos), que deberá identificarse como tal y ofrecer información básica sobre el patrocinador, las elecciones a las que está vinculada, el importe invertido y las técnicas de segmentación utilizadas; d) restringe el uso de técnicas de microsegmentación y amplificación para este tipo de publicidad política, que a partir de ahora sólo podrá realizarse con datos recabados directamente del sujeto, con su consentimiento explícito y distinto para este uso; e) prohíbe, en cualquier caso, la microsegmentación basada en datos personales que afecten a la raza, la etnia o las opiniones políticas; y f) prohíbe la contratación de publicidad por parte de organizaciones de terceros países durante los tres meses anteriores a la votación.

VI. Convención sobre IA y Derechos humanos, Democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa (2024)

Esta Convención[87] busca establecer un marco legal "global" que garantice que las actividades relacionadas con sistemas de inteligencia artificial (IA) respeten los

[86] REGLAMENTO (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de marzo de 2024, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política (DO L, 2024/900, 20.3.2024).

[87] Los trabajos preparatorios se iniciaron en 2019, cuando se encargó al Comité ad hoc sobre Inteligencia Artificial (CAHAI) examinar la viabilidad de dicho instrumento. Tras su mandato, en 2022 le sucedió el Comité sobre Inteligencia Artificial (CAI), que redactó y negoció el texto. El Convenio Marco fue elaborado por los 46 Estados miembros del Consejo de Europa, con la participación de todos los Estados observadores: Canadá, Japón, México, la Santa Sede y los Estados

derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Dirigido a la actuación de los Estados firmantes, incluye principios sobre dignidad humana, transparencia, responsabilidad, privacidad, y no discriminación.

Los sistemas de IA se definen como "*sistemas basados en máquinas que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere de los datos que recibe cómo generar salidas tales como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de inteligencia artificial varían en sus niveles de autonomía y adaptabilidad tras su despliegue*" (cfr. artículo 2).[88]

El artículo 5 establece la obligación de los firmantes de adoptar "medidas que garanticen que los sistemas de inteligencia artificial no se utilicen para socavar la integridad, independencia y eficacia de las instituciones y procesos democráticos, incluyendo el principio de la separación de poderes, respeto por la independencia judicial y acceso a la justicia", así como de "proteger sus procesos democráticos en el contexto de las actividades relacionadas con los sistemas de inteligencia artificial, incluyendo el acceso justo y la participación en el debate público, y la capacidad de las personas para formar libremente sus opiniones."

El artículo 16, por su parte, establece un marco de gestión de riesgos e impactos para los sistemas de IA. Cada parte debe adoptar medidas para identificar, evaluar, prevenir y mitigar los riesgos que estos sistemas pueden suponer para los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. Estas medidas deben ser proporcionales al contexto, la gravedad y probabilidad de los impactos. Además, deben incluir monitoreo continuo y pruebas previas a su uso. También se prevé la posibilidad de imponer moratorias o prohibiciones a usos de la IA que sean incompatibles con estos valores.

De forma similar a lo previsto por el Reglamento (UE) sobre IA, el *Convenio Marco* también establece la obligación de las partes contratantes de evaluar el riesgo que plantean los sistemas de IA durante su ciclo de vida.[89]

Unidos de América, así como la Unión Europea, y un número significativo de Estados no miembros: Australia, Argentina, Costa Rica, Israel, Perú y Uruguay. Se trata del primer tratado internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de la IA, fue abierto a la firma el 5 de septiembre de 2024.

[88] Sin resaltar en el original.

[89] Convención Marco, capítulo V.

VII. No es el futuro sino el presente: la *Curtea Constituțională* (Corte Constitucional rumana) anula las elecciones presidenciales a causa de la desinformación

Si bien no se trata de la primera vez que una Corte Constitucional anula unas elecciones presidenciales en Europa[90], es la primera vez que la desinformación a causa del uso de la IA generativa se señala como fundamento de la decisión.[91] No se trata de un capítulo de una novela de ficción en un futuro distópico. Es el presente, ocurrió en Rumanía y la controvertida decisión involucró inclusive al TEDH.

En el ejercicio de su jurisdicción constitucional[92], la *Curtea*, a través de su *sentencia nº 32* (2024)[93] declaró nulo todo el procedimiento electoral relativo a la elección del Presidente de la República[94], delegando en el Gobierno la decisión de fijar la fecha de una nueva elección presidencial.

En opinión de la *Curtea,* el voto de los electores rumanos fue manipulado y se produjo una distorsión del principio de igualdad de oportunidades entre los candidatos en las elecciones presidenciales. Lo anterior, debido al uso poco transparente de las tecnologías digitales y la IA. En particular, el problema estuvo en la desinformación transmitida, según la *Curtea*, por la comunicación política que: a) no revelaba su carácter político; b) venía de patrocinadores no pertenecientes a la UE; y c) fueron objeto de técnicas de focalización o distribución de material publicitario (SASSI & STERPA, 2025: p. 163).

[90] Aunque con motivaciones diferentes incluso con la que analizamos, recordamos las anulaciones de las elecciones presidenciales ordenadas por los tribunales constitucionales austriaco, búlgaro y ucraniano, respectivamente, en 2016 y 2024 (SASSI & STERPA, 2025: nota al pie 3).

[91] Días antes se habían hecho públicos los documentos presentados en la reunión del Consejo Supremo de Defensa Nacional del 28 de noviembre de 2024 a partir de los cuales la *Curtea* considera que el nombrado procedimiento electoral adolecía en todo momento y en todas las fases de múltiples irregularidades y violaciones de la legislación electoral que distorsionaban el carácter libre y justo del voto.

[92] El artículo 146 letra f) de la Constitución rumana afirma que la *Curtea* tiene -entre otras atribuciones- la de velar por el respeto del procedimiento para elegir al Presidente de Rumania y confirma los resultados del sufragio.

[93] CORTE CONSTITUCIONAL (RUMANÍA), sentencia nº 32 de 6 diciembre de 2024 (traducción en italiano disponible en *Nomos*. *Le attualità nel diritto* – 3/2024).

[94] Las elecciones presidenciales se celebraron en Rumanía el 24 de noviembre de 2024, y debido a que ningún candidato alcanzó la mayoría requerida, inicialmente se celebraría una segunda vuelta el 8 de diciembre. El resultado de la primera vuelta fue visto como una sorpresa, ya que el candidato independiente Călin Georgescu y la política de centroderecha Elena Lasconi avanzaron a la segunda vuelta.

Entrando en el análisis del fondo de la *sentencia nº 32*, es posible "sistematizar" las violaciones al orden constitucional rumano en tres ámbitos diferentes, aunque unidos por el mismo hilo conductor (GIANELLO, 2025: p. 361).

En primer lugar, la *Curtea* llegó a la conclusión que se infringió la libre expresión del sufragio popular. El Presidente de Rumania es elegido (cfr. artículo 81.1, Constitución rumana) por "sufragio universal, igual, directo, secreto y libremente expresado". La libertad de los electores para formarse una opinión, en este sentido, incluye el derecho a ser informados adecuadamente antes de tomar una decisión. En el presente caso, la libre expresión del voto fue violada -se argumenta- por el hecho de que los votantes fueron mal informados mediante una campaña electoral en la que uno de los candidatos se benefició de una promoción agresiva, llevada a cabo eludiendo la legislación electoral nacional y explotando abusivamente los algoritmos de las plataformas de redes sociales. Todo lo cual tuvo como efecto "distorsionar" la expresión de voluntad de los votantes.[95]

En segundo lugar, la *Curtea* sentencia la violación de la igualdad de oportunidades de los candidatos a ser elegidos (cfr. artículo 37, Constitución rumana). En concreto, se afirma que las irregularidades en la campaña electoral tuvieron un impacto en los competidores electorales, ya que crearon una desigualdad manifiesta entre el candidato que manipuló las tecnologías digitales y los demás candidatos que participaron en el proceso electoral. La exposición significativa de un candidato ha llevado a una reducción directamente proporcional de la exposición en los medios en línea de los otros candidatos durante el proceso electoral.[96]

Finalmente, la *Curtea* señala una violación de la legislación electoral en relación con las fuentes de financiamiento. Las declaraciones presentadas ante las autoridades electorales nacionales por uno de los candidatos respecto a su presupuesto de campaña, demostraron una clara inconsistencia respecto a los gastos incurridos.[97]

[95] Véase CORTE CONSTITUCIONAL (RUMANÍA), sentencia nº 32 de 6 diciembre de 2024, párr. 13-14.
[96] *Ídem*, párr. 16.
[97] *Ídem*, párr. 17.

Tras la decisión de la *Curtea*, el candidato Georgescu -invocando, entre otros, el artículo 3 del Protocolo 1 (CEDH)[98]-, recurrió al TEDH. El demandante argumentó que la decisión derivada de la *sentencia nº 32* (2024) constituía una violación al derecho a elecciones libres. El TEDH rechazó la denuncia al interpretar que, en el caso en cuestión, no se verifica tal violación y la consideró inadmisible (cfr. artículo 35.3 a), CEDH), ya que el citado artículo 3 se refiere "únicamente" a la elección del órgano legislativo.[99]

Si bien es cierto que la disposición no debe interpretarse en el sentido de incluir solo a los parlamentos nacionales, sino que se refiere a la estructura constitucional del Estado en cuestión, para el TEDH el papel del Presidente de la República Rumana no puede ubicarse dentro de este sentido más amplio de legislador. Esto se debe tanto a que no tiene poderes de iniciativa, como a que es la propia Constitución rumana la que establece expresamente que el Parlamento es el único poder legislativo del país (cfr. artículo 61.1).[100]

VIII. Algunas conclusiones: ¿en la búsqueda del "algoritmo de la verdad"? Los sistemas de filtrado y la libertad de expresión e información

El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en su interpretación del artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) -que garantiza la libertad de expresión y de información[101]- siguiendo al TEDH sostiene que las restricciones a dicha libertad deben respetar el test de necesidad y proporcionalidad (RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, 2014).

Siguiendo esta interpretación, el TJUE ha rechazado la aplicación de "sistemas genéricos de filtrados" por resultar contrarios al reconocimiento de la libertad de expresión. En la saga de sentencias *SABAM*, en este sentido, declaro opuesto al artículo 11.1 (CDFUE) la aplicación concreta de un sistema de filtrado

[98] El artículo se titula "Derecho a elecciones libres" y dice: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".
[99] TEDH (sala cuarta), decisión de 11 de febrero de 2025, *Georgescu c. Rumania*, nº 37327/24.
[100] *Ídem*, párrs. 21-27.
[101] Lo norma citada dice: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo".

realizado en Bélgica mediante orden judicial para salvaguardar derechos de propiedad intelectual.[102] Para el TJUE, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el sistema "*no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito*".[103]

En el asunto *Telekabel* (2014) el TJUE sostuvo que, la exigencia del "justo equilibrio" (cfr. artículo 52.1, CDFUE), debe estar presente en todos los derechos fundamentales aplicables al caso, con la condición, no obstante, de que, por una parte, "no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual".[104]

Más recientemente, en el asunto *Polonia c. Comisión y Consejo* (2022), el TJUE confirma su jurisprudencia en el sentido de que, un sistema de filtrado, el cual "implique el riesgo de que no se distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, de modo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito, sería incompatible con el derecho de libertad de

[102] TJUE (Sala Tercera), sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771; y TJUE (Sala Tercera), sentencia de 16 de febrero de 2012, *Netlog c. SABAM*, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85. En concreto, este último estableció como contrario al derecho de la UE "un requerimiento judicial hecho por un juez nacional por el que se ordene a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer un sistema de filtrado: de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios; que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela; con carácter preventivo; exclusivamente a sus expensas, y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar en la red de dicho proveedor archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnere los derechos de autor".

[103] TJUE (Sala Tercera), sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, apartado 51-52. Sin resaltar en el original.

[104] TJUE, sentencia de 27 de marzo de 2014, *Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, apartado 63.

expresión y de información, garantizado en el artículo 11 de la Carta, y no respetaría el justo equilibrio entre este derecho y el derecho de propiedad intelectual"[105].

Esta jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo no descarta de manera absoluta la posibilidad de utilizar sistemas de filtrado de contenidos, pero sí obliga a que se trate del bloqueo de contenidos precisos y en base a parámetros claros, predeterminados y objetivamente justificables que rijan cualesquiera medidas para restringir el contenido de terceros que vaya más allá de los requisitos legales. Todo lo cual lleva a una cuestión central: la necesidad de transparencia en los procesos de evaluación y selección de las noticias que se difunden. Los intermediarios están obligados a facilitar información sobre el funcionamiento de sus algoritmos porque, en última instancia, están afectando al derecho de acceso a la información y se debe tener acceso a la fiscalización de ese poder.

La solución a los interrogantes que planteamos al inicio de estas páginas sobre qué es verdad o mentira en la era digital, y cómo se afecta el debate público en una sociedad algoritmica, no lo resuelve el propio algoritmo. Este, por definición, nunca va a ser capaz de distinguir lo verdadero de lo falso. No está a nuestro alcance -almenos hasta la fecha- diseñar un "algoritmo de la verdad" aunque puede resultar un instrumento útil si ayuda, por ejemplo, a valorar la calidad de las páginas web de las que surge la noticia en función de la veracidad de los datos que contiene, destacando aquellos datos de las noticias que el usuario ha de contrastar para formarse una opinión o señalando las noticias falsas y contextualizándolas.

El algoritmo, y esta es una primera respuesta en un tránsito hacia lo desconocido que apenas comienza, es un instrumento que debe complementarse, como mínimo, con un equipo humano de verificación. El *fact-checking* automático y automatizado no puede sustituir a las personas. Este hecho constituye el principal puente que comunica el presente digital con el pasado analógico.

IX. Bibliografía

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2022). *La Constitución del algoritmo*. Fundación Giménez Abad.

[105] TJUE, sentencia de 26 de abril de 2022, *Polonia c. Comisión y Consejo*, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, apartado 86.

BINDI, E. (2019). El debate sobre las noticias falsas en las elecciones (fake news). *Rivista di diritto dei media*, (2), pp. 54–76.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. (2017). *Act to improve enforcement of the law in social networks (Network Enforcement Act – NetzDG)* [Traducción oficial al inglés]. Accesible en https://www.bmjv.de/SharedDocs/ Gesetzgebungsverfahren/EN/NetzDG_engl.html

CARRILLO FRANCO, C. (2023). Las libertades de expresión e información en el contexto digital. *Estudios de Deusto-Revista de Derecho Público*, 71(2), pp. 51–89.

CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2019). La democracia algorítmica: inteligencia artificial, democracia y participación política. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50).

CAVEDON-TAYLOR, D. (2025). Deepfakes and Democracy: A Catch-22? *Journal of the American Philosophical Association*, pp. 1–20.

CERNADA BADÍA, R. (2023). La transparencia de las plataformas digitales como garantía democrática en el control de la desinformación: una vuelta al Derecho público en clave algorítmica. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, (68), pp.151–184.

COMISIÓN EUROPEA. (2020). *Assessment of the Code of Practice on Disinformation: Achievements and areas for further improvement* (SWD (2020) 180 final, 10 de septiembre de 2020). Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020SC0180

COMISIÓN EUROPEA. (2024). *Directrices de la Comisión para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño para la reducción de los riesgos sistémicos en los procesos electorales de conformidad con el artículo 35, apartado 3, del Reglamento (UE) 2022/2065* (COM (2024) 3014 final, 26 de abril de 2024, párrs. 1–3). Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ TXT/ ?uri=CELEX:52024DC3014

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (2021). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Alemania* (CCPR/C/DEU/CO/7). Accesible en: https://undocs.org/es/CCPR/C/DEU/CO/7

CONSEIL D'ÉTAT (FRANCIA). (2018). *Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations: Résolution de la Assemblée générale del 19 de abril de 2018*, párr. 18. Accesible en: https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/avis/avis-sur-les-propositions-de-loi-relatives-a-la-lutte-contre-les-fausses-informations

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (2018). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/HRC/38/35)*. Accesible en: https://undocs.org/A/HRC/38/35

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (2021). *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión: Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión* (A/HRC/47/25). Accesible en: https://undocs.org/es/A/HRC/47/25

COTINO HUESO, L. (2022). Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación. *Teoría y Realidad Constitucional-UNED*, (49), pp.199–238.

CRAUFURD-SMITH, R. (2019). Fake news, French law and democratic legitimacy. Lessons for the United Kingdom? *Journal of Media Law*, 11(1), pp. 52–81.

CREMONE, A. (2025). Libertà di espressione e nuove tecnologie: a complicated relationship. *Rivista italiana di informatica e diritto*, (1), pp. 442–473.

DE GREGORIO, G. (2017). The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online? *Rivista di diritto dei media*, (1), pp. 91–105.

DI DOMENICO, A. (2025). «Misurare» il rischio con l'intelligenza artificiale? *Diritto penale contemporaneo*, (1), pp. 200–231.

ESTELLA, A. (2025). La regulación de las deepfakes (ultrasuplantaciones) en el reglamento de la UE sobre Inteligencia Artificial. *Revista de Administración Pública*, (226), pp. 261–290.

HELDT, A. (2019). Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports. *Internet Policy Review*, 8(2).

HERNÁNDEZ PEÑA, J. J. (2022). Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (124), pp. 41–73.

IANNOTTI DELLA VALLE, A. (2025). Libertà di espressione e valori democratici alla prova dei social media: il DSA e un nuovo caso TikTok europeo. *Federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, (13), pp. 84–101.

LAMBERTI, A. (2025). Costituzionalismo digitale, poteri delle piattaforme, intelligenza artificiale e democrazia. *Consulta Online*, (2), pp. 1083–1116.

LENDVAI, F. & GOSZTONYI, G. (2024). Deepfake y desinformación ¿Qué puede hacer el derecho frente a las noticias falsas creadas por deepfake? *Revista de internet, Derecho y Política*, (41).

MAGALLÓN ROSA, R. (2019). La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada. *Revista de Derecho Político-UNED*, (106), pp. 319–347.

MONTI, M. (2022). Lo Strengthened Code of Practice on Disinformation: un'altra pietra della nuova fortezza digitale europea? *Rivista di diritto dei media*, (2), pp. 317–321.

MONTILLA MARTOS, J. A. (2023). Inteligencia artificial y derechos de participación política. En *Derecho Público de la Inteligencia Artificial* (pp. 151–180). Fundación Manuel Giménez Abad.

ORLANDO, A. (2024b). La regolamentazione del deepfake in Europa, Stati Uniti e Cina. *Rivista di diritto dei media*, número especial I-2024, pp. 307–327.

PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2016). *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* (DO L 119 de 4.5.2016, pp. 1–88). Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri= CELEX:32016R0679

PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024a). *Reglamento (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior y se modifica la Directiva 2010/13/UE* (DO L 2024/1083, 17.4.2024). Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024R1083

PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024b). *Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de marzo de 2024, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política* (DO L 900, 20.3.2024). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024R0900

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2022). *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (DO L 277, 27 de octubre de 2022, pp. 1–102). Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065

PAUNER CHULVI, C. (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red. *Teoría y Realidad Constitucional-UNED*, (41), pp. 297–318.

PINELLI, C. (2017). «Postverità», verità e libertà di manifestazione del pensiero. *Rivista di diritto dei media*, (1), pp. 41–47.

POLLICINO, O. (2024). Disinformazione e Intelligenza Artificiale: "A Groovy Kind Of Love"? En *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* (Vol. XV, pp. 239–276). Editoriale Scientifica.

PROIETTI, G. (2024). L'impianto regolatorio della società dell'informazione tra vecchi e nuovi equilibri. Il fenomeno del deep fake. *Rivista di diritto dei media*, número especial I-2024, pp. 328–347.

REALE, C. M. & TOMASI, M. (2022). Libertà d'espressione, nuovi media e intelligenza artificiale: la ricerca di un nuovo equilibrio nell'ecosistema costituzionale. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo-DPCE online*, (1), pp. 325–336.

RELATOR ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. (2017). *Comunicación al Gobierno de Alemania sobre el proyecto de ley NetzDG* (OL DEU 1/2017). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Accesible en: https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoad PublicCommunication File?gId=23199

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2014). La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Estudios de Deusto-Revista de Derecho Público*, 62(2), pp. 93–119.

RUBIO, R. (2025). El uso de la Inteligencia Artificial en las campañas electorales y sus efectos democráticos. *Revista de Derecho Político-UNED*, (122), pp. 65–102.

SASSI, S. & STERPA, A. (2025). La Corte costituzionale della Romania difende la democrazia liberale dalla disinformazione. Prime note sulla sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024. *Federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, (4).

SCAFFARDI, L. (2022). Intelligenza artificiale, politica e democrazia. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo-DPCE online*, (1), pp. 337–349.

SCIANNELLA, L. (2022). Intelligenza artificiale, politica e democrazia. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo-DPCE online*, (1), pp. 337–349.

SERRA CRISTÓBAL, R. (2021). De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública. *Teoría y Realidad Constitucional-UNED*, (47), pp. 199–235.

STELLA, S. (2025). Il contrasto alla diffusione dei contenuti terroristici online a seguito dell'adozione del Digital Services Act: riflessi sulla tutela della libertà di espressione. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo-DPCE online*, (2), pp. 797–816.

SUÑÉ CANO, J. E. (2025). La Unión Europea frente a la mentira digital. En *Nuevas realidades: un enfoque desde el derecho* (pp. 52–81). Dykinson.

TERUEL LOZANO, G. M. (2023). Libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales. En *Derecho Público de la Inteligencia Artificial* (pp. 181–222). Fundación Manuel Giménez Abad.

ZACCARONI, G. (2024). Intelligenza artificiale e principio democratico: riflessioni a margine dell'emersione di un quadro normativo europeo. *Rivista Quaderni AISDUE*, fascicolo especial nº 2, pp. 19–50. Editoriale Scientifica

Sección Especial / *“Derecho, IA y nuevas tecnologías”*

ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL USO DE LOS DATOS EN LA ECONOMÍA DIGITAL[1]

Roberto Cippitani[2] y María Isabel Cornejo-Plaza[3]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025[4]
Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen

El presente artículo examina los desafíos jurídicos que plantea la economía digital en relación con la definición, clasificación y regulación de los datos, tanto personales como no personales, a los que se hace referencia como el «oro» o el «petróleo» del siglo XXI. En un contexto en el que los datos tienen una creciente relevancia económica y social, la Unión Europea, los países latinoamericanos y organizaciones internacionales como la OCDE, la OMS y la UNESCO han adoptado fuentes jurídicas que ponen de manifiesto la existencia de vacíos normativos y dificultades conceptuales, como la indefinición jurídica del término «dato», la ambigüedad entre datos personales y no personales, y la insuficiencia de las normas actuales (como el RGPD) para hacer frente a fenómenos como la inteligencia artificial o las neuro tecnologías. Además, se cuestiona la aplicabilidad del régimen tradicional de propiedad civil sobre los datos y se propone un enfoque alternativo en el que se privilegia la gobernanza colaborativa, el acceso abierto y el interés colectivo. El artículo concluye proponiendo la construcción de un nuevo estatuto jurídico para

[1] El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del Módulo Jean Monnet "e-Ride" (*Ethics and Research Integrity in the Digital Age*)(2024-2027), financiado por la UE, Programa Erasmus+, Grant Agreement no. 101175756 y del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las Ciencias Jurídicas del Doctorado de la Universidad Autónoma de Chile, Proyecto ANID código 8622004.

[2]Co-Director de la Cátedra ISAAC (Individual Rights in Scientific Research and Cooperation) de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid); Profesor titular del Instituto Nacional de Estudios Superiores en Ciencias penales (México) y de la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (México)

[3] Coordinadora académica del Módulo Jean Monnet e-Ride (*Ethics and Research Integrity in the Digital Age*); Directora de los grupos de IA y D y de Neurometa, Grupo de Investigación en Neuroderechos, Inteligencia Artificial y Metaverso y Directora del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las ciencias jurídicas de la Universidad Autónoma de Chile.

[4] Ponencia presentada en las "I Jornadas Internacionales sobre Derecho y Nuevas Tecnologías" que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo pasado.

los datos, adecuado a su función en la economía digital y coherente con los valores fundamentales.

Palabras clave: Inteligencia artificial, neurotecnologías,

Title: SOME LEGAL ISSUES REGARDING THE USE OF DATA IN THE DIGITAL ECONOMY

Abstract

The article examines the legal challenges posed by the digital economy in relation to the definition, classification and regulation of data, both personal and non-personal, referred to as the "gold" or "oil" of the 21st century. In a context where data is becoming increasingly important economically and socially, the European Union, Latin American countries and international organisations such as the OECD, WHO and UNESCO have adopted legal sources that highlight the existence of regulatory gaps and conceptual difficulties, such as the legal vagueness of the term "data", the ambiguity between personal and non-personal data, and the inadequacy of current rules (such as the GDPR) to deal with phenomena such as artificial intelligence and neurotechnologies. In addition, the applicability of the traditional civil property regime to data is questioned and an alternative approach is proposed that privileges collaborative governance, open access and the collective interest. The article concludes by proposing the construction of a new legal status for data, appropriate to its role in the digital economy and consistent with fundamental values.

Keywords: Artificial Intelligence, Neurotechnologies

Sumario: I. Contexto. II. Fuentes de las Organizaciones internacionales sobre la circulación de datos. III. Disciplinas jurídicas sobre los datos personales y no personales. IV. Libertad de circulación de los datos y sus límites. V. Problemas jurídicos de la disciplina jurídica de los datos. V.i. Definición e clasificación de los datos. V.ii. Indiferencia de los contenidos y neutralidad tecnológica. V.iii. Insuficiencia de las disciplinas sobre los datos personales para proteger todos los otros derechos e intereses fundamentales. VI. Cuestiones sobre los derechos y las relaciones jurídicas concernientes los datos. VI.i. Sujetos y obligaciones. VI.ii. Datos

y bienes. VI.iii. Datos y contratos. VII. Relevancia jurídica de los datos: necesidad de garantizar la calidad de los datos. VIII. Intereses colectivos y bienes comunes. IX. Gobernanza de la economía digital. X. Bibliografía.

I. Contexto

Según el informe "Estudio sobre el mercado europeo de datos 2024-2026" de la COMISIÓN EUROPEA (2024), la "economía de datos" se puede definir como el impacto global del mercado de datos en la economía en su conjunto, que incluye la generación, recopilación, almacenamiento, procesamiento, distribución, análisis, elaboración, entrega y explotación de datos brindados por las tecnologías digitales (LÓPEZ SABATER: 2017, p. 23). Ella sola valió UE+UK 814,544 billones de euro en el 2024, mientras que en el 2030 se espera que la economía de datos (siempre en Europa) supere el valor de 1100 billones de euros.

Solo el valor del mercado de los datos ha sido de 90,036 billones millones de euros en el 2024 y se prevé que alcance los 100 billones en el 2025. En EE. UU. dicho mercado es cuatro veces los de la EU.

El sitito web "Statista" estima que la esfera de datos global crecerá hasta los 51 zettabytes para 2025[5]. Se prevé que la economía "ecodigital global" (la combinación de ecología y digitalización) duplique su tamaño, pasando de 16,6 billones de dólares en 2023 a casi 32,9 billones de dólares en 2028, un crecimiento superior al 98% (CONSULTANCY.EU: 2024).

Dada la importancia de la economía digital, se habla de los datos como el "nuevo petróleo" o el "nuevo oro" y se utilizan expresiones como "fiebre del oro contemporánea" para indicar la relevancia geopolítica de controlar la producción y el uso de los datos.

Pero los datos son cruciales no solo desde el punto de vista económico, sino también debido a su relevancia social y su impacto en actividades como cultura, salud, educación, justicia, laboral, seguridad, investigación entre otros.

En la era digital, los datos y la información constituyen el principal activo económico, pero, por otro lado, su recopilación, procesamiento y circulación han

[5] Un zettabyte corresponde a 1021 bytes, o 1 000 000 000 000 000 000 000 000 (un trillón) de bytes

evolucionado a tal magnitud con la ayuda de las tecnologías, especialmente con la irrupción de la Inteligencia Artificial y las neurotecnologías, que han desafiado a la legislación existente en algunos países (por ejemplo, en la Unión Europea y en muchos países latinoamericanos como Chile) que no se ajustan todavía a estos cambios.

II. Fuentes de las Organizaciones internacionales sobre la circulación de datos

Las principales organizaciones internacionales han desarrollado marcos, principios y políticas para regular y facilitar la circulación de datos personales y no personales, buscando equilibrar la protección de derechos fundamentales con la promoción de la innovación, la cooperación internacional y el desarrollo económico.

La OCDE ha sido pionera en establecer directrices internacionales sobre la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales. Sus "Directrices sobre la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales" (1980, revisadas en 2013) identifican principios como la limitación de la recogida, calidad de los datos, especificación del propósito, limitación del uso, salvaguardias de seguridad, apertura, participación individual y responsabilidad.

La OCDE también promueve el acceso y el intercambio de todo tipo de datos (personales, no personales, abiertos, privados, públicos) para maximizar beneficios sociales y económicos, siempre bajo principios de confianza, interoperabilidad y protección adecuada según el contexto del dato.

Aunque la Organización Mundial de Comercio (OMC) no tenga directrices específicas sobre protección de datos, sus fuentes destacan la importancia de los flujos transfronterizos de datos para el comercio digital. Los debates en la OMC giran en torno a cómo facilitar estos flujos respetando las regulaciones nacionales sobre privacidad y protección de datos, buscando evitar barreras innecesarias al comercio electrónico, pero permitiendo excepciones legítimas por motivos de protección de datos personales.

Por su parte la OMS (Organización Mundial de la Salud) adoptó en 2024 una Política de Protección de Datos Personales que establece principios con el fin de

regular la recolección, análisis, publicación y transferencia de datos personales, especialmente de salud.

UNESCO, como agencia de la ONU, aplica principios específicos para el procesamiento de datos personales: procesamiento justo y legítimo (con consentimiento, interés superior del titular o mandato institucional), especificación de propósito, proporcionalidad y necesidad, transparencia, transferencias seguras y rendición de cuentas. UNESCO puede transferir datos a terceros si garantiza protección adecuada, y mantiene mecanismos internos de supervisión y respuesta ante consultas o incidentes.

III. Disciplinas jurídicas sobre los datos personales y no personales

Desde el punto de vista normativo, los sistemas jurídicos de Europa y Latinoamérica, más que otros continentes, están adoptando, de manera convergente, fuentes jurídicas para disciplinar el uso de los datos (CIPPITANI & CORNEJO-PLAZA, 2025).

En Europa, hace unas décadas, se está elaborando una disciplina jurídica sobre ese tema, sea en el ámbito del Consejo de Europa y, sobre todo, en el Derecho de la Unión Europa. En ese sistema jurídico, la protección de los datos personales como un derecho fundamental (véanse los artículos 2, 6 y 21 del Tratado de la Unión Europea, así como el artículo 8 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) reglado por el 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 (en adelante "GDPR" desde el acrónimo en inglés por "General Data Protection Regulation").

En América Latina, al no existir una integración como la de la UE la situación es obviamente más fragmentada desde el punto de vista normativo. Por ejemplo, en México la Constitución reconoce el derecho al "habeas data" (véase los artículos 6 y 16) y una Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares de 2010 (LFPDPPP) y su Reglamento de 2011 regla la protección de datos personales. La reforma constitucional del 2014 ha establecido un Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)

(véase el artículo 6, párr. A, fracción VIII). Otros países de América Latina han adoptados medidas legislativas y organizativas que prevén el "habeas data" para proteger los datos personales, como, por ejemplo: Argentina (véase la Ley de Protección de Datos Personales 25.326 del 2000 y la Agencia de Acceso a la Información Pública, Provisión 60-E/2016), Colombia (véase el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 1581 de 2012; la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) está facultada para ejercer la vigilancia); Brasil (Ley 13.709 del 2018 o LGPD; se ha establecido una Autoridad Nacional de Proteção de Dados o "ANPD", por la Medida Provisoria 869/18); Uruguay (véase la Ley N° 18331 del 2008); en Chile, la Ley de Protección de Datos Personales está regulada por la Ley 21.719, publicada el 13 de diciembre de 2024 con vigencia diferida para el 2026. Esta ley crea la Agencia de Protección de Datos Personales (APPD). Además, existe la reforma constitucional del año 2018, Ley No. 21.096, que modificó el artículo 19 No. 4 de la Constitución Política de la República que consagra el derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa como un derecho independiente del derecho a la vida privada.

La UE, desde la década de los años '90, ha ido elaborando una estrategia política y una disciplina jurídica sobre los datos que incluye también los datos no personales.

En un primer momento las fuentes europeas han planteado la construcción de una "sociedad del conocimiento" ("*Knowledge-based society*" véase el documento "Crecimiento, competitividad y empleo" de 1995; la Estrategia de Lisboa de 2000; "Europa 2020" de 2010) es decir una sociedad-economía basada en el conocimiento, que es el producto del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), de manera coherente con los valores europeos como la dignidad, la solidaridad y la protección del medio ambiente.

En el nuevo milenio, la Comisión ha elaborado una estrategia enfocada sobre los datos y las tecnologías digitales, en el ámbito de documentos como "*2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade"*, de 2021; *Shaping Europe's digital fut*ure" de 19 de febrero de 2020; "*Digitising European Industry Reaping the full benefits of a Digital Single Market"*, de 19 de abril de 2016, sobre el establecimiento de un mercado único digital.

Además, el 19 de febrero de 2020, la Comisión Europea ha publicado una comunicación titulada "Una estrategia europea para los datos", que forma parte de un paquete más amplio de documentos políticos, que también incluye una "Comunicación sobre la configuración del futuro digital de Europa" y un "Libro Blanco sobre la inteligencia artificial" como enfoque europeo de la excelencia y la confianza.

Para garantizar que la UE coseche los beneficios de un mejor uso de los datos, incluidos una mayor productividad y unos mercados competitivos, pero también mejoras en la salud y el bienestar, el medio ambiente, una gobernanza transparente y unos servicios públicos asequibles, la Estrategia Europea de Datos contribuye a un planteamiento global de la economía de los datos que pretende aumentar el uso y la demanda de datos y de productos y servicios basados en datos en todo el mercado único.

En este contexto, la UE ha ido aprobando muchas normas que se refieren a la gobernanza y circulación de los datos en ámbito económico y no económico, entre las cuales podemos citar: Reglamento (UE) 2023/2854 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Reglamento de Datos); Reglamento (UE) 2022/1925 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Reglamento de Mercados Digitales); Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales); Reglamento (UE) 2022/868 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Ley de Gobernanza de Datos); Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la libre circulación de los datos no personales; Reglamento (UE) 2024/2847 sobre los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales; Directiva (UE) 2019/1024 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, etc.

El propio 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 (Reglamento de la "Artificial Intelligence Act", en lo que sigue

AIA) prevé reglas específicas sobre el uso de datos personales y sobre la obligación de garantizar la calidad de los datos (véase el artículo 10 AIA).

IV. Libertad de circulación de los datos y sus límites

En las fuentes jurídicas e institucionales antemencionadas se destaca en particular la importancia que los datos deban fluir libremente, incluso entre países.

La circulación de datos es un eje fundamental en la economía digital, actuando como catalizador para la innovación, el comercio transfronterizo y el desarrollo social.

La OCDE, por ejemplo, desde su Recomendación de 1980 sobre su Directrices de Privacidad, reconoce que los flujos transfronterizos de datos personales son esenciales para el comercio. Estas directrices buscan armonizar legislaciones nacionales para evitar obstáculos injustificados, promoviendo principios como el consentimiento informado, la limitación de la finalidad y la seguridad de los datos.

Un informe conjunto de la OCDE con la OMC (2025) cuantificó el impacto económico de la circulación de datos: políticas equilibradas que combinen apertura y garantías de confianza podrían aumentar el PIB global en un 1,77% y las exportaciones en un 3,6%, con beneficios más pronunciados en países en desarrollo (hasta +4% en PIB). Por el contrario, la fragmentación normativa total podría reducir el PIB mundial en 4,5%.

Por otra parte, la normatividad de la Unión Europea en tema de datos tiene como objetivo, ante todo, garantizar la libre circulación de datos. En efecto, el objetivo de garantizar la libre circulación está claramente expresado por el Reglamento (UE) 2018/1807 (véase el artículo 1) y por el Reglamento (UE) 2016/679 (véase el artículo 3, párr. 3, GDPR).

Además, la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público tiene como objetivo promover el uso de datos abiertos y estimular la innovación en productos y servicios. Según el artículo 10 de la Directiva 2019/1024: "*Los Estados miembros apoyarán la disponibilidad de los datos de investigación mediante la adopción de políticas nacionales y actuaciones pertinentes destinadas a hacer que los datos de la investigación financiada*

públicamente sean plenamente accesibles ("políticas de acceso abierto") en aplicación del principio de apertura por defecto y de compatibilidad con los principios FAIR" [6]. La necesidad de garantizar la circulación de datos es funcional al funcionamiento del mercado interno (CIPPITANI, 2023.a: p. 157) y de la investigación científica para construir el así llamado Espacio Europeo de la Investigación (ver el artículo 179 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europeo; sobre los aspectos jurídicos) (CIPPITANI, 2023b).

Sin embargo, la circulación de datos encuentra limites debidos a la necesidad de proteger intereses fundamentales como el derecho a los datos personales (véase el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el "habeas data" de las constituciones latinoamericanas), así como intereses económicos o la seguridad (CIPPITANI, 2023c) (véase lo previsto en el artículo 1.2.d de la Directiva 2019/1024).

Pero, la mayoría de los obstáculos dependen de la fragmentación normativa entre países y los conflictos entre soberanía nacional y conectividad global.

La UNCTAD advierte que, sin marcos coordinados, se perpetúan riesgos como la violación de privacidad y la concentración de poder en corporaciones tecnológicas, lo que exige acuerdos internacionales inclusivos que equilibren intereses comerciales, derechos individuales y desarrollo sostenible.

Si bien es importante la protección de intereses fundamentales (como la privacidad o la seguridad), eso puede obstaculizar objetivos de interés general, como la investigación biomédica o la protección de la salud pública.

Frente a estas tensiones, diversas instituciones europeas han comenzado a proponer un cambio de paradigma. El Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS), por ejemplo, aboga por una "solidaridad digital" que permita compartir datos de forma responsable en situaciones de emergencia, sin reproducir modelos económicos basados en la vigilancia sistemática (Supervisor Europeo de Protección

[6] FAIR se refiere a que los datos sean *Findeble, Accesible, Interoperables y Reusables*, tal y como se propone en el artículo *The FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship* por Mark D. Wilkinson y otros en la revista Scientific Data, v.3; 2016. Esta propuesta es ampliamente aceptada en la comunidad científica y ha pasado a formar parte de los documentos y disposiciones normativas de la Unión Europea. En resumen, el significado de estos principios es: Localizables (otros pueden encontrar esos datos), Accesibles (los datos pueden ser accesibles a otros), Interoperables (los datos pueden ser integrados con otros datos y/o pueden ser fácilmente utilizados por máquinas), Reutilizables (los datos pueden ser reutilizados en nuevas investigaciones.

de Datos (EDPS), "Digital solidarity: a European response to data use in emergencies", 2020). A nivel internacional la Declaración de Roma del G20 apunta hacia una gobernanza transnacional de los datos que combine el respeto de los derechos fundamentales con la promoción del bien común global (Declaración de Roma del G20, Principios n.º 7 y 10, mayo de 2021; CIPPITANI, 2023).

En este contexto, la Ley de Gobernanza de Datos (Reglamento (UE) 2022/868) introduce el concepto jurídico de altruismo de los datos, definido como el tratamiento voluntario de datos personales y no personales por parte de personas físicas y jurídicas sin ánimo de lucro, con fines de interés general como la sanidad, la protección medioambiental o la investigación científica (Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza de datos (*Data Governance Act*), artículos 2.10, 16-22). Este nuevo mecanismo permite a los ciudadanos donar sus datos de manera estructurada y segura a entidades reconocidas oficialmente como organizaciones de altruismo de datos, en un intento de institucionalizar la contribución voluntaria a los bienes comunes digitales (COMISIÓN EUROPEA, 2022: p. 197).

V. Problemas jurídicos de la disciplina jurídica de los datos

La legislación de la UE y de los países latinoamericanos, así como las fuentes de algunas organizaciones internacionales, tratan de reglar el uso de los datos de manera proactiva, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, como el estadunidense, que prefiere dejar la gobernanza del mundo digital a las dinámicas de mercado o, mejor aún, a las políticas de unas pocas empresas multinacionales.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se pueden observar algunos problemas que caracterizan la actual disciplina de los datos.

V.i. Definición e clasificación de los datos

"Dato" es probablemente una de las expresiones más utilizadas en la era digital, pero no hay un acuerdo sobre su definición.

Los documentos de la UNESCO, de la OMS y de otras organizaciones internacionales no contienen definiciones de dato, si no de datos personales.

La OCDE no proporciona una única definición formal y estricta de "dato" (véase, por ejemplo, "Recomendación del Consejo sobre Gobernanza de Datos de la Administración Pública" o informes sobre "Inteligencia Artificial en la Sociedad" donde los datos son el "combustible"), pero implícitamente se refiere a los datos como un elemento clave para la gobernanza digital, la formulación de políticas y el análisis económico. En general, se refiere a información estructurada y procesable.

La propria OCDE, así como otras organizaciones como la ONU, la UNESCO, el FMI y el Banco Mundial, se refieren a los datos objeto de análisis estadístico, por ejemplo, para el análisis de la estabilidad macroeconómica y la formulación de políticas o para el monitoreo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Un mayor esfuerzo definitorio se puede encontrar en las fuentes de la Unión Europea. Algunos documentos de la Comisión europea se refieren a la diferencia entre datos, informaciones y conocimientos (EUROPEAN COMMISSION, 2015).

- los datos ("raw data") corresponden a cantidades u otros atributos cuantitativos o cualitativos derivados de la observación, la experimentación, la medición o el cálculo. Los datos no están estructurados, contextualizados ni comentados;

- la información corresponde a un conjunto de datos contextualizados y estructurados, con la intención del productor de darles sentido.

- El conocimiento corresponde a la apropiación cognitiva de la información por parte de un individuo que la organiza, sintetiza y/o resume para hacerla más fácilmente comprensible.

Se trata de una clasificación que viene de las ciencias de la comunicación (ACKOFF R.L., 1989).

Sin embargo, esta distinción no se encuentra en las fuentes jurídicas donde se usan los tres conceptos como si fuesen sinónimos. Es el caso de la legislación de la Unión Europea y de otros sistemas jurídicos sobre los datos personales, que son "toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado")" (Artículo 3, 1), GDPR).

En otras fuentes se usan definiciones más amplias, como la contenida en el Data Governance Act (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO DE LA UNIÓN EUROpea:, 2022), según el cual los datos son: *"toda representación digital de actos, hechos o*

información, así como su recopilación, incluso como grabación sonora, visual o audiovisual" (art. 2, n. 1, Data Governance Act) y también en la Directiva 2019/1024 que considera los datos de investigación como *"documentos en formato digital, distintos de las publicaciones científicas, recopilados o elaborados en el transcurso de actividades de investigación científica y utilizados como prueba en el proceso de investigación, o comúnmente aceptados en la comunidad investigadora como necesarios para validar las conclusiones y los resultados de la investigación"* (artículo 2, no. 9).

Por otro lado, los "conjuntos de datos de alto valor" son aquellos *"documentos cuya reutilización está asociada a considerables beneficios para la sociedad, el medio ambiente y la economía, en particular debido a su idoneidad para la creación de servicios de valor añadido, aplicaciones y puestos de trabajo nuevos, dignos y de calidad, y del número de beneficiarios potenciales de los servicios de valor añadido y aplicaciones basados en tales conjuntos de datos"* (artículo 2, no. 10).

A nivel de organismos internacionales se puede citar *"la norma ISO/IEC 2382-1, según la cual los datos son "una representación reinterpretable de información de una manera formalizada, adecuada para la comunicación, la interpretación o el procesamiento"*. Los datos los pueden crear o escribir personas o estar generados por máquinas o sensores.

Normalmente las fuentes jurídicas definen los datos personales, pero no definen los datos no personales[7], si no de manera "negativa", como hace el Data Governance Act de la Unión Europea según el cual los datos no personales son "aquellos que no son datos personales" (artículo 2, no. 4).

Esta clasificación no está suficientemente desarrollada y esconde las características específicas de los datos, sobre todos los "no personales" disciplina importante para reglar aspectos e intereses muy variados (por ejemplo, económicos, de seguridad, etc.).

Además, la distinción entre datos personales y no personales deja zonas grises a este respecto, de modo que la Comunicación de la Comisión del 29 de mayo de 2019, "Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre

[7] Véase entre muchas el GDPR, la legislación chilena, el Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (Convenio 108), Estrasburgo, 28 de enero de 1981.

circulación de datos no personales en la Unión Europea" (COMISIÓN EUROPEA, 2019: p. 250), también identifica los llamados conjuntos de "datos mixtos", es decir, un conjunto compuesto tanto por datos personales como por datos no personales. Por ejemplo, los documentos de una empresa u organismo público que contienen el nombre y otra información relativa al representante legal.

En tales casos, si los datos personales y no personales dentro de un conjunto de datos están inextricablemente vinculados, así para regular la parte compuesta por los datos personales, se aplicarán los principios y normas del GDPR (véase el artículo 2 Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018).

Pero no está previsto que pasa con los datos no personales. Así como no se regla la situación de algunos datos personales que tienen una función particular en el ámbito de un contexto especifico.

V.ii. Indiferencia de los contenidos y neutralidad tecnológica

Los datos tienen sus especificidades que dependen de la información de su contenido. Por ejemplo, los datos de salud (véase la definición amplia contenida en el considerando 35 de GDPR), son muy diferentes de otros datos y, en particular, los de categorías específicas (datos de salud, datos genéticos, véanse los datos sobre opiniones políticas).

Pero el GDPR y otras normas sobre los datos personales los trata por igual sin diferenciar una tutela de protección ad-hoc según interés y finalidad. Particularmente interesante es la jurisprudencia chilena, pionera en el mundo considerando problemas específicos de datos asociados a las neurotecnologías (ver el caso Emotive/Girardi, Corte Suprema rol N°105065-2023; CORNEJO-PLAZA ET AL., 2024) a datos biométricos (véase la sentencia en el caso WorldCoin, Corte Suprema rol nº 18.566-2024 donde la Corte Suprema ordena a las empresas World coin y world App eliminar datos biométricos de un menor de edad por vulnerar derechos a la privacidad, protección de datos y derechos a la integridad psíquica y física). Esta jurisprudencia evidencia un "excepcionalísimo" de datos biométricos del comportamiento (CORNEJO-PLAZA ET AL, 2024), análogo al excepcionalísimo de los datos genéticos (CIPPITANI, 2018). Por ejemplo, por lo que se refiere a los datos

genéticos, la información genética es común para muchas personas y tiene un contenido informativo (sobre varias características de los sujetos de los datos) que puede desarrollarse durante los años siguientes como consecuencia de la evolución de la tecnología. Los neurodatos podrían permitir conocer aspectos íntimos de las emociones y del pensamiento de las personas incluso una vez que los datos se encuentren anonimizados. De todas estas características, que son importantes en la tutela de los derechos humanos, sin embargo, no se contienen en las fuentes que protegen los datos personales.

Además, las legislaciones sobre los datos personales, así como la europea, no abordan específicamente los temas del tratamiento de datos a través de las neurotecnologías y de la IA, siendo una normatividad que se supone neutral con respecto a las tecnologías a las cuales se aplica. En particular, el uso de la IA representa un desafío para la implementación de principios como el consentimiento, la minimización, la limitación de la finalidad, la transparencia del tratamiento de datos personales. Las dificultades en la aplicación de la disciplina de protección de datos personales a la recopilación y tratamiento datos utilizados para el entrenamiento de los sistemas de AI se observa, por ejemplo, en las medidas adoptadas por el Garante italiano de la privacy contra OpenAI (véanse las medidas de marzo de 2023 y de diciembre de 2024). Además, la jurisprudencia chilena antemencionada muestra como las neurotecnologías presentan problemas específicos. Además, el uso de datos por los sistemas de IA y por las neurotecnologías necesitan adoptar herramientas técnicas y organizativas que permitan obtener una alta calidad de los datos, a fin de evitar sesgos, discriminaciones, alucinaciones etc. Otras formas de tratamiento de los datos diferentes de la AI y de las neurotecnologías no tienen los mismos problemas. Por lo tanto, es necesario pensar en soluciones que aborden una aplicación de las reglas de protección de datos personales que consideren no solo de las características de los datos.

V.iii. Insuficiencia de las disciplinas sobre los datos personales para proteger todos los otros derechos e intereses fundamentales.

No siempre la disciplina de la protección de datos personales es suficiente para proteger otros derechos fundamentales. El caso de los neurodatos en la jurisprudencia chilena es particularmente interesante.

Desde un punto de vista técnico, no siempre los neurodatos permiten la identificación de su titular de manera directa, sino que normalmente se trata de una mera recolección de información de la actividad eléctrica del cerebro y del sistema nervioso, que requiere de una interpretación de estos para la identificación de la persona en cuestión.

Además, la protección jurídica de los datos personales tiene en consideración los datos específicos y aislados y no la información elaborada desde esos datos. En la realidad virtual, por ejemplo, el problema no surge de los datos aislados, sino del conjunto de datos, de diversa naturaleza, proporcionados por la experiencia inmersiva y procesados con sistemas de inteligencia artificial. El riesgo central de la realidad virtual es que proporciona directamente un perfil completo y dinámico del individuo.

Se debe señalar además, que las neurotecnologías pueden adicionar otro tipos de problemas y afectar derechos diferentes de los previsto en el GDPR o en la legislación de protección de datos personales.

Por ejemplo, uno de los grandes desafíos que presentan el uso de las tecnologías y especialmente las neurotecnologías es en el ámbito de la protección de los derechos de los consumidores (CORNEJO-PLAZA, 2023).

Además, en la literatura se observa que este tipo de tecnología puede provocar problemas de seguridad (CIPPITANI, 2023b) o de protección de derechos como la integridad psíquica, privacidad mental, decisiones libres de sesgos algorítmicos, equidad en el acceso a tecnologías de aumentación cognitiva (CORNEJO-PLAZA & SARACINI, 2023) En esta línea, Chile es pionero en el establecimiento de una protección de los derechos fundamentales frente a un uso disruptivo de las neurotecnologías (Véase la Ley Nº 21.383 establece que: "Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas" estableciendo que "El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su

utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella"

VI. Cuestiones sobre los derechos y las relaciones jurídicas concernientes los datos

VI.i. Sujetos y obligaciones

Además de las inconsistencias jurídicas sobre los datos mencionadas en el párrafo anterior, hay un problema más general que consiste en la falta de un estatuto jurídico de los titulares de los datos, y tampoco existe un estatuto jurídico en general del dato como posible objeto de derecho.

En muchos casos es difícil establecer cuáles son los derechos sobre los datos y los titulares de dichos derechos.

EL GDPR y legislaciones similares tienen como objetivo la protección de un derecho fundamental de los interesados, estableciendo obligaciones de los responsables o de los encargados del tratamiento.

Algunas disposiciones se refieren a los "titulares de los datos" (ver por ejemplo el considerando 50 de la Directiva (UE) 2019/1024 que habla de acuerdos entre "titulares" y "reutilizatores" de datos), que se pueden definir como: "*toda persona jurídica, incluidos los organismos del sector público y organizaciones internacionales, o persona física que no sea el interesado con respecto a los datos específicos en cuestión, que, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional aplicable, tenga derecho a conceder acceso a determinados datos personales o no personales o a compartirlos"* (véase el artículo 2, no. 8, Data Governance Act). De otro lado, se define el "usuario de datos" que es aquel sujeto *"que tenga acceso legítimo a determinados datos personales o no personales y el derecho, incluido el que le otorga el Reglamento (UE) 2016/679 en el caso de los datos personales, a usarlos con fines comerciales o no comerciales"* (véase artículo 2, no. 9, Data Governance Act).

Otras disposiciones identifican otros sujetos que tienen una posición respecto a los datos como el "guardián de acceso" ("gatekeeper"), es decir una

empresa prestadora de servicios básicos de plataforma previstos en el Reglamento de Mercados Digitales ("Digital Market Act")[8].

Dichas normas establecen obligaciones para los responsables, titulares, guardianes de acceso, pero no toman una posición sobre cuáles derechos se refieren a los datos.

Por ejemplo, el artículo 10, párr. 2, de la Directiva 2019/1024 prevé que se pongan a disposición los datos de investigación financiados por fondos públicos en el caso *"investigadores, organizaciones que realizan actividades de investigación u organizaciones que financian la investigación ya sea que los hayan puesto a disposición del público a través de un repositorio institucional o temático"*. En cambio, no se establecen los derechos sobre lo datos de los investigadores y de las organizaciones en el ámbito de los cuales se llevan a cabo las actividades de investigación.

Una posición más clara la encontramos en un ámbito más específico, como es la base jurídica de los programas de financiación de la Unión Europea, donde se pueden encontrar reglas sobre los derechos y los resultados de la actividad realizada, donde por resultados se entienden todo producto del proyecto, tangibles o intangibles, entre los cuales tenemos la propiedad industrial, pero también los datos e informaciones (confidenciales o no) específicas.

Las normas implícitamente admiten que los datos pueden ser objeto de contratos. Además de los acuerdos entre titulares y reutilizadores de datos mencionados arriba, el Derecho de la Unión Europea (ver el Data Governance Act) habla de "reutilización", "acceso", "intercambio", "cesión", "transferencia", "licencia" etc. de los datos, que incluye actos voluntarios que se pueden enmarcar en la definición de "contratos".

Sin embargo, no se dictan reglas específicas aplicables a estos contratos. Además, muchas veces, el hecho que los datos se refieren a derechos fundamentales limita la aplicación de las normas sobre los contratos.

[8] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

VI.ii. Datos y bienes

El estatuto jurídico residual del Código Civil no es suficientemente amplio ante la complejidad de la economía digital, propia de una sociedad de la anticipación que trabaja con predicciones de conductas por diseño más que con el razonamiento de los estándares de conducta.

En los códigos civiles, los bienes son "cosas" que forman objeto de derechos (véase el Código Civil Italiano). Los bienes son cosas susceptibles de una evaluación económica (ver artículo 16 del Código Civil Argentino). Por otro lado, "*los bienes se clasifican en corporales e incorporales. Los bienes corporales son aquellos que tienen existencia material y pueden ser percibidos por los sentidos, mientras que los incorporales son aquellos que consisten en meros derechos, como los créditos o las servidumbres activas"* (ver artículo 565 Código Civil Chileno).

Los datos son difíciles de clasificar como bienes, porque éstos no obedecen en todas sus manifestaciones a la dimensión corpórea e incorpórea de la clasificación de bienes del derecho civil y, como tal, no califican para ser considerados como "cosas" (FUENTEALBA, 2021). Sin embargo, el dato no es ni lo uno ni lo otro, porque se trata de una representación simbólica de la realidad independiente de su soporte. Además, no es cierto que los datos tienen un valor económico.

En virtud de que los datos no consisten en bienes no se podría ejercer sobre ellos la propiedad como derecho de usar, gozar y disponer de ella arbitrariamente (ver artículo 582 del *Código Civil Chileno*), ni tampoco ellos podrían ser sujetos a una "especie de propiedad" sobre cosas incorporales (como establece el artículo 583 del *Código Civil Chileno*).

De hecho, la facilidad con la que se pueden copiar, compartir y modificar los datos complica la aplicación de los derechos de propiedad exclusiva.

La aplicación de las normas tradicionales de propiedad relativas a la adquisición, la circulación y la protección de los datos se enfrenta a varios obstáculos. La adquisición de la propiedad, que suele referirse a bienes tangibles, se basa a menudo en la posesión física o la transferencia. Sin embargo, la adquisición de datos puede producirse por diversos medios, como la recopilación, la generación y la agregación, lo que difumina las líneas de la propiedad y el control. Las normas

tradicionales de propiedad que rigen la circulación, como la venta y la transferencia, también se enfrentan a retos en el ámbito digital.

Tampoco se puede aplicar a los datos la disciplina de la "propiedad intelectual". En efecto, los datos, en cuanto tales, no constituyen una invención patentable ni tampoco son producciones del talento o ingenio. Por lo tanto, existe un inmenso conjunto de resultados y conocimientos que se encuentran expresamente excluidos de categorías como cosas corporales, incorporales y creaciones intelectuales y, como tal, no tienen protección bajo el concepto de propiedad, ni siquiera con "matices", como ocurre con la denominada propiedad intelectual o industrial.

Sin embargo, la legislación sobre el derecho de autor (véase la Ley N° 17.336 de Chile; Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos) hoy reconoce como objeto de protección las bases de datos cuando constituyen una creación intelectual del autor o para los fabricantes (este último es denominado "derecho sui generis" por el artículo 7 de la Directiva 96/9/CE). El derecho sui generis del fabricante en la economía de datos se justifica por el esfuerzo e inversión destinados a la obtención, verificación y presentación de los datos" (ROMEU & CÓNSUL, 2019, p. 199). De todas maneras, la disciplina sobre las bases de datos no prevé una tutela de los datos por sí mismos (como destaca el artículo 3, número 17, de la Ley N° 17.336).

Las fuentes jurídicas europeas parecen apoyar la conclusión de que los datos no se pueden reconducir al concepto de bien. La Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos digitales (UNIÓN EUROPEA, 2019) definen el concepto de "bienes como elementos digitales", es decir "todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones" (artículo 2, no. 3). Donde por "contenidos digitales" se entienden "los datos producidos y suministrados en formato digital" (artículo 2, no. 1).

Los datos se podrían enmarcar en una categoría heterogénea de conceptos llamados "nuevos bienes" (PEUKERT, 2008, p.1) que es una traducción de "new properties" utilizada en la literatura norteamericana, en particular, por primera vez

por Charles A. Reich en 1964 en *The Yale Law Journal* para representar las formas de riqueza entonces incipientes[9].

Sin embargo, el concepto de "*new properties*", en realidad no prevé una disciplina jurídica para los datos, si no reconoce la dificultad de aplicar la disciplina de los bienes y afirma la necesidad del desarrollo de nuevos derechos.

VI.iii. Datos y contratos

Si los datos no son cosas o bienes, esto no significa que ellos no son relevantes para el derecho civil.

Como afirma la Comunicación "La construcción de una economía de los datos europea" del 10 de enero del 2017 se opina que "*La 'economía de los datos' se caracteriza por un ecosistema en el que diferentes tipos de agentes del mercado –como fabricantes, investigadores y proveedores de infraestructuras– colaboran para garantizar que los datos sean accesibles y utilizables. Esto permite a dichos agentes extraer valor de esos datos, creando toda una gama de aplicaciones con un gran potencial para mejorar la vida cotidiana (por ejemplo, la gestión del tráfico, la optimización de las cosechas o la atención sanitaria a distancia)"* (COMISIÓN EUROPEA, 2019: p.9).

Los datos pueden ser objeto de obligaciones contractuales, especialmente en el contexto de la economía digital.

Desde el punto de vista del derecho civil los datos son una referencia de la prestación debida (sea de dar, hacer, no hacer, etc.) y ellas son el objeto de las obligaciones necesarias para extinguir la obligación (cfr. el artículo 1174 Código Civil Italiano; artículos 1553 y 1555 del Código Civil Chileno). El dato, en cuanto referencia de una prestación, contiene un interés patrimonial o no patrimonial (por ejemplo, cultural o científico) (cfr. artículo 725 Código Civil y Comercial Argentino; artículo 1174 Código Civil de Italia; artículo 1568 del Código Civil Chileno), aunque la prestación sea normalmente medible desde el punto de vista monetario (artículo 1174 Código Civil Italiano).

[9] C. A. Reich, en el artículo *The New Property*, en la revista *Yale Law Journal* observó la aparición de nuevas formas de riqueza representadas principalmente por derechos o estatus y/o "concesiones" de carácter administrativo ("largesse"), todas ellas consideradas conjuntamente con el trabajo, principal fuente de riqueza de los hombres (REICH, 1964)

El dato, por tanto, aunque no sea un bien o una cosa, puede ser considerado como elemento relevante en la representación del caso jurídico[10]. Los elementos del caso concreto constituyen la representación superficial del comportamiento prescrito, tal y como se ve desde diferentes perspectivas.

Sin embargo, los datos como referencia de prestaciones y por tanto de obligaciones y contratos, están sujetos a limitaciones, como resulta ser el caso de los datos personales.

Como se ha mencionado, la Directiva (UE) 2019/770 reconoce expresamente que, en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor puede proporcionar datos personales como contraprestación, en lugar de un pago monetario.

Esto implica que los datos personales pueden ser objeto de obligaciones contractuales, pero siempre dentro de los límites y garantías establecidos por el GDPR y la normativa de protección de datos, que como se ha dicho anteriormente, en Europa y Latinoamérica, busca proteger un derecho fundamental que prevalece por sobre los intereses económicos[11].

La entrega de datos personales como contraprestación contractual, en primer lugar no implica la transmisión de un derecho de propiedad que no es técnicamente viable por el derecho civil; en segundo lugar, la necesidad de la protección de un derecho fundamental tiene como consecuencia que la persona interesada otorgue una autorización limitada y condicionada para su tratamiento, al respeto de estrictos principios (licitud, lealtad, transparencia, minimización, limitación de la finalidad, etc.) y derechos del interesado (acceso, rectificación, supresión, oposición, portabilidad, limitación del tratamiento).

En efecto como opina la Comisión Europea "La privacidad no es una mercancía de intercambio" (COMISIÓN EUROPEA, 2017).

[10] Como opina IRTI (1984: p.76), los elementos del caso jurídicos son sujetos, objetos, intereses, valores, etc. que no son entitades prejurídicas y absolutas si no que son funcionales a la representación jurídica del comportamiento.
[11] TJUE, sentencia del 13 de mayo de 2014, *Google Spain,* C-131/12, EU:C:2014:317.

VII. Relevancia jurídica de los datos: necesidad de garantizar la calidad de los datos

La creciente relevancia jurídica de los datos hace necesario una gobernanza que les otorgue un estatuto jurídico sui generis debido a la especial relevancia que implican en la economía digital e incluso en el ecosistema digital. Al contrario, como se ha visto, los datos están al centro de los derechos y relaciones de naturaleza personal, colectiva y patrimonial.

Un interesante ejemplo de esta tendencia es el Reglamento de la AIA, el cual se preocupa de *"instaurar prácticas adecuadas de gestión y gobernanza de datos para lograr que los conjuntos de datos para el entrenamiento, la validación y la prueba sean de alta calidad"* (UNIÓN EUROPEA, 2024; cons. 67).

El artículo 26, párr. 1, establece que *"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".*

Se trata de la afirmación del principio de "accountability" previsto incluso en el artículo 25 GDPR.

Entre las medidas que debe adoptar el responsable es importante la Evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales para los sistemas de IA de alto riesgo, previsto per el artículo 27 AIA, análogamente 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.

La exigencia de la una gestión del riesgo es sostenida por el CONSEJO DE EUROPA (2017: párr. 2.).

Sin embargo, permanecen los problemas que se han destacado en la búsqueda de un equilibrio entre el Reglamento de la AIA y otras normativas en materia de datos.

Como se afirma en el considerando 67 "*Los conjuntos de datos deben tener las propiedades estadísticas adecuadas, también en lo que respecta a las personas o los colectivos de personas cuando se utilizan sistemas de IA de alto riesgo, prestando una*

atención especial a la mitigación de los posibles sesgos en los conjuntos de datos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas físicas, tener repercusiones negativas en los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando los datos de salida influyan en la información de entrada de futuras operaciones (bucles de retroalimentación)" (ver también al artículo 10, párr. 2 y 3).

La cuestión de la calidad de los datos está planteado también por el "considerando" 71 GDPR qué prevé que *"el responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error"* y la posibilidad que el tratamiento sea discriminatorio.

Los criterios generales para construir sistemas de calidad están establecidos por el artículo 10 del Reglamento de la AIA, que prevé que los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba deberán someterse a prácticas de gobernanza y gestión que se centrarán, en particular, en lo siguiente: las decisiones pertinentes relativas al diseño; los procesos de recogida de datos y el origen de los datos; 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. Se deberá adoptar medidas para evitar detectar, prevenir y mitigar *"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"* (UNIÓN EUROPEA, 2024: art. 10, párr. 2, f, e, i)

El Consejo de Europa en su *Guidelines on Artificial Intelligence and data protection*, 25 de enero 2019 recomienda (punto 4) evaluar de forma crítica la calidad, la naturaleza, el origen y la cantidad de datos personales utilizados, reduciendo los datos innecesarios, redundantes o marginales durante las fases de desarrollo y entrenamiento, y supervisando después la precisión del modelo a

medida que se alimenta con nuevos datos y el uso datos sintéticos[12] para minimizar la cantidad de datos personales procesados por las aplicaciones de IA.

En particular se debe tener en cuenta el riesgo de que los datos y los modelos algorítmicos descontextualizados tengan repercusiones negativas sobre las personas y la sociedad.

VIII. Intereses colectivos y bienes comunes

Los datos, como se ha visto, son el punto de encuentro por múltiples intereses individuales, de carácter no patrimonial (por ejemplo, la protección de los datos personales o la salud mental) y patrimonial (los datos como referencia de prestaciones).

Por otro lado, a los datos se asocian intereses colectivos como la seguridad, el funcionamiento del mercado digital, la calidad, y otros.

Este último aspecto parece establecer un enlace entre la situación jurídica de los datos y la teoría de los bienes comunes (commons), que ha sido desarrollada a partir desde una perspectiva interdisciplinaria (entre economía, sociología, ciencia política y derecho) especialmente en la obra de Elinor OSTROM (1990), ganadora del Premio Nobel de Economía en 2009.

La teoría de los bienes comunes proporciona un marco para comprender la gestión y la utilización de los recursos compartidos, a los que pueden acceder múltiples individuos o entidades (FENNELL, 2011).

El concepto de los bienes comunes ha evolucionado significativamente a lo largo del tiempo, pasando de la gestión de recursos tangibles como la tierra y el agua a abarcar recursos intangibles como el conocimiento, la cultura y los datos (DANI, 2014). Se habla de "datos comunes" para indicar la aplicación de los *commons* a los datos (por ejemplo, GROSSMAN, 2023). En esencia, la teoría aborda los retos de la asignación de recursos, la sostenibilidad y el acceso equitativo en situaciones en las que los derechos de propiedad tradicionales están mal definidos o son inadecuados (BOLLIER, 2024).

[12] Los datos sintéticos se generan a partir de un modelo de datos construido sobre datos reales. Deben ser representativos de los datos reales originales. Véase la definición de datos sintéticos (OCDE, 2007)

La teoría de los bienes comunes difiere significativamente del concepto de propiedad tal y como lo articulan los pandectistas y lo codifican los códigos civiles europeos (HOFFMANN, 2012). En particular, dicha teoría contrasta con la propiedad privada, en la que se asignan derechos exclusivos a un único propietario, y con la propiedad estatal, en la que el gobierno controla el acceso y el uso (BOLLIER, 2020).

La aplicación del marco de los bienes comunes a los datos y la información, pero tiene que considerar que los datos, a diferencia de otros bienes comunes como los recursos genéticos o el agua, son "bienes" no rivales ("non-rivalrous goods"), es decir que su uso por parte de un individuo no disminuye su disponibilidad para otros (KERBER, 2016). A diferencia de los recursos físicos, los datos y la información pueden ser accedidos, compartidos y modificados simultáneamente por múltiples usuarios sin agotarse.

Sin embargo, incluso para los datos y la información aún pueden puede realizarse la "tragedy of commons" aunque de diversas maneras de los otros bienes comunes (NAGLE, 2018). Por ejemplo, el uso excesivo de datos personales sin las debidas salvaguardas de privacidad puede conducir a una pérdida de confianza y voluntad de compartir datos, agotando efectivamente el recurso. Del mismo modo, la difusión de información errónea y desinformación puede contaminar el ecosistema de la información, dificultando el acceso a información fiable y precisa (ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS, 2020).

En realidad la teoría de los bienes comunes no establece un regimen de propiedad sobre los "commons". El interés para esa teoría, incluso en el ambito de los datos, es que ella hace hincapié en el acceso compartido y la gobernanza colectiva de los recursos (VALK & RYAN, 2025), promoviendo la colaboración, la innovación, el acceso generalizado y la distribución equitativa (VALK & RYAN, 2025).

Es esencial reconocer que los derechos sobre los datos van más allá de la mera posesión o el control.

El derecho contractual, en particular, debe evolucionar para abordar los matices de los acuerdos de intercambio de datos dentro de los datos comunes. Es posible que sea necesario modificar las condiciones contractuales estándar, como las relativas a la propiedad, la responsabilidad y la confidencialidad, para reflejar los principios de los bienes comunes (DUCUING & REICH, 2023). En lugar de asignar

derechos de propiedad exclusivos a una sola parte, los acuerdos de intercambio de datos dentro de un bien común pueden establecer la propiedad compartida o las responsabilidades de administración entre múltiples partes interesadas. Este enfoque reconoce que los datos suelen tener múltiples contribuyentes y beneficiarios, y que un enfoque colaborativo de la gobernanza de los datos puede fomentar la innovación y maximizar el valor social de los datos. Los datos no son propiedad como los bienes tradicionales, por lo que los argumentos a favor de la propiedad de los datos se ven superados por los argumentos a favor del acceso abierto (DETERMANN, 2018).

Además, el derecho contractual debe abordar la cuestión del acceso y el uso de los datos dentro de un bien común de datos. En lugar de restringir el acceso en función de intereses de propiedad, los acuerdos de intercambio de datos pueden conceder amplios derechos de acceso a una comunidad definida de usuarios, con sujeción a determinadas condiciones y limitaciones. Estas condiciones pueden incluir requisitos de privacidad, seguridad y uso ético de los datos, así como la obligación de contribuir al patrimonio común compartiendo nuevos datos o conocimientos derivados de los datos compartidos (MCGUIRE, ROBERTS, AAS & EVANS, 2019).

IX. Gobernanza de la economía digital

La teoría de los bienes comunes subraya la importancia de los diferentes intereses en juego al elaborar una gestión adecuada de los datos, en lo que llamamos con propiedad su "gobernanza".

La necesidad de gobernar la economía y la sociedad digital impone acciones jurídicas y políticas como fomentar la libre circulación de los datos que se basen en acceso abierto y en la solidaridad digital, aunque tutelando intereses a vez en contraposición como la privacidad, la libertad económica, la libertad de investigación, el derecho de acceder a las informaciones de la publica administración, la seguridad y el orden público, etc.

Sin embargo, la gobernanza de los datos requiere una cuidadosa consideración de varios factores. Es importante fomentar una cultura de colaboración y confianza entre los usuarios de datos, animándolos a compartir sus

datos y conocimientos en beneficio de la comunidad en su conjunto (DEVINENI, 2023). En el contexto de la investigación, los datos abiertos facilitan un cambio en la cultura de la investigación y mejoran la disponibilidad de herramientas de analíticas de datos (BARKER ET AL., 2019). La transparencia en las prácticas relacionadas con los datos es fundamental, y abarca los métodos de recopilación de datos, los procedimientos de almacenamiento, los usos previstos y las salvaguardias contra el uso indebido (PERUCCI & SWANSON, 2024). Esta transparencia se extiende a la comunicación con los participantes sobre la finalidad y las posibles aplicaciones de los datos.

La gobernanza de los datos también depende de la disponibilidad de recursos para apoyar la curación, la armonización y el desarrollo de infraestructuras de datos (GROSSMAN, 2023). La inversión en normas de datos, esquemas de metadatos y herramientas de interoperabilidad puede facilitar la integración y el análisis de datos, lo que permite a los investigadores y profesionales extraer información valiosa de diversas fuentes de datos (DECHERCHI ET AL., 2021). Además, proporcionar formación y asistencia técnica a los usuarios de datos puede ayudarles a utilizar eficazmente los datos disponibles a través de los reservorios comunes, maximizando el impacto de las iniciativas de intercambio de datos. Los datos agrícolas pueden ofrecer compromiso, privacidad, control y reparto de beneficios; los recopiladores de datos de pequeñas y medianas empresas necesitan herramientas jurídicas sofisticadas y la capacidad de promocionar su participación en la apertura de datos; y los usuarios de datos necesitan acceso abierto (BAARBÉ ET AL., 2019).

Un modelo de gobernanza sólido debe incluir un sistema de seguimiento y evaluación para garantizar que los datos comunes funcionan eficazmente y alcanzan los objetivos previstos. Esto puede implicar el seguimiento de los patrones de uso de los datos, la evaluación del impacto del intercambio de datos en la innovación y el desarrollo económico, y la solicitud de comentarios a los usuarios de los datos y a las partes interesadas. Los datos como "bienes comunes" y la perspectiva de mercado compartido sobre los espacios de datos no son mutuamente excluyentes (VALK & RYAN, 2025).

La gobernanza de los datos tiene que proporcionar mecanismos para garantizar que el interés público se incluya en la arquitectura del espacio de datos, estableciendo regímenes ex ante con principios de diseño alineados con el interés público, definiendo para quién, por qué y con quién.

Este enfoque promueve la reutilización de los datos y la colaboración, lo que permite a los investigadores, innovadores y responsables políticos aprovechar los datos para el bien público (VAYENA ET AL, 2015).

La gobernanza de los datos debe encargarse de abordar cuestiones como los derechos de acceso, la calidad de los datos y la resolución de conflictos, además de establecer las normas y políticas para los datos comunes (HRISTOVA ET AL., 2023). Es esencial contar con normas y directrices claras para garantizar un uso equitativo y responsable de los datos. Además, la gobernanza de los datos implica una estrategia orientada a la educación y concientización de las personas hacia un adecuado uso de los datos, solo así las personas tendrán confianza en ser solidarios e incluso altruistas con datos que, si bien pueden ser confidenciales, son a su vez ricos en información específica para mejorar procesos, combatir pandemias o bien consolidar investigaciones.

Para lograr esta finalidad, es necesario superar los problemas jurídicos, algunos de los cuales se han destacado en este trabajo.

X. Bibliografía

ACKOFF, R. L. (1989). From data to wisdom. *Journal of Applied Systems Analysis*, *16*, pp. 3–9.

BAARBÉ, J., BLOM, M., & DE BEER, J. (2019). A proposed "agricultural data commons" in support of food security. *The African Journal of Information and Communication (AJIC)*, *23*, 1–17. Accesible en: https://doi.org/10.23962/10539/27534

BARKER, M., OLABARRIAGA, S. D., WILKINS-DIEHR, N., GESING, S., KATZ, D. S., SHAHAND, S., HENWOOD, S., GLATARD, T., JEFFERY, K., CORRIE, B., TRELOAR, A., GLAVES, H., WYBORN, L., HONG, N. C., & COSTA, A. (2019). The global impact of science gateways, virtual research environments and virtual laboratories. *Future Generation*

Computer Systems, *95*, pp. 240–248. Accesible en: https://doi.org/10.1016/j.future.2018.12.026

BOLLIER, D. (2020). Commoning as a transformative social paradigm. In *Routledge eBooks* (p. 348). Accesible en: https://doi.org/10.4324/9780367313401-28

BOLLIER, D. (2024). Challenges in expanding the commonsverse. *International Journal of the Commons*, *18*(1), pp. 288–303. Accesible en: https://doi.org/10.5334/ijc.1389

CIPPITANI, R. (2018). Genetic research and exceptions to the protection of personal data. In R. Arnold, R. Cippitani & V. Colcelli (Eds.), *Genetic Information and Individual Rights* (pp. 54–79). Universität Regensburg. Accesible en: https://doi.org/10.5283/epub.36785

CIPPITANI, R. (2022). The 'digital transnational solidarity' and protection of the health: Commentary to Principle no. 7 of the Rome Declaration. *International Journal of Risk & Safety in Medicine*, *33* (2), pp. 167–176. Accesible en: https://doi.org/10.3233/JRS-227002

CIPPITANI, R. (2023a). *Rights and relations within the European Union law*. Ali&no.

CIPPITANI, R. (2023b). *La dimensión jurídica del Espacio Europeo de la Investigación*. CNR Editions.

CIPPITANI, R. (2023c). La noción de "seguridad" en el Derecho de la Unión Europea. *Criminogenesis*, *2023*, pp. 163–181.

CIPPITANI, R., & CORNEJO-PLAZA, M. I. (2025). Convergencia reglamentaria Eurolatinoamericana en materia de datos. In C. F. Molina del Pozo, V. Saldaña Ortega & J. M. López Jiménez (Eds.), *La Unión Europea y la CELAC: Hacia una revitalización de las relaciones entre los territorios* (pp. 141–164). Editorial Dykinson. Accesible en: https://doi.org/10.14679/3998

COMISIÓN EUROPEA. (2017). *La construcción de una economía de los datos europea*. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX %3A52017DC0 009

COMISIÓN EUROPEA. (2019). *Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0250

COMISIÓN EUROPEA. (2022). *Proposal for a Regulation on the European Health Data Space*. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3 ª52022 PC0197

CONSEJO DE EUROPA. (2017). *Directrices sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos personales en un mundo de big data*. Accesible en: https://rm.coe.int/16806ebe7a

CONSULTANCY.EU. (2024). *Global eco-digital economy to double in next five years*. Accesible en: https://www.consultancy.eu/news/9716/global-eco-digital-economy-to-double-in-next-five-years

CORNEJO-PLAZA, M. I. (2023). Consideraciones éticas de la neurociencia del consumidor. In S. Barona Vilar (Ed.), *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI* (pp. 117–132).

CORNEJO-PLAZA, M. I., & CIPPITANI, R., & PASQUINO, V. (2024). Chilean Supreme Court ruling on the protection of brain activity: Neurorights, personal data protection, and neurodata. *Frontiers in Psychology*, *15*. Accesible en: https://doi.org/10.3389/fpsyg.2024.1330439

CORNEJO-PLAZA, M. I., & SARACINI, C. (2023). On pharmacological neuroenhancement as part of the new neurorights' pioneering legislation in Chile: A perspective. *Frontiers in Psychology*, *14*.

DANI, A. (2014). *Le risorse naturali come beni comuni*. Accesible en: https://art.torvergata.it/handle/2108/73867

DECHERCHI, S., PEDRINI, E., MORDENTI, M., CAVALLI, A., & SANGIORGI, L. (2021). Opportunities and challenges for machine learning in rare diseases. *Frontiers in Medicine*, *8*. Accesible en: https://doi.org/10.3389/fmed.2021.747612

DETERMANN, L. (2018). No one owns data. *SSRN Electronic Journal*. Accesible en: https://doi.org/10.2139/ssrn.3123957

DEVINENI, S. K. (2023). Bridging the data divide: Secure sharing and governance for effective cross-agency and industry collaboration. *Journal of Artificial Intelligence & Cloud Computing*, *1*(2). Accesible en: https://doi.org/10.47363/jaicc/(2)188

DUCUING, C., & REICH, R. H. (2023). Data governance: Digital product passports as a case study. *Competition and Regulation in Network Industries*, *24*(1), pp. 3–19. Accesible en: https://doi.org/10.1177/17835917231152799

EUROPEAN COMMISSION. (2015). *Creating value through open data: Study on the impact of re-use of public data resources*. Publications Office of the European Union. Accesible en:https://data.europa.eu/sites/default/files/creating_value_through_open_data_0.pdf

EUROPEAN COMMISSION. (2024). *European data market study 2024–2026*. Publications Office of the European Union. Accesible en: https://digital-strategy .ec.europa.eu/es/library/european-data-market-study-2024-2026

FENNELL, L. A. (2011). Commons, anticommons, semicommons. In *Edward Elgar Publishing eBooks*. Accesible en: https://doi.org/10.4337/9781849808972.00007

FUENTEALBA, N. J. (2021). El derecho de propiedad sobre los datos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, *(temático)*, Santiago. Accesible en: https://doi.org/10.4067/S0718-80722021000300101

GROSSMAN, R. L. (2023). Ten lessons for data sharing with a data commons. *Scientific Data*, *10*(1). Accesible en: https://doi.org/10.1038/s41597-023-02029-x

HOFFMANN, S. (2012). Property, possession and natural resource management: Towards a conceptual clarification. *Journal of Institutional Economics*, *9*(1), pp. 39–59. Accesible en:: https://doi.org/10.1017/S1744137412000264

HRISTOVA, T., MAGEE, L., & KEARNEY, E. (2023). Academic institutions in multilateral data governance: Emerging arrangements for negotiating risk, value and ethics in the big data economy. *arXiv*. Accesible en: https://doi.org/10.48550/arxiv.2301.12347

IRTI, N. (1984). *Norme e fatti*. Giuffrè.

KERBER, W. (2016). ¿A new (intellectual) property right for non-personal data? An economic analysis. *RePEc: Research Papers in Economics*. Accesible en: https://econpapers.repec.org/RePEc:mar:magkse:201637

MCGUIRE, A. L., ROBERTS, J., AAS, S., & EVANS, B. J. (2019). Who owns the data in a medical information commons? *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, *47*(1), pp. 62–69. Accesible en: https://doi.org/10.1177/1073110519840485

NAGLE, F. (2018). The digital commons: Tragedy or opportunity? A reflection on the 50th anniversary of Hardin's tragedy of the commons. *SSRN Electronic Journal*. Accesible en: https://doi.org/10.2139/ssrn.3301005

OCDE. (2007). *Glossary of statistical terms*. Accesible en: http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/coded_files/OECD_glossary_stat_terms.pdf

OSTROM, E. (1990). *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2022). *Reglamento (UE) 2022/868 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos)*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 152, pp. 1–44. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/ ?uri=CELEX:32022R0868

PERUCCI, F., & SWANSON, E. (2024). Building trust and facilitating use of data. *Statistical Journal of the IAOS*, *40*(1), pp. 71–82. Accesible en: https://doi.org/10.3233/SJI-240006

PEUKERT, A. (2008). *Guterzuordnung als Rechtsprinzip*. Tübingen.

REICH, C. A. (1964). The new property. *Yale Law Journal*, *73*, pp. 733–787.

ROMEU I CÓNSUL, R. (2019). Las nuevas bases de datos: Big Data, desestructuración e inteligencia artificial. In S. Navas Navarro (Dir.), *Nuevos desafíos para el derecho de autor: Robótica, inteligencia artificial y tecnología* (pp. 199–216). Editorial Beus.

UNIÓN EUROPEA. (2019). *Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*. Diario Oficial de la Unión Europea. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770

UNIÓN EUROPEA. (2024). *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 se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (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). Diario Oficial de la Unión Europea, L 207, 12.7.2024, p. 1–234. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024R1689

VALK, O. M. C. VAN DER, & RYAN, M. (2025). Data for the common good in the common European data space. *Data & Policy*, *7*, e5. Accesible en: https://doi.org/10.1017/dap.2025.5

VAYENA, E., SALATHÉ, M., MADOFF, L. C., & BROWNSTEIN, J. S. (2015). Ethical challenges of big data in public health. *PLoS Computational Biology*, *11*(2).

ENTRE TECNOFILIA Y TECNOFOBIA: LA PRUDENCIA DEL JURISTA

Ian Henríquez Herrera[1]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025[2]
Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen:

El presente ensayo formula una caracterización de dos tipos susceptibles de ser identificados en los debates contemporáneos sobre los usos tecnológicos. Para tales caracteres –siguiendo la expresión y tradición iniciada por Teofrasto y continuada por La Bruyère–, hemos optado por utilizar las voces *tecnofilia* y *tecnofobia*. Luego de señalar sus rasgos prevalentes y compararlos recíprocamente, se desarrolla y fundamenta la necesidad de la decisión basada en la prudencia.

Palabras clave: tecnofilia – tecnofobia – prudencia

Title: *BETWEEN TECHNOPHILIA AND TECHNOPHOBIA: THE PRUDENCE OF THE JURIST*

Abstract

This essay formulates a characterization of two types that can be identified in contemporary debates on technological uses. For such characters – following the expression and tradition initiated by Theophrastus and continued by La Bruyère – we have chosen to use the words *technophilia* and *technophobia*. After pointing out their prevalent features and comparing them reciprocally, the need for a decision based on prudence is developed and substantiated.

[1] Doctor en Derecho y magíster en Investigación Jurídica (Universidad de los Andes), magíster en Derecho Privado y Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad de Chile). Investigador del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. El presente trabajo se enmarca en los siguientes proyectos: e-Ride *"Ethics and Research Integrity in the Digital Age"* (2024-2027) Código 101175756; y del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las Ciencias Jurídicas del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, ANID código 8622004.

[2] Ponencia presentada en las "I Jornadas Internacionales sobre Derecho y Nuevas Tecnologías" que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo pasado.

Keywords: technophilia – technophobia – prudence

SUMARIO: I. Introducción. II. Cuestiones preliminares. III. Antecedentes y esbozos para una caracterización. III.i. Los rasgos prevalentes de la tecnofilia. III.ii. Los rasgos prevalentes de la tecnofobia. III.iii. Un paralelo entre el tecnófilo y el tecnófobo. IV. La prudencia del jurista. V. Bibliografía

I. Introducción

En las líneas que siguen intentaremos una caracterización de dos tipos susceptibles de ser identificados en los debates contemporáneos sobre los usos tecnológicos, como, asimismo, entre los decisores, gestores, lobbystas y grupos de interés concernidos en las decisiones sobre la utilización o incorporación de las nuevas tecnologías, especialmente aquellas basadas en algoritmia compleja, por lo común denominadas como "inteligencias artificiales". Para tales caracteres –siguiendo la expresión y tradición iniciada por Teofrasto y continuada por La Bruyère–, hemos optado por utilizar las voces *tecnofilia* y *tecnofobia*, las que, sin perjuicio del riesgo de sobre simplificación o estereotipo, parecen ser suficientemente gráficas, descriptivas y elocuentes para los fines de este ensayo

II. Cuestiones preliminares

Previo al abordaje del asunto, conviene precisar el sentido, objeto y alcance de nuestra reflexión, y, por consiguiente, explicitar ciertas delimitaciones y exclusiones. Desde luego, y aunque sea de Perogrullo, no pretendemos bajo ningún respecto establecer una categoría noseográfica ni noseológica, como las que pudieren contenerse en los catálogos o manuales disciplinares de psicología o psiquiatría, como el DSM, el CIE, etc. Si en algún momento dichas comunidades científicas o académicas arribasen a la conclusión de que existe una adicción patológica a las nuevas tecnologías, o, por el contrario, que pudiere diagnosticarse en sentido estricto un temor tan irracional como intenso a las mismas, es un punto

que a nosotros no nos concierne en este instante[3]. Por cierto, está fuera de nuestras competencias, pero, asimismo, lo está de nuestro foco. Nuestra pretensión corre por un carril, por ahora, distinto, y dice relacionarse con el vínculo entre ética, política y derecho.

Por una parte, las tres disciplinas discurren en el plano de la razón práctica –la que guía la *praxis*, el recto obrar–, y no en el de la mera razón especulativa –que ilumina sólo conceptos, abstracciones–. Desde esta perspectiva, para un político o para un jurista, es más importante lo que se hace que lo que sólo se piensa. Si hay claridad sobre este aspecto, el punto de vinculación entre ética, política y derecho asoma rápidamente: su gozne articulador es la propia persona, un sujeto agente, un actor concreto de la vida social. Un político corrupto es una persona corrupta; y quien es capaz de mentirle a sus hijos no pareciera ofrecer razones persuasivas para que confiemos o pensemos que será veraz con el resto de los conciudadanos.

Esta conexión se consideraba de todo sentido común en la antigüedad clásica, tanto griega como latina. La fuerza de la *polis*, primero, y de la república, después, reposaban de un modo muy principal en la virtud de sus integrantes y, por supuesto, de sus gobernantes. La *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, o la *Politeia* de Platón, como, asimismo, los escritos de Cicerón y Séneca son suficientemente ilustrativos sobre el punto (ARISTÓTELES, 1982).

Aún antes, la literatura sapiencial alejandrina enfatizaba la necesidad de la correcta y debida educación de quienes tenían a su cargo los destinos de la comunidad, fueren jueces o monarcas[4]. Esta tradición se mantuvo presente de un modo preminente y dominante durante a lo menos dos milenios, *circa* 500 a.C. *ad* el siglo de oro español. Una buena muestra de ello es la obra de Juan Luis Vives para la instrucción de los monarcas, *Introductio ad apientiam* (1526).

A partir de la Modernidad, en cambio, dicha tradición se vio mermada por la escisión entre lo público y lo privado, y por el desancle de la política en el bien común y su eje en el mero poder. Sin perjuicio de ello, es posible encontrar manifestaciones

[3] Los términos «tecnofilia» y «tecnofobia» están ya presentes en la literatura. No hemos tenido ocasión de hacer una revisión exhaustiva de su aparición y devenir semántico, pero por lo pronto, recogemos una muestra: *"la tecnofilia, es decir la legitimación en sí misma de la tecnología, es buena per se; o la tecnofobia, donde solo se perciben los males" (*OLIVARES GARITA & BARRANTES ELIZONDO, 2014: p. 2; SUAY BELENGUER, 2000: p. 22)

[4] Ver *Libro de la Sabiduría*, en *Qohelet*, en *Sirácida*, *Proverbios*, etc.

de ella en la literatura de contractualistas importantes, como Locke, y autores contemporáneos como Rawls. El *continuus* señalado –entre ética, política y derecho– es pertinente para nuestro análisis, porque hace manifiesto que no resulta trivial ni baladí cómo es la persona del gobernante o del dirigente. Desde luego, no es indiferente ni irrelevante si es codicioso, belicoso o arrogante, o mesurado, culto y prudente.

A la luz de lo anterior, parece oportuno que podamos preguntarnos, en este contexto de efervescencia de la tecnología, cuál es la actitud dominante en un determinado tipo caracterológico. Intentaremos el ejercicio en la configuración de dos: el tecnófilo y el tecnófobo. Pasemos a dicho cometido.

III. Antecedentes y esbozos para una caracterización

Para el objeto que nos ocupa, procuraremos identificar y describir ciertos rasgos que, por una parte, saltan a la vista al sentido común, y, por otra, son relevantes en la relación persona humana-técnica, cual es la que, al final del día, subyace en la actitud hacia los usos derivados de algoritmia compleja. Este género tiene raíces a lo menos en el siglo IV aC, con los *Caracteres* de Teofrasto (escrita *circa* 319). En dicha obra, el autor –quien fuera discípulo primero de Platón y luego de Aristóteles– con gran agudeza y a ratos una fina ironía, describe ciertos tipos caracteriológicos que consideraba viciosos. Entre tales, por ejemplo, el simulador, el impertinente, el estúpido, el vanidoso, el avaro, el ostentoso, el orgulloso, el bruto, el supersticioso, etc.

En 1688, Jean de La Bruyère tradujo la obra de Teofrasto al francés, pero en ediciones posteriores la fue reescribiendo y actualizando, a la luz de los personajes de la Francia del siglo XVII. El pensador francés, como su modelo clásico, mostró una notable capacidad para distinguir diversos personajes y modos de comportamiento, según los tipos y circunstancias (LA BRUYÈRE, 1688)

Estimulados por esa tradición literaria, hemos querido intentar también una caracterización. Comencemos, pues, con aquel que parece ocupar un lugar prevalente entre los actuales decisores, muy especialmente en el ámbito de las organizaciones empresariales, aunque irradiando su influjo hacia el sector público e incluso al mundo académico: el tecnófilo.

III.i. Los rasgos prevalentes de la tecnofilia

La persona tecnófila suele ser un sujeto que experimenta una fascinación inmediata por los cambios tecnológicos. De hecho, por lo habitual, aparece como un consumidor de todo producto de última generación, y experimenta, de un modo algo pueril, un cierto placer no sólo en el uso del referido producto, sino en su exhibición, cercana a la ostentación. La proximidad hacia el fetichismo es un escenario probable en estos casos.

Este tipo de caracteres, por lo usual, es muy pragmático. Los criterios de eficacia y eficiencia configuran el leitmotiv de su horizonte vital. Su mundo es simple y cabe en una planilla de Excel. Su relación con el tiempo es de vértigo y vorágine. No tiene espacio para la pausa reflexiva seria y serena. Si lee, son textos, por supuesto, en formato electrónico, que le anuncian previamente el tiempo estimado de lectura. Su pensamiento alcanza la profundidad de la huella de un gazapo y la altura del salto de un caracol. Eso le hace ser bastante impermeable a cualquier otro tipo de miradas sobre el mundo. Aún de buena fe, es incapaz de percibir la complejidad de la realidad. Lo que no es susceptible de medición o registro, lisa y llanamente para él no existe.

Ello explica, en parte, su fascinación por los usos tecnológicos: satisfacen sus estándares de eficiencia y eficacia, y para el tecnófilo eso basta y es suficiente, y, es más, eso pareciera ser la Ciudad de los Césares, la utopía definitiva.

El tecnófilo pareciera tener una relación con el trabajo bajo concepciones pre occidentales. En efecto, recordemos que uno de los grandes aportes de nuestra cultura a la civilización es comprender el trabajo humano como una actividad que dignifica, eleva y perfecciona, y no como cometido de esclavos, que rebaja y humilla (por supuesto, otro asunto muy distinto es la triste prevalencia de sistemas de trabajo embrutecedores cuando no derechamente esclavizantes, pero precisamente podemos juzgarlos negativamente porque consideramos valiosa tanto a la persona como su actividad). Más que una acción dignificante, para el tecnófilo el trabajo sería una carga de la cual habríamos de liberarnos. Por ende, para él resulta una obviedad inconcusa que, si tienes a disposición una máquina que puede eximirte de tus tareas, ganar tiempo o mejorar tu productividad, lo racional (que es un término que le gusta y equipara a maximizar el beneficio y reducir el costo) es hacer uso de ella.

El carácter que ahora analizamos es epistemológicamente positivista, lastimosamente, en una versión más bien tosca. Si se le menciona la Escuela de Viena, posiblemente piense que se cursa allí un MBA. Sólo la empiria tiene para él relevancia y pertinencia y lo único que puede alterar su juicio sobre la realidad es un gráfico porcentual o estadístico. Por supuesto, esto le tiene sin cuidado de un modo absoluto. Si alguna vez llega a enterarse de que su pensamiento es positivista, puede llegar a creer que es por tener un temperamento optimista y positivo frente a las dificultades, que gusta en llamar desafíos y oportunidades.

La filosofía de la historia que subyace en un tecnófilo es evolucionista y progresista. En efecto, concibe el devenir humano de manera lineal, consecutiva y ascendente. Es, asimismo, determinista. Por eso, suele realizar afirmaciones de la siguiente índole: "el futuro es hoy"; "no importa lo que hagamos o decidamos. Estos nuevos cambios llegaron para quedarse"; "Si no nos sumamos a los cambios, estos nos dejarán atrás", y un largo etcétera de similar sentido y tenor. Eso explica que le atribuya una muy baja importancia a los procesos de deliberación. Por una parte, implican una pérdida de tiempo y el consiguiente rezago en el deslice sobre las aguas de la historia que avanzarán de todas formas inexorablemente. Por la otra, le resultan del todo inútiles, puesto que para él el futuro ya está escrito y sólo cabe sumarse o quedarse atrás. Dado su progresismo, en términos de concepción de la historia, los cambios tecnológicos implican de suyo un avance, puesto que lo posterior y novedoso es siempre y de modo necesario mejor que lo anterior y conocido.

La ética del tecnófilo es consecuencialista y utilitarista. Ello, en estrecha relación con que su valoración y comprensión del mundo se reduce a criterios de eficiencia y eficacia. "Por sus resultados lo juzgaré" constituye su primera máxima para el análisis de la bondad o malicia de una decisión, acción o actividad. Es más, y en estrecha conexión con su modo de ser en el tiempo – de vorágine y vértigo, como se ha dicho–, su utilitarismo lo es al modo del nefasto y nefando aserto atribuido a Truman: «Si no lo hacemos ahora, otros lo harán antes que nosotros».

El tecnófilo encuentra en el contexto socio cultural imperante un hábitat bastante propicio. Lo que, con acierto, ha sido denominado el "paradigma

tecnocrático" configura un ambiente en que la figura del tecnófilo puede expresarse y desarrollarse a sus anchas:

> *"106. El problema fundamental es otro más profundo todavía: el modo como la humanidad de hecho ha asumido la tecnología y su desarrollo junto con un paradigma homogéneo y unidimensional. En él se destaca un concepto del sujeto que progresivamente, en el proceso lógico-racional, abarca y así posee el objeto que se halla afuera. Ese sujeto se despliega en el establecimiento del método científico con su experimentación, que ya es explícitamente técnica de posesión, dominio y transformación. Es como si el sujeto se hallara frente a lo informe totalmente disponible para su manipulación. […]*
>
> *107. Podemos decir entonces que, en el origen de muchas dificultades del mundo actual, está ante todo la tendencia, no siempre consciente, a constituir la metodología y los objetivos de la tecnociencia en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad. […]*
>
> *108. No puede pensarse que sea posible sostener otro paradigma cultural y servirse de la técnica como de un mero instrumento, porque hoy el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, y más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica. […] De hecho, la técnica tiene una inclinación a buscar que nada quede fuera de su férrea lógica, y «el hombre que posee la técnica sabe que, en el fondo, esta no se dirige ni a la utilidad ni al bienestar, sino al dominio; el dominio, en el sentido más extremo de la palabra». […].*
>
> *109. El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política. La economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano. […]. No se termina de advertir cuáles son las raíces más profundas de los actuales desajustes, que tienen que ver con la orientación, los fines, el sentido y el contexto social del crecimiento tecnológico y económico"* (FRANCISCO, 2015).

Por consiguiente, en esta primera aproximación podemos identificar a un personaje o carácter que siente una fascinación especial e inmediata por los usos tecnológicos (suele ser un consumidor de última generación), altamente pragmático, para quien los criterios de eficiencia y eficacia constituyen los axiales que sustentan el mundo, que, por consiguiente, es muy simple al punto que puede reducirse y explicarse en una planilla Excel. Su filosofía del trabajo es pre occidental, su epistemología es positivista y empirista, su comprensión de la historia es evolucionista y progresista, y su ética es consecuencialista y utilitarista. A este personaje, que en una sociedad anclada en un paradigma tecnocrático es frecuente de encontrar, le hemos llamado "tecnófilo". Intentemos, ahora, el ejercicio análogo con otro carácter también posible de identificar, situado en el vértice opuesto.

III.ii. Los rasgos prevalentes de la tecnofobia

Partamos por una perogrullada. Al tecnófobo le produce un rechazo radical la existencia y uso de las nuevas tecnologías basadas en algoritmia compleja. Las razones pueden ser múltiples y de muy diverso tipo, sean de orden ecológico, económico o incluso político. Esta dispersión de razones ya de suyo hace al tecnófobo un tipo más complejo que el tecnófilo.

Continuemos con una segunda obviedad, necesaria para el análisis: el perfil del tecnófobo se encuentra en las antípodas del tecnófilo. Un primer rasgo que salta a la vista es la sospecha radical que le asiste sobre el origen y los efectos de los usos tecnológicos basados en algoritmia compleja, que le acercan peligrosamente hacia tesis conspirativas. Para el tecnófobo, la probabilidad de que la masiva profusión e intempestiva irrupción de estos novedosos artefactos obedezca única y exclusivamente a un ingenioso y bien diseñado plan, llevado a cabo e implementado por transnacionales, por grupos de poder, o por superpotencias, es muy alta. En su versión más extrema, cercana a la paranoia, el tecnófobo podrá atribuir la masificación de su uso a sectas secretas o cofradías que el vulgo cree extintas.

Atendida dicha actitud de sospecha radical, la matriz de pensamiento del tecnófobo parece sencilla de develar: su modo de pensar es dialéctico y maniqueo. La complejidad del mundo y de las relaciones sociales es posible reconducirla a pares de variables opuestas: opresores y oprimidos, manipuladores y manipulados,

conscientes e inconscientes, informados y desinformados, etc. Por supuesto, ellos siempre integran el primer polo de la respectiva díada. Este modo de enfrentarse a la realidad no pocas veces le conduce a la asunción de un rol con aires salvíficos o semiproféticos. En su comprensión dialéctica de la dinámica social, él se sabe poseedor de un conocimiento que implica una amenaza para los poderosos del mundo, y que, por consiguiente, ha de proclamar a viva voz, a riesgo de transformarse en un cómplice.

En estrecha relación con lo anterior, aunque distinto, aparece otro rasgo del tecnófobo: tiene una cierta tendencia a transformarse y comportarse como un ilustrado romántico, en su versión de estereotipo. Una característica muy propia de los ilustrados –sea de la *Illustrations* francesa, del *Enlightenment* inglés o de la *Aufklärung* alemana, y, reiteramos, en su versión estereotipada– era una cierta convicción de supremacía intelectual e incluso moral respecto de las masas privadas del saber que a ellos sí les asistía. El tecnófobo suele sentirse llamado a transformar su fobia en una causa social. La aportación romanticista viene dada por el espíritu de sacrificio que acompaña al tecnófobo en la asunción de su causa salvífica.

Por lo anterior, es que este carácter que ahora analizamos es susceptible de encontrarse con mayor prevalencia, ya no en cargos gerenciales o directivos como el tecnófilo, sino en medio de organizaciones de la sociedad civil. Así, por ejemplo, –y sin que en absoluto implique ni un mínimo de desmerecimiento al tercer sector en su rica y necesaria diversidad y en su valiosa aportación a la democracia– la razonable denuncia sobre la obsolescencia tecnológica puede rápidamente cautivar a un tecnófobo, quien hará suyo el discurso y aún más lo transformará en una cruzada vital.

Hay nobleza en el tecnófobo. Le preocupa honestamente el bienestar de sus congéneres, y dicha preocupación la canaliza pregonando en contra de aquellos que diseñan, inventan, difunden y utilizan el objeto de su fobia. Y así como hay nobleza, también hay una cierta tendencia a la obsesión o fijación. Sin importar el tipo de conversación que se sostenga, como tampoco el tema original de la misma, el tecnófobo sabrá arreglárselas para derivar la charla hacia el único asunto que, en su mirar, realmente importa: la necesidad del rechazo a los usos tecnológicos de

algoritmia compleja. Por lo mismo, un verdadero tecnófobo solera aburrir rápidamente a sus contertulios.

La filosofía política del tecnófobo, las más de las veces, es de corte contractualista rosseauniano. Añora un estado de naturaleza, habitado sólo por *le bon sauvage.* En el fondo, el tecnófobo experimenta una desconfianza no sólo hacia las nuevas tecnologías de base algorítmica, sino a la tecnología en general, que han corrompido, en su entender, los modos naturales de la convivencia humana. Por eso el tecnófobo suele ser muy cercano a experimentar simpatía por estilos de vida rurales, pastoriles o vernáculos.

La ética del tecnófobo no parece ser susceptible de reconducirse hacia una sola escuela. Por una parte, un elenco relevante de integrantes de este carácter o tipo mostrarían conductas asimilables a una ética principialista. No pocos tecnófobos suelen ser profundamente moralistas en relación con las conductas asociadas a su fobia. El rigor cuáquero y la estrictez fundamentalista les acompañan. Otros, en cambio, son más bien consecuencialistas. Suelen manifestarse como activistas extremos, para quienes el fin justifica los medios.

Si consideramos los rasgos anteriores en una visión de conjunto, aparece que el tecnófobo es, por lo general, bastante robusto intelectualmente, su cosmovisión puede anclarse en diversas matrices –desde el ecologismo profundo al deconstructivismo–, lo cual lo puede tornar en no pocas ocasiones más bien confuso.

Por consiguiente, si nos encontramos frente a alguien que manifiesta un rechazo enérgico y total a las tecnologías de base algorítmica, que experimenta una sospecha radical sobre las circunstancias que rodean la irrupción y difusión de este fenómeno contemporáneo, que suele explicarlo a través de una matriz dialéctica de pensamiento, que añora un estado de naturaleza ya ido, que ha transformado en una obsesión su causa, posiblemente estemos frente a una persona que podríamos caracterizar como tecnófobo.

Llegados a este punto, podemos intentar un paralelo entre la persona del tecnófilo y la del tecnófobo, tarea que realizaremos en el apartado siguiente.

III.iii. Un paralelo entre el tecnófilo y el tecnófobo

Hecha ya una primera aproximación a los dos caracteres de los que hemos tratado –el tecnófilo y el tecnófobo–, podemos realizar un paralelo entre ambos. Como suele ocurrir con los extremos, bajo las evidentes diferencias que saltan a la vista, hay un sustrato de coincidencias y rasgos comunes.

Desde luego, ambos aparecen como extremos indeseables, y este un primer aspecto muy relevante para el análisis derivado de la razón práctica: ni el jurista, ni el político, ni el eticista honrarían su respectivo arte montando a la grupa o vistiendo las prendas de los señalados caracteres.

Ahora bien, el tecnófilo pareciera ser un personaje más peligroso que el tecnófobo. Por lo pronto, es más superficial, todo en él es prisa y eficacia, la vida es acción, y por consiguiente el pensamiento, la reflexión y el diálogo constituyen una pérdida de tiempo. Para el tecnófilo más importante que la razón es el poder, y por ello como gobernante o directivo es un riesgo.

Por el contrario, el tecnófobo, salvo en su versión radical y extrema, suele estar a disposición para a dialogar, a lo menos conversar e intercambiar opiniones. De hecho, es su forma usual de difundir sus ideas y pensamientos. Posiblemente no esté en verdadera disposición a dejarse persuadir por su interlocutor, puesto que le asiste una convicción intrínseca, pero formalmente permite los espacios de encuentro. De todas formas, por su matriz de pensamiento dialéctica, solera estar en oposición a lo que se le plantee.

Como fuere, el tecnófobo no pareciera constituir un verdadero riesgo, como sí el tecnófilo. Aquél puede constituirse en un interlocutor válido digno de atención, puesto que tendrá una mirada especialmente aguda sobre los riesgos, limitaciones y desventajas del objeto de su fobia.

Visualizar los extremos es un método tan antiguo como útil para el razonamiento práctico. Esa búsqueda del justo medio es propia de la prudencia, a la base de la reflexión jurídica. Sobre ello discurriremos en lo que sigue.

IV. La prudencia del jurista

La relación entre la prudencia y el arte del derecho es de vieja data y muy estrecha. Ya lingüísticamente se expresa con claridad en diversos fragmentos del

Digesto, entre ellos la misma conceptualización de quien ha de decir el derecho de cada cual como "iurisprudente" y su arte como "iurisprudentia".

El término castellano "prudencia" (similar en otras lenguas modernas: *prudence*, en inglés; *prudence*, en francés, misma grafía, pero distinta pronunciación; *prudenza*, en italiano; *prudência*, en portugués; etc.), deriva de un modo muy directo del término latino *prudentia*, el que, a su vez, es la traducción del griego, transliterado, *phronesis.* Subyace a estos términos la noción de una sabiduría práctica.

Platón, en el Libro IV de la *Politeia* afirma que la prudencia es un sano juicio que no afecta a ninguna actividad determinada, porque se aplica a todas las materias humanas (428a y ss.), lo cual hace que sea la virtud propia y característica del gobernante, aunque no exclusiva de éste, puesto que asiste a todo aquel que es moralmente juicioso o sano, y, por ende, se opone a la locura. Podemos añadir en este punto, entonces, que resulta opuesta a las filias y a las fobias, sean cuales fueren (PLATÓN, 1981).

ARISTÓTELES trata sobre la prudencia, entre otros lugares, en *Ética a Nicómaco* (especialmente en VI, 5, 1140a 25 y ss.). Para el Estagirita, la prudencia no es ni conocimiento (ciencia) ni arte, sino un estado o hábito verdadero o razonado para actuar según lo que es bueno o malo para el hombre (FERRATER MORA,1994).

TOMÁS DE AQUINO trata sobre la prudencia *in extenso* a propósito de las virtudes, y la conceptúa como la recta razón de lo que se va a hacer (*recta ratio agibilium*). Para el Aquinate, pese a ser una virtud intelectual, su objeto es moral, de lo que se derivan ciertas características peculiares: es particular, en tanto versa sobre lo concreto; es contingente, dado que admite diversas posibilidades y por ende no es necesaria; es factible, en el sentido aristotélico y escolástico de *agible*, esto es supeditada a nuestra acción; y es temporal, y por consiguiente susceptible de cambio (SELLÉS, s.f.).

En el pensamiento tomista, sería posible distinguir como partes integrantes de la prudencia la memoria, que presupone experiencia; el intelecto, en tanto capacidad de intelección de lo singular; la docilidad ante el buen consejo; la solercia, que implica prontitud en la ejecución; la razón, es decir ser juicioso o razonable; la providencia, que es previsión y provisión; la circunspección, que es la atenta

consideración de las circunstancias; y la caución, precaución o cautela (FERRATER MORA,1994).

La actitud prudente es ajena a las meras abstracciones o deliberaciones puramente conceptuales, como, asimismo, lo es de las universalidades o generalizaciones excesivas. La decisión prudente atiende a la especificidad y singularidad de aquello que se ha de realizar.

Aperados con este bagaje, volvamos a nuestros caracteres, e intentemos pensarlos en su específica relación con los marcos regulatorios sobre tecnologías de base algorítmica compleja. El tecnófilo tendrá una fuerte inclinación a mirar con recelo y desconfianza las normativas, dado que las considerará a priori una limitación, un obstáculo, un encarecimiento innecesario y contraproducente en los costos de transacción. La tecnofilia suele pensar que las reglas son un desincentivo a la industria, dado que la ralentiza. El tecnófobo, en cambio, tiende a abogar por la sobre regulación, cuando no por la proscripción. En su versión principialista, le tiene sin cuidado las eventuales externalidades negativas de la superabundancia de reglas.

Un gobernante, un político, un directivo y un jurista prudentes, debiesen, por lo pronto, ser capaces de evitar incurrir en los extremos indeseables analizados. Lo que razonablemente se espera de ellos es que puedan deliberar, decidir y ejecutar en concreto, atendiendo a la especificidad del caso, con todas sus complejidades y variables. Las aproximaciones meramente abstractas, muchas veces abstrusas, como tampoco las concretas unidimensionales, no parecieran responder a la exigencia de una decisión rigurosamente prudente. La tecnofilia y la tecnofobia resultarían, por consiguiente, intrínsecamente imprudentes.

Ahora bien, el jurista prudente ha de tener claridad respecto de la identidad y las limitaciones del arte del derecho. Por lo pronto, es distinto del arte de la política, como, asimismo, de la educación y de la ética. El derecho es un arte muy modesto, y no le hace bien a la vida en sociedad que éste se desborde, se exorbite y se salga de su cauce natural. La interacción humana es un bello mosaico multicolor, integrado por diversos fragmentos variopintos. Las relaciones humanas saludables requieren un conjunto de reglas de distinta índole: éticas, morales, de urbanidad,

religiosas y también jurídicas. No es bueno, deseable ni saludable que el derecho suplante a las otras disciplinas.

En el caso de la regulación de las tecnologías de base algorítmica compleja el asunto no es distinto. Hay, posiblemente, muchos vacíos en el plano de la educación, de la ética, de la moral, incluso de la urbanidad, y aun de la religión -basta pensar en la devoción de los tecnófilos o en la creencia de la superioridad de la "inteligencia artificial"-, que son urgentes de llenar, pero que al derecho ni le compete ni le resulta posible hacerlo. La emergencia educativa, el analfabetismo moral, la pérdida de sensibilidad, fenómenos a la base de los modos de relacionarnos con la tecnología, no son susceptibles de enmendarse normativamente y es bueno y necesario así explicitarlo. Lo que sí puede hacer el derecho, y no es poco ni tampoco lo único, es delinear el límite de lo tolerable y darle forma al esplendor de lo justo.

V. Bibliografía

ARISTÓTELES. (1982). *Obras completas* (J. A. O. Ranz, Ed.). Aguilar.

DICCIONARIO MULTILINGÜE. *(2003). Carrogio S.A. de Ediciones.*

DIGESTUM: CORPUS IURIS CIVILIS CUM GLOSSIS. (1628). París.

FERRATER MORA, J. (1994). Prudencia. En *Diccionario de filosofía* (Tomo III). Círculo de Lectores.

FRANCISCO. (2015). *Laudato si': Sobre el cuidado de la casa común*. Libreria Editrice Vaticana.

LA BRUYÈRE, J. (1688). *Les Caractères*. Bibliothèque-Charpentier. Paris, *sine data.*

OLIVARES GARITA, C., & BARRANTES ELIZONDO, L. (2014). *El impacto de la tecnofobia y la tecnofilia en la educación superior* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional (Costa Rica)]

PLATÓN. (1981). *Obras completas* (L. Gil, Ed. y Trad.). Aguilar.

SELLÉS, J. F. (s.f.). La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino. *Almudí*. Accesible en: https://www.almudi.org/recursos/virtudes/37-recursos/virtudes/virtudes-humanas/intelectu ales/9702-la-virtud-de-la-prudencia-segun-tomas-de-aquino-i

SUAY BELENGUER, J. M. (2000). Tecnofilia, tecnofobia y pesimismo tecnológico. *Dyna*, 75(7), 22–26.

DE LA FORMACIÓN CLÁSICA AL CONTRATO DIGITAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA-JURÍDICA DE LA OSCURIDAD CONTRACTUAL

Eduardo Rivera Carrasco, Eduardo Rodríguez Álvarez y Víctor Jaure Cataldo

[1]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025[2]

Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen

Este artículo analiza la evolución histórica de la oscuridad contractual, desde el paradigma liberal decimonónico hasta la contratación digital. Mediante una metodología histórico-crítica, se examina cómo la industrialización primero, y luego la algoritmización, transformaron las condiciones de la autonomía contractual. En esa perspectiva, los entornos digitales constituyen un nuevo paradigma de oscuridad, especialmente a través de los *Dark patterns*. Este fenómeno se refleja en la denominada oscuridad contractual que carece aún de una teoría sistemática, lo que dificulta enfrentar sus manifestaciones actuales. Este trabajo llama a repensar las instituciones contractuales para resguardar la autonomía y la igualdad en contextos marcados por la manipulación algorítmica.

Palabras clave: Oscuridad contractual, Dark patterns, Algoritmos contractuales

Title: FROM CLASSICAL FORMATION TO THE DIGITAL CONTRACT: HISTORICAL-LEGAL EVOLUTION OF CONTRACTUAL OBSCURITY

[1] En el presente trabajo colaboraron los investigadores: David Domínguez Huencho, Valeria Gajardo González y Luisa Quimbayo Ocampo. Esta investigación es resultado de las actividades llevadas a cabo en el ámbito de los siguientes proyectos: e-Ride "Ethics and Research Integrity in the Digital Age" (2024-2027) Código 101175756; y del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las Ciencias Jurídicas del Doctorado de la Universidad Autónoma de Chile, ANID código 8622004.

[2] Ponencia presentada en las "I Jornadas Internacionales sobre Derecho y Nuevas Tecnologías" que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo pasado.

Abstract

This asseses the historical evolution of contractual obscurity, from the nineteenth-century liberal paradigm to current digital contracting practices. Using a historical-critical methodology, it examines how industrialization —and later, algorithmization— transformed the conditions of contractual autonomy. From this perspective, digital environments represent a new paradigm of obscurity, especially through *dark patterns*. This phenomenon is reflected in what is now referred to as contractual obscurity, which still lacks a systematic theory, making it difficult to address its current manifestations. The study calls for a rethinking of contractual institutions to safeguard autonomy and equality in contexts shaped by algorithmic manipulation.

Keywords: Contractual obscurity, Dark patterns, Algorithmic contracting.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación a la oscuridad contractual. III. Estudio histórico de la oscuridad contractual: Manifestaciones previas a la revolución industrial. IV. Estudio histórico de la oscuridad contractual: La revolución industrial como momento de escisión del paradigma voluntarista. V. Oscuridad digital: Los Dark patterns. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Desde la aparición de las primeras civilizaciones[3], los contratos han desempeñado funciones esenciales en la organización social y económica, constituyéndose en vehículos fundamentales para la creación de relaciones jurídicas entre particulares[4]. En las antiguas sociedades mesopotámicas, egipcias o romanas, por ejemplo, ya era posible advertir prácticas contractuales que daban cuenta de la necesidad humana de establecer acuerdos, delimitar obligaciones y

[3] Ya en el Código de Hammurabi es posible encontrar antecedentes de contratos celebrados por los seres humanos (LÓPEZ SANTA MARÍA, 2017: p. 13).

[4] López Santa María explica que los contratos son instrumentos que aparecieron rudimentariamente para canalizar las necesidades de intercambio, al favorecer la circulación de bienes y permitir la satisfacción de necesidades individuales. En ese sentido, la vivienda, la recreación, la educación o el trabajo implican la celebración de contratos (2017: pp. 6 - 9).

asegurar el cumplimiento de prestaciones, incluso mediante fórmulas rituales o solemnidades que revelaban la importancia que estas relaciones tenían para el equilibrio social.

Si bien este trabajo no pretende abordar en profundidad el concepto de contrato, resulta necesario precisar una noción de referencia, útil para el análisis posterior. El artículo 1438 del Código Civil chileno lo define de manera tradicional[5], aunque esta definición ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales[6], en particular por su carácter excesivamente formal y por omitir elementos fundamentales como la autonomía de la voluntad o la función económica del contrato. Por ello, se adopta aquí la siguiente formulación más sintética y funcional: el contrato es un acto jurídico bilateral generador de derechos personales y obligaciones, orientada a la satisfacción de intereses recíprocos (BARCIA, 2024: p. 43; LÓPEZ SANTA MARÍA, 2017; VIAL DEL RÍO, 2003: p. 38).

A partir de la importancia histórica y funcional del contrato, esta investigación se propone examinar un fenómeno particular que lo afecta: la oscuridad contractual, entendida como la situación que puede envolver a un acuerdo en la incertidumbre respecto de la comunicación de las verdaderas intenciones contractuales. Volveremos sobre este concepto en el segundo apartado, no obstante, cabe explicitar que el enfoque de esta investigación más que ser conceptual es de carácter histórico crítico.

Como puede apreciarse de la definición propuesta, este fenómeno se vincula estrechamente con la falta de transparencia, la ambigüedad en las cláusulas, la desigualdad informativa y, en tiempos recientes, con el diseño intencionadamente engañoso de ciertas interfaces digitales que median la contratación. Aunque esta problemática acompañó a la contratación desde sus orígenes, su presencia se intensificó con plataformas contractuales algorítmicas y nuevas tecnologías, que

[5] Artículo 1438*: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas"*. Concepto que para Díez-Picazo es tradicional y clásico, si se considera que su concepción involucra el acuerdo de dos o más individuos para producir efectos jurídicos, esto es, crear derechos personales y obligaciones (DÍEZ-PICAZO: 2007, p. 133).

[6] López Santa María menciona como primera crítica que el citado concepto confundiría a los contratos y a las convenciones, y, asimismo, en segundo lugar, la definición aludiría al objeto del contrato como una prestación que se debe dar, hacer o no hacer, a pesar de que las prestaciones son objeto de las obligaciones y las obligaciones son objeto de los contratos (2017: p. 4 – 5). En ese sentido, también Barcia Lehmann (2024: p.44).

introducen nuevos riesgos y desafíos jurídicos, incluso para instituciones tan asentadas como el consentimiento y la buena fe.

Esta nueva forma de oscuridad amenaza con desestabilizar pilares fundamentales de la teoría general del contrato y de las relaciones de consumo en entornos digitales. La progresiva automatización de decisiones, la mediación de algoritmos opacos y la falta de comprensión por parte del consumidor acerca del funcionamiento de las plataformas digitales contribuyen a un escenario en que la autonomía privada se ve debilitada, erosionando los principios de libertad contractual y de igualdad jurídica entre las partes contratantes. La oscuridad contractual, en este contexto, deja de ser solo un defecto comunicacional o un problema de redacción: se transforma en una estrategia estructural que puede condicionar y manipular la voluntad.

La oscuridad contractual no es, sin embargo, un fenómeno reciente. Desde los primeros contratos celebrados por el ser humano, ha estado presente bajo distintas formas, adaptándose a las condiciones históricas, sociales y tecnológicas de cada época. Por ello, el estudio propone una revisión histórica que permita comprender cómo el Derecho contractual ha enfrentado esta problemática a lo largo del tiempo y cómo se ha adaptado frente a los grandes cambios paradigmáticos. En este contexto, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Constituye la algoritmización contractual un nuevo paradigma en la evolución del Derecho de contratos y en la configuración de la oscuridad contractual, al igual que lo fue la industrialización en el siglo XX?

Algunos autores sostienen que actualmente nos encontramos en una cuarta revolución industrial[7], caracterizada por avances tecnológicos como la inteligencia artificial, el aprendizaje automático, el *big data* y la robotización de procesos (SCHWAB, 2017). Estas transformaciones están alterando profundamente las formas de vinculación jurídica, lo que plantea importantes desafíos al Derecho y una nueva forma de comprender las relaciones jurídicas convencionales. En particular, fenómenos como los *Dark patterns* –que analizaremos más adelante– ejemplifican

[7] Klaus Schwab, fundador del foro de economía global, publicó un libro titulado justamente la cuarta revolución industrial en el que explica los alcances que puede tener la tecnología para la sociedad y para las personas.

cómo las nuevas tecnologías inciden en la experiencia contractual. Estos patrones oscuros o prácticas engañosas de diseño digital pueden distorsionar la percepción del usuario e inducirlo a tomar decisiones que no reflejan su voluntad real. Sus efectos pueden configurar instituciones jurídicas reconocidas y estudiadas por la tradición contractual, como el error, el dolo, la lesión o la nulidad por causa ilícita, pero también, pueden exceder sus alcances.

El objetivo de este trabajo es proponer un examen histórico-crítico de la evolución de la oscuridad contractual frente a los grandes cambios tecnológicos y sociales, centrado en el impacto de la industrialización. A lo largo de este estudio se buscará demostrar cómo cada revolución técnica ha desafiado las bases del Derecho de contratos, obligándolo a reinventarse para proteger el equilibrio entre libertad y justicia contractual.

Aunque existen antecedentes doctrinales incluso desde el Digesto, este estudio comenzará su recorrido en la era de la industrialización, por cuanto ella representó un quiebre sustantivo en la manera de entender las relaciones jurídicas entre privados. La irrupción de la producción en masa, el desarrollo del capitalismo industrial y la consagración de los contratos de adhesión exigieron respuestas jurídicas innovadoras, muchas de las cuales siguen vigentes hasta hoy.

La investigación se estructura en tres capítulos. En el primer capítulo, se abordará el fenómeno de la oscuridad contractual y su dificultad de conceptualización, desafío que abordaremos sólo parcialmente en este trabajo. El segundo capítulo centrará el enfoque histórico de esta investigación, puesto que su foco estará en el análisis del impacto que la industrialización tuvo sobre el Derecho contractual, abarcando desde el siglo XVIII hasta fines del siglo XX, para entender cómo este proceso generó un nuevo paradigma contractual, especialmente a través del surgimiento del Derecho del consumo, las cláusulas abusivas y las regulaciones protectoras del contratante más débil. Finalmente, en el tercer capítulo, se analizará el surgimiento de la contratación algorítmica en el siglo XXI, explorando cómo la tecnología ha transformado la configuración de la oscuridad contractual en la actualidad y sus implicancias hacia el futuro.

En definitiva, si bien los *Dark patterns* representan hoy un gran desafío para el Derecho contractual, no constituyen un fenómeno enteramente

nuevo. Como ocurrió en otros momentos de transformación histórica, corresponderá a esta generación comprender y regular esta nueva forma de oscuridad. La historia contractual es cíclica, y una vez más nos enfrentamos a un proceso de cambio profundo que alcanza todos los aspectos de la vida humana. Esta vez, el reto se presenta en la forma de interfaces digitales diseñadas para captar, influir e incluso condicionar el comportamiento humano.

En este escenario, donde los contratos siguen siendo una pieza clave para la autodeterminación individual y la satisfacción de necesidades, promover entornos seguros y transparentes de contratación se presenta como un desafío ineludible para el jurista contemporáneo. La defensa de la autonomía privada no puede desligarse de un análisis crítico de las condiciones tecnológicas que la rodean, especialmente cuando estas introducen opacidad, manipulación o abuso en las relaciones contractuales.

II. Aproximación a la oscuridad contractual

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) define a la oscuridad como: *"1.- Que carece de luz o claridad. 2.- Dicho de un color o de un tono: Que se acerca al negro, o que se contrapone a otro más claro de su misma clase. 2.- De color oscuro. 3.- Confuso, poco inteligible. 4.- Incierto, de modo que infunde temor, inseguridad o desconfianza. 5.- Desconocido, mal conocido o misterioso. 6.- Carente de relevancia o de notoriedad. 7.- Triste, sombrío, que produce pesadumbre"* (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2025).

En materia contractual, de acuerdo con las acepciones propuestas por la RAE, la oscuridad podría significar falta de información, incertidumbre, desconfianza, confusión o desconocimiento. En ese sentido, podría estar relacionada con ambigüedad, poca claridad, falta de transparencia, opacidad terminológica, omisión conceptual, publicidad engañosa, influencia indebida, coacción, prácticas agresivas o abuso de una posición dominante, entre otras posibilidades.

Desde esa perspectiva, la oscuridad puede ser caracterizada como un fenómeno lingüístico o comunicacional, que afecta las expectativas, generando incertidumbre en sus consecuencias contractuales y de carácter multidimensional, ya que sus orígenes pueden ser intrínsecos a la voluntad o extrínsecos propios del

vínculo y puede estar relacionado con diversas instituciones jurídicas que pueden afectar la libertad de los contratantes.

Por eso, para proponer un concepto integral del fenómeno, hay que superar un problema estructural que lo afecta y que, al ser una situación jurídica multidimensional e ininteligible, podría tener una polisemia que afecte la sistematicidad de una definición. Ya mencionábamos que, para los efectos de este trabajo, la oscuridad contractual puede ser entendida como una situación que puede envolver a un acuerdo en la incertidumbre respecto de la comunicación de las verdaderas intenciones contractuales.

En ese orden de ideas, la propuesta conceptual que se ha presentado intenta ser lo más integradora y explicativa posible, de modo que se ha evitado resumir el concepto en pocas palabras para poder abarcarlo de la forma más completa posible. Cabe mencionar que no es la intención de este trabajo detenerse en exceso en el planteamiento de un concepto integral de oscuridad, pues, excede el objeto de estudio e implica enfrentar una dificultad conceptual que daría lugar a una investigación mucho más extensa.

En ese sentido, a través de este estudio pretendemos entenderla en su desarrollo histórico para poder avanzar en el conocimiento de los fenómenos que se manifiestan por o a través de la oscuridad contractual, hasta nuestros días, a través de la figura de los *Dark patterns*, como se analizará en el tercer apartado.

Desde esa perspectiva, históricamente la oscuridad ha sido centro de atención para la doctrina contractual, sin que se haya construido hasta ahora una teoría sistemática que la explique ni una categorización que permita estudiar integralmente sus formas y consecuencias. Por eso comenzaremos su estudio evolutivo desde un primer supuesto: La oscuridad contractual aún no está definida ni armonizada porque abarca varias posibles situaciones que pueden afectar a la voluntad o al resultado de un contrato.

III. Estudio histórico de la oscuridad contractual: Manifestaciones previas a la revolución industrial

Los grandes cambios que ha transitado la humanidad en su desarrollo y evolución han impactado en las formas de relacionarse y en sus consecuencias

jurídicas. Dentro de las formas de relacionarse jurídicamente, los contratos han sido los mecanismos jurídicos de intercambio más antiguos (LÓPEZ SANTA MARÍA: 2017, pp. 3-11)[8] y se han convertido en la piedra angular, no solo del Derecho Civil, sino que del ordenamiento jurídico (DÍEZ-PICAZO, 2007: p. 137).

Así, la revolución industrial trajo como consecuencia un nuevo paradigma para formas de contratación eminentemente agrícola propias de mercados artesanales, pasando a conformar economías industrializadas en las que los individuos se vinculaban a través de acuerdos cada vez más complejos y masivos

En ese sentido, la tradición contractual moderna que estuvo sustentada en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual que permitía a los individuos vincularse libremente y en igualdad de condiciones (DÍEZ-PICAZO, 2007: p.137)[9] dio paso a un mercado en el cual los consumidores concurrían masivamente a contratar con un proveedor que dominaba la información de la oferta y debía comunicársela a los consumidores que se encontraban en una situación de subordinación informativa.

Para explicar este punto de inflexión histórica, es conveniente ir un poco más atrás en el tiempo, es decir, a los orígenes de la tradición contractual moderna y al advenimiento de la aparente consagración codificada del principio de la autonomía

[8] Véase página 1. DÍEZ-PICAZO explica que el término *contractus* proviene del Derecho Romano clásico, quienes entendían que existía un contrato cuando se contraía una obligación, ya sea de forma ritual o solemne o por realizar cierto comportamiento (2007: p. 134-135). En esta investigación no profundizaremos en la tradición romana en materia contractual, por entender que, para efectos del estudio de la oscuridad contractual, el punto histórico de inflexión en esta materia se encuentra en particular entre los siglos XVIII y XIX. Según DÍEZ-PICAZO, la formación moderna del concepto moderno de contrato surge de la época medieval y sustentada en corrientes de pensamiento tales como la doctrina del Derecho Canónico, la del voluntarismo de la escolástica tardía y a las ideas de la escuela del Derecho natural racionalista y del pensamiento de la ilustración (p. 135-136).

[9] SOMARRIVA enumera las manifestaciones de este principio como sigue: 1.- Los individuos son libres para contratar o no según su deseo o parecer; 2.- Las partes son libres de discutir las condiciones del contrato que celebran; 3.- Las partes tiene libertad para expresar su voluntad como mejor les plazca; 4.- El contrato celebrado es una ley para las partes; 5.- Existiendo una cláusula oscura, su interpretación será volitiva y no literal (2010: p. 85 - 86) (he resumido su enumeración, para no extender esta explicación en demasía); agrega AVELINO LEÓN que la autonomía de la voluntad faculta también a las partes para extinguir de común acuerdo un contrato ya celebrado (1990: p. 57).

de la voluntad y de la libertad contractual[10], es decir, al momento en que surge el Código Civil napoleónico[11].

Esta codificación decimonónica fue una expresión de la tradición contractual moderna, de tal suerte que encontró sus fundamentos en criterios tales como la libertad de mercado, la libertad individual de las personas y la igualdad de los contratantes[12]. En ese sentido, citando a ADAM SMITH, LUIS DÍEZ PICAZO arguye que las ideas de que las leyes de mercado y el egoísmo individual en búsqueda del interés propio eran los motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones (2007, p. 137). En esa línea de pensamiento, MORALES MORENO sostiene que la voluntad plasmada en la codificación es aquella que surge de una construcción racionalista. En otras palabras, "el hombre limita su libertad, vinculándose, a través de su propia voluntad" (2017, p. 47)[13].

En palabras simples, la tradición liberal que sustentó los ideales ilustrados de la teoría contractual moderna estuvo caracterizados por la libertad y por la igualdad de las partes en sus condiciones y en el control de la información contractual. Aquella corriente filosófica sirvió como fuente de inspiración para los intelectuales que desarrollaron el *Code Civil*. En ese contexto, cuando se presentaba una situación de oscuridad en las convenciones, aquella podía ser solucionada cooperativamente entre los individuos[14], y en caso de que aquello no ocurriera, dos

[10] AVELINO LEÓN explica que la autonomía de la voluntad manifestada en la forma de la libertad jurídica alcanzó su mayor apogeo con la revolución francesa (1990: p. 56), lo cual pudo haber sido un punto de inflexión en la forma de concebir a los contratos para los ideólogos del Código Napoleónico.

[11] Se ha elegido este trascendental momento jurídico de la historia como punto de partida de este análisis histórico-crítico de la oscuridad porque esta primera codificación coincidió temporalmente con la industrialización, ya que la Francia del siglo XIX estaba experimentando los efectos de la revolución industrial y de la modernización de las relaciones contractuales a través de la masificación de la cotidianeidad e instantaneidad de los contratos que anteriormente eran rudimentarios.

[12] TORRES URZÚA plantea que "la igualdad entre los contratantes implica la capacidad de los individuos para tutelar de manera autónoma y simétrica sus intereses durante la negociación y ejecución del contrato" (2024: p. 65-66). Agrega el autor que los intereses adversariales que las partes incorporan al contrato en el proceso de negociación pretenden que el acuerdo distribuya los riesgos de la mejor forma que les sea posible.

[13] TORRES URZÚA explica que la libertad supone individuos como agentes aptos para tomar decisiones independientes, de modo que pueden optar por emprender sus propios proyectos o abstenerse de ellos (2024: p. 65), agregando que se trataría de una noción individualista que excluye al Estado de la toma de decisiones particulares. En ese sentido, otros autores que desarrollan ideas similares son LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017: p. 254), DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016: p. 35-36) y VIAL DEL RÍO (2003: 56) en Chile, DÍEZ-PICAZO (2007: p. 109) en España, CARBONNIER (1971: p. 147) en Francia y ZIMMERMANN (2008: 185) en Alemania.

[14] ELORRIAGA DE BONIS y LÓPEZ SANTA MARÍA plantean que el contrato es un medio de cooperación entre individuos para el intercambio de bienes y servicios (2017: p. 11). En el mismo sentido, DEMOGUE, fundador del solidarismo contractual (1931), CARRASCO PERERA (2017: p. 59), LARROUMET (1990: p.

posibles situaciones podían verificarse: Una maquinación fraudulenta o un vacío contractual que hubiere que llenar a través de la interpretación.

Esta concepción filosófica fue también inspiración para Andrés Bello en la consagración de las reglas y principios rectores de la contratación a mediados del siglo XIX. En efecto, su codificación estuvo inspirada en el Código de Napoleón y, para Bello, la contratación imbuida por el principio de la autonomía de la voluntad no fue ajena a la oscuridad. Es así como el legislador nacional ya la consideró como una posibilidad en el Código Civil chileno.

En esa línea de ideas, el Código de Bello no se refirió a la oscuridad contractual de forma expresa, pero sí la consideró implícitamente al consagrar instituciones tales como el principio de la buena fe como una regla rectora del comportamiento contractual[15] y el dolo como un vicio de la voluntad[16], cuando ha

83) y SHAVEL, para quien los contratos mutuamente beneficiosos alcanzan la eficiencia de 'Paretto' (2004: p. 293 - 296). CARRASCO PERERA explica que la autonomía contractual es una regla de eficiencia económica para los sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si sus protagonistas pueden decidir sobre la asignación de los recursos que disponen (2017: p. 71- 72).

[15] FUEYO LANERI indica que son sinónimos de buena fe la "rectitud y la honradez" y tienen por función conducir a la confianza y añade que lo opuesto es la mala fe, que significa doblez, alevosía, malicia o engaño (2010: p. 403), ideas reafirmadas por JOHOW quien entiende a la buena fe como una lealtad recíproca (2011: p. 41); desde ese punto de vista, para DE LA MAZA, no hay dudas de que la buena fe contractual impone obligaciones para las partes que negocian un contrato (2007: p. 587). LÓPEZ SANTA MARÍA, por su parte, diferencia entre dos clases de buena fe, la subjetiva y la objetiva (en ese sentido, véase también BARCIA {2024: p. 534} y BOETSCH {2011: p. 80 - 81} quien además distingue entre una dimensión ética y una sicológica en este principio {2011, p. 51 – 55}). LÓPEZ SANTA MARÍA define ambas vertientes del principio y señala que la primera de ellas consiste en "la convicción interna o sicológica de encontrarse el sujeto en una situación regular" y que, para el autor, es una noción que disculpa el error (2017: p. 340). Pero es la buena fe objetiva la que centra su atención, esto en virtud del artículo 1546 del Código Civil chileno, y que adopta la forma de un estándar de comportamiento para los contratantes que se aprecia en abstracto, cuya conducta debe ser leal y correcta desde el inicio de las tratativas preliminares hasta la conclusión del negocio jurídico. Desde esa perspectiva, LÓPEZ analiza en extenso a los factores que componen la determinación de ese estándar, dentro de los cuales están la confianza, el modelo de un hombre razonable, los usos o espíritu del pueblo, e inclusive, la equidad, factores que deberán ser apreciados por el juez, de modo que esta regla no es estática, sino que sirve para interpretar los vínculos contractuales que contengan vacíos en sus disposiciones (2017: p. 343 -346).

[16] En ese sentido, el dolo se puede asimilar a la mala fe, que a su vez se contrapone a la buena fe, que es un principio rector de nuestro Derecho y que en materia contractual guía el comportamiento de los contratantes y la ejecución de lo pactado, tal como lo dispone el ya citado artículo 1546 del Código Civil. Desde ese punto de vista, la consagración de la buena fe contractual en la legislación pudo haber estado influida por la necesidad de regular la oscuridad en su forma dolosa y aclarar, a través de la interpretación contractual, los casos en que el carácter determinante del engaño no sea manifiesto. Dicho lo anterior, el artículo 1564, inciso tercero, podría contener una disposición que da luces de esta conexión, al prescribir que las cláusulas de un contrato se interpretarán también "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".

sido determinante y obra de una de las partes[17]. Adicionalmente, resolvió la oscuridad acaecida por un posible vacío contractual[18] a través de las reglas de hermenéutica plasmadas entre los artículos 1560 a 1566[19].

En cuanto al principio de buena fe, el artículo 1546 del Código Civil chileno establece el deber de rectitud de las partes en su comportamiento contractual. Sin embargo, pese a la relevancia que este principio tiene en la codificación de Bello, esta ley no contiene una definición de buena fe (aunque la menciona más de cuarenta veces) y no la incorpora expresamente como un principio. Ante el silencio

[17] El artículo 44 inciso final del Código Civil chileno define al dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro" y el artículo 1458 dispone que el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y cuando aparece claramente que sin él no se hubiera contratado, sin definirlo. A falta de concepto legal de dolo como vicio, CLARO SOLAR lo define como "toda especie de maniobras probadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra incurra en un error que la determine a contratar (2013, p. 199), mientras que VIAL DEL RÍO lo define como una "maquinación fraudulenta destinada a que una persona preste su consentimiento para la celebración de un acto o contrato" (2003, p. 115); por su parte, PLANIOL y RIPERT definieron al dolo como "todo engaño cometido en la celebración de los actos jurídicos" (1998, p. 56). Para los autores, una mentira es susceptible de configurar dolo, sin embargo, plantean que comúnmente el dolo se manifiesta a través del empleo de maniobras, artificios, astucias hábiles que comprenden actos combinados en vista del engaño, de modo de que cuando el motivo para contratar ha sido el dolo de la contraparte, esa acción conduce a la anulación (1998, pp. 56 y 57). En efecto, el dolo en el Código Civil de Bello está presente en situaciones tales como la responsabilidad contractual o extracontractual, los vicios de la voluntad o las causales de indignidad, sin embargo, en todas ellas adopta la misma fórmula de la intención dañosa. Desde esa perspectiva, autores tales como BARCIA ({2024: p.160} quien señala que a pesar de que el dolo suele coincidir con la mala fe, hay casos en que ambos se distancian, como ocurre en materia posesoria), FUEYO LANERI (2004, pp. 430 – 431) o LEÓN HURTADO (1990, p. 203), plantean la denominada teoría unitaria del dolo que remite al citado artículo 44 inciso final. En ese sentido, POTHIER también identificó al dolo de manera unitaria haciéndolo antónimo de la buena fe (1761).

[18] LÓPEZ SANTA MARÍA indica que la interpretación contractual se hace necesaria cuando surgen discrepancias entre las partes, por lo que de ella depende el alcance de la convención (2017, p. 364). Asimismo, el autor explica que la literatura se ha dividido en dos vertientes: Los que creen que siempre hay que interpretar (dentro de los que estaría Pothier) y los que creen que hay que interpretar sólo cuando las cláusulas del contrato sean oscuras (por ejemplo, BARROS ERRÁZURIZ. (1931, p. 73) Para LÓPEZ SANTA MARÍA, el problema radica en la dificultad de determinar cuándo un contrato es claro y cuando es oscuro (2017, pp. 373- 382).

[19] JOHOW sostiene que "ante la imposibilidad de conocer claramente la intención de las partes, los sistemas subjetivos clásicos de interpretación contractual recurren – porque no tienen otra alternativa – a la voluntad virtual, probable o presunta de los contratantes", y añade que el lugar de la certeza en ese contexto es ocupado por el de la probabilidad (2011, p. 38). TRONCOSO LARRONDE y ÁLVAREZ CID explican que existen dos sistemas de interpretación: a) uno subjetivo en que se considera únicamente la voluntad real de los individuos, por lo cual indaga en la intención psicológica de las partes y b) otro objetivo que atiende a la voluntad declarada, prescindiendo de la voluntad real. Para TRONCOSO y ÁLVAREZ, no hay ningún sistema de interpretación que considere únicamente una de las dos vertientes, a pesar de que el sistema adoptado por Bello prefiere a la intención de los contratantes como mecanismo fundamental de interpretación (2010, pp. 54 -55).

del legislador en su consagración expresa, la doctrina ha llenado ese vacío[20], abordando su aplicación y su contenido normativo (BOETSCH, 2011: p. 48).

Con respecto a la regulación del dolo, el Código Civil chileno lo contempló en diversas instituciones[21]; una de ellas es el dolo como vicio de la voluntad que acarrea la nulidad relativa del contrato cuando una de las partes ha sido engañada de forma determinante por la otra, según los artículos 1458 y 1682 inciso tercero.

Desde la perspectiva de la interpretación contractual, en el artículo 1560 se consagró el predominio de la intención de las partes en lugar de lo literal de las palabras[22], lo cual para la doctrina pudo haber estado motivado por la aplicación preferente del principio de autonomía de la voluntad en las reglas de interpretación[23], norma que se complementó con una serie de reglas[24] que tenían como función adaptar la búsqueda abstracta de la voluntad real a la realidad fáctica de los casos concretos[25]. Así en el artículo 1566[26] se consideró a una norma de cierre

[20] VÉASE DE LA MAZA (2007), FUEYO (2010) y JOHOW (2011). DÍEZ-PICAZO propone un análisis muy detallado sobre las normas que hacen alusión en el Derecho español a la buena fe. Resumidamente, la buena fe es considerada como a) la ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona tutelado por el Derecho, de modo que quien daña ese interés con la convicción de un comportamiento regular y permitido, tendrá un trato más benévolo; b) la buena fe significa confianza en una situación jurídica objetiva y, c) la buena fe significa también rectitud en los tratos que orienta el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (2007: p. 61).

[21] Véase citas al pie números 16 y 17.

[22] DÍEZ-PICAZO denomina a esta regla hermenéutica como un "principio de búsqueda de la voluntad real", y que implicaría indagar en la voluntad histórica que sería la voluntad real, es decir, la que presidió la formación y celebración del contrato y que surge de una intención común y que no es la voluntad que las partes puedan tener en un momento posterior al de la suscripción del acuerdo (2007, p. 498). En ese sentido, también CARBONNIER (1963, p. 251).

[23] LÓPEZ SANTA MARÍA explica que el artículo 1560 debe aplicarse cuando las disposiciones escritas cederán a la voluntad, sólo aparezca claramente diferente de las palabras redactadas en el acuerdo, el problema radica en que las cláusulas por lo general serán insuficientes y dudosas (2017, p. 370).

[24] Según lo planteado por DÍEZ-PICAZO, esas reglas se enmarcan al principio de conservación del contrato y al principio de buena fe (2007, p. 498-500).

[25] Concepción que tiene su antecedente en el Código Civil francés y en la influyente doctrina de ROBERT POTHIER (2007, p. 91) quien, a su vez, extrajo la idea del Digesto (COLOMA: 2016, p.17). BARRIENTOS explica que "si por alguna razón los contratantes discutían acerca de los derechos y obligaciones emanados del contrato, al fundarse en entendimientos diversos de sus cláusulas, debía: a) por regla: estarse a la letra de las cláusulas y, b) como limitación: apartarse de la regla si la letra de las cláusulas pugnaba con la conocida intención de las partes" (2016, p.580).

[26] Norma denominada por la doctrina como *interpretatio contra stipulatorem* (DÍEZ-PICAZO: 2007, p. 500) o como interpretación *contra preferentum* (RUBIO: 2024) o favor *debilis* (ISLER: 2019, p. 117-118).

supletoria para las cláusulas ambiguas las que, de existir, se interpretarán a favor del deudor o en contra de quien las redactó[27].

La respuesta de Bello a la oscuridad contractual se inscribe en una tradición que, desde antes del Código Napoleónico, utilizó la buena fe, la sanción al engaño y las reglas de interpretación como herramientas que utilizó para pretender frenar la falta de claridad en los contratos. Estas soluciones se sustentaban al margen de una lógica de simetría entre las partes contratantes y fueron introducidas en la codificación decimonónica inspirada en el *Code* Civil napoleónico, útil, bajo el bajo el umbral de la igualdad de condiciones entre las partes contratantes.

Esta tradición se estructura sobre dos pilares: Sancionar la conducta desleal o engañosa de una de las partes mediante la nulidad de una de las partes que desestabilizó el equilibrio y; de forma hermenéutica contractual permitir al juez interpretar el contrato en contra del redactor o en virtud del deudor en caso de ambigüedad, apelando a criterios económicos o sociales. En este aspecto, la figura del "contratante más débil" no tenía cabida, pues esta misma presumía la igualdad de las partes, y cuyas sanciones recaían sobre quien no actuara con claridad o ética contractual.

IV. Estudio histórico de la oscuridad contractual: La revolución industrial como momento de escisión del paradigma voluntarista

La revolución industrial supuso un cambio de paradigma. Las sociedades de los siglos XVIII y XIX caracterizadas por economías agrícolas se convirtieron en grandes mercados con intercambios masivos de bienes y servicios y una creciente riqueza que favorecía el consumo. Esa nueva concepción económica hizo tambalear el modo de concebir a los contratantes particulares como sujetos completamente autónomos y en pie de igualdad. En otras palabras, aparecieron los grandes

[27] KARL LARENZ explica que su fundamento se encuentra en la protección de la confianza generada por el comportamiento de los demás que el ordenamiento debe asegurar (1958). KIMEL complementa señalando que el contrato descansa sobre esa confianza depositada por las partes, sustentada en una racionalidad básica y en la certeza de que ambas cumplirán la palabra empeñada (2018, pp. 130 - 131).

mercaderes y empresarios que podían controlarlos. Surgió entonces la figura del contratante más débil: el consumidor[28].

Frente a esta nueva realidad, Saleilles fue pionero en identificar figuras contractuales que no requerían de voluntad en los términos propios de la teoría moderna de la contratación. Eran acuerdos en los que no participaba la voluntad libre de ambos individuos y en los que uno de ellos controlaba los términos del acuerdo para que la contraparte solo tuviera la opción de declarar su aceptación o rechazo (SALEILLES, 1929: pp. 129 -130)[29].

Comenzaba a perfilarse de esa manera una pérdida de influencia del principio voluntarista decimonónico. Con ello se dio paso a nuevas formas de oscuridad contractual, cuyo origen ya no residía en la redacción o conducta de las partes, sino que es en la posición asimétrica entre los contratantes.

En este nuevo escenario contractual, las reglas de Bello iban a enfrentar un desafío jurídico inédito, ya que no podían hacer frente a la falta de simetría. El clásico Derecho contractual proveniente de la tradición napoleónica ya no era suficiente para resolver todos los conflictos contractuales que surgían en estas nuevas sociedades industrializadas y con mercados masificados.

Por otra parte, la literatura, principalmente británica[30], fue fundamental en la aproximación doctrinaria a esta nueva configuración de las relaciones contractuales. En el Derecho Civil inglés resulta discutible afirmar la existencia de una teoría general de los contratos (SMITH, 2004; ATIYAH, 1979) tal y como se conoce en la tradición continental proveniente del *Code* Civil francés[31], dado que no existe una codificación sistemática de los diferentes tipos de pactos[32]. Su forma de

[28] En Francia, a la época de entrada en vigor del *Code* Civil, la economía estaba transitando por este proceso de industrialización, al igual que ocurría en gran parte de Europa. Puede consultarse un muy interesante análisis del pensamiento económico de la Francia del siglo XVIII, periodo anterior a la codificación, en "Pensamiento económico francés del siglo XVIII: Aspectos analíticos" de JOSÉ FÉLIX CATAÑO MOLINA (1989).

[29] Tal como plantea POSNER que ese tipo de relaciones consisten en ofertas del tipo 'tómalo o déjalo', en las cuales el autor explica que se pierde toda posibilidad de negociación (2014, p. 124).

[30] GALGANO distingue entre las concepciones subjetivas del contrato provenientes del sistema francés y las concepciones objetivas que se separan del Código napoleónico (2000, pp. 112-113)

[31] ALBERTO PINO explica que, al no tener un tratamiento legislativo exhaustivo para los diferentes contratos, los acuerdos suelen redactarse para contemplar las posibles eventualidades que surjan con motivo del pacto, así que las partes intentan anticipar todas las posibles vicisitudes futuras (2014, pp. 235–236).

[32] En efecto, el *Common law* inglés distingue entre contratos generales y contratos especiales, según el tipo de normas que los rijan (PINO, 2014, p. 235)

entender a los contratos no descansa en la pura voluntad de los contratantes[33], sino que en la contraprestación que las partes prometen dar como retribución económica por lo que recibirán, de modo que no puede haber contrato sin intercambio de prestaciones, esto es, para ellos se aplica la denominada "teoría de la *consideration*" (CARTWRIGHT, 2016)[34].

En "*The rise and fall of the freedom of contract*", ATIYAH (1979) examina la evolución de la sociedad inglesa desde fines del siglo XVIII, momento en que se gestaba la Revolución Industrial en Europa. Antes de la industrialización, las relaciones en Inglaterra se basaban en economías de escala pequeña y artesanales, sustentadas en la confianza o en simetría contractual entre grandes empresarios. Con la masificación de los mercados y el aumento del poder adquisitivo, la clase trabajadora accedió a bienes y servicios a menor costo, transformándose las relaciones contractuales, ahora también entre ciudadanos y empresarios. En este entorno, la confianza permanecía como elemento clave, pues los consumidores no tenían acceso íntegro ni oportuno a la información contractual y, en el Derecho anglosajón, no existe un principio explícito de buena fe contractual, a diferencia de la tradición del *Code* Civil.

Frente a dicha asimetría informativa, la oscuridad pudo convertirse en un medio para reducir los costos de transacción asociados a la obtención de información en contratos que debían celebrarse con rapidez y eficiencia[35], pues si los consumidores confiaban en la calidad de los productos [36], evitaban el costo de informarse[37] para los proveedores no trasladasen —en forma de precio— el costo

[33] DÍEZ-PICAZO explica que en el Derecho anglosajón prevalece la idea de garantía de un resultado a cargo del deudor por sobre la idea de deberes o de obligaciones con cierta dosis subjetiva, como ocurre en la tradición continental (2007: p. 138).

[34] Puede consultarse en detalle la forma de operar de la *consideration* en "*Contract Law*. *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*" de JHON CARTWRIGHT (2016).

[35] POSNER (2014: p. 124) explica que los vendedores evitan los costos de transacción asociados a negociaciones individuales mediante contratos tipo ("*form contracts*"), los cuales se adaptan con el tiempo para proteger al consumidor como incentivo competitivo.

[36] POSNER (2002: p. 832 - 835) sostiene que la relación contractual es una inversión con un beneficio conjunto, y que la reducción de costos de producción y la expectativa de retorno justifican la formulación de cláusulas optimizadas; cuando los costos de transacción son altos, el contrato puede ser incompleto, depositando confianza en usos, costumbres o en la intervención judicial.

[37] SUSTAIN (2023: p. 4) afirma que los seres humanos carecen de racionalidad perfecta y se ven influenciados por sesgos y prejuicios; TORRES (2024: p. 83 - 84) añade que las capacidades de cálculo de los consumidores están seriamente restringidas, dificultando la identificación de riesgos; HANSON y KYSAR (1999: p. 645 - 662) y RADIN (2014: p. 26) coinciden en que, desde una perspectiva de

de un deber de información[38] más extenso[39]. Esta tolerancia a la oscuridad queda ejemplificada en el "*caveat emptor*"[40], figura que, a diferencia de la obligación de saneamiento en el Código Civil chileno, no protegía al comprador: en la Inglaterra industrial del siglo XVIII, el comprador no podía exigir reparación por vicios del bien cuando tales vicios derivaban de su falta de precaución, salvo que el vendedor garantizara expresamente la calidad del producto.

En consecuencia, en las primeras décadas de la industrialización inglesa prevalecieron la autonomía de la voluntad y las reglas inspiradas en ella, pese a la posición asimétrica de los consumidores y la falta de protección especial en los nuevos mercados masivos. No obstante, durante el siglo XX se desarrolló una tutela progresiva: primero mediante la función judicial[41], que facultó a los jueces para intervenir en contratos en defensa de intereses socialmente relevantes, y luego a través de precedentes y estatutos regulatorios[42], que delinearon una protección específica para la relación de consumo.

V. Oscuridad digital: Los *Dark patterns*

En 2010, HARRY BRIGNULL identificó los "*Dark patterns*" en la contratación online, definiéndolos como *"tácticas engañosas usadas en sitios web y aplicaciones,*

eficiencia económica, es más rentable mantener la confianza que informar a un consumidor que no procesaría la información.

[38] POSNER (2002, p. 837) señala que los costos de un acuerdo aumentan al prolongarse la negociación y existir barreras informativas; COOTER y ULEN (2016, pp. 351 - 369) afirman que en negociaciones con información insuficiente el costo de transacción se incrementa, pues los contratantes carecen de visión de su interés; SHAVELL (2004, pp. 292 - 293, 299 - 300) distingue entre contratos completos e incompletos según la anticipación de contingencias, y estima que pocos contratos llegan a litigio.

[39] SHAVELL (2004, p. 296) explica que, en mercados bien organizados, no siempre se requiere un contrato anticipado para proveer bienes o servicios; POSNER (2014, pp. 95 - 98) agrega que, cuando el intercambio no es simultáneo, surge el oportunismo y la contingencia incierta con mayor fuerza.

[40] "*Caveat emptor*" (siglos XII–XIX) ("que el comprador se cuide"): al no haber fraude ni cláusula expresamente incorporada, el proveedor quedaba exento de responsabilidad por defectos si el comprador no ejercía la debida diligencia (LAWRENSON: 1991; LEVINESS: 1943, pp. 182 - 185; MANDERSCHEID: 2008).

[41] MATO PACÍN (2018, p.13 - 14) distingue entre "implied terms at common law" (cláusulas implícitas introducidas por el juez en contratos de un tipo específico), "implied terms by statute" (cláusulas supralegislativas que van más allá de lo pactado expresamente), e "implied terms in fact" (cláusulas que el tribunal incluye al considerar la intención real de las partes necesaria para completar el contrato).

[42] WOOD (2017, pp. 635 - 637) enumera estatutos protectores en Inglaterra: *Public Health Act* (1902)*; Hawkers and Pedlars Act* (1849)*; Pawnbrokers Act* (1857)*; Landlords and Tenants Act* (1899)*; Book Purchasers Protection Act* (1899)*; Second-hand Dealers and Collectors Act* (1906); *Money-lenders Act* (1912); *Auctioneers and Agents Act* (1941); entre otros, que tardaron más de un siglo en emerger frente al fenómeno de mercados masivos.

destinadas a manipular a los usuarios para que declaren una intención no querida, como puede ser comprar o suscribirse a un servicio" (2010). Autores posteriores como CORNELIUS (2019), MAIER y HARR (2020), HUNG (2021), LEISER (2022), BRENNCKE (2023), KOLLMER y ECKHARDT (2023) y DUROVIC (2024) han continuado el trabajo de Brignull, caracterizando y clasificando distintos tipos de patrones oscuros.

La literatura también conecta los *Dark patterns* con el concepto de "*nudge*" (empujón) propuesto por THALER y SUSTAIN, según el cual la estructura y forma de presentación de las opciones influye sutilmente en la decisión del consumidor sin coacción directa (2008)[43]. En este sentido, el diseño de interfaces algorítmicas tiende a influir en la voluntad del usuario, alterando su comportamiento en contra de sus intereses[44]. BRENNCKE (2023) incluso sostiene que no existe un único concepto de *Dark patterns* porque aún no han sido comprendidos en su totalidad.

Junto con la definición, caracterización y clasificación de patrones oscuros, la literatura se ha ocupado de identificar diversos tipos de *Dark patterns*[45], llegando a proponer la existencia de miles de formas diversas de funcionamiento[46], fenómeno que ha evolucionado de tal forma que estas interfaces actúan formando redes de patrones coordinados que involucran más de una estrategia coordinada de manipulación que busca intervenir de forma integral en la construcción racional de la voluntad de los usuarios.

[43] MILLS ET. AL. (2023) vinculan "*nudge*" con "*sludge*" (lodo), que dificulta a los usuarios concluir acciones deseadas.

[44] SINDERS (2021, p. 3) adapta a normas de diseño digital la propuesta de Norman (1988), estableciendo seis principios: visibilidad de funciones; retroalimentación de una acción; restricciones a posibilidades de selección; rastreo de efectos; coherencia del diseño; e intuitividad.

[45] Los más comúnmente señalados por la doctrina son: a) Patrones de urgencia o escasez: Buscan generar una decisión apresurada a través de mensajes de falta de stock o de tiempo limitado para una oferta; b) Notificaciones de actividad: Informan sobre contratos similares que acaban de perfeccionarse sobre bienes o servicios similares o iguales al que se encuentra visualizando un usuario en un momento determinado; c) Reach motel: Esconden la posibilidad de cancelar un servicio ya solicitado al incorporar una serie de etapas o requisitos para ponerle término[45]; d) Obstáculos en la comparación de precios: Impiden retroceder u ocultan alternativas de bienes o servicios visualizados previamente; e) Precios por goteo: Aparecen de improviso en el precio final a pagar incrementándolo sin haber sido informados previamente; f) Colarse en el carrito de compras: Muy similar al precio por goteo, con la diferencia de que se agrega directamente al carrito de compras un bien o servicio no solicitado ni querido, entre otros.

[46] SIN (ET. AL.) ponen su acento en la excesiva proliferación de patrones oscuros, explicando que hay más de 2000 existentes, por lo que se hace imposible conocerlos todos (2022).

En ese sentido, tal como plantea BRENNCKE (2023), el desafío no solo está representado por el desconocimiento que existe del fenómeno, sino que también por su permanente evolución y su funcionamiento sutil y muchas veces subliminal[47].

Por ende, los *Dark patterns* representan una forma contemporánea de oscuridad contractual que surge de entornos virtuales y algorítmicos, capaces de interferir en los intereses, emociones o gustos de los usuarios, e impactar directamente en la elaboración racional de su voluntad. El paradigma tradicional de oscuridad en los contratos, centrado en la ambigüedad de cláusulas y la falta de transparencia textual, ha quedado superado por tecnologías que evolucionan acelerada e imprevisiblemente, demandando nuevas respuestas jurídicas para proteger la autonomía privada y la igualdad entre contratantes.

VI. Conclusiones

Como se estudió en este trabajo, la oscuridad contractual es un fenómeno antiguo, multidimensional y estructural, que tuvo presencia, sobre todo, en relaciones artesanales de pequeña escala. Así, el paradigma jurídico de Bello no estuvo preparado para enfrentar las nuevas formas de oscuridad que surgirían con posterioridad.

En ese sentido, la tradición contractual moderna, inspirada en los principios liberales de la autonomía de la voluntad y libertad contractual se construyó sobre la premisa de igualdad entre las partes contratantes. Sin embargo, con la evolución del mercado, se evidencia que era el proveedor quien dominaba la información de la oferta dejando al consumidor en una situación de subordinación informativa.

Frente a este desequilibrio, y al presentarse situaciones de oscuridad contractual, nuestro ordenamiento jurídico, con Bello, incorporó mecanismos correctivos como la buena fe, la sanción al engaño, y las reglas de interpretación contractual. Estas herramientas que fueron concebidas bajo un contexto de simetría entre las partes no reconocieron explícitamente la figura del contratante débil, pero sí, al menos, permitieron al sistema responder ante la oscuridad en los contratos.

[47] CORNELIUS planeta el concepto de "contrato zombie" (2019) para explicar el funcionamiento de las plataformas contractuales que contienen términos y condiciones ocultos que son aceptados por los usuarios sin el debido cuidado previo de, al menos, haberlos leído.

De este modo, con la revolución industrial, las sociedades dejaron de ser economías agrícolas y se convirtieron en grandes mercados, apareciendo con ello, la figura del contratante más débil: el consumidor. Así, se pierde la influencia del principio voluntarista económico, dando paso a nuevas formas de oscuridad contractual, donde ya no es relevante la redacción o conducta de las partes, sino su posición asimétrica, y con ello, las reglas de Bello se enfrentaron a un nuevo desafío jurídico.

Tal como plantearon diversos autores estudiados, las trasformaciones contractuales crearon nuevas relaciones que se alejaban de los ideales clásicos. En ese contexto, la oscuridad contractual ya no era solo consecuencia de redacciones ambiguas o engañosas, sino de una desigualdad estructural entre las partes.

Por otro lado, el Derecho inglés, aunque carente de una teoría general, permitió abordar progresivamente esta nueva realidad mediante mecanismos de tutela más bien prácticos, primero mediante la función judicial y luego, a través de precedentes y estatutos regulatorios.

Como se ha mencionado insistentemente, a pesar de que la oscuridad contractual sea un fenómeno antiguo y con reiterada presencia en la evolución contractual, la doctrina no ha logrado aún delimitarla con precisión ni construir una teoría sistemática que permita comprenderla de forma integral. Esta falta de sistematicidad resulta especialmente preocupante si se considera que, bajo la categoría de oscuridad contractual, se inscriben hoy nuevas manifestaciones como los *Dark patterns*, cuyas particularidades tecnológicas plantean desafíos inéditos para la teoría general del contrato.

En efecto, si no hemos podido comprender plenamente la oscuridad contractual en su dimensión tradicional, difícilmente estaremos preparados para enfrentar sus versiones más sofisticadas y técnicas en la contratación algorítmica. Esto obliga a desplazar el foco desde el análisis exclusivo de los vicios de la voluntad hacia una reflexión más profunda sobre los entornos digitales, sus diseños persuasivos y las asimetrías que generan. De este modo, como ha ocurrido a lo largo de la historia del Derecho, será necesario que las instituciones jurídicas evolucionen, se reinterpreten y se armonicen para ofrecer una respuesta eficaz ante las nuevas

formas de opacidad que amenazan la autonomía y la libertad contractual de los individuos.

VII. Bibliografía

ATIYAH, P. S. (1979). *The rise and fall of the freedom of contract*. Oxford University Press.

BARCIA, R. (2024). *Actos jurídicos, negocio jurídico y teoría general del contrato*. Editorial Tirant lo Blanch.

BARRIENTOS GRANDÓN, J. (2016). *Código Civil. Su jurisprudencia e historia* (Tomo II). Editorial Thomson Reuters.

BARROS ERRÁZURIZ, A. (1931). *Curso de Derecho Civil* (Tomo I). Editorial Nascimento.

BOETSCH GILLET, C. (2011). *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile.

BRENNCKE, M. (2024). A theory of exploitation for consumer law: Online choice architectures, dark patterns, and autonomy violations. *Journal of Consumer Policy*, *47*, artículo 95. Accesible en https://doi.org/10.1007/s10603-023-09554-7

BRIGNULL, H. (2010). *Dark patterns*. Accesible en: https://deceptive.design.

CARBONNIER, J. (1963). *Théorie des obligations*. Presses Universitaires de France.

CARBONNIER, J. (1971). *Derecho Civil. Tomo II, Volumen 2: El Derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Editorial Bosch.

CARRASCO PERERA, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.ª ed.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

CARTWRIGHT, J. (2016). *Contract law. An introduction to the English law of contract for the civil lawyer* (2.ª ed.). Hart Publishing.

CATAÑO MOLINA, J. F. (1989). Pensamiento económico francés del siglo XVIII: Aspectos analíticos. *Lecturas de Economía*, *(30)*.

CLARO SOLAR, L. (2013). *Explicaciones de derecho civil y comparado* (Tomo II). Editorial Jurídica de Chile.

COLOMA CORREA, R. (2016). Interpretación de contratos: Entre literalidad e intención. *Revista Chilena de Derecho Privado*, *(26)*.

COOTER, R., & ULEN, T. (2016). *Law and economics* (6.ª ed.). Fondo de Cultura Económica.

CORNELIUS, K. B. (2019). Zombie contracts, dark patterns of design, and "documentisation". *Internet Policy Review*, *8*(2).

DE LA MAZA GAZMURI, Í. (2007). Justicia contractual, contratos de adhesión electrónicos y buena fe. En H. Corral Talciani & M. S. Rodríguez Pinto (Coords.), *Estudios de Derecho Civil II*. Editorial Lexis Nexis.

DEMOGUE, R. (1931). *Traité des obligations en général*. A. Rousseau & Cie.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen I. Introducción a la teoría del contrato*. Editorial Thompson Civitas.

DOMAT, J. (1980). *The civil law in its natural order* (Vol. 2, F. B. Rothman, Ed.). Littleton.

DUROVIC, M. (2024). How to protect consumers in the digital era: An example of the online choice architecture. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition*, *2024* (1), pp.1–22.

FUEYO LANERI, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3.ª ed., actualiz. G. Figueroa Yáñez). Editorial Jurídica de Chile.

FUEYO LANERI, F. (2010). La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago. En R. Tavolari Olivares (Dir.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.

GALGANO, F., FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., & VERDERA SERVER, R. (2000). *Atlas de derecho privado comparado*. Fundación Cultural del Notariado.

HANSON, J., & KYSAR, D. A. (1999). Taking behavioralism seriously: The problem of market manipulation. *New York University Law Review*, *74*.

HUNG, A. (2021). Keeping consumers in the dark: Addressing "nagging" concerns and injury. *Columbia Law Review*, *121*(8), pp. 2483–2520.

ISLER SOTO, C. A. (2019). ¿Qué papel juega la *consideration* en la teoría del contrato de Thomas Hobbes? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *52*(156).

JOHOW SANTORO, C. (2011). La interpretación del contrato y la buena fe. En H. Corral et al. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil* (Tomo III). Editorial Abeledo Perrot Thomson Reuters.

KIMEL, D. (2018). *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato* (M. Parga, Trad.). Editorial Marcial Pons.

KOLLMER, T., & ECKHARDT, A. (2023). Dark patterns: Conceptualization and future research directions. *Business & Information Systems Engineering*, *65*(2), pp. 201–208.

LARENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones* (Vol. 1, J. Santos Briz, Trad.). Revista de Derecho Privado.

LARROUMET, C. (1990). *Teoría general del contrato*. Editorial Themis.

LAWRENSON, L. A. (1991). The sale of goods by description. ¿A return to *caveat emptor*? *The Modern Law Review*, *54*(1).

LEISER, M. (2022). Illuminating manipulative design: From "dark patterns" to information asymmetry and the repression of free choice under the unfair commercial practices directive. *Loyola Consumer Law Review*, *34*.

LEÓN HURTADO, A. (1990). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile.

LEVINESS, C. T. (1943). *Caveat emptor* versus *caveat venditor*. *Maryland Law Review*, *7*.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J., & ELORRIAGA DE BONIS, F. (2017). *Los contratos. Parte general* (6.ª ed.). Editorial Thomson Reuters.

MAIER, M., & HARR, R. (2020). Dark design patterns: An end-user perspective. *Human Technology*, *16*(2), pp.170–199.

MANDERSCHEID, D. J. (2008). *Caveat emptor: Buyer beware*. *LawNow*, *32*(4).

MATO PACÍN, M. N. (2018). El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés. *Revista para el Análisis del Derecho*.

MILLS, S., WHITTLE, R., AHMED, R., WALSH, T., & WESSEL, M. (2023). Dark patterns and sludge audits: An integrated approach. *Behavioural Public Policy*. Cambridge University Press.

MORALES MORENO, A. M. (2017). *Claves de la modernidad del derecho de los contratos*. Grupo Editorial Ibáñez.

PINO EMHART, A. (2014). Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, *(22)*.

PLANIOL, M., & RIPERT, G. (1998). *Tratado elemental de derecho civil* (J. M. Cajica Jr., Trad.). Cárdenas Editor Distribuidor.

POSNER, R. (2002). Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure? *The Yale Law Journal*, *112*.

POSNER, R. (2014). *Economic analysis of law* (9.ª ed.). Wolters Kluwer Law & Business.

POTHIER, R. J. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Editorial Heliasta.

RADIN, M. J. (2014). *Boilerplate: The fine print, vanishing right and the rule of law*. Princeton University Press.

Real Academia Española (2025). *Oscuro*. Diccionario de la lengua española. Accesible en: https://dle.rae.es/oscuro

RIPERT, G. (1934). *L'ordre économique et la liberté contractuelle*. Mélanges Gény.

RUBIO, F. (2024). *La regla de interpretación contractual contra proferentem en el Código Civil chileno: Historia, dogmática y derecho comparado*. Editorial Tirant lo Blanch.

SALEILLES, R. (1929). *Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. París.

SCHWAB, K. (2017). *The fourth industrial revolution*. Penguin Books Limited.

SHAVELL, S. (2004). *Foundations of economic analysis of law*. The Belknap Press of Harvard University Press.

SIN, R., HARRIS, T., & NILSSON, S. (2022). Dark patterns in online shopping: ¿Do they work and can nudges help mitigate impulse buying? *Behavioural Public Policy*. Cambridge University Press.

SINDERS, C. (2021). Designing against dark patterns. *Columbia Law Review*, *121*(8).

SMITH, S. A. (2004). *Contract theory*. Oxford University Press.

SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (2010). Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad. En R. Tavolari Olivares (Dir.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.

SUSTEIN, C. (2023). *Advanced introduction to behavioral law and economics*. Edward Elgar Publishing.

THALER, R., & SUSTEIN, C. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press.

TORRES URZÚA, R. (2024). *El error en el precio: Aspectos de derecho civil y de consumo*. Editorial Thomson Reuters.

TRONCOSO LARRONDE, H., & ÁLVAREZ CID, C. (2010). *Contratos* (3.ª ed.). Legal Publishing.

VIAL DEL RÍO, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.

WOOD, J. T. D. (2017). Consumer protection: A case of successful regulation. En P. Drahos (Ed.), *Regulatory theory: Foundations and applications*. Anu Press.

ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la historia y el Derecho comparado* (E. Arroyo i Amayuelas, Trad.). Editorial Bosch.

INTRODUCCIÓN AL LEGAL TECH: ALGUNAS NOTAS PRELIMINARES PARA SU ESTUDIO[1]

Rubén Méndez Reátegui[2] y Eduardo Bernardo Morales Barra[3]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025[4]
Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen

El *Legal Tech* (tecnología legal) puede abordarse de distintas perspectivas y formas en donde a su vez puede preponderar el vistazo desde lo ingenieril, las preocupaciones circunspectas en torno a la ética, la incidencia de lo jurídico expresado a través de legislaciones y reglamentos emergentes, la ideología y su incidencia como un elemento que debe ser "superado" por los procesos que persiguen la incorporación de la tecnología (digital) en el derecho, entre otros. Es más, en la actualidad debemos ser conscientes que el desarrollo y los recientes avances de tecnologías como la Inteligencia Artificial (IA) suponen la creación (aparición) de nuevas oportunidades para incidir en aspectos ("prácticos") como la mejorar de la productividad y el desempeño jurídico-administrativo de las entidades públicas y privadas, su incidencia -variable- en la toma de decisiones y la

[1] El presente trabajo se sustenta en los siguientes proyectos: e-Ride "Ethics and Research Integrity in the Digital Age" (2024-2027) Código 101175756; Grupo de Investigación CONVERGENCIA (Universidad Autónoma de Chile) y del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las Ciencias Jurídicas del Doctorado de la Universidad Autónoma de Chile, ANID código 8622004.

[2] Doctor Internacional en Derecho (Cum Laude) por la Universidad de Salamanca, Doctor en Economía por la Universidad de Macquarie y la Universidad Complutense de Madrid, y Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad Rey Juan Carlos. Es académico del Instituto de Investigación en Derecho y del Claustro Doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, donde dirige el Grupo de Investigación CONVERGENCIA. Ha publicado más de 250 trabajos científicos y participa activamente como editor, evaluador y director de revistas indexadas, además de desempeñarse como consultor internacional en materia de regulación económica, competencia y política pública. Correo electrónico: ruben.mendez@uautonoma.cl. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8702-5021.

[3] Graduado de la Facultad de Derecho por la Universidad Autónoma de Chile. Actualmente se desempeña como investigador junior en el Grupo de Investigación CONVERGENCIA de la misma universidad. Además, es miembro de la Sociedad Científica de Estudiantes de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile (ACED), donde ocupa el cargo de enlace con la comunidad. Correo electrónico: eduardo.morales.barra1997@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0009-5338-5980

[4] Ponencia presentada en las "I Jornadas Internacionales sobre Derecho y Nuevas Tecnologías" que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo pasado.

"calidad" de los servicios legales que se entregan al Estado y a la Sociedad Civil. Recordemos que, el Legal Tech debe destinarse a mejorar no solo la eficiencia al centrarse en potenciar la selección de sistemas basados en capacidades deseadas y prospectivas de los agentes del mercado. Si no también debe expresar un compromiso a no establecer una marcada tendencia a ignorar factores o aspectos centrales como las necesidades de los usuarios institucionales, la integración de las soluciones (ej.: razonamientos legales aplicados) y la escalabilidad de las formulaciones derivadas de la ejecución de procesos. Puesto lo mencionado en conjunto, y considerando la agregación de los obstáculos derivados de ciertas circunstancias fácticas, nos encontramos frente a un tópico cuyo desconocimiento supondrá la preponderancia de costosas consecuencias para el tejido social. Por lo tanto, asumiendo la necesidad e incidencia de entender qué es y qué supone el Legal Tech para una sociedad de Estado Social de Derecho y de Justicia -donde el éxito de la tecnología legal y la "adaptación a lo digital" no puede darle la espalda a un sólido respeto por los derechos humanos-, este artículo aborda algunos considerandos necesarios para advertir que una mayor preparación en lo digital incide no solo tangencialmente en la relación armoniosa que debe existir entre la tecnología y los espacios legales (modernos) construidos al albor de la revolución tecnológico-digital.

Palabras clave: Legal Tech, Inteligencia Artificial, Derecho del Mercado, Derechos Humanos, Derecho & Tecnología

Title: INTRODUCTION TO LEGAL TECH: SOME PRELIMINARY NOTES

Abstract

Legal Tech can be approached from different perspectives and in different ways, with a focus on engineering, circumspect concerns about ethics, the impact of the law as expressed through emerging legislation and regulations, ideology and its impact as an element that must be "overcome" by processes that seek to incorporate (digital) technology into law, among others. Furthermore, we must be aware that the development and recent advances in technologies such as Artificial Intelligence

(AI) mean the creation (emergence) of new opportunities to influence "practical" aspects such as improving the productivity and legal-administrative performance of public and private entities, their -variable- impact on decision-making, and the "quality" of legal services provided to the State and Civil Society. Let us remember that Legal Tech (*legal technology*) should be used to improve not only efficiency by focusing on enhancing the selection of systems based on the desired and prospective capabilities of market agents. It must also express a commitment not to establish a marked tendency to ignore central factors or aspects such as the needs of institutional users, the integration of solutions (e.g., applied legal reasoning), and the scalability of formulations derived from the execution of processes. Given all the above and considering the accumulation of obstacles arising from certain factual circumstances, we are faced with an issue whose ignorance will result in costly consequences for the social fabric. Therefore, assuming the need and importance of understanding what Legal Tech is and what it means for a society based on the rule of law and justice—where the success of legal technology and "digital adaptation" cannot turn its back on a solid respect for human rights— this article addresses some necessary considerations to warn that greater digital preparedness has more than a tangential impact on the harmonious relationship that must exist between technology and the (modern) legal spaces built at the dawn of the technological-digital revolution.

Keywords: Legal Tech, Artificial Intelligence, Market Law, Human Rights, Law & Technology

Sumario: I. Introducción. II. Sobre el Legal Tech. III. Aplicaciones del Legal Tech en el Derecho del Mercado. IV. Desafíos del Legal Tech. V. El Legal Tech y la Inteligencia Artificial (IA). VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

La evolución digital ha repercutido de manera significativa al derecho, el cual se actualiza constantemente frente a problemas de gran complejidad y a la necesidad de optimizar procesos, esto ha generado la necesidad de adoptar nuevas

herramientas tecnológicas en el ámbito legal público y privado por parte de los distintos jugadores (o como también se les conoce "*usuarios institucionales*" o "*stakeholders incidenciales")* del sistema. Es en este contexto que nace el Legal Tech, el cual es entendido como la "utilización de la tecnología para el desarrollo de soluciones en el mercado jurídico" (GODOY ALIAGA, 2020: p. 161).[5]

En ese sentido y tal como sostienen PARSA ET AL (2023, p. 381) "debemos recordar que el mercado de la tecnología legal se ha expandido significativamente en los últimos años, con la pandemia de la COVID-19 como catalizador. Recientemente, el lanzamiento público de tecnologías generativas de inteligencia artificial (ChatGPT[6], Bard[7], Ernie[8] y otras) ha evocado la posibilidad de que los abogados deleguen la generación de razonamiento legal (expresado de manera textual) a bots."[9] Esta expansión continua está incidiendo en el análisis académico

[5] Sin embargo, como sostiene el mismo GODOY (2020: p.160) debemos advertir que *"(…) Lamentablemente no todos los actores del ecosistema han evolucionado tan rápido como lo ha hecho la tecnología y, en consecuencia, la conducta del ser humano, siendo un claro ejemplo de ello el mercado legal. La industria legal siempre avanza más lento, no solo con la creación de normas jurídicas, sino, también, con la visión de los propios abogados acerca del mismo mercado donde se desenvuelven."*

[6] "Chatbot" de inteligencia artificial desarrollado por la empresa OpenAI que utiliza procesamiento de "lenguaje natural" para mantener conversaciones que persiguen ser "similares a las humanas". Esta tecnología es capaz de generar texto, responder preguntas, y realizar diversas tareas relacionadas con el lenguaje, como traducir, resumir y escribir código. En esencia, podemos dejar establecido que ChatGPT constituye una herramienta que intenta simular la conversación humana a través de una interfaz de chat. Por lo tanto, tiene como objetivo central permitira los usuarios interactuar con un "modelo de lenguaje entrenado" para generar texto que persigue ser coherente y relevante.

[7] También es otro sistema de inteligencia artificial conversacional. Este ha sido desarrollado por Google. Igualmente, funciona como un chatbot el cual utiliza procesamiento de lenguaje natural y aprendizaje automático para generar respuestas y participar en conversaciones con usuarios. Esencialmente, podemos dejar establecido que Bard es una herramienta de IA diseñada para interactuar con los usuarios de manera similar a como lo haría un ser humano cuya principal característica es proporcionar información, generar texto y responder a preguntas.

[8] Este es un modelo de IA desarrollado por la empresa Baidu el cual tiene capacidades multimodales nativas. Esto significa que (a) puede integrar y (b) comprender contenido de texto, (además, de imagen, audio y video) dentro de un solo marco.

[9] La relación entre Inteligencia Artificial (IA) y *razonamiento legal* nos debe llevar a considerar la siguiente interrogante: ¿Qué interpretación se puede dar a partir del marco analítico de autores como PARSA ET AL. (2023) y KENNEDY (2017) en relación con la tecnología legal? A partir de estos autores debemos contemplar que "(...) Las soluciones disponibles en el mercado actual se centran en la automatización de tareas rutinarias de las que los abogados necesitan liberarse. Estas se presentan como poco imaginativas y, por lo tanto, poco propensas a consideraciones ideológicas. Lo que es fácil pasar por alto aquí es el papel activo que desempeña la tecnología legal en el desarrollo de vías para un argumento legal mediante la automatización de la búsqueda legal y el descubrimiento de casos o argumentos. La observación de Kennedy de que la dependencia de la trayectoria del trabajo legal contribuye a su inestabilidad ontológica sugeriría que las tareas mundanas y automatizables también forman parte de la tentación ideológica a la que se enfrenta el abogado. Ni siquiera las rutinas en el extremo inferior del espectro creativo son inmunes a la ideología. Un abogado podría observar la trayectoria elegida por el abogado contrario al elaborar un argumento y comprobar si presenta

del impacto de la tecnología legal en la profesión jurídica el cual constituye un tópico de primer orden y que lleva décadas en el foco de la atención de las mujeres y hombres de derecho de distintas épocas y jurisdicciones (incluyendo aquellas que a pesar de sus avances y gran importancia para el avance del Derecho & Tecnología su mención ha resultado menos constante y aleccionadora de lo que hubiese merecido).[10]

Sin embargo, todavía debemos considerar que, pese al sustancial aporte de la ingeniería jurídica[11] y de los ingenieros jurídicos[12], a la fecha no existe tecnología

aberraciones ideológicas con respecto a la trayectoria formalista. Esto nos plantea la cuestión de si la tecnología jurídica puede afrontar la conflagración de legalismo e ideología característica del trabajo del abogado y necesaria para generar la respuesta legal adecuada. Para que sea viable para los abogados, debería preservar los principios fundamentales de la identificación proyectiva. Para comprobarlo, es necesario aclarar los cambios organizativos y tecnológicos que la llegada de la tecnología jurídica ha traído al trabajo de los abogados." (PARSA ET AL.: 2023, p. 385).
Legal ha sido explorada in extenso por la academia. En particular autores como SUSSKIND (1986) aproximan este eje temático de manera sumamente versátil pero sesuda, trayendo a colación aspectos como la incidencia de los "sistemas expertos", entre otros.

[10] En ese orden de ideas y reflexiones amerita hacer mención del trabajo de KERIMOV (1963, p. 153) señalaba *"(…) Aunque se están logrando avances significativos, los resultados hasta la fecha en la aplicación de métodos cibernéticos a la práctica jurídica son relativamente modestos. (…) Que sea posible crear instalaciones cibernéticas capaces de realizar operaciones análogas a las de los procesos mentales de un jurista no significa que sea posible equiparar la actividad creativa del jurista con el "cerebro" de una instalación cibernética. La Academia de Ciencias de la URSS opina que el número de problemas jurídicos y gubernamentales donde la cibernética puede aplicarse es considerable, y la investigación sobre el uso de tales métodos y equipos está actualmente en curso o planificada. La creación de un lenguaje de información para el derecho es una tarea compleja en la que los juristas necesitan la ayuda de especialistas en otros campos, especialmente matemáticas, lógica y lingüística. (…) Esta nueva dirección de la investigación en jurisprudencia requiere la introducción de nuevas fuerzas creativas y un enorme esfuerzo, energía y tiempo, pero los beneficios se multiplicarán por cien en su contribución a los esfuerzos por consolidar la legalidad y el orden público."*

[11] La ingeniería legal se utiliza para *"(…) optimizar los flujos de trabajo, aumentar la eficiencia general de los equipos legales, agilizar el trabajo no facturable para los bufetes y convertir la experiencia legal en productos digitales."* (LYNK: 2022).

[12] También, LYNK (2022) explica que un ingeniero legal es aquel profesional quien resulta capaz de (a) crear y (b) optimizar soluciones, productos, servicios y procesos legales. Asimismo, los ingenieros legales son cada vez más comunes en los bufetes de abogados y los departamentos legales corporativos. En ese orden, *"(…) su responsabilidad, en esencia, es desarrollar herramientas y procesos digitales que mejoren la prestación de los servicios legales".* Además, *"(…) Los ingenieros legales son la conexión entre la experiencia legal, la ingeniería de software y la atención al cliente. En pocas palabras, los ingenieros legales son la conexión entre la experiencia legal, la ingeniería de software y las necesidades del cliente"*. En ese orden de cosas se sostiene que *"(…) El rol del ingeniero legal a menudo implica no solo desarrollar soluciones, sino también identificar las soluciones que los clientes, ya sean internos o externos, necesitan más, evaluar sus necesidades específicas y garantizar su éxito. Son una especie de navaja suiza del derecho, que abarca el desarrollo de productos, el éxito del cliente, las TI y, por supuesto, el derecho"*. El autor destaca que *"(…) Los ingenieros jurídicos exitosos son empáticos, con gran capacidad estratégica, pensadores analíticos y con habilidades técnicas en el desarrollo de software. Los ingenieros jurídicos y tecnólogos tienen diversos nombres y pueden desempeñarse en diversas áreas de un bufete de abogados o departamento jurídico corporativo. Pueden ser responsables de innovación, socios, gestores de conocimiento, asistentes jurídicos, gestores de aplicaciones o*

legal que automatice la tarea de los servicios jurídicos provistos de manera pública y/o privada hasta el punto de proporcionar soluciones y respuestas legales listas para usar.[13] Esto resulta al menos extensible -por antonomasia- a aquellos casos con un mínimo de complejidad e importancia. Por lo tanto, llegar al argumento y a la respuesta sigue siendo una labor muy valiosa para los abogados y su capacidad de razonamiento creativo (PARSA ET AL, 2023: p. 384). Esto incluye a procesos complejos como la automatización tecnológica utilizada para encontrar soluciones legales y supone igualmente la exigencia -al menos en cierto grado- de la imposición de un criterio rector que incorpore la lógica de respuestas correctas (es decir, generalmente aceptadas) que luego puedan ser reproducidas por la tecnología.[14]

Resulta innegable que la presuposición de la existencia de una respuesta correcta en todos los casos legales posibles se basa en la suposición de que dicha respuesta está libre de «errores legales de motivación ideológica» (KENNEDY, 2017: p. 365). Esta inferencia, ciertamente, también puede ser traída a colación para sustentar la automatización de los servicios jurídicos como proceso en constante cambio (evolución) dado que en la labor de (a) argumentar y (b) resolver un caso legal, las partes que resulten capaces de expresar una mayor resiliencia, o dicho de otra forma, que se manifiestan como no susceptibles de contaminación ideológica también denotaran una tendencia a participar de acciones o labores que resulten más fácilmente automatizables (PARSA ET AL., 2023: p. 385).

directores de TI. Cualquiera que diseñe, desarrolle u optimice soluciones jurídicas digitales puede considerarse ingeniero jurídico."

[13] CASERTA (2020: p. 3) explica que *"(…) En respuesta a esta creciente digitalización del ámbito jurídico, especialmente los grandes bufetes de abogados de todo el mundo han comenzado a invertir masivamente en soluciones de tecnología legal para mantener una ventaja competitiva (…)*. También, *"(…) Algunos incluso han desarrollado incubadoras destinadas a la creación y el desarrollo de tecnología."* Sin embargo, *"(…) al menos por ahora, estos movimientos iniciales no han ido acompañados de cambios sustanciales en la estructura organizativa interna de los grandes bufetes. Como resultado, estos bufetes no están aprovechando plenamente el potencial que las nuevas tecnologías ofrecen a la práctica jurídica y, por lo tanto, corren el riesgo de perder la posición dominante en el mercado de proveedores de servicios legales que ostentaban desde principios del siglo XX."*

[14] Por otra parte, resultará de menester de estudios posteriores ofrecer narrativas adicionales sobre el papel de la tecnología en el derecho. Una de estas narrativas es conocida como *profesionalismo adaptativo (adaptive professionalism*), el cual enfatiza la naturaleza compleja y contextual del ámbito profesional jurídico WEBLEY ET AL. (2019, p. 6). Tal como señalan estos autores *"(…) través de esta explicación normativa más que descriptiva se sugiere que la profesión puede acceder a los beneficios de los avances tecnológicos al tiempo que se aferra a nociones esenciales de conducta ética, acceso a la justicia y el estado de derecho."* (WEBLEY ET AL. : 2019, p. 16 y ss.).

En atención a las reflexiones hasta aquí compartidas, este articulo explora algunos considerandos (descriptivos) necesarios para advertir y argumentar que, ciertamente, se hace necesaria una mayor preparación en lo digital tanto en las mujeres como en los hombres de derecho y que esta apreciación realmente constituye un "facto" que incide no solamente de manera tangencial en la relación armoniosa que debe existir entre la tecnología y los espacios legales (modernos) construidos al albor de la revolución tecnológico-digital.

El artículo se organiza a través de cinco secciones. Después de la introducción, en la segunda sección (argumentativa) son abordadas algunas generalidades sobre el Legal Tech. En la tercera sección se contemplan ciertas aplicaciones del Legal Tech en el Derecho del Mercado (entendido como un ámbito de aplicación por antonomasia). La cuarta sección incorpora argumentos relacionados con los denominados "Desafíos del Legal Tech". La quinta sección explora (preliminarmente) algunos vínculos entre Legal Tech y la Inteligencia Artificial (IA). Finalmente, compartimos las conclusiones del texto.

II. Sobre el Legal Tech

Para abordar el concepto de Legal Tech, es necesario retroceder hasta su origen, el primer paso significativo del uso de la tecnología en el ámbito jurídico fue desarrollado por Hugh Lawford, quien, en el año 1967, diseño una base de datos legal denominada QUIC/LAW, la cual, con el paso del tiempo, derivaría en la creación de Quicklaw, una de las primeras firmas dedicadas a la investigación legal mediante herramientas tecnológicas (AST, 2020).

Paralelamente, en Estados Unidos, se crea LexisNexis, una de las mayores bases de datos jurídicos, cuyo objetivo es asistir a los abogados en tareas de investigación y preparación de casos, marcando así uno de los acontecimientos más importantes en la evolución digital legal (AST, 2020)[15].

Un par de años más tarde, adentrada en la década de los 70, aparecen las primeras *Personal Computer* y junto con ellas aumenta el acceso al internet, debido

[15] Además, cabe advertir que LexisNexis es una empresa global de información y análisis de datos, subsidiaria del grupo RELX, que ofrece soluciones para investigación jurídica, regulatoria y empresarial, además de análisis de riesgos para diversas industrias como seguros, servicios financieros y salud. Esta utiliza datos y análisis avanzados para ayudar a las organizaciones a tomar decisiones informadas, gestionar riesgos (como robo de identidad y fraude) y optimizar operaciones.

a lo cual se establecieron las bases para el desarrollo del Legal Tech. Posteriormente, en la década de los 90, esta expansión tecnológica se intensificó, consolidando así su crecimiento (AST, 2020).

Tiempo después, en el siglo XXI, específicamente en el año 2001, se crea la plataforma conocida como LegalZoom, la cual permitió que los usuarios, ya sean personas o empresas, puedan generar contratos de forma autónoma, simplemente rellenando campos preestablecidos. Con el tiempo, fueron surgiendo distintas plataformas jurídicas, entre ellas se destaca Avvo, que en el año 2007 funcionaba como una especie de "eBay" de servicios legales, en el cual los usuarios podían comparar los perfiles de diferentes profesionales jurídicos, eligiéndolos según su prestigio o área específica (AST, 2020).

En definitiva, el Legal Tech ha evolucionado rápida y multifacéticamente, pasando de ser una herramienta auxiliar para brindar respuestas[16] y facilitar ciertas tareas procesales, como la búsqueda de jurisprudencia o la automatización de documentos, a transformar profundamente el ejercicio del derecho, permitiendo incluso la generación de conocimiento mediante el análisis masivo de datos.[17]

En este sentido, PALACIO BOTERO (2023: p. 13-14) señala que *"en un comienzo se podía enfocar al legal tech como una forma de identificar estrategias para los litigios, hoy en día son múltiples los usos y 14 servicios jurídicos prestados, desde la aplicación en análisis de investigaciones, de expedientes, de casos que utilizando como fuente grandes volúmenes de datos, de manera que, los patrones constituyen el insumo que orienta y dirige las nuevas directrices de los departamentos jurídicos*".

Esto evidencia un cambio de paradigma: el Legal Tech no solo busca eficiencia, sino que se ha vuelto una herramienta estratégica para tomar decisiones

[16] Para PARSA ET AL (2023, p. 383) *"(…) La producción de la respuesta jurídica correcta o, en su defecto, la reivindicación de la corrección de las propias proposiciones jurídicas es una característica central de la profesión jurídica, y la pregunta sobre cómo la tecnología transforma las funciones y el trabajo de los abogados invariablemente se relaciona con dicha característica. Con «encontrar la respuesta jurídica correcta» no nos referimos al descubrimiento de una respuesta correcta independientemente del contexto social, ni presuponemos la existencia de dicha respuesta en todos los casos."*

[17] Como considerando adicional, GODOY ALIAGA (2020, p. 161) explica que *"(...) Cuando analizamos el mercado legal de cualquier país, podemos fácilmente identificar que se encuentra dividido por un gran número de especialidades o áreas de práctica y que, a su vez, estas se siguen sub especializando, por lo que el grado de madurez de la industria legal es bastante elevado y la tecnología logra en cada una de dichas áreas o subespecialidades, facilitar el trabajo que desempeña el abogado. Por ello, nos podemos dar cuenta que Legal Tech, si bien corresponde al cruce del derecho con la tecnología, implica un impacto en el mercado legal, que es muy diverso según donde sea específicamente aplicado."*

basadas en evidencia, por medio de una gran cantidad de datos, plataformas y sistemas de análisis predictivo e inclusive la Inteligencia Artificial (IA), todos estos recursos tecnológicos, contribuyen a anticipar las tendencias judiciales, reducir riesgos y redefinir el ejercicio profesional del derecho.[18]

Además, siguiendo a WEBLEY ET AL. (2019, p. 6) se debe considerar que el Legal Tech constituye un claro ejemplo de la adaptación de las tecnologías digitales al ejercicio jurídico. Es decir, el Legal Tech debe ser circunspecto como *"(…) una fuerza disruptiva en la profesión jurídica y la prestación de servicios legales."*

Asimismo, WEBLEY ET AL. (2019, p. 7) señalan que *"(…) existe una literatura incipiente sobre los tipos de tecnologías en desarrollo y que se encuentran en las primeras etapas de su uso en el ámbito jurídico".* Finalmente, WEBLEY ET AL. (2019: p. 8) también explican que, en términos generales, "(…) el crecimiento de la Legal Tech en los espacios jurídicos (despachos, oficinas gubernamentales, entre otros), se ha descrito en las siguientes categorías:

(a) Análisis de contratos;

(b) Automatización de la experiencia;

(c) Análisis y predicción;

(d) Investigación jurídica (que englobaría revisión de documentos, preparación, asesoramiento y estrategia de casos e investigación jurídica)

(e) Administración y gestión de casos.

Entre los "conocidos" efectos de la tecnología en este contexto, podemos aludir a las mejoras en la eficiencia, la optimización en términos de oportunidades de acceso a la justicia, los aumentos en los márgenes de beneficio económico y la

[18] Frente a la pregunta recurrente ¿Cuáles son los beneficios de usar IA en el sector legal? Debemos expresar que supone un tópico de primer orden e interés que será abordado por los autores en futuras contribuciones. Asimismo, resumiendo las ideas del mainstream en el ámbito del Derecho & Tecnología podemos sostener que la Inteligencia Artificial (IA) en el sector legal (a) impulsa la productividad, (b) optimiza la toma de decisiones y (c) mejora la calidad del servicio. Esto significa que su incorporación permite, por ejemplo, agilizar tareas como la admisión, el análisis, las transacciones, los litigios y el cumplimiento normativo. Es decir, que con la Inteligencia Artificial (IA) los equipos legales pueden gestionar cargas de trabajo complejas de forma eficiente (a pesar de que puedan ser manifiestas las limitaciones presupuestarias). Por lo tanto, la mayoría se adhiere a la idea de que el éxito de una entidad pública y/o privada -en un contexto de Cuarta Revolución industrial- que persiga de manera eficaz consolidar la legalidad y el respeto por el orden público dependerá de (i) la preparación digital y la (ir) adopción estratégica de tecnología.

super especialización de la profesión jurídica y/o la división del trabajo legal en diversas tareas ultra especializadas (que pueden automatizarse)[19].

III. Aplicaciones del Legal Tech en el Derecho del Mercado[20]

En cuanto a las aplicaciones del Legal Tech en el derecho del mercado, es importante mencionar la resolución de conflictos de consumo, específicamente a lo relacionado con el comercio electrónico, ya que en este contexto *"las plataformas de resolución de disputas en línea han demostrado ser eficaces en esta área, especialmente cuando la cuantía del litigio es reducida, aquí el conflicto se resuelve de forma automatizada, mediante sistemas legales expertos y algoritmos basados en redes neuronales"* (COMILLAS, 2021: p.12).

En pocas palabras, el Legal Tech brinda recursos tecnológicos, tales como; el asesoramiento automático; los *Smart Forms* (formularios inteligentes) y, como ya se mencionó; los *online dispute resolution* (sistemas de solución de conflictos en línea), los cuales permiten resolver las disputas sin necesidad de intermediario humano.

Estos instrumentos digitales no solamente incrementan el acceso al derecho para los usuarios, sino además disminuye de manera considerable el costo y el tiempo que conllevan esos procesos o tramites. Sin embargo, como se ha planteado en esta investigación, la implementación de esta tecnología trae consigo diferentes desafíos regulatorios, como por ejemplo garantizar la protección de datos personales y asegurar la transparencia de estos procesos automatizados.

En concordancia con lo anterior, respecto al cumplimiento normativo, el análisis de datos ha cobrado relevancia en el derecho del mercado ya que para poder predecir los riesgos y diseñar estrategias preventivas se necesita procesar cantidades exorbitantes de información normativa y jurisprudencial que, claramente, para un humano es imposible de realizar. Es por esto por lo que el Legal

[19] También se señalan otros factores y/o aspectos de incidencia como el papel de los consumidores, las acciones de los reguladores, el lobby de los organismos profesionales, la contribución (variable) de los educadores jurídicos y el sector tecnológico (esquemas colaborativos).

[20] El "derecho del mercado" (*market law*) en este artículo es definido, como la rama del derecho que abarca diversas áreas que regulan (intervienen de manera directa) la actividad económica y las transacciones en los mercados. Por lo tanto, se le categoriza como el conjunto de normas jurídicas que rigen el funcionamiento de los mercados y las relaciones entre los agentes económicos que operan en ellos, buscando garantizar la eficiencia, la competencia y la protección de los consumidores y el sistema económico en general.

Tech fortalece se ha convertido en "un elemento indispensable para la competitividad de los departamentos legales, al generar nuevos argumentos y estrategias para llevar un litigio" (PALACIO BOTERO, 2023: p.12).

Ahora bien, no todo en el Legal Tech se trata de anticipar riesgos u optimizar decisiones estratégicas, sino que también abordan las relaciones jurídicas y como estas se van a llevar a cabo, en relación con esto es que nacen los *Smart Contracts*. De acuerdo con LARRAECHEA y ORHANOVIC (2020, p. 108) "es un contrato celebrado mediante programación y tecnología Blockchain, que se "autoejecuta", es decir, las obligaciones que emanan del con trato se cumplen automáticamente, sin requerir intervención de la contraparte y, mucho menos, requerir de la justicia para obtener el cumplimiento forzado de las mismas".

Estos contratos permiten prescindir de intermediarios, lo que reduce costos y mejora la eficiencia, especialmente en sectores donde las condiciones contractuales pueden verificarse de forma objetiva mediante datos externos, como ocurre en los sectores de seguros, logística o propiedad intelectual.

Un ejemplo práctico es la que ofrece AXA, que diseño un contrato de seguro aéreo vinculado a bases de datos de tráfico aéreo, que, "cuando el avión se demora, el contrato se ejecuta automáticamente, de modo que la aseguradora procede a pagar la indemnización sin que sea necesario que el pasajero reclame" (COMILLAS, 2021: p. 17). Este tipo de mecanismos mejora la experiencia del usuario y refuerza la transparencia y confiabilidad de las relaciones contractuales.

IV. Desafíos del Legal Tech

Aunque el Legal Tech tiene muchas ventajas, su incorporación enfrenta varios problemas. Uno de los principales es la *resistencia institucional* al cambio. No basta con tener tecnología; también es necesario que jueces, abogados, notarios y otros profesionales estén dispuestos a transformar sus métodos de trabajo. Esta resistencia se debe al desconocimiento, al miedo a ser reemplazados por máquinas o a la costumbre de seguir funcionando de la misma manera que siempre.

Tal como señala SALMERÓN-MANZANO (2021, p. 8), *"las profesiones jurídicas están experimentando grandes cambios con la introducción de las nuevas tecnologías, que transformarán el sector, obligándolo a reinventarse"* Esto exige no solo adaptar

herramientas, sino también repensar la lógica organizacional y cultural del ejercicio jurídico. En esa misma línea, GONZÁLEZ RESTREPO (2019), advierte que se *"necesita llevar a cabo un cambio cultural, donde la tecnología sea vista como un complemento, y no como un competidor, promoviendo además la colaboración con desarrolladores que están creando soluciones innovadoras"*. Superar esta resistencia exige, por tanto, no solo capacitación técnica, sino también apertura al trabajo interdisciplinario y a modelos de innovación colaborativa.

Otro desafío importante es la *desigualdad de acceso a la tecnología*. No todos los actores del sistema jurídico tienen las mismas condiciones para implementar estas herramientas: algunos cuentan con recursos, infraestructura y formación, mientras que otros carecen del conocimiento técnico o del financiamiento necesario para incorporarlas.

Esto genera una brecha entre quienes pueden beneficiarse del Legal Tech y quienes quedan rezagados. Como señala, Neptune Rivera "mientras más procesos gubernamentales, comerciales y sociales se realicen por Internet, la falta de acceso por razón de recursos económicos, raza, impedimento físico, mental o sensorial, dejará en la desigualdad profunda a quienes no puedan accederla" (NEPTUNE RIVERA, 2015, p. 6). Sin una incorporación inclusiva, el Legal Tech corre el riesgo de reforzar desigualdades preexistentes.

Junto con los desafíos sociales e institucionales, también surgen cuestiones normativas. El uso de tecnologías en el ámbito jurídico no puede desligarse del marco legal y ético que regula su aplicación, es decir, se deben respetar principios básicos del derecho, como la equidad, la transparencia y la responsabilidad. Desde esta perspectiva, "hay que asegurarse de que se tienen plenamente en cuenta las cuestiones éticas que rodean a la tecnología jurídica" (SALMERÓN-MANZANO, 2021: p. 8). Esto implica, por ejemplo, evaluar críticamente el uso de algoritmos en decisiones judiciales o el tratamiento de datos personales en plataformas automatizadas de resolución de conflictos.

Finalmente, existe el riesgo de que el desarrollo del Legal Tech quede concentrado en grandes corporaciones tecnológicas. Esto podría generar

monopolios digitales que limiten la competencia y la diversificación de actores[21]. Por ello, el mismo autor señala que "es necesario que la ley siga asegurando la regulación antimonopolio como lo hace en EE. UU. y la Comisión Europea" (SALMERÓN-MANZANO, 2021: p. 8).

La regulación, por tanto, no solo debe ponerse al día con la innovación, sino también anticiparse a los efectos que estas tecnologías pueden tener sobre la estructura misma del mercado legal y sobre los derechos de los ciudadanos.

V. El Legal Tech y la Inteligencia Artificial (IA)

El desarrollo del Legal Tech está cada vez más impulsado por tecnologías emergentes como la Inteligencia Artificial (IA), que constituye una de sus expresiones más potentes y transformadoras. A partir de ello es que nosotros vemos a la IA no como algo externo al Legal Tech, sino que más bien como parte de su evolución, de manera que se integra como una herramienta tecnológica que amplía sus capacidades funcionales y estratégicas.

A medida que el Legal Tech proporciona las plataformas para digitalizar procesos jurídicos, la IA permite analizar grandes volúmenes de datos, identificar patrones y formular predicciones con una velocidad y precisión sin precedentes.

Hoy en día la Inteligencia Artificial (IA) se utiliza en diferentes áreas del Derecho Económico, que van desde predecir las decisiones de los jueces a través del análisis de datos, hasta la investigación exhaustiva de una empresa, lo que se conoce como *due diligence*, e inclusive analizar el cumplimiento normativo de cada empresa (*Compliance)*, todos estos servicios se relacionan directamente con el Legal tech, ya

[21] Este escenario, resulta central y es incluido al unísono con otras disquisiciones como, por ejemplo, aquellas que abordan la incidencia del capitalismo digital. Como explica CASERTA (2019, p. 2), *"(…) El capitalismo digital está transformando la dinámica del ámbito jurídico al introducir nuevos actores que desafían el control (y monopolio) tradicional de los juristas sobre la producción jurídica."* En particular, *"(…) a medida que la producción y la aplicación del derecho se entrelazan cada vez más con los medios digitales, importantes empresas privadas no jurídicas se incorporan cada vez más al ámbito jurídico, con importantes consecuencias para la dinámica sociopolítica y las relaciones de poder de este. Inspirados por el trabajo seminal de sociólogos como Luc Boltanski, Éve Chiapello y Richard Sennett sobre la nueva cultura del capitalismo, exploramos cómo los cambios en las formas capitalistas de producción tienen implicaciones culturales, organizativas y sociales, no solo para el ejercicio de la abogacía, sino también para el entorno laboral y la vida cotidiana de los profesionales del derecho."* Finalmente, *"(…) tomando el capitalismo digital como marco general, medimos los efectos de estas innovaciones en el mercado. Nos interesa especialmente evaluar qué segmentos de la profesión jurídica podrían beneficiarse y perjudicarse respectivamente con estos cambios y cómo estos desarrollos podrían dar lugar a nuevas formas de estratificación de la profesión jurídica"*

que este último es quien muchas veces proporciona las plataformas para que la IA realice los análisis correspondientes.

En relación con lo anterior cabe agregar que "las tecnologías basadas en la IA están pensadas para agilizar los servicios públicos mediante la automatización de tareas rutinarias, la mejora de eficiencia y la facilitación de la interacción con la ciudadanía" (JULIA, 2023: p. 17), esto revela su potencial para las distintas ramas del Derecho, e incluso para los ámbitos que están fuera de él.

Por si fuera poco, la Inteligencia Artificial (IA) inserta al Legal Tech en áreas aún más accesibles para los usuarios, y porque no decir que facilita aún más la interacción del derecho con las personas, eso a través de cosas tan cotidianas como lo son los Chats, en este caso Chatbos Legales. Estos ayudan a los usuarios a realizar trámites básicos, como, por ejemplo, reclamos administrativos, sin necesidad de que intervenga un humano, lo que a su vez reduce tiempos y gastos operacionales (CHECKBOX, 2023).

Además, herramientas de jurimetría con IA "permiten analizar datos jurídicos históricos, identificar patrones de decisión y predecir resultados futuros, combinando big data, aprendizaje automático y modelos estadísticos para ofrecer soporte a la toma de decisiones jurídicas" (SOLAR CAYÓN, 2020).

Cabe señalar que, si bien, la relación entre Legal Tech y la Inteligencia Artificial (IA) es fructífera, existen ciertos desafíos y discordancias, una de las principales es, que, pese a que estas tecnologías buscan reducir la intervención humana y mejorar la eficiencia, "surge una paradoja irónica, ya que, debido a sus posibles efectos sobre los derechos fundamentales, estos sistemas requieren una estricta supervisión para evitar consecuencias no deseadas" (JULIA, 2023: p. 104).

Por ello, es indispensable asegurar la transparencia algorítmica, la trazabilidad de las decisiones automatizadas y la protección de los datos personales, evitando sesgos o decisiones opacas que vulneren garantías legales. Estas herramientas deben estar al servicio de la justicia, no solo de la eficiencia operativa.

Por consiguiente, la relación entre la inteligencia artificial y el legal Tech, traza un camino en pro de la transformación y modernización del Derecho, haciendo que este sea más accesible para los usuarios, sin embargo, para avanzar en este

camino se debe tener en cuenta los principios de equidad, la supervisión humana y regulación constante.

VI. Conclusión

El constante desarrollo del Legal Tech ha generado cambios significativos en el mundo del Derecho, ya no se trata solo de asistir a los abogados, como era en un principio, sino que hoy en día afecta en la forma en que se prestan los servicios legales, en cómo se resuelven los conflictos y en como incluso actualmente, con la existencia de la IA, ya no es estrictamente necesario de un abogado para responder a las interrogantes de algunos usuarios.

En relación con esto, es que se ve de manifiesto que uno de los principales cambios es la forma en que se ejerce la profesión jurídica, donde antes un abogado se demoraba cierto tiempo en analizar datos hoy gracias a las nuevas tecnologías ese tiempo se ve reducido considerablemente, sin mencionar que los costos también se ven disminuidos, esto, sin lugar a duda contribuye de manera favorable la eficiencia de los servicios legales. también, permite que más usuarios puedan acceder a asesorías jurídicas sin necesidad de gastar grandes sumas de dinero.

Finalmente podemos decir que el Legal Tech tiene un gran potencial para mejorar y transformar el Derecho, y, que, a su vez este sea más asequible para las personas sin perder la eficiencia y modernidad. Sin embargo, como se ha señalado a lo largo de esta investigación, su implementación debe hacerse con suma responsabilidad, garantizando la justicia y equidad.

VII. Bibliografía

AST, F. (2020). Los pioneros del Legaltech. *Medium*.

CASERTA, S. (2020). Digitalization of the legal field and the future of large law firms. *Laws, 9*(2), p. 14. Accesible en: https://doi.org/10.3390/laws9020014

CASERTA, S., & MADSEN, M. R. (2019). The legal profession in the era of digital capitalism: Disruption or new dawn? *Laws, 8*(1), p. 1. Accesible en: https://doi.org/10.3390/laws8010001

Checkbox. (2023). Legal chatbots: What they are and how they're changing the legal industry. *Checkbox*. Accesible en: https://www.checkbox.ai/blog/legal-chatbots

COMILLAS, UNIVERSIDAD PONTIFICIA. (2021). *La aplicación de la tecnología al Derecho en el sector legal español* (Trabajo de fin de grado, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Pontificia Comillas).

GODOY ALIAGA, F. (2020). Legal Tech: Una visión de cambio para el mercado legal. *Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, *(42)*, pp. 159–187. Accesible en: https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/ediciones/627/

GONZÁLEZ RESTREPO, V. (2019). Los retos del 'legaltech'. *Ámbito Jurídico*. Accesible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/tic/los-retos-del-legaltech

JULIA. (2023). AI and public administration: The (legal) limits of algorithmic governance. En *JuLIA Handbook – Justice, FundamentaL rIghts and Artificial Intelligence*. DG Just – JUST-2021-JTRA.

KENNEDY, D. (2017). A social psychological interpretation of the hermeneutic of suspicion in contemporary American legal thought. En J. Desautels-Stein & C. Tomlins (Eds.), *Searching for contemporary legal thought* (pp. 356–385). Cambridge University Press.

KERIMOV, D. A. (1963). Future applicability of cybernetics to jurisprudence in the U.S.S.R. *MULL: Modern Uses of Logic in Law, 4*(4), pp. 153–162. Accesible en: http://www.jstor.org/stable/29760952

LARRAECHEA CARVAJAL, J., & ORHANOVIC DE LA CRUZ, E. (2020). "Smart contracts": Origen, aplicación y principales desafíos en el Derecho contractual chileno. *Actualidad Jurídica: Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, *21*(42), pp. 107–126. Accesible en: https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/ediciones/627/

LYNK, J. (2022). *The legal engineer: Building the future of law*. BRYTER. Accesible en: https://bryter.com/blog/legal-engineer/

NEPTUNE RIVERA, V. I. (2015). *La desigualdad digital y el acceso a la justicia*. Seminario SELA – Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Yale Law School. Accesible en:

https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf /SELA15_ Neptune_CV_Sp.pdf

PALACIO BOTERO, A. M. (2023). *Legal Tech: Aplicación de la tecnología en la práctica del Derecho. Una mirada mundial y local* (Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia).

SALMERÓN-MANZANO, E. (2021). Legaltech and lawtech: Global perspectives, challenges, and opportunities. *Laws, 10*(2), p. 24. Accesible en: https://doi.org/10.3390/laws10020024

SOLAR CAYÓN, J. I. (2020). La inteligencia artificial jurídica: Nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. *Revus. Revista para el Derecho Público Europeo*, *(41)*. Accesible en: https://doi.org/10.4000/revus.6547

SUSSKIND, R. E. (1986). Expert systems in law: A jurisprudential approach to artificial intelligence and legal reasoning. *The Modern Law Review, 49*(2), pp.168–194. Accesible en: http://www.jstor.org/stable/1096291

VEITH, C., BANDLOW, M., HARNISCH, M., WENZLER, H., HARTUNG, M., & HARTUNG, D. (2016). *How legal technology will change the business of law*. The Boston Consulting Group & Bucerius Law School. Accesible en: https://media-publications.bcg.com/How-legal-tech-will-change-business-of-low.pdf

WEBLEY, L., FLOOD, J., WEBB, J., BARTLETT, F., GALLOWAY, K., & TRANTER, K. (2019). The profession(s)' engagements with LawTech: Narratives and archetypes of future law. *Law, Technology and Humans*, *1*(noviembre), pp. 6–26. Accesible en: https://doi.org/10.5204/lthj.v1i0.1314

¿PUEDE UNA IA SER SU SEÑORÍA ILUSTRÍSIMA?

UN ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE EL ROL QUE LE CABE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Valeria Gajardo González, Luisa Quimbayo Ocampo y David Domínguez Huencho [1]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025[2]

Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen

Este estudio examina el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la administración de justicia. Se analiza la conceptualización de la IA, su aplicación práctica en sistemas judiciales y los riesgos y beneficios para los derechos fundamentales. Sistemas como PROMETEA (Argentina) y el proyecto "Automatización certificado 66" (Chile) demuestran el potencial optimizador de la IA, aunque persisten desafíos como la ausencia de regulación específica y riesgos de sesgos algorítmicos. Los hallazgos sugieren que la IA debe cumplir una función subsidiaria de apoyo sin sustituir el juicio humano, ya que la decisión judicial requiere prudencia y sensibilidad que la IA actual no puede replicar. Se concluye que no estamos en condiciones de referirnos a una "Señoría ilustrísima", reconociendo la necesidad de integrar estratégicamente la tecnología sin renunciar al juicio ético humano.

Palabras clave: Inteligencia artificial, administración de justicia, justicia inteligente

Title: COULD BE AN AI BE YOUR ILLUSTRIOUS LORDSHIP? AN EXPLORATORY STUDY ON THE ROLE OF NEW TECHNOLOGIES IN THE JURISDICTIONAL FUNCTION

[1] En el presente trabajo colaboraron los investigadores: Eduardo Rivera Carrasco, Víctor Jaure Cataldo y Eduardo Rodríguez Álvarez. Esta investigación es el resultado de las actividades llegadas a cabo en el ámbito de los siguientes proyectos: e-Ride "Ethics and Research Integrity in the Digital Age" (2024-2027) Código 101175756; y del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las Ciencias Jurídicas del Doctorado de la Universidad Autónoma de Chile, ANID código 8622004.

[2] Ponencia presentada en las "I Jornadas Internacionales sobre Derecho y Nuevas Tecnologías" que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo pasado.

Abstract

This study examines the impact of artificial intelligence (AI) on the administration of justice. It explores the conceptualization of AI, its practical application in judicial systems, and the risks and benefits it poses to fundamental rights. Systems such as PROMETEA (Argentina) and the "Automated Certificate 66" project (Chile) demonstrate AI's potential to optimize processes; however, challenges remain, including the lack of specific regulation and the risk of algorithmic bias. The findings suggest that AI should serve a subsidiary, supportive role without replacing human judgment, as judicial decisions require prudence and sensitivity that current AI cannot replicate. The study concludes that we are not yet in a position to speak of a "Most Illustrious AI," highlighting the need to strategically integrate technology without abandoning ethical human judgment.

Keywords: Artificial intelligence, administration of justice, smart justice

Sumario: I. Introducción. II. El problema de conceptualizar a la IA: ¿Qué tan inteligente puede ser? ¿Puede ser más inteligente que el ser humano? II.i. ¿Por qué es un desafío definir a la IA? II.ii. Características principales de la IA en el ámbito jurídico. II.ii.a. Es un campo interdisciplinario. II.ii.b. Puede percibir, aprender, razonar y actuar. II.ii.c. Puede replicar o extender las facultades humanas. II.ii.d. Puede colaborar en la resolución de problemas, optimización de decisiones y transformación del comportamiento. II.ii.e. Su aprendizaje se nutre del big data y del entrenamiento iterativo (machine learning y deep learning). II.iii. Desarrollo de la IA y evolución de su implementación en los sistemas de justicia. II.iii.a. Etapa pre-digital y mecanización incipiente. II.iii.b. Revolución digital y primeros sistemas computacionales (décadas de 1960–1980). II.iii.c. Surgimiento de sistemas basados en reglas y prototipos de "justicia asistida" (décadas de 1980–2000). II.iii.d. Expansión del internet y de la justicia electrónica (2000–2010). II.iii.e. Incorporación de algoritmos de machine learning y primeros asistentes inteligentes (2010–2020). II.iii.f. Consolidación de la "Smart Justice" y el auge postpandemia (2020– presente). III. Los algoritmos, la tecnología y la IA: Su aplicación y desarrollo en la esfera judicial. IV. Impacto en la Justicia: Riesgos,

Beneficios y Desafíos para los Derechos Fundamentales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Utilizamos el término Inteligencia Artificial (en adelante IA) para referirnos a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, es decir, que son capaces de analizar su entorno y, con cierto grado de autonomía, tomar decisiones para alcanzar objetivos específicos (BLÁZQUEZ, 2020).

La nueva era digital y tecnológica, experimentada en la actualidad y conocida como Cuarta Revolución Industrial, ha mostrado un mundo digital cada vez más amplio, más rápido y cercano a las personas (VILAR, 2024). Considerada a la vez como innovadora y disruptiva, nucleada en torno a los sistemas algorítmicos y a las estructuras computacionales y de inteligencia artificial, propulsada principalmente por el impacto de la pandemia, que significó un verdadero *lockout*[3] (VILAR, 2021), los sistemas de IA cada día ganan mayor aplicación e impacto en nuestra sociedad, no solo en la vida cotidiana, sino que en el ámbito jurídico pues también su implementación ha aumentado exponencialmente, destacando por ejemplo herramientas como ChatGPT, que por medio de algoritmos de procesamiento de lenguaje natural para generar respuestas en tiempo real a consultas legales, facilita la interacción con los usuarios a través de mensajes de texto, mostrando su creciente presencia y utilidad en el sector jurídico (GALLARDO, 2023) o como SofIA, que es un sistema de inteligencia artificial que destaca por su capacidad para extraer conceptos clave y sugerir documentos jurídicos relevantes, como legislación, jurisprudencia y formularios. También puede predecir el ámbito jurídico de los documentos analizados y actualizarse interactivamente a demanda del usuario (BLANCH, 2023). Ambas aplicaciones demuestran la disponibilidad cada vez más extendida de diversas herramientas digitalizadas, las que pueden resultar accesibles y, muchas veces, también gratuitas.

[3] Entendido como un "cierre" en inglés, en este contexto se comprende respecto al periodo pandémico vivido durante los años 2020 y 2021, donde las cuarentenas mantenían a todos en sus hogares, sin mayor contacto al exterior.

Entre otros ejemplos, el año pasado fue presentado por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco, en la Universidad de la Frontera, el Proyecto de "Automatización certificado 66 del Código Orgánico de Tribunales" (2024), que utiliza la IA para verificar si existen causas pendientes o antecedentes relacionados con un juez o funcionario judicial en determinado caso. Según la Corte, su propósito es garantizar la imparcialidad en la tramitación de causas, evitando conflictos de interés, para reducir exponencialmente el tiempo de espera necesario para producir esta certificación, en comparación a lo que tomaría por parte de un funcionario judicial.

Es con ello que, en este sentido, surge la siguiente pregunta de investigación: *¿Cómo impacta la incorporación de sistemas IA en la administración de justicia, considerando los desafíos que podrían surgir a futuro*?

Este estudio parte de la hipótesis de que, aunque la implementación de IA en el ámbito judicial genera importantes desafíos en términos de regulación, ética y capacitación, una adecuada normativa y adaptación tecnológica puede mejorar significativamente la eficiencia y gestión del sistema judicial. En ese sentido, el objetivo general de esta investigación es examinar cómo el avance tecnológico y la aplicación de la inteligencia artificial pueden impactar en la administración de justicia, evaluando sus implicancias éticas, humanas, legales y tecnológicas. Para ello, el estudio se estructura en tres capítulos, a saber: en el primero se propone una conceptualización, caracterización y desarrollo progresivo de la IA, para estudiar en el segundo capítulo la aplicación de la IA en la esfera judicial, culminando en el tercer capítulo con un análisis sobre los riesgos, beneficios y desafíos que plantea la implementación de la IA en el sistema de justicia.

En ese sentido, este estudio se centrará en examinar el impacto de estas tecnologías en el factor humano dentro del sistema judicial, explorando cómo los avances tecnológicos transforman el trabajo de los funcionarios, los beneficios que pueden ofrecer, además de los riesgos y peligros derivados de su uso. Ejemplo de ello podemos encontrarlo en Argentina, donde el programa inteligente PROMETEA se consolidó como un asistente oficial del Ministerio Público, clasificando expedientes automáticamente y generando dictámenes que el fiscal solo debe revisar y corregir (ESTEVEZ, 2020). Éste y otros ejemplos que se trabajarán más

adelante muestran que, si bien es aún incipiente, la *Smart Justice* ya no es una perspectiva teórica, sino una realidad tangible en varios tribunales de la región.

II. El problema de conceptualizar a la IA: ¿Qué tan inteligente puede ser? ¿Puede ser más inteligente que el ser humano?

En 1950, el matemático y pionero, Alan Turing, publicó un artículo académico en el que presentó lo que hoy conocemos como el *Test de Turing,* destinado a responder una sola pregunta: ¿Pueden pensar las máquinas o hacerlo de una forma indistinguible a como lo hace un ser humano? (SIGMAN & BILINKIS, 2023). Así, la clave de este experimento no radicaba en determinar si la máquina pensaba en sentido estricto, sino en analizar si podía simular exitosamente los procesos cognitivos de los humanos.

Hoy, con la irrupción de la Inteligencia Artificial, la pregunta planteada por Turing resulta más evidente que nunca ya que con la capacidad de estas nuevas tecnologías parece cada vez más posible imitar el pensamiento humano.

Tratar de precisar los alcances de la IA es sumamente difícil ya que existen distintas aproximaciones conceptuales. Para JHON MCCARTHY (2007), -quien definió y acuñó el término por primera vez-, la IA es *"la ciencia e ingeniería para construir maquinas inteligentes. Así, como lo relativa a la tarea de usar computadoras para entender la inteligencia humana, pero no limitada a métodos observables bilógicamente".*

Para ISABEL SEVILLA, la IA "es una rama de la informática dedicada a desarrollar máquinas y sistemas capaces de imitar funciones cognitivas humanas como aprender, razonar y resolver problemas. Esta tecnología permite que las máquinas realicen tareas complejas, tanto de forma autónoma como asistida, que, tradicionalmente, requerirían intervención humana*"* (2024).

A partir de los planteamientos conceptuales estudiados, es posible establecer un marco conceptual propio que guíe esta investigación. Desde ese punto de vista, la inteligencia artificial puede ser entendida un campo interdisciplinario que crea sistemas capaces de percibir, aprender, razonar y actuar sobre su entorno, replicando o extendiendo facultades propias de la inteligencia humana mediante procesos computacionales autónomos o asistidos,

con el fin de resolver problemas, optimizar decisiones y transformar dinámicamente su comportamiento a partir de nuevas experiencias. Este aprendizaje puede producirse mediante el análisis de grandes volúmenes de datos[4] o a través de mecanismos de entrenamiento por prueba y error, lo que permite a los sistemas mejorar su desempeño progresivamente sin intervención humana directa[5].

II.i. ¿Por qué es un desafío definir a la IA?

Habiendo analizado y propuesto un concepto propio de IA, es conveniente analizar brevemente cómo ha evolucionado su configuración conceptual. Ya mencionábamos previamente las pruebas que hizo Turing en 1950.

Posteriormente, POOLE concibió a las inteligencias artificiales como sistemas que interactúan autónoma y flexiblemente con su ambiente, aprendiendo de su experiencia (1998).

Desde las décadas del '50 y de los '90 hasta nuestros días, la evolución del desarrollo tecnológico ha implicado la necesidad de diferenciar a las IAs según si pueden pensar como nosotros, o bien, si pueden pensar más allá de nosotros. AZUAJE & FINOL sostienen que el problema del término acuñado por Mc Carthy es que existe controversia aún sobre una definición consensuada de inteligencia (2023, p. 20).

[4] Los grandes volúmenes de datos o *big data*, según TASCÓN & COULLANT (2020, p. 1) consiste en "la utilización de grandes cantidades de información, que pueden provenir tanto de la actividad de una empresa, como de los ciudadanos en su relación con la Administración Pública, de su quehacer diario o de sus conversaciones en redes sociales". Cada interacción digital, desde las búsquedas en internet, las compras en línea, hasta la ubicación geográfica registrada por dispositivos móviles se convierten en un dato valioso que puede ser analizado mediante algoritmos de IA. Es así como el *big data* no solo permite agrupar consumidores según sus preferencias y hábitos de consumo, sino que además facilita la predicción de su comportamiento futuro. Cada clic, búsqueda en internet, cada compra online o publicación en redes sociales generan datos que pueden ser almacenados y analizados. Los datos se caracterizan por 5 "v": a) Volumen; b) Velocidad; c) Variedad; d) Veracidad; e) Validez. No todos los datos son iguales, y por ello se agrupan según sus características en: 1) estructurados, que son más fáciles de organizar y analizar ya que por sí mismos arrojan una información; 2) no estructurados, que no tienen un formato definido, pero representan la mayor parte de los datos que se generan y requieren de un análisis e interpretación para que sean información útil; y 3) cuasi-estructurados, que contienen cierta organización interna, aunque no siguen un formato rígido, por eso, requieren de una mayor inteligencia para convertirlos en unidades cuali-cuantitativas.

[5] Concepto construido e iterado en repetidas oportunidades a partir justamente de la colaboración recibida por una muy conocida inteligencia artificial generativa llamada *ChatGPT*, por medio de una conversación acerca de las características más relevantes y del desarrollo cada vez más profundo que ha experimentado este fenómeno tecnológico.

Los mismos autores plantean que a través del aprendizaje automático (*machine learning*), en lugar de programar a la IA para que realice las tareas por nosotros, se las entrena para que aprendan a hacerlas a partir de los datos que le proveemos y que van configurando las capas neuronales del funcionamiento de la máquina (AZUAJE & FINOL, 2023: pp. 27-28). En esa línea de ideas, ALZAMORA distingue entre IA débil e IA fuerte. La IA débil puede lograr objetivos preestablecidos, focalizándose en la realización de tareas con eficiencia y eficacia, pero dentro de su campo de acción, sin poder exceder sus límites (2023, p. 45).

En ese sentido, el aprendizaje puede ser más profundo y superar los límites de los campos de acción de la máquina, es decir, puede llegar a configurar una IA fuerte. AZUAJE & FINOL explican que, a través de la adición de capas, se logra un aprendizaje más profundo (*deep learning*) (2023, p. 28). En ese sentido, ALZAMORA afirma que el aprendizaje profundo permite a las máquinas cumplir múltiples objetivos e incluso establecer sus propios objetivos, ante situaciones de carencia de entrenamiento para realizar tareas, como si las cumpliera un ser humano (2023, p. 45).

Así, el aprendizaje profundo se basa en un enfoque jerárquico que permite extraer representaciones abstractas y significativas directamente desde datos en bruto. Por estos niveles de procesamiento, los algoritmos pueden identificar primero los patrones simples y construir a partir de ellos estructuras mucho más complejas. Esta capacidad del aprendizaje profundo permite trabajar con grandes volúmenes de datos no etiquetados (*unlabeled data*) es decir, aquellos que no vienen acompañados de una respuesta o categoría conocida[6]. Una vez aprendidas estas representaciones jerárquicas, es posible entrenar modelos más simples usando menos datos etiquetados, reduciendo la necesidad de intervención humana. En palabras simples, el aprendizaje profundo permite que los algoritmos entiendan los datos de manera profunda y compleja, incluso si estos datos no están organizados ni etiquetados. Esto lo hace especialmente útil en el análisis de grandes

[6] Por ejemplo, imagine que tiene una carpeta con muchas fotos de animales. Si cada foto tuviese una etiqueta que dice "perro" o "gato", nos referimos a datos etiquetados. En caso contrario, estamos ante datos no etiquetados.

volúmenes de datos para que los algoritmos desarrollen modelos eficaces con menos intervención humana (NAJAFABADI ET. AL., 2015: p. 7).

En ese orden de ideas, la IA fuerte sería aquella que no imita la mente humana, sino que es en sí misma una mente y cuyas capas son cada vez más profundas. Para ALZAMORA, la IA aún no es fuerte, pero puede llegar a serlo muy pronto (2023, p. 45).

Para ROUHIAINEN (2018), una IA con pensamiento profundo implicaría la capacidad "*para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano*", esto es, en términos simples, la habilidad de los ordenadores para realizar actividades que normalmente requieren inteligencia humana.

RAÚL MADRID sostiene que la ciencia contemporánea considera posible reproducir en la máquina las características de la inteligencia humana y convertirla en un agente moral, es decir, un sujeto capaz de tomar decisiones como las que realiza una persona (2023, p. 89), así que podría catalogarse como una especie capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de merecer cierto estatus de dignidad.

Así, es posible sostener que no existe un concepto único e integrador del fenómeno de la inteligencia artificial, porque no sabemos qué tan inteligentes son o pueden llegar a serlo. En ese orden de ideas, no sería viable plantear una definición adecuada cuando el desarrollo de esta tecnología se encuentra en pleno auge y es posible que evolucione de maneras todavía insospechadas y, como se mencionó, convertirse en IAs cada vez más fuertes y replicar el pensamiento humano o, incluso, mejorarlo[7].

Este desafío conceptual requiere de un análisis de las características más relevantes de esta tecnología inteligente y de un breve estudio sobre su evolución histórica para poder comprenderla de mejor manera.

II.ii. Características principales de la IA en el ámbito jurídico

Para desentrañar de mejor forma la base conceptual de las IAs y su

[7] GOOD sostiene que una máquina superinteligente puede superar con creces todas las actividades intelectuales de cualquier hombre por muy inteligente que sea (1965, p. 33).

funcionamiento es que, hemos elaborado un catálogo de características relevantes que deben estar presentes en un acercamiento conceptual a este fenómeno, máxime si la aproximación es tanto jurídica como tecnológica. Es por ello por lo que nuestra propuesta es la siguiente:

II.ii.a. Es un campo interdisciplinario

La IA es un campo que integra conocimientos de informática, matemáticas, estadística, ciencias cognitivas, e incluso filosofía y lingüística, para abordar problemas complejos. En el ámbito jurídico, esto significaría combinar el saber legal con técnicas computacionales avanzadas. Por ejemplo, para formalizar el conocimiento legal en sistemas de IA, se requieren bases sólidas en lógica y filosofía del derecho (ESTER, 2025). Esto demuestra cómo la IA va más allá de una sola disciplina. Gracias a esta naturaleza interdisciplinaria, es posible aplicar la IA a tareas legales que exigen tanto comprensión técnica como jurídica, como el análisis de textos legales mediante procesamiento del lenguaje y herramientas estadísticas avanzadas (LOUISIANA STATE UNIVERSITY, 2023).

II.ii.b. Puede percibir, aprender, razonar y actuar

Los sistemas de IA funcionan de manera similar a un agente racional, pues perciben su entorno (a través de sensores o datos), procesan esa información, razonan sobre ella y toman decisiones para alcanzar objetivos complejos. En este sentido, la Comisión Europea (MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, 2023) define la IA como sistemas que "perciben su entorno" a partir de datos estructurados o no estructurados, "razonan sobre el conocimiento" y eligen las "mejores acciones" para lograr un objetivo determinado.

Además, estos sistemas incorporan aprendizaje automático, lo que significa que pueden mejorar su rendimiento mediante prueba y error, de forma parecida a cómo las personas aprenden de sus experiencias. En el ámbito jurídico, esto se traduce en herramientas capaces de aprender de precedentes y datos jurisprudenciales, afinando sus análisis y recomendaciones sin necesidad de intervención constante (MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, 2023).

II.ii.c. Puede replicar o extender las facultades humanas

La IA busca imitar capacidades cognitivas propias del ser humano. Según GOOGLE CLOUD (2023), los modelos de IA "*imitan nuestra capacidad de aprender, razonar y tomar decisiones*". Esto significa que estos sistemas pueden procesar lenguaje natural, reconocer patrones visuales o pensar de forma lógica, de manera similar a como lo haría un abogado o un juez.

En el ámbito jurídico, esta capacidad se aprovecharía para automatizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como identificar cláusulas relevantes en un contrato o encontrar precedentes judiciales mediante razonamiento automático. De este modo, la IA amplía las facultades del operador jurídico, permitiendo realizar análisis a gran escala y resolver tareas cognitivas que antes requerían mucho más tiempo.

II.ii.d. Puede colaborar en la resolución de problemas, optimización de decisiones y transformación del comportamiento

La IA está diseñada para resolver problemas complejos y mejorar la toma de decisiones. En el ámbito jurídico, esto se traduce en herramientas de análisis predictivo y gestión de casos. Por ejemplo, ESTER (2025) señala que la IA ha transformado el Derecho al permitir el análisis de grandes volúmenes de jurisprudencia y la predicción de decisiones judiciales.

Asimismo, el sitio web de THOMSON REUTERS MÉXICO (2024) destaca que la IA automatiza tareas repetitivas —como la revisión de documentos legales, contratos o expedientes— y realiza análisis de datos profundos que ayudan a tomar decisiones más informadas.

De esta forma, los sistemas de IA no solo resuelven problemas operativos (como el *e-discovery* o el análisis de riesgos), sino que también transforman dinámicamente los procesos legales: ajustan sus criterios con base en nueva información y aprenden de cada caso, optimizando su comportamiento con cada experiencia.

II.ii.e. Su aprendizaje se nutre del big data y del entrenamiento iterativo (machine learning y deep learning)

La IA moderna se basa en el análisis de grandes volúmenes de datos (*big data*) y en algoritmos de entrenamiento. Un modelo de IA se construye *entrenándolo* con un conjunto amplio de datos, lo que le permite detectar patrones y relaciones complejas. Este proceso, conocido como *machine learning* (por ejemplo, mediante redes neuronales profundas), permite que el sistema *aprenda* de forma autónoma: a medida que incorpora más datos —como sentencias judiciales u otros textos legales— mejora su precisión y capacidad predictiva sin necesidad de programación adicional.

En el ámbito jurídico, esto se traduciría en sistemas que afinan su conocimiento con cada nueva sentencia o doctrina que se incorpora. Gracias a este aprendizaje continuo, la IA ajusta progresivamente su desempeño y amplía sus criterios de decisión, optimizando sus soluciones legales con cada nueva experiencia (GOOGLE CLOUD, 2023; LOUISIANA STATE UNIVERSITY, 2023).

II.iii. Desarrollo de la IA y evolución de su implementación en los sistemas de justicia

II.iii.a. Etapa pre-digital y mecanización incipiente

Desde tiempos inmemoriales se ha soñado con lo que hoy es conocido como la automatización de las cosas, si bien para esos tiempos no se escapaban del mundo de las ideas; es así como hasta el mismo Homero soñaba con puertas automáticas en un momento donde ni siquiera todos tenían puertas, tal como lo imaginaba en la Iliada: *"Hera picó con el látigo a los corceles, y abriéronse de propio impulso rechinando las puertas del cielo de que cuidan las Horas*" (HOMERO, p. 68). Y su fascinación por lo automatizado no reside solamente ahí, sino que continúa en la misma obra con Hefesto, conocido como el Vulcano en la mitología griega, que en el canto XVIII menciona: *"apoyado en dos estatuas de oro que eran semejantes a vivientes jóvenes, pues tenían inteligencia, voz y fuerza, y hallábanse ejercitadas en las obras propias de los inmortales dioses. Ambas sostenían cuidadosamente a su señor"* (HOMERO, s. f., p. 165). Y así continuó en su obra, mencionando a autómatas, término proveniente de la palabra griega "*automatós*". Así, Hefesto estuvo creando androides con inteligencia artificial, que realizaban actuaciones en su nombre,

facilitando así, su reducida movilidad.

Pues bien, en América Latina, hasta mediados del siglo XX, la administración de justicia dependía exclusivamente de procesos manuales: expedientes en papel, bibliotecas físicas para el estudio de la jurisprudencia y la doctrina y trámites enteramente basados en la actuación presencial de jueces, secretarios y funcionarios. Este modelo implicaba tiempos prolongados de traslado de documentos, mayor probabilidad de errores en la clasificación de expedientes y un acceso limitado a la información relevante para cada caso. La eficiencia del sistema estaba sujeta a la velocidad del personal y a la correcta organización de archivos físicos, lo cual, si bien podía funcionar de manera relativamente estable, generaba dificultades debido al creciente volumen de casos judiciales, especialmente en centros urbanos con alta densidad demográfica.

II.iii.b. Revolución digital y primeros sistemas computacionales (décadas de 1960–1980)

A partir de los años sesenta, con el impulso de la Revolución Digital, los tribunales comenzaron a experimentar con la informatización de ciertos procesos. En esta fase, se desarrollaron sistemas de digitalización de documentos —en su mayoría en forma de microfilm o escaneo básico— y programas rudimentarios de gestión de datos, aún limitados a la generación de índices electrónicos para localizar expedientes (VILAR, 2024). No obstante, estos primeros sistemas no tenían capacidad de análisis semántico ni de motores de búsqueda avanzados: eran bases de datos relacionales que facilitaban la ubicación de un expediente por número de causa o nombre de las partes, pero sin apoyo en la interpretación jurídica.

Durante todo este período, la computadora se utilizaba más como reemplazo del archivador —permitiendo acelerar la recuperación de ciertos documentos— que como un elemento con capacidad de "razonamiento" o automatización de decisiones. Su adopción fue lenta y estuvo marcada por la escasez de recursos informáticos y por la resistencia cultural al cambio, dado que muchos operadores judiciales desconfiaban del uso de las "máquinas" para tareas que consideraban propias de su formación de abogados o secretarios.

II.iii.c. Surgimiento de sistemas basados en reglas y prototipos de "justicia asistida" (décadas de 1980–2000)

En las décadas de 1980 y 1990, comenzaron a experimentarse los primeros sistemas de inteligencia artificial "ligera" dentro del ámbito jurídico, conocidos como sistemas expertos. Estos programas intentaban modelar el conocimiento de jueces y fiscales a través de conjuntos de reglas lógicas ("*si-entonces*") que permitían, por ejemplo, sugerir líneas argumentales en la elaboración de dictámenes o identificar precedentes relevantes a partir de una serie de datos estructurados (BORGES, 2020).

Si bien estos sistemas expertos tenían un alcance limitado —pues solo funcionaban correctamente cuando los supuestos encajaban exactamente en sus reglas predefinidas—, ofrecieron un primer vistazo de las ventajas de contar con apoyos informáticos en la toma de decisiones. En esta etapa, varios tribunales de Estados Unidos y algunos pioneros en Europa comenzaron a probar prototipos de "asesores jurídicos electrónicos" para tareas muy concretas, como la detección de plazos procesales vencidos o la sugerencia de sentencias tipo en casos rutinarios (por ejemplo, reclamos de menor cuantía). Aun así, su aplicación en América Latina era prácticamente anecdótica hasta fines de los noventa, debido a limitaciones técnicas y escasa conectividad interinstitucional.

II.iii.d. Expansión del internet y de la justicia electrónica (2000–2010)

Con la masificación de Internet y la caída de los costos de hardware y software a comienzos del siglo XXI, diversos ministerios de justicia en América Latina, especialmente en países como Chile y Argentina, ampliaron sus proyectos de eGovernment (gobierno electrónico), habilitando plataformas de consulta de expedientes y servicios judiciales en línea (AGUERRE ET AL. , 2021).

En esta etapa, los tribunales comenzaron a ofrecer servicios de consulta de expedientes vía web, también se implementaron aplicaciones para presentar escritos y recursos judiciales de forma electrónica y, además, se crearon portales de transparencia judicial. Estos desarrollos respondían no solo a la necesidad de agilizar trámites y reducir gastos en papel, sino también a compromisos internacionales de acceso a la información y apertura

gubernamental.

Por ejemplo, a partir de 2005 muchos juzgados en Chile y Argentina habilitaron páginas oficiales para que abogados y ciudadanos pudieran ver el estado de sus causas sin necesidad de concurrir en persona (AGUERRE ET AL, 2021, p. 110). En paralelo, comenzaron a desarrollarse bases de datos jurisprudenciales en línea, accesibles a través de buscadores que indexaban sentencias y opiniones doctrinales. Aunque la mayoría de estas iniciativas dependían aún de metadatos manuales (etiquetas que funcionarios debían asignar a cada documento), representaron un salto cualitativo en términos de transparencia y reducción de tiempos de respuesta.

II.iii.e. Incorporación de algoritmos de machine learning y primeros asistentes inteligentes (2010–2020)

A partir de la segunda década de 2000, la evolución del *machine learning* permitió que los sistemas superaran las limitaciones de los expertos basados en reglas: comenzaron a surgir algoritmos capaces de procesar grandes volúmenes de texto jurídico (sentencias, leyes, doctrina) y reconocer patrones sin intervención humana directa en la creación de reglas. En esta etapa, aplicaciones como *ChatGPT* (GALLARDO, 2023) o *SofIA* (BLANCH, 2023) demostraron que, mediante modelos de lenguaje natural, era posible generar respuestas a consultas legales, extraer conceptos clave de documentos y sugerir bibliografía relevante. De manera simultánea, se implementaron sistemas piloto en tribunales nacionales que, a través de *text mining*, analizaban expedientes para predecir plazos procesales o identificar posibles conflictos de intereses en jueces, como el proyecto piloto del "certificado 66" en la Corte de Apelaciones de Temuco (PODER JUDICIAL DE CHILE, 2024).

Estos avances optimizaron la búsqueda de información y abrieron la puerta a la predicción de tendencias, esto es: identificar qué casos tenían mayor probabilidad de apelación o estimar probabilísticamente el contenido de una sentencia basada en antecedentes históricos. La adopción masiva en la región continuó chocando con la carencia de normativas específicas sobre Inteligencia Artificial y con la falta de capacitación técnica de los funcionarios judiciales.

II.iii.f. Consolidación de la "Smart Justice" y el auge postpandemia (2020–presente)

La irrupción de la pandemia de COVID-19 generó un punto de inflexión: la imposibilidad de realizar audiencias presenciales impulsó una adopción acelerada de sistemas tecnológicos en los tribunales. En América Latina, los informes del CETYS (2021) coinciden en señalar que el *lockout* forzó a diversificar las herramientas digitales y explorar modelos de justicia híbrida: audiencias remotas, notificaciones electrónicas masivas y plataformas de gestión de expedientes en la nube (OCDE, 2022).

En Chile, el citado proyecto de "Automatización certificado 66" adoptó tecnología con IA para verificar antecedentes de jueces y funcionarios judiciales, reduciendo los tiempos de certificación que tomaban cerca de una hora a apenas unos minutos. Como ya mencionábamos en la introducción, en Argentina utilizan el sistema inteligente *PROMETEA*, el que, a partir del ingreso de un conjunto de datos mínimos sobre un caso, identifica un expediente, clasifica automáticamente a qué tipo de proceso pertenece, busca los antecedentes y confecciona el dictamen jurídico que se elevará a consideración de los jueces. Luego de finalizadas estas tareas automáticas, el fiscal de turno solo deberá revisar el documento preparado por el sistema y hacer las correcciones que crea pertinentes. Si bien no está específicamente medido, se puede decir que "*PROMETEA"* automatiza una proporción muy alta del trabajo de un fiscal dedicado a la resolución de un caso (ESTEVEZ, 2020).

El desarrollo de la inteligencia artificial ha generado un profundo cuestionamiento respecto de su conceptualización, alcances y aplicaciones, especialmente en el ámbito jurídico. El capítulo primero da cuenta de la dificultad inherente de definir con precisión qué es la IA, debido a su evolución constante, naturaleza interdisciplinaria y diversidad de aproximaciones teóricas. Desde los primeros planteamientos de Turing hasta las distinciones actuales entre IA débil y fuerte, se revela que esta tecnología no solo busca imitar la inteligencia humana, sino que apunta a superarla, desafiando los límites éticos, cognitivos y legales existentes.

III. Los algoritmos, la tecnología y la IA: Su aplicación y desarrollo en la esfera judicial

Desde mediados del siglo XX, como hemos mencionado, la tecnología irrumpió de la mano de la revolución digital, un fenómeno desencadenado por el movimiento de informatización de la sociedad iniciado en los años sesenta. Este movimiento impulsó la idea de que las máquinas de cálculo tenían una enorme eficacia y eficiencia que beneficiaría al desarrollo económico y facilitaría la calidad de vida de las personas. En ese contexto surgió el internet, como una especie de *bien global*, un instrumento que se presentaba como esencial para garantizar una sociedad acomodada, eficiente y ágil (VILAR, 2024) comenzando así la era de la digitalización y algoritmización.

En este marco, los algoritmos constituyen una secuencia de operaciones y reglas, desarrolladas por expertos para resolver un problema que puede equipararse a una fórmula o ecuación matemática que se utiliza en la obtención de una respuesta concreta[8].

Aunque existe una amplia relación respecto al algoritmo, fácilmente se puede entender como un concepto afín, aunque no idéntico, de lo que sería la IA, que funciona mediante algoritmos implementados en un sistema para poder tomar decisiones. En otras palabras, la agrupación de algoritmos computacionales programados (mediante fórmulas o ecuaciones) en un software especializado, debe entenderse como un sistema de IA (ZAMORA, 2023).

Así, los algoritmos usan una base de datos ordenada, llamada *Smart data*, con la que establece patrones de correlación que le permite apreciaciones con exactitud. Existen algoritmos más avanzados, denominados algoritmos de aprendizaje o *machine learning*. Sin embargo, esta sofisticación implica un nuevo desafío: su funcionamiento, llegados a cierto punto de inclusión de datos y variables, resulta incomprensible para la mente humana (BORGES, 2020).

En los últimos años el uso de estas herramientas se fue implementando con rapidez y eficiencia en los tribunales de todo el mundo. Dado el gran volumen de

[8] César Pérez-Chirinos plantea que, aunque el concepto de algoritmo se asocia a las matemáticas, se encuentra relacionado con la palabra receta, esto es, un modo de hacer algo o de componer algo. En ese sentido, el autor considera que algoritmos y recetas "de cocina" (las comillas son nuestras para dar énfasis) "comparten la idea de transformar ordenadamente unos ingredientes para obtener un resultado más apetecible que los ingredientes a transformar" (PEREZ-CHIRINOS: 2020, p. 63).

información y datos que se maneja en la administración de justicia, se ha considerado un espacio relevante para implementar técnicas de IA que permitan sistematizar, inferir, generar patrones y predicciones en menor tiempo y con mayor eficiencia de recursos. Según un informe realizado en el proyecto "Preparación del sector judicial para la inteligencia artificial en América Latina", desarrollado por el CETYS (2021) sería durante 2020 y 2021, pleno periodo de pandemia de Covid-19, en que los sistemas IA verían una oportunidad contextual, para buscar su aplicación apresurada en los sistemas judiciales. Esto podría deberse al surgimiento de un sentido de urgencia latente por parte de los Estados, posiblemente causado por el impacto que trajo el repentino *lockout* que afectó a los procedimientos presenciales y la ventaja de buscar una adaptación a estos problemas con herramientas tecnológicas emergentes e innovadoras. Estos avances ampliaron el conjunto de habilidades y destrezas que pueden replicar las tecnologías de automatización.

A diferencia del pasado, donde las computadoras y los robots solo podían seguir reglas específicas previamente diseñadas por los programadores, los algoritmos de aprendizaje automático ahora pueden tomar decisiones sin seguir reglas preestablecidas, además de ser capaces de trabajar con entornos y datos no estructurados, y ayudar a automatizar actividades no rutinarias, a diferencia de las computadoras (OCDE, 2022).

En ese sentido, este capítulo ha evidenciado cómo la implementación práctica de la IA en los sistemas de justicia ha seguido un camino progresivo, desde la simple informatización hasta la aparición de algoritmos complejos de aprendizaje automático. Esta evolución ha transformado significativamente los procedimientos judiciales, permitiendo una mayor eficiencia, predictibilidad y automatización. No obstante, también se identifican desafíos vinculados al entendimiento técnico de los algoritmos, su opacidad y el potencial impacto en la toma de decisiones jurídicas.

IV. Impacto en la Justicia: Riesgos, Beneficios y Desafíos para los Derechos Fundamentales

En sus inicios, la intervención de la tecnología significó un enorme avance

en la tramitación y productividad que los tribunales podían ofrecer. No obstante, que hoy pueda existir acceso a sistemas capaces de influir en decisiones judiciales, crea un cambio paradigmático histórico para la sociedad de la información y las nuevas tecnologías. El juez CARLOS GUTIÉRREZ M. (2024) señala que "es indiscutible que las decisiones basadas en megadatos (*Big Data*) son más rápidas y precisas, cuando las realiza la inteligencia artificial", y es que, hablando desde una perspectiva tecnológica, las actividades laborales y profesionales que estos sistemas podrán realizar son francamente ilimitadas.

Pero ¿qué podríamos esperar de este tipo de herramientas? Lo primero sería la encrucijada que suponen frente a su masificación y acelerada aplicación en diversas partes del mundo. Algunos sostienen que los abogados podrían ser sustituidos por sistemas de IA generativa (GUTIÉRREZ, 2024) y es que, si una IA llegara a ser capaz de redactar y revisar documentos legales con criterio jurídico, propiciar procedimientos jurídicos eficientes, defender intereses jurídicos de forma menos costosa y más rápida, podría parecer lógico que, en un futuro cercano, algunos operadores jurídicos serán reemplazados por el uso de estos programas.

Sin embargo, la implementación de la IA en la justicia va más allá de su simple uso, lo que implica que, aunque estas herramientas puedan apoyar en el proceso de razonamiento judicial, no debieran reemplazar el juicio humano. La fusión entre ambos conceptos, más allá de las posibilidades que entregan, obligan a reconsiderar el papel del ser humano en la toma de decisiones jurídicas. La búsqueda de una inteligencia no biológica, que supere las funciones cognitivas del cerebro humano, para desarrollar tareas que requieren de operaciones cognitivas, abre la puerta a nuevas relaciones jurídicas, no concebidas anteriormente (PARRA, 2021).

Además, otra de las problemáticas de la aplicación de la IA en el ámbito judicial es la confianza. Los sistemas de IA se basan en algoritmos que pueden incluir sesgos preestablecidos por sus creadores que pueden resultar peligrosos para las personas que se sometan a ellos. Un ejemplo claro es el caso *Loomis*[9]

[9] Eric Loomis tras ser detenido por manejar un auto presuntamente utilizado en un tiroteo, fue sometido a un análisis mediante el software COMPAS. El desarrollador de este sistema, Northpointe, Inc., se negó a revelar al tribunal y al propio acusado la metodología utilizada por el algoritmo. A

(2013) en Estados Unidos, donde el software *COMPAS* mostró prejuicios raciales al asignar mayores probabilidades de reincidencia a personas de raza negra. Si bien no descarta el hecho de que un juez racista podría haber concebido la misma resolución, el hecho transversal será que al señor Loomis no se le respetaron garantías mínimas de defensa y debido proceso.

Es sin duda relevante agregar que, hasta el desarrollo actual de los avances tecnológicos, los sistemas IA se usan como auxiliares de justicia, lo cual podría representar un uso más prudente y controlado. En Chile, proyectos como el de tramitación electrónica del Poder Judicial incorporaron IA para clasificar escritos y optimizar la gestión documental, sin que estos métodos decidan sobre el fondo de un litigio, pues no deciden sobre lo sustancial del conflicto, sino que actúan como asistentes para tareas específicas (PODER JUDICIAL DE CHILE, s.f.).

En este sentido, es también importante destacar que hay beneficios potenciales que esta tecnología podría generar en el futuro. Por ejemplo, el acceso a la justicia es una garantía fundamental en la mayoría de los países del mundo, la cual se ve afectada por distintas barreras, el alto costo económico del proceso y su lentitud, pero la IA al optimizar procedimientos no contenciosos y ayudar a comprender y ejercer derechos, puede favorecer una tutela judicial efectiva. De este modo, podría contribuir a mejorar el acceso a la justicia en países con tribunales sobrecargados y sistemas judiciales lentos.

Con todo, según un estudio realizado por el "Semillero de Derecho Procesal" de la Universidad Diego Portales (ANDRADE ET AL, 2020) aunque la IA ofrece una solución innovadora para mejorar el acceso a la justicia y reducir la carga procesal, su uso descontrolado puede afectar garantías esenciales como el derecho al debido proceso y la igualdad de trato. Por ello, es esencial que la intervención humana continúe siendo parte relevante en el proceso judicial. La tecnología debe utilizarse como herramienta al servicio de los fines del Derecho, y no como un sustituto de la deliberación jurídica legítima.

pesar de ello, tanto el Estado Americano como el tribunal de primera instancia tomaron en cuenta los resultados arrojados por COMPAS al momento de dictar sentencia. Como el sistema evaluó que Loomis representaba un alto riesgo de reincidencia, se le negó la libertad condicional y se le impuso una condena de seis años (ISRANI: 2017).

V. Conclusiones

Como planteamos en el primer capítulo, pese a los avances de la inteligencia artificial, aún no ha superado la complejidad de la inteligencia humana; sus capacidades se mantienen en fase de desarrollo, con alcances prometedores, pero también con riesgos potenciales si se profundizara sin control. Además, persiste la ausencia de un concepto único de *inteligencia* aplicada a las máquinas: desconocemos tanto la verdadera naturaleza de su inteligencia como las direcciones que su evolución futura podría tomar. Por último, esta incertidumbre conceptual se agrava por la falta de regulación específica, lo que deja un vacío jurídico que dificulta tanto la integración responsable de la IA en la esfera judicial como la protección de derechos y garantías. En conjunto, estos elementos subrayan la imperiosa necesidad de avanzar hacia una definición consensuada de IA y de diseñar un marco normativo sistemático que permita aprovechar sus beneficios sin perder de vista los desafíos y amenazas que su desarrollo profundo puede entrañar.

En ese sentido, la falta de una conceptualización crea una realidad incierta en cuanto a la variedad de definiciones y refleja la complejidad y constante evolución de esta tecnología, dificultando su regulación y comprensión plena. Según autores tales como AZUAJE y FINOL, la posibilidad de que la IA no sea una simple herramienta destinada a seguir órdenes, sino que pueda desarrollarse para funcionar de manera autónoma plantea un desafío significativo, especialmente ante la velocidad con la que progresa.

Asimismo, el desarrollo multidisciplinario de la IA que, además, permite su permanente evolución en áreas como el ámbito jurídico, proponen una herramienta llamativa y eficiente, que abre oportunidades concretas para optimizar actividades rutinarias y reducir cargas procesales. Este doble progreso de la IA, que promete riesgos y beneficios, obliga a adoptar perspectivas críticas, informadas y transversales frente a la incorporación de la IA en el sistema de justicia.

Es en definitiva que, la implementación de la inteligencia artificial en la justicia converge en un escenario donde proliferan las oportunidades y los desafíos. Sobre la base de la experiencia nacional es posible concluir que el uso de un sistema de tramitación electrónica asistida por IA ha demostrado que, bajo

supervisión humana, funciona como una herramienta auxiliar, optimizando la gestión judicial sin afectar los fundamentos de ésta, esto es, su deliberación jurídica. Empero, este avance tecnológico manifiesta riesgos concretos, como la eventual pérdida de empleos en ciertas funciones jurídicas y administrativas, que al ser repetitivas resultan fácilmente automatizables. Es en virtud de aquello que resulta indispensable fomentar la capacitación de los operadores jurídicos, para que puedan adquirir competencias, para poder supervisar, interactuar y complementar trabajos con estas herramientas, para que de esta manera no les resulte una amenaza, sino, que resulte una ventaja, dando paso a una sociedad más eficiente, accesible y respetuosa.

Por ello, la falta de una regulación específica e integral que delimite el uso de la inteligencia artificial en el sistema judicial plantea interrogantes sobre el rol que dicha tecnología debe desempeñar en la administración de justicia. Frente a este escenario de incertidumbre, sostenemos que la inteligencia artificial debe cumplir una función subsidiaria y de apoyo a los operadores jurídicos, sin que ello implique la sustitución del juez humano en la tarea de resolver conflictos. La decisión judicial, por su naturaleza, exige no solo razonamiento lógico-formal, sino también prudencia, ponderación y sensibilidad frente a la complejidad de lo humano, elementos que —al menos en su estado actual— la inteligencia artificial no puede replicar plenamente.

Si bien la eficiencia procedimental y administrativa que promete la inteligencia artificial es innegable, resulta fundamental advertir que dicha eficiencia no debe imponerse en desmedro de la justicia entendida como proceso humano. La justicia no puede quedar capturada por lógicas exclusivamente algorítmicas que carecen de empatía, intuición o contexto moral. En esa línea de ideas, no estamos aún en condiciones de referirnos a una "SeñorIA ilustrísima", ya que el desarrollo de estas herramientas no alcanza —ni debe aspirar a reemplazar— el estándar de razonabilidad propio de la mente humana. Sin embargo, el desafío futuro no radica solo en contener ese avance, sino también en garantizar que los operadores jurídicos humanos se adapten proactivamente al uso de la tecnología, integrándola de manera estratégica para optimizar su labor sin renunciar al juicio ético y la humanidad que deben impregnar toda decisión

jurisdiccional.

VI. Bibliografía

AGUERRE, C., AMUNÁTEGUI, C., ARANGUIS, M., BUSTOS FRATI, G., CASTAÑO, D., MENDOZA ENRÍQUEZ, O. A., MORENO GONZÁLEZ, J., GORGONE, B., LENS, J., MADRID, R., MAQUEO RAMÍREZ, M. S., RENTERÍA MARÍN, C., SEGREDO, S., & VARGAS, F. (2021). Preparación del sector judicial para la inteligencia artificial en América Latina. Universidad de San Andrés. Accesible en: http://hdl.handle.net/10908/18634

ALZAMORA, J. (2023). Inteligencia artificial e inteligencia humana, una distinción necesaria. En M. Azuaje Pirela (Coord.), Introducción a la ética y el Derecho de la Inteligencia Artificial. Editorial La Ley.

ANDRADE PÉREZ, F. J., BUSTAMANTE SALGADO, V. P., GALLEGOS CÁDIZ, S. A., GODOY MARCHANT, V. F., GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. I., MORENO GODOY, D. A., SOTO MARDONES, K. A., VALENZUELA ITURRIAGA, A. A., VALENZUELA MEJÍAS, C. T., & YÉVENES MUNIZAGA, I. I. (2020). El sistema judicial en crisis: La inteligencia artificial como solución al acceso a la justicia [Trabajo de estudiantes de semillero, Universidad Diego Portales]. Semillero de Derecho Procesal UDP. Accesible en: https://semilleroderechoprocesal.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2022/11/2020-el-sistema-judicial-en-crisis-la-inteligencia-artificial-como-solucion-al-acceso-a-la-justicia.pdf

AZUAJE PIRELA, M., & FINOL GONZÁLEZ, D. (2023). Aproximaciones a la noción de inteligencia artificial y otros conceptos vinculados con ella. En M. Azuaje Pirela (Coord.), Introducción a la ética y el Derecho de la Inteligencia Artificial. Editorial La Ley.

BLANCH, T. L. (2023). Sofía, el primer Asistente Jurídico de Inteligencia Artificial. Noticias Tirant lo Blanch. Accesible en: https://tirant.com/cl/noticias-tirant/noticia-le-presentamos-el-primer-asistente-juridico-de-inteligencia-artifici al/

BLÁZQUEZ, R. B. (2020). El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. Ius Et Scientia, Universidad de Sevilla, 6.

BORGES, R. (2020). El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. Ius Et Scientia, Universidad de Sevilla, 6.

COLOMA CORREA, R. (2023). Interpretación contractual: ¿Cuánto de inteligencia humana y cuánto de inteligencia artificial? Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 12. Accesible en: https://doi.org/10.5354/0719-2584.2023.69677

ESTER SÁNCHEZ, A. T. (2025). La inteligencia artificial en la justicia: Desafíos y oportunidades en la toma de decisiones judiciales. Anales De La Cátedra Francisco Suárez, 59. Accesible en: https://doi.org/10.30827/acfs.v59i.31404

ESTÉVEZ, E. (2020). PROMETEA: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. Banco Interamericano de Desarrollo.

GALLARDO, R. (2023). ¿Qué es ChatGPT? Académicos explican el funcionamiento de esta inteligencia artificial y sus aplicaciones. Universidad de Chile, Podcast. Accesible en: https://uchile.cl/noticias/204091/que-es-chat-gpt-academicos-explican-su-funcionamiento-y-aplicaciones

GOOD, I. J. (1965). Speculations concerning the first ultraintelligent machine. Advances in Computers, 6.

GOOGLE CLOUD. (s.f.). ¿Qué es un modelo de IA?. Accesible en: https://cloud.google.com/discover/what-is-an-ai-model?hl=es

GUTIÉRREZ MOYA, C. (2024). Repercusiones de la inteligencia artificial generativa en las garantías procesales y penales. Academia Judicial de Chile. Accesible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2024/08/Gutierrez.-Repercusion es-de-la-inteligencia-artificial.pdf

HOMERO. (s.f.). La Ilíada (L. Segalá y Estalella, Trad.). Secretaría de Educación del Estado de Coahuila. Accesible en: https://web.seducoahuila.gob.mx/biblioweb /upload/ILIADA.pdf

ISRANI, E. (2017). Algorithmic due process: Mistaken accountability and attribution in State v. Loomis. Harvard Journal of Law & Technology Digest. Accesible en: https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountabili ty-and-attribution-in-state-v-loomis-1

PODER JUDICIAL DE CHILE. (2024). Corte de Apelaciones de Temuco y Universidad de La Frontera avanzan en desarrollo de herramienta de Inteligencia Artificial para la modernización de procesos. Accesible en:

https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/113264

LOUISIANA STATE UNIVERSITY. (2023). ¿Qué es la inteligencia artificial? Accesible en: https://www.lsu.edu/ai/what-is-ai.php

MADRID, R. (2023). Las máquinas y la agencia moral. En M. Azuaje Pirela (Coord.), Introducción a la ética y el Derecho de la Inteligencia Artificial. Editorial La Ley.

MCCARTHY, J. (2007). What is Artificial Intelligence? Stanford University.

MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL. (2023). ¿Qué es la inteligencia artificial? Gobierno de España. Accesible en: https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr

NAJAFABADI, M. M., VILLANUSTRE, F., KHOSHGOFTAAR, T. M., SELIYA, N., WALD, R., & MUHAREMAGIC, E. (2015). Deep learning applications and challenges in big data analytics. Journal of Big Data, 2(1), pp. 1–21.

OCDE. (2022). What skills and abilities can automation technologies replicate and what does it mean for workers?

PARRA SEPÚLVEDA, D. (2021). Inteligencia artificial y Derecho: Problemas, desafíos y oportunidades. Universidad Austral de Chile; Universidad de Concepción. Accesible en: https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.iadp

PÉREZ-CHIRINOS, C. (2020). Algoritmos y programación. Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios. Tirant lo Blanch.

POOLE, D., MACKWORTH, A., & GOEBEL, R. (1998). Computational intelligence: A logical approach. Oxford University Press.

ROUHIAINEN, L. (2018). Inteligencia artificial. Editorial Planeta.

SEVILLA PLANA, I. (2024). Herramientas de inteligencia artificial aplicadas al diseño de muebles en madera [Tesis de maestría, Universitat Politècnica de Catalunya].

SIGMAN, M., & BILINKIS, S. (2023). Artificial: La nueva inteligencia y el contorno de lo humano. Editorial Debate.

THOMSON REUTERS MÉXICO. (2024). ¿Cómo la IA está transformando los departamentos legales? Accesible en: https://www.thomsonreutersmexico.com/es-mx/soluciones-

legales/blog-legal/ como -ia- esta-transformando-departamentos-legales

TURING, A. (1950). Computing machinery and intelligence. Mind, 59(236), pp. 433–460. Accesible en: https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433

VILAR, S. B. (2021). Algoritmización del Derecho y de la Justicia: De la inteligencia artificial a la smart justice. Tirant lo Blanch.

VILAR, S. B. (2024). Justicia con algoritmos e inteligencia artificial, ¿acuerpando garantías y derechos o liquidándolos? Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. Universidad de Valencia.

ZAMORA, P. E. (2023). Justicia algorítmica y predictibilidad constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente.

EL DERECHO HUMANO A LA CIBERSEGURIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: DESAFÍOS DE IMPLEMENTACIÓN E INTERRELACIONES CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Juliana Estévez[1]

Fecha de recepción: 27 de mayo de 2025
Fecha de aceptación: 3 de julio de 2025

Resumen

El presente artículo analiza la emergente necesidad de conceptualizar y potencialmente consagrar un derecho humano a la ciberseguridad en el marco jurídico de la UE. Se exploran los complejos desafíos de implementación –prácticos, jurídicos e institucionales– que tal derecho plantearía, considerando el robusto y evolutivo entramado normativo existente, que incluye el Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento (UE) 2024/1689), la Directiva NIS2 (Directiva (UE) 2022/2555), el Reglamento de Ciberresiliencia (Reglamento (UE) 2024/2847), el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679), la Ley de Datos (Reglamento (UE) 2023/2854) y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/58/CE). Se incorpora jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y se hace referencia a informes y estrategias de instituciones europeas. Asimismo, se examina la intrincada relación de un eventual derecho a la ciberseguridad con otros derechos fundamentales reconocidos, como la protección de datos, la privacidad y la libertad de expresión, identificando sinergias y tensiones. Finalmente, se aborda la ciberseguridad en el contexto de los derechos humanos de cuarta generación.

Palabras clave: Ciberseguridad, Derechos Humanos, Unión Europea, Implementación, Derechos Fundamentales, Protección de Datos, Privacidad, Libertad de Expresión, Reglamento de IA, NIS2, Reglamento de Ciberresiliencia, RGPD, Ley de Datos, Directiva ePrivacy, Derechos de Cuarta Generación, TJUE, Estrategia de Ciberseguridad UE.

[1] Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora de Derecho de la Integración (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

Title: THE HUMAN RIGHT TO CYBERSECURITY IN THE EUROPEAN UNION: IMPLEMENTATION CHALLENGES AND INTERRELATIONS WITH FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract

This article analyzes the emerging need to conceptualize and potentially enshrine a human right to cybersecurity within the legal framework of the European Union. It explores the complex implementation challenges – practical, legal, and institutional – that such a right would pose, considering the robust and evolving existing regulatory landscape, which includes the Artificial Intelligence Act (Regulation (EU) 2024/1689), the NIS2 Directive (Directive (EU) 2022/2555), the Cyber Resilience Act (Regulation (EU) 2024/2847), the General Data Protection Regulation (Regulation (EU) 2016/679), the Data Act (Regulation (EU) 2023/2854), and the ePrivacy Directive (Directive 2002/58/EC). Relevant case law from the Court of Justice of the European Union (CJEU) is incorporated, and reference is made to reports and strategies from European institutions. Furthermore, it examines the intricate relationship of a potential right to cybersecurity with other recognized fundamental rights, such as data protection, privacy, and freedom of expression, identifying synergies and tensions. Finally, cybersecurity is addressed in the context of fourth-generation human rights.

Keywords: Cybersecurity, Human Rights, European Union, Implementation, Fundamental Rights, Data Protection, Privacy, Freedom of Expression, AI Act, NIS2, Cyber Resilience Act, GDPR, Data Act, ePrivacy Directive, Fourth-Generation Rights, CJEU, EU Cybersecurity Strategy.

Sumario: I. Introducción. II. Desafíos de Implementación de un Derecho Fundamental a la Ciberseguridad en la UE. II.i. Desafíos Jurídicos. II.ii. Desafíos Institucionales y Prácticos. III. Relación con Otros Derechos Fundamentales y la Noción de Derechos de Cuarta Generación. III.i. Derecho a la Protección de Datos Personales y Derecho al Respeto de la Vida Privada y Familiar. III.ii. Libertad de Expresión e Información. III.iii. La Ciberseguridad como Derecho de Cuarta Generación. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La transformación digital ha reconfigurado indeleblemente las sociedades contemporáneas, convirtiendo el ciberespacio en una dimensión fundamental de la vida económica, social y personal. La Unión Europea (UE) ha estado a la vanguardia de la regulación de este espacio, impulsada por una visión estratégica reflejada en documentos como la "Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro" de 2013 (COMISIÓN EUROPEA, 2013) y la más reciente "Estrategia de Ciberseguridad de la UE para la Década Digital" de 2020 (COMISIÓN EUROPEA, 2020). Estas estrategias han cimentado un creciente corpus normativo que busca un delicado equilibrio entre la innovación tecnológica, la seguridad digital y la protección de los derechos fundamentales.

Instrumentos legislativos clave como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) (Reglamento (UE) 2016/679), que establece normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO, 2016: art.1), y la Directiva sobre seguridad de las redes y sistemas de información (Directiva NIS), recientemente actualizada por la Directiva NIS2 (Directiva (UE) 2022/2555), han sentado las bases. A estos se suman propuestas y actos legislativos más recientes que abordan facetas específicas del entorno digital: el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) (Reglamento (UE) 2024/1689), cuyo propósito es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante un marco jurídico uniforme para el desarrollo, la comercialización y el uso de sistemas de IA (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO, 2024a: art 1); el Reglamento de Ciberresiliencia (CRA) (Reglamento (UE) 2024/2847), que establece requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO, 2024b: art. 1 a); la Ley de Datos (Reglamento (UE) 2023/2854), que armoniza las normas sobre la puesta a disposición de los datos de los productos y servicios conexos (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO, 2023: art. 1); y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva ePrivacy) (Directiva 2002/58/CE), que particulariza y complementa el RGPD en su sector (Artículo 1(2) de la Directiva ePrivacy). Este conjunto normativo evidencia un esfuerzo integral por parte de la UE para regular el ciberespacio (BYGRAVE, 2025; JIMÉNEZ SERRANÍA, s.f.:

p. 7). El Reglamento sobre la Ciberseguridad (Reglamento (UE) 2019/881) también juega un papel crucial al redefinir el mandato de ENISA[2] y establecer el marco europeo de certificación de la ciberseguridad (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO, 2019: art. 1).

A pesar de la densidad y sofisticación de estos avances, la constante evolución de las ciberamenazas, la intrínseca vulnerabilidad de las infraestructuras digitales y la profunda dependencia social de los sistemas interconectados, junto con los emergentes desafíos que plantea la inteligencia artificial para la seguridad (COTINO HUESO & SIMÓN CASTELLANO, 2024), han alimentado un debate académico y jurídico sobre la necesidad de una capa adicional de protección: la conceptualización y eventual consagración de un derecho humano a la ciberseguridad en el ordenamiento jurídico de la UE (CHIARA, 2024; PANA, 2021: p. 200). Dicho derecho no solo buscaría reforzar y dotar de mayor coherencia a la normativa existente, sino que también podría ofrecer un anclaje iusfundamental para la protección integral de los individuos en el entorno digital.

El presente artículo se inscribe en este debate con el objetivo primordial de analizar dos dimensiones cruciales inherentes a esta propuesta: primero, los desafíos multifacéticos (jurídicos, prácticos e institucionales) que conllevaría su implementación en el complejo marco normativo de la UE; y segundo, su intrincada interrelación con otros derechos fundamentales ya reconocidos y consolidados en el acervo de la Unión. Adicionalmente, se explorará la noción de la ciberseguridad como un posible exponente de los derechos humanos de cuarta generación (BUSTAMANTE DONAS, 2001).

Para alcanzar estos objetivos, el análisis se estructurará en tres secciones principales. La primera sección se dedicará a una exploración detallada de los desafíos de implementación de un derecho fundamental a la ciberseguridad. Esto incluirá la problemática delimitación de su contenido y alcance, la atribución de

[2] "La Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA) es la agencia de la Unión dedicada a lograr un alto nivel común de ciberseguridad en toda Europa. Creada en 2004 y reforzada por el Reglamento de Ciberseguridad de la UE, la Agencia contribuye a la política cibernética de la UE, mejora la fiabilidad de los productos, servicios y procesos de TIC mediante sistemas de certificación de ciberseguridad, coopera con los Estados miembros y los organismos de la UE, y ayuda a Europa a prepararse para los retos cibernéticos del futuro" (AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA CIBERSEGURIDAD [ENISA], s.f.)

responsabilidades entre actores estatales y privados, el diseño de mecanismos de supervisión eficaces y la garantía de una tutela judicial efectiva, sin olvidar las implicaciones para el mercado único digital. La segunda sección abordará la compleja red de interrelaciones entre un eventual derecho a la ciberseguridad y derechos fundamentales preexistentes, como el derecho a la protección de datos personales (Artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y RGPD), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (Artículo 7 CDFUE y Directiva ePrivacy), y la libertad de expresión e información (Artículo 11 CDFUE). En este contexto, se examinarán las sinergias y tensiones previsibles, con especial atención a la jurisprudencia del TJUE y la necesaria ponderación de derechos. En esta misma sección, se contextualizará la ciberseguridad dentro del debate sobre los derechos de cuarta generación.

II. Desafíos de Implementación de un Derecho Fundamental a la Ciberseguridad en la UE

La aspiración de consagrar un derecho fundamental a la ciberseguridad en el ordenamiento de la Unión Europea, si bien responde a una necesidad sentida de protección reforzada en la era digital, se enfrenta a un conjunto de desafíos de notable envergadura en su implementación. Estos desafíos no son meramente teóricos, sino que se proyectan sobre las dimensiones jurídica, institucional y práctica, debiendo además articularse con un ya denso y dinámico ecosistema normativo. La UE ha tejido una red legislativa que incluye la Directiva NIS2 (DIRECTIVA (UE) 2022/2555), el Reglamento de Ciberresiliencia (REGLAMENTO (UE) 2024/2847), el Reglamento de IA (REGLAMENTO (UE) 2024/1689), el Reglamento sobre la Ciberseguridad (REGLAMENTO (UE) 2019/881) y la Ley de Datos (REGLAMENTO (UE) 2023/2854). Estos instrumentos ya persiguen, entre otros fines, asegurar un elevado nivel de ciberseguridad en el mercado interior. La introducción de un derecho fundamental, con su jerarquía normativa superior, exige una cuidadosa reflexión sobre su contenido, sus titulares y garantes, y los mecanismos para su efectividad.

II.i. Desafíos Jurídicos

La primera categoría de desafíos se sitúa en el plano estrictamente jurídico, comenzando por la delimitación del contenido y alcance del derecho. Un derecho a la ciberseguridad podría concebirse de diversas formas: como un derecho de prestación que exija una acción positiva de los poderes públicos para garantizar un entorno digital seguro; como un derecho de defensa frente a interferencias indebidas en la seguridad digital de los individuos; o, más probablemente, como un derecho complejo que combine ambas facetas (PANA, 2021: p. 249). La propia definición de "seguridad" en el ciberespacio es polisémica y evolutiva, sujeta a la constante emergencia de nuevas amenazas y a la diversidad de contextos tecnológicos y de uso (SERINI, 2024: p. 1; CHIARA, 2024: p. 1).

El Reglamento de Ciberresiliencia[3] (CRA), por ejemplo, define "producto con elementos digitales" como "*un producto consistente en programas informáticos o equipos informáticos y sus soluciones de procesamiento de datos remoto, incluidos los componentes consistentes en programas informáticos o equipos informáticos que se introduzcan en el mercado por separado*" (Artículo 3(1) de la CRA) y establece "requisitos esenciales de ciberseguridad" para estos productos, como la obligación de comercializarse "sin vulnerabilidades aprovechables conocidas" (Anexo I, Parte I, punto (2)(a) de la CRA) y de garantizar que "las vulnerabilidades puedan abordarse mediante actualizaciones de seguridad" (Anexo I, Parte I, punto (2)(c) de la CRA), a su vez, que los productos deben de garantizar "la protección contra el acceso no autorizado mediante mecanismos de control adecuados" (Anexo I, Parte I, punto (2)(d) de la CRA). Por su parte, el RIA exige para los sistemas de IA de alto riesgo que alcancen un "nivel adecuado de precisión, robustez y ciberseguridad" (Artículo 15(1) del RIA) y sean resilientes "frente a los intentos por parte de terceros no autorizados de alterar su utilización, comportamiento o rendimiento explotando las vulnerabilidades del sistema" (Artículo 15(5) del RIA). Un derecho fundamental a la ciberseguridad debería trascender la especificidad de productos o sistemas concretos, para articular un estándar de protección general, posiblemente

[3] Es pertinente aclarar que el Reglamento de Ciberresiliencia se encuentra vigente, pero los Estados de la Unión Europea poseen diversas etapas para acomodar su legislación (REGLAMENTO (UE) 2024/2847, 2024).

inspirándose en estos requisitos, pero confiriéndoles una dimensión iusfundamental.

Otro desafío crucial es la atribución de responsabilidades. En un ecosistema digital caracterizado por su transnacionalidad y la multiplicidad de actores –Estados, proveedores de infraestructuras, desarrolladores de software, fabricantes de hardware, proveedores de servicios digitales, y los propios usuarios–, determinar quién es el garante último de este derecho y quién responde por su vulneración resulta una tarea compleja (BOEKEN, 2024: p. 1). La CRA ya asigna responsabilidades detalladas a los "fabricantes", "representantes autorizados", "importadores" y "distribuidores" de productos con elementos digitales (Capítulo II de la CRA, Artículos 13-22). De forma análoga, el RIA establece un entramado de obligaciones para los "proveedores", "distribuidores", "importadores" y "usuarios" de sistemas de IA (Capítulo III, Sección 3 y Capítulo V, Sección 2 del Reglamento de IA). La Directiva NIS2 también responsabiliza a los órganos de dirección de las entidades esenciales e importantes de aprobar y supervisar la aplicación de medidas de gestión de riesgos de ciberseguridad (JIMÉNEZ SERRANÍA, s.f., p. 32). Un derecho fundamental podría exigir una ampliación o una jerarquización de estas responsabilidades, o incluso identificar nuevas categorías de sujetos obligados.

La doctrina ha debatido si un nuevo derecho a la ciberseguridad es redundante frente al derecho a la seguridad ya consagrado en el Artículo 6 de la CDFUE (CHIARA, 2024). Si bien este último podría interpretarse extensivamente para cubrir aspectos de la seguridad digital, la especificidad y la naturaleza transversal de las ciberamenazas podrían justificar un derecho autónomo y más detallado.

Finalmente, la relevancia del mercado único común en la UE añade una dimensión ineludible. Gran parte de la legislación europea en ciberseguridad,

incluyendo la CRA (Considerando 1)[4] y el Reglamento de IA (Artículo 1(1))[5], se fundamenta en el Artículo 114 del TFUE, buscando la armonización para facilitar la libre circulación de bienes y servicios digitales (CHIARA, 2024: p. 2). Un derecho fundamental a la ciberseguridad debería diseñarse e implementarse de manera que refuerce este objetivo, evitando la fragmentación normativa entre Estados miembros y la creación de barreras injustificadas al mercado único digital (BYGRAVE, 2025).

II.ii. Desafíos Institucionales y Prácticos

Desde una perspectiva institucional, la implementación de un derecho a la ciberseguridad plantea interrogantes sobre los mecanismos de supervisión y la tutela judicial efectiva. La UE ya cuenta con una red de autoridades, como las autoridades de protección de datos (APDs) bajo el RGPD, las autoridades competentes designadas bajo la Directiva NIS2, las autoridades de vigilancia del mercado bajo la CRA (Artículo 52 de la CRA), y las autoridades nacionales competentes junto con la Oficina Europea de IA bajo el Reglamento de IA (Artículos 70 y 64 y ss. del RIA). ENISA, fortalecida por el Reglamento sobre la Ciberseguridad (REGLAMENTO (UE) 2019/881), desempeña un papel central en la asistencia a los Estados miembros y las instituciones de la UE, el desarrollo de esquemas de certificación (Título III del Reglamento sobre la Ciberseguridad) y el apoyo a la

[4] "La ciberseguridad es uno de los principales retos para la Unión. El número y la variedad de dispositivos conectados aumentará exponencialmente en los próximos años. Los ciberataques constituyen un asunto de interés público, ya que tienen un impacto crítico no solo en la economía de la Unión, sino también en la democracia y en la salud y la seguridad de los consumidores. Por lo tanto, es necesario reforzar el enfoque de la Unión respecto a la ciberseguridad, abordar la ciberresiliencia a escala de la Unión y mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme relativo a los requisitos esenciales de ciberseguridad para la introducción de productos con elementos digitales en el mercado la Unión. Deben abordarse dos problemas importantes que suponen un aumento de los costes para los usuarios y la sociedad: un bajo nivel de ciberseguridad de los productos con elementos digitales, que se refleja en vulnerabilidades generalizadas y en la oferta insuficiente e incoherente de actualizaciones de seguridad para hacerles frente, y la insuficiencia de la comprensión de la información y del acceso a ella por parte de los usuarios, que les impide elegir productos con las características de ciberseguridad adecuadas o utilizarlos de manera segura."

[5] "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."

cooperación operativa, como la secretaría de la red EU-CyCLONe (JIMÉNEZ SERRANÍA, s.f., pp. 10-11). La cuestión es si estas estructuras existentes, incluso con sus recientes refuerzos y la creación de nuevas entidades como la Oficina de IA, serían suficientes para supervisar un derecho fundamental de alcance transversal, o si se requeriría una nueva agencia o una reconfiguración significativa de las competencias actuales (PANA, 2021: pp. 108-118). Los esquemas europeos de certificación voluntaria de la ciberseguridad, como el EUCC (Reglamento de Ejecución (UE) 2024/482 de la Comisión) basado en criterios comunes (JIMÉNEZ SERRANÍA, s.f.: p. 19), son indicativos del enfoque actual, pero un derecho fundamental podría exigir mecanismos de aseguramiento más vinculantes.

La tutela judicial efectiva es otro componente esencial. Se necesitaría claridad sobre las vías de recurso (nacionales o europeas, como el TJUE) para los individuos en caso de vulneración de este derecho, y sobre los remedios disponibles. El RGPD (Artículo 79) y el Reglamento de IA (Artículos 79 y 85) ofrecen modelos en cuanto al derecho a un recurso judicial efectivo y el derecho a presentar reclamaciones, pero la naturaleza difusa de los daños en ciberseguridad podría complicar su aplicación.

En el plano práctico, la efectividad de un derecho a la ciberseguridad dependería de la disponibilidad de recursos técnicos y financieros considerables. Esto afectaría tanto a las autoridades públicas responsables de la supervisión y el cumplimiento, como a las entidades privadas, grandes y pequeñas, que tendrían que adaptar sus infraestructuras, sistemas y procesos. La UE ya reconoce una brecha en capacidades y profesionales de ciberseguridad (SERINI, 2024: p. 2), y un nuevo derecho intensificaría esta demanda. Iniciativas como los programas de trabajo de la Comisión para la certificación europea (COMISIÓN EUROPEA, 2024a) o los informes de ENISA buscan mejorar la preparación, pero la escala de un derecho fundamental impondría retos mayores. La "cooperación informativa" y una "consciencia situacional colectiva", aunque cruciales, son difíciles de materializar plenamente (SERINI, 2024: pp. 1-2).

Finalmente, el *"pacing 176eep176ema"* –el desfase entre la rápida evolución tecnológica y la capacidad de adaptación del derecho– (BOEKEN, 2024: p. 2) representa un desafío estructural. Un derecho fundamental a la ciberseguridad debería ser formulado con un alto grado de abstracción y neutralidad tecnológica

para mantener su relevancia y eficacia a lo largo del tiempo, adaptándose a amenazas y desarrollos tecnológicos emergentes sin caer en la obsolescencia.

III. Relación con Otros Derechos Fundamentales y la Noción de Derechos de Cuarta Generación

El reconocimiento de un derecho fundamental a la ciberseguridad en la UE no se produciría en un vacío iusfundamental, sino que entraría en diálogo –y potencialmente en tensión– con el robusto catálogo de derechos fundamentales ya consagrados, principalmente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Este análisis requiere una cuidadosa ponderación, guiada por la jurisprudencia del TJUE, para identificar sinergias y gestionar conflictos. Además, es pertinente considerar la ciberseguridad en el marco conceptual de los derechos humanos de cuarta generación.

III.i. Derecho a la Protección de Datos Personales y Derecho al Respeto de la Vida Privada y Familiar

La conexión entre la ciberseguridad y los derechos consagrados en el Artículo 8 CDFUE (protección de datos personales) y el Artículo 7 CDFUE (respeto de la vida privada y familiar) es la más evidente y explorada. Una ciberseguridad efectiva es una condición habilitante esencial para la protección de los datos personales contra el acceso no autorizado, la alteración, la pérdida o la destrucción (Artículo 5(1)(f) y Artículo 32 del RGPD), y para la salvaguarda de la esfera privada frente a intrusiones indebidas (Artículo 5 de la Directiva ePrivacy)[6]. El RGPD, en su Artículo 32, impone a responsables y encargados del tratamiento la obligación de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, incluyendo, entre otras, "la seudonimización y el cifrado de datos personales", "la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento" y "un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento". El

[6] Dicho artículo refiere a la confidencialidad de las comunicaciones.

principio de "protección de datos desde el diseño y por defecto" (Artículo 25 del RGPD) subraya esta interdependencia.

No obstante, la implementación de medidas de ciberseguridad puede generar tensiones con estos mismos derechos. Técnicas como la monitorización del tráfico de red, el análisis de metadatos, la inspección profunda de paquetes (DPI) o la retención de datos para la investigación de incidentes (PANA, 2021: pp. 365-368) pueden implicar un tratamiento intensivo de datos personales y una injerencia en la privacidad de las comunicaciones. El Reglamento de IA, por ejemplo, reconoce la necesidad de tratar categorías especiales de datos personales para la detección y corrección de sesgos en sistemas de IA de alto riesgo, aunque sujeta a salvaguardias (Artículo 10(5) del RIA).

La jurisprudencia del TJUE, especialmente en relación con los Artículos 7, 8 y 52(1) de la CDFUE, es crucial. El Tribunal ha reiterado que el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto, sino que "debe ponderarse en relación con su función en la sociedad[7]". Como analiza PIZZOLO (2025), en casos como Schwarz v. Stadt Bochum (Asunto C-291/12)[8] y R.L. v. Landeshauptstadt Wiesbaden (Asunto C-61/22)[9], relativos a la inclusión de huellas dactilares (datos biométricos según el Artículo 4(14) del RGPD y el Artículo 3(34) de la Ley de IA) en pasaportes y documentos de identidad, el TJUE ha seguido un "recorrido interpretativo" de varios pasos para evaluar la justificación de las limitaciones. Este recorrido implica verificar que la injerencia:

- Esté prevista por una ley que sea clara y previsible.
- Respete el contenido esencial de los derechos a la vida privada y a la protección de datos. En R.L., el TJUE consideró que la inclusión de dos huellas en documentos de identidad no vulneraba la esencia de estos derechos.

[7] TJUE, sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke y Eifert*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, ap. 48, véase que el Tribunal establece que el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto.

[8] TJUE, sentencia de 17 de octubre de 2013, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670. En este asunto, el Tribunal analizó la conformidad con los artículos 7 y 8 de la CDFUE del Reglamento (CE) nº 2252/2004 en lo relativo a la obligación de incluir huellas dactilares en los pasaportes.

[9] TJUE, sentencia de 21 de marzo de 2024, *R.L. c. Landeshauptstadt Wiesbaden*, C-61/22, ECLI:EU:C:2024:251. Este caso abordó la legalidad de la inclusión obligatoria de dos huellas dactilares en los documentos de identidad bajo el Reglamento (UE) 2019/1157.

- Persiga objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de proteger derechos y libertades de terceros. En los casos citados, estos objetivos incluían la lucha contra la falsificación de documentos, la prevención de la entrada ilegal, y la lucha contra la delincuencia y el terrorismo.
- Sea necesaria y proporcionada para alcanzar dichos objetivos, recurriendo a la medida menos onerosa y asegurando que las desventajas no sean desproporcionadas. Esto implica examinar la idoneidad y necesidad de la medida, incluyendo la existencia de alternativas menos intrusivas y garantías contra el tratamiento abusivo, como la prohibición de centralización de los datos o su uso para fines distintos.

El razonamiento del TJUE, como subraya PIZZOLO (2025), *"resiste la normalización de las prácticas de vigilancia masiva bajo la apariencia de innovación tecnológica"* y afirma *"un modelo de regulación digital en el que la confianza, la legalidad y la contención son centrales"*. Un derecho a la ciberseguridad debería, por tanto, integrar estas exigencias jurisprudenciales, asegurando que las medidas adoptadas en su nombre sean compatibles con los Artículos 7, 8 y 52(1) de la CDFUE. La Ley de Ciberresiliencia, en su Considerando 32[10], ya anticipa sinergias con el RGPD en materia de normalización y certificación, así como la cooperación entre autoridades.

[10] "El presente Reglamento debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, incluidas las disposiciones relativas a la implantación de mecanismos de certificación en materia de protección de datos y sellos y marcas de protección de datos a fin de demostrar la conformidad con ese Reglamento de las operaciones realizadas por los responsables y los encargados del tratamiento. Este tipo de operaciones podrían integrarse en un producto con elementos digitales. La protección de datos desde el diseño y por defecto, así como la ciberseguridad en general, son elementos clave del Reglamento (UE) 2016/679. Al proteger a los consumidores y a las organizaciones de los riesgos de ciberseguridad, los requisitos esenciales de ciberseguridad establecidos en el presente Reglamento también contribuyen a mejorar la protección de los datos personales y la privacidad de las personas. Deben tenerse en cuenta las sinergias tanto en materia de normalización como de certificación de los aspectos relativos a la ciberseguridad a través de la cooperación entre la Comisión, las organizaciones europeas de normalización, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA), el Comité Europeo de Protección de Datos creado por el Reglamento (UE) 2016/679 y las autoridades nacionales de supervisión de la protección de datos. También deben fomentarse las sinergias entre el presente Reglamento y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos en el ámbito de la vigilancia del mercado y la ejecución de las normas. A tal fin, las autoridades nacionales de vigilancia del mercado designadas con arreglo al presente Reglamento deben cooperar con las autoridades responsables de supervisar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de protección de datos. Estas últimas también deben tener acceso a la información pertinente para el desempeño de sus tareas."

III.ii. Libertad de Expresión e Información

La interrelación con la libertad de expresión e información (Artículo 11 CDFUE) también es dual. Por una parte, la ciberseguridad es un habilitador de este derecho, al proteger la disponibilidad e integridad de las plataformas digitales y los canales de comunicación contra la censura técnica (ej. Ataques de denegación de servicio) o la manipulación de contenidos.

Por otra parte, ciertas medidas de ciberseguridad, como el filtrado de contenidos, la eliminación de información considerada maliciosa o constitutiva de desinformación, o las restricciones de acceso a redes o servicios por motivos de seguridad, podrían interpretarse como limitaciones a la libertad de expresión. El Reglamento de Servicios Digitales (REGLAMENTO (UE) 2022/2065) ya regula las obligaciones de las plataformas en línea en la moderación de contenidos, buscando un equilibrio. El RIA, en su Artículo 50, impone obligaciones de transparencia para sistemas que generan "180eep fakes", exigiendo la divulgación de que el contenido ha sido generado o manipulado artificialmente, con excepciones para el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y artística, siempre que se salvaguarden los derechos de terceros y no se induzca a error. Un derecho a la ciberseguridad debería, por tanto, incorporar salvaguardas robustas para que las medidas de seguridad no se conviertan en instrumentos de censura o restricción desproporcionada de la libertad de expresión, alineándose con los criterios del Artículo 52(1) CDFUE.

III.iii. La Ciberseguridad como Derecho de Cuarta Generación

La doctrina ha explorado la emergencia de una "cuarta generación" de derechos humanos, intrínsecamente ligada a los desafíos y oportunidades que plantea la sociedad tecnológica y la digitalización de la existencia humana. Estos derechos no surgen ex novo, sino que a menudo representan una reinterpretación o una expansión de los derechos tradicionales para hacer frente a nuevas realidades. Como argumenta BUSTAMANTE DONAS (2001), la tecnología "modifica el concepto de espacio o ámbito en el que se manifiestan, profundizan, y desarrollan los derechos humanos", exigiendo una reformulación conceptual.

En este marco, se ha propuesto que un derecho a la ciberseguridad, o a la "seguridad informática" o "paz cibernética", podría encuadrarse como un derecho de cuarta

generación. Su naturaleza sería tanto habilitadora –permitiendo el ejercicio seguro de otros derechos en el entorno digital (como el acceso a la información, la participación política, los servicios esenciales en línea)– como protectora –defendiendo a los individuos contra nuevas formas de vulnerabilidad y daño específicas del ciberespacio–. Este enfoque, aunque objeto de debate académico respecto a la utilidad de la categorización por "generaciones" de derechos, ofrece un marco conceptual valioso para reflexionar sobre las nuevas exigencias de protección que impone la era digital y para justificar la necesidad de un anclaje iusfundamental específico para la seguridad en el ciberespacio.

IV. Conclusiones

El análisis de la potencial consagración de un derecho humano a la ciberseguridad en el marco de la Unión Europea revela una iniciativa de considerable complejidad, pero también de creciente pertinencia. Dicha consagración no solo respondería a la escalada de ciberamenazas y a la profunda conexión de lo digital en todos los aspectos de la vida, sino que también se insertaría en un panorama legislativo europeo ya denso y en constante evolución, como lo demuestran el Reglamento de IA, la Directiva NIS2, el Reglamento de Ciberresiliencia, el RGPD, la Ley de Datos y la Directiva ePrivacy. Las estrategias de ciberseguridad de la UE y la jurisprudencia del TJUE, especialmente en casos como Schwarz y R.L., perfilan un compromiso de la Unión hacia un ciberespacio que, además de seguro, sea respetuoso con los derechos fundamentales.

Los desafíos de implementación identificados son sustanciales y multifacéticos. Desde una perspectiva jurídica, la delimitación precisa del contenido y alcance del derecho, la clara atribución de responsabilidades entre una miríada de actores públicos y privados, y su coherente articulación con el acervo normativo existente y los objetivos del mercado único digital, representan tareas de gran envergadura. El Reglamento de Ciberresiliencia, con sus requisitos esenciales para productos (Anexo I de la CRA), y el Reglamento de IA, con sus exigencias para sistemas de alto riesgo (Artículos 8-15 del RIA), ya establecen marcos de diligencia que un nuevo derecho fundamental debería complementar o subsumir. Institucionalmente, la supervisión de tal derecho exigiría una reflexión profunda

sobre el papel de ENISA (REGLAMENTO (UE) 2019/881), las autoridades nacionales competentes designadas bajo diversas normativas (NIS2, CRA, RIA, Ley de Datos), y la necesidad de mecanismos de tutela judicial efectiva que sean ágiles y accesibles. Los recursos técnicos, financieros y humanos necesarios para dar efectividad a este derecho, así como el persistente "*pacing problem*" entre tecnología y regulación, añaden capas de complejidad práctica.

La relación con otros derechos fundamentales es intrínsecamente compleja. Un derecho a la ciberseguridad exhibe sinergias evidentes con la protección de datos personales (Artículo 8 CDFUE; Artículo 32 y 25 del RGPD) y la privacidad (Artículo 7 CDFUE; Artículo 5 de la Directiva ePrivacy), actuando como un prerrequisito para su ejercicio efectivo. Sin embargo, las medidas técnicas y organizativas implementadas para asegurar la ciberseguridad pueden generar tensiones, como ha reconocido el TJUE, exigiendo una rigurosa ponderación basada en los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad (Artículo 52(1) CDFUE), tal como se desprende de su jurisprudencia (PIZZOLO, 2025). De forma similar, aunque la ciberseguridad puede salvaguardar la libertad de expresión e información (Artículo 11 CDFUE) al proteger la integridad de las plataformas, las medidas de control deben ser cuidadosamente calibradas para no devenir en formas de censura, considerando los equilibrios que ya intenta establecer el RIA.

La conceptualización de la ciberseguridad como un derecho de cuarta generación (BUSTAMANTE DONAS, 2001) proporciona un marco intelectual estimulante, subrayando su carácter instrumental y habilitador para el pleno disfrute de un amplio espectro de derechos en la sociedad digital interconectada.

En conclusión, si bien la idea de un derecho humano a la ciberseguridad en la UE es doctrinalmente atractiva y socialmente relevante, su materialización exigiría un esfuerzo legislativo y político considerable para superar los desafíos de implementación y para asegurar su integración armónica en el sistema de protección de derechos fundamentales de la Unión. En sentido, hay más interrogantes que certezas al momento de plantear una modificación a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Futuras líneas de investigación podrían explorar modelos específicos de gobernanza y supervisión para tal derecho, el desarrollo de criterios de ponderación

más detallados para resolver enfrentamientos con otros derechos, y un análisis comparado con otras jurisdicciones que estén abordando desafíos similares.

V. Bibliografía

BOEKEN, J. (2024). From compliance to security, responsibility beyond law. *Computer Law & Security Review, 52*, 105926. Accesible en: https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.105926

BUSTAMANTE DONAS, J. (2001). Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. *CTS+I: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, (1).

BYGRAVE, L. A. (2025). The emergence of EU cybersecurity law: A tale of lemons, angst, turf, surf and grey boxes. *Computer Law & Security Review, 56*, 106071. Accesible en: https://doi.org/10.1016/j.clsr.2025.106071

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). (2012). *DO C 326, 26.10.2012, pp. 391–407*.

CHIARA, P. G. (2024). Towards a right to cybersecurity in EU law? The challenges ahead. *Computer Law & Security Review, 53*, 105961. Accesible en: https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105961

COMISIÓN EUROPEA. (2013). *Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro*.

- (2020). *Estrategia de Ciberseguridad de la UE para la Década Digital*.
- (2024a). *Reglamento de Ejecución (UE) 2024/482 de la Comisión, de 31 de enero de 2024* (DO L, 2024/482, 7.2.2024).
- (2024b). *Union Rolling Work Programme for European cybersecurity certification*.

COTINO HUESO, L., & SIMÓN CASTELLANO, P. (Dirs.). (2024). *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*. Aranzadi.

DIRECTIVA (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 (Directiva NIS2). *DO L 333, 27.12.2022.*

DIRECTIVA 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la

intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. *DO L 201, 31.7.2002.*

JIMÉNEZ SERRANÍA, V. (s.f.). *Aspectos legales y regulatorios de la ciberseguridad*. doinGlobal. [Material de lectura del Curso Superior en Derecho Oficial de Protección de Datos y Ciberseguridad].

MANTELERO, A. (2022). *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*. T.M.C. Asser Press.

PANA, A. C. (2021). *La Seguridad Cibernética y los Derechos Humanos: Los límites de la restricción de derechos humanos para la protección del espacio cibernético* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid].

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2016). *Reglamento (UE) 2016/679, 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)*. DO L 119, 4.5.2016, pp. 1–88. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2019). *Reglamento (UE) 2019/881, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad)*. DO L 151, 7.6.2019, pp. 15–69. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/881/oj

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2023). *Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre de 2023, relativo a normas armonizadas sobre el acceso y uso justo de los datos (Ley de Datos)*. DO L 2023/2854, 22.12.2023. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024a). *Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y se modifican determinados reglamentos (Ley de Inteligencia Artificial)*. DO L 2024/1689, 12.7.2024. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024b). *Reglamento (UE) 2024/2847, de 23 de octubre de 2024, relativo a requisitos horizontales para la ciberseguridad de los productos con elementos digitales (Ley de Ciberresiliencia)*. DO L 2024/2847, 20.11.2024. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj

PIZZOLO, C. (2025). AI, biometric data, and the effective protection of fundamental rights in the recent ECJ case-law. *Unión Europea e Diritti*, 1/2025.

RUSSELL, S. J., & NORVIG, P. (2010). *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (3.ª ed.). Prentice Hall.

SERINI, F. (2024). Collective cyber situational awareness in EU. A political project of difficult legal realisation? *Computer Law & Security Review, 55*, 106055. Accesible en: https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.106055

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO UN NUEVO TERRITORIO DE DISPUTA: OMISIONES Y SESGOS EN CLAVE DE GÉNERO Y DESIGUALDAD

Agostina A. López[1] y Olivia R. Irala González[2]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025
Fecha de aceptación: 16 de julio de 2025

"Hacer caso omiso no es lo mismo que ignorar, hay que esforzarse para ello"
-Margaret Atwood, El cuento de la Criada

Resumen

El vertiginoso avance de las nuevas tecnologías ha transformado drásticamente la manera en que nos comunicamos, aprendemos, trabajamos, nos vinculamos con los otros, así como también, ha modificado nuestra manera de percibir el mundo y habitarlo. Si bien estos procesos se remontan a la Revolución Industrial, en los últimos años la velocidad de los cambios y la hiperconectividad han dado un giro fundamental sin precedentes. En este contexto, la Inteligencia Artificial (IA) se ha posicionado como un eje central en las agendas públicas, políticas y académicas, no sólo por la curiosidad que despierta, sino por la necesidad urgente de regular su desarrollo y aplicación. Este cambio conocido como la "Revolución Tecnológica del Siglo XXI" trae consigo ventajas para la sociedad como la automatización de tareas y la disminución del tiempo en finalizarlas, pero también, acarrea aspectos negativos como la reproducción de estereotipos y sesgos de género, raciales y de clase (entre otros), que derivan en gran parte de los datos con los que se programan los modelos y la falta de diversidad en los equipos de desarrollo. Este artículo propone analizar el vínculo que existe entre las nuevas tecnologías y el impacto en la tutela efectiva de derechos humanos. Desde una perspectiva crítica e interseccional, se busca contribuir al debate actual en torno a los desafíos que presentan las IA visibilizando los riesgos que plantea su desarrollo sin un enfoque

[1] Abogada, Facultad de Derecho (UBA). Contacto: dralopezagostina@gmail.com.
[2] Abogada, Facultad de Derecho (UBA). Docente universitaria, Facultad de Derecho (UBA). Integrante de la Red de Profesoras, Facultad de Derecho (UBA). Contacto: oiralagonzalez@derecho.uba.ar.

de derechos humanos, al mismo tiempo que, intenta ofrecer propuestas para la construcción de tecnologías inclusivas y socialmente responsables.

Palabras clave: Inteligencia artificial, derechos humanos, regulación normativa, perspectiva de género, interseccionalidad.

Title: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A NEW TERRITORY OF CONTEST: OMISSIONS AND BIASES RELATED TO GENDER AND INEQUALITY

Abstract

The rapid advancement of new technologies has drastically transformed how we communicate, learn, work and interact with others, as well as how we perceive and inhabit the world. Although these processes date back to the Industrial Revolution, recent years have seen an unprecedented acceleration in change and hyperconnectivity. In this context, artificial intelligence (AI) has become a central topic on the public, political, and academic agenda, not only due to the curiosity it sparks but also because of the urgent need to regulate its development and application. This transformation, often referred to as the '21st Century Technological Revolution', brings several benefits to society, such as task automation and reduced time needed to complete them. However, it also presents negative aspects, including the reproduction of stereotypes and biases based on gender, race and class (among others), which largely stem from the data used to train AI models and the lack of diversity in development teams. This article aims to analyse the connection between emerging technologies and their impact on the effective protection of human rights. From a critical and intersectional perspective, it seeks to contribute to the ongoing debate on the challenges posed by AI, highlighting the risks of its development without a human rights-based approach, while offering proposals for the creation of inclusive and socially responsible technologies.

Keywords: Artificial intelligence, human rights, regulatory framework, gender perspective, intersectionality.

Sumario: I. Introducción. II. Las ventajas y desventajas que ofrece el desarrollo de la IA. III. Marco normativo actual y desafíos regulatorios. IV. La IA y su impacto en los derechos humanos. V. La IA pensada sin perspectiva de género: reproducción de desigualdades y omisiones estructurales. VI. La IA aplicada a casos de violencia de género: riesgos y oportunidades. VII. Propuestas y recomendaciones. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. Introducción

El término "*inteligencia artificial*" (en adelante IA) ha cobrado una presencia creciente en la agenda pública de los Estados, especialmente en los últimos años. Para muchos sectores ajenos al ámbito tecnológico su irrupción parece reciente; sin embargo, su desarrollo tiene una larga trayectoria que comienza en el siglo XIX. En 1842, Ada Lovelace[3] -matemática británica y pionera de la informática- programó el primer algoritmo destinado a ser procesado por una máquina, sentando una base conceptual temprana para lo que hoy conocemos como IA. Décadas más tarde, en 1956, la Conferencia de Darmouth - organizada, entre otros, por John McCarthy[4]- marcó el inicio formal de este campo de estudio al conceptualizar la IA y entender que el pensamiento podía ser modelado computacionalmente y que ello no era exclusivo de los seres humanos o biológicos (ABELIUK, A., & GUTIÉRREZ C., 2021: p. 2).

Otra figura clave es Alan Turing, matemático y lógico británico, cuya obra *"Computing Machinery and Intelligence"* (1950) lo posicionó como el "padre" de la IA por sus ingeniosas soluciones que se basaban en la computación y el uso de algoritmos. Él fue quien planteó por primera vez la posibilidad de que las máquinas pudieran "pensar". Asimismo, introdujo el conocido *test de Turing* o juego de imitación, aún utilizado como criterio para evaluar la eficacia de la IA sometiendo a juicio ciego las respuestas dadas por un ser humano y las de una computadora

[3] Ada Lovelace (1815-1852) es conocida como la madre de la programación. Publicó un único trabajo en la revista *Scientific Memoirs* en que describía la máquina analítica de Babbage (que fue una propuesta conceptual de una computadora analítica destinada a construir algoritmos y tablas trigonométricas, elaborada por el profesor y científico británico Charles Babbage), sin embargo, fueron las innumerables notas que acompañaron el artículo las que la hicieron conocida en este campo, a pesar de que firmó el artículo con siglas para que no se conociera su identidad.

[4] John McCarthy (1927-2011) fue un prominente informático que en el año 1971 recibió el Premio de Turing por sus contribuciones a la IA.

considerando al sistema electrónico como IA si logra confundir al juez (ELTERNATIVA, 2025).

A pesar de estos avances fundacionales, el desarrollo efectivo de la IA atravesó largos períodos de estancamiento en los que no se produjeron grandes resultados ni se materializaron proyectos concretos. Fue recién hacia fines del siglo XX cuando se consolidaron sus principales capacidades: adquirir conocimiento, ejecutar operaciones complejas, evaluar alternativas y reconocer patrones, entre otras. En este sentido, la IA no sólo sería capaz de imitar la lógica humana, sino que, además, tendría el potencial de evolucionar hasta el punto de alcanzar un conocimiento superior al concebido. La victoria de la supercomputadora Deep Blue frente al ajedrecista Garri Kasparov[5] en 1997 marcó un hito en la visibilización pública de estas tecnologías (ABELIUK, A., & GUTIÉRREZ C., 2021: p. 3).

En el siglo XXI, el avance de la IA ha sido exponencial, expandiéndose a sectores como la salud, la educación, la industria y los servicios. Su funcionamiento se basa en algoritmos entrenados con grandes volúmenes de datos, que permiten a los sistemas identificar patrones y generar respuestas autónomas. Entre las técnicas más utilizadas se encuentran el aprendizaje automático (*machine learning*) que permite a las máquinas tomar decisiones sin programación explícita; las redes neuronales profundas (*deep learning*), inspiradas en la estructura del cerebro humano; y el procesamiento del lenguaje natural (*PLN*), que posibilita la comprensión e interpretación del lenguaje humano por parte de las máquinas (ABELIUK, A., & GUTIÉRREZ C., 2021: p. 4).

Esta introducción permite enmarcar el análisis que se propone el presente artículo: examinar críticamente el impacto de estas tecnologías en el ámbito de los derechos humanos, con énfasis en los derechos de las mujeres y desde una perspectiva interseccional. Si bien la IA ofrece oportunidades significativas, su desarrollo sin perspectiva de género podría amplificar desigualdades preexistentes, reproduciendo sesgos estructurales.

[5] Garri Kímovich Kaspárov, es un ajedrecista reconocido a nivel mundial que fue campeón del mundo de ajedrez de 1985 a 1993, y campeón mundial versión PCA de 1993 a 2000. Es considerado uno de los mejores jugadores de la historia del ajedrez.

II. Las ventajas y desventajas que ofrece el desarrollo de la IA

Esta revolución tecnológica viene acompañada de numerosos cambios positivos para los usuarios. La implementación de la IA se ha expandido a múltiples sectores, incluyendo la educación, la salud, el marketing o el entretenimiento, por mencionar algunos. Esta transformación no sólo involucra a las personas en su vida cotidiana, sino que también ha comenzado a ser incorporada por los Estados en sus estructuras de administración pública como, por ejemplo, es el caso del Poder Judicial.

El aumento de productividad y la eficiencia está directamente relacionado con la capacidad de estas nuevas herramientas para repetir procesos técnicos y superar ciertas limitaciones humanas. La automatización y la posibilidad de completar tareas en menos tiempo ilustran el por qué la IA ocupa un lugar cada vez más central en nuestras rutinas, especialmente, cuando la falta de tiempo es una problemática social extendida. Además, su implementación permite reducir costos operativos, ya que disminuye la necesidad de contar con grandes cantidades de trabajadores para la producción de bienes y/o servicios (UNIVERSITY OF CINCINNATI, 2025).

A la hora de tomar decisiones, la IA también representa un recurso valioso. Al ser entrenada con una inmensa cantidad de datos, puede analizar información compleja y ofrecer conclusiones en menos tiempo, minimizando el margen de error (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, s.f.). Dentro del área de salud, su aplicación puede facilitar a definir un tratamiento personalizado para los pacientes, analizar rápidamente imágenes e identificar su diagnóstico y/o desarrollar nuevos fármacos de manera más ágil.

Para las empresas, la IA se ha convertido en una herramienta estratégica debido a su capacidad de guardar información, evitar y anticiparse a posibles errores y desarrollar soluciones acordes a los problemas de cada sector, lo que reduce la necesidad de contar con grandes equipos técnicos especializados. En la ciencia, estas características permiten acelerar los ensayos, generar nuevas hipótesis, comparar resultados y obtener conclusiones con una mayor precisión que un ser humano.

En sectores como el marketing y el entretenimiento, la IA posibilita la personalización de la publicidad sin precedentes: analiza los datos y el

comportamiento del usuario para ofrecer contenidos o anuncios logrando que la influencia en él sea mucho más efectiva.

Como se mencionó previamente, no sólo los seres humanos están haciendo uso de los beneficios de esta tecnología. Los gobiernos y sus dependencias también han comenzado a incluirla dentro de la gestión pública. Lo anterior se puede observar, por ejemplo, en la tramitación de expedientes administrativos, en los bots para la gestión de consultas, atención ciudadana y demás operaciones gubernamentales repetitivas que hoy en día son realizadas por máquinas (COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, 2025). El sistema judicial no es una excepción, la tecnología cada vez se utiliza más para la revisión de documentación, investigación y búsqueda de jurisprudencia, así como para la redacción de escritos conforme los parámetros legales, entre otras funciones. Todo ello contribuye a una mayor eficiencia en el uso del tiempo y a un mejor flujo de trabajo (TORRES, s.f.).

Estas son, entre muchas otras, algunas de las ventajas que ya pueden observarse con la implementación de la IA. A medida que la tecnología continúe perfeccionándose y los usuarios la sigan entrenando, sin dudas, surgirán nuevas herramientas que facilitarán múltiples aspectos de nuestras vidas y permitirán obtener mejores resultados.

No obstante, como todo proceso irrumpe un paradigma vigente, la IA también puede presentar aspectos negativos. Uno de los principales es la posibilidad de que se reemplacen trabajos que actualmente son llevados a cabo por humanos por sistemas automatizados. Se estima que la automatización de tareas podría llegar a desplazar a 300 millones de empleos para el 2030, según informó el banco de inversión Goldman Sachs (BRIGGS & KODNANI, 2023).

Otro aspecto preocupante, es la cuestión de la privacidad. La IA requiere recopilar grandes volúmenes de datos para funcionar adecuadamente, lo que plantea serios riesgos si se produce una filtración de su contenido o se generan problemas de seguridad. Esta amenaza es especialmente crítica en sectores que manejan información sensible o confidencial (ISDI, 2023).

En cuanto al impacto individual, el uso constante de la IA también puede generar efectos adversos a nivel cognitivo. El recurso a esta tecnología para redactar, resumir textos o generar ideas, entre otras cosas, puede disminuir nuestra

capacidad de pensar críticamente y resolver problemas de forma autónoma. Así lo advierte Mara Dierssen, presidenta del Consejo Español del Cerebro y de la Asociación Española para el Avance de la Ciencia y neurobióloga del Centro de Regulación Genómica durante la sesión 'Inteligencia artificial en neurología y psiquiatría' organizada por la Real Academia Nacional de Medicina de España (RANME) y varias entidades con motivo de la Semana del Cerebro (REAL ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE ESPAÑA, 2024).

Al inicio de este artículo hemos mencionado que nuestra intención es proponer posibles soluciones a los problemas que generan la reproducción de estereotipos de géneros y sesgos presentes en las respuestas generadas por sistemas de IA. Por este motivo, este eje será desarrollado en profundidad en los apartados siguientes

III. Marco normativo actual y desafíos regulatorios

Como se ha detallado, la IA tiene un largo recorrido, sin embargo, su regulación aún se encuentra en proceso. La primera normativa que trata el uso de la tecnología generativa fue presentada por la Comisión Europea el 21 de abril de 2021 y aprobada por el Parlamento en 2024[6]. El Reglamento (UE) 2024/1689 clasifica los sistemas de IA en función del nivel de riesgo que pueden generar y, en base a ello, establece distintos requisitos de cumplimiento. Su prioridad es garantizar que el uso de estas tecnologías en la UE sea seguro, transparente, no discriminatorio y respetuoso con el medio ambiente. Además, se establece que estos sistemas deben estar supervisados por personas para evitar consecuencias adversas (PARLAMENTO EUROPEO, 2023).

Si bien la ley de IA busca mitigar los riesgos asociados a ella, todavía no resulta lo suficientemente sólida como para abordar adecuadamente las desigualdades de género y discriminación.

Desde un análisis jurídico-feminista del citado Reglamento, el término "igualdad de género" figura únicamente en dos considerandos (27 y 58) y una vez

[6] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y 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 (Ley de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/24/2024/REV/1.

en el artículo 95 (inciso 2, e). Aunque se contempla la discriminación por razones de género, no incluye a otras identidades como las personas transgénero, no binarias o intersexuales, lo que evidencia la necesidad de contar con normas más inclusivas. Asimismo, presupone que los sesgos se corresponden meramente a una cuestión técnica, sin reconocer que tienen raíces históricas profundamente arraigadas en nuestra sociedad (KARAGIANNI, 2025).

Este marco normativo representa un gran avance hacia la reglamentación de las nuevas tecnologías generativas, pero aún no atiende correctamente los sesgos de género, ni las desigualdades sociales y estructurales inherentes, por carecer de un enfoque integral con perspectiva de género (KARAGIANNI, 2025: p. 44). Es por ello que resulta fundamental contar con una normativa más equitativa, con un enfoque interseccional que posibilite la atenuación de sesgos y la discriminación por cuestiones de género, raza, clase y demás factores sociales que inciden directamente en el uso y desarrollo de estas tecnologías.

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa abrió a la firma, el 5 de septiembre de 2024, el primer tratado internacional vinculante denominado "*Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*" (Convención marco sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho). Su objetivo es garantizar que las actividades dentro de los sistemas de IA sean compatibles con los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, a la vez que, favorece el progreso tecnológico y la innovación. Se basa en los principios fundamentales de la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, complementando las normas vigentes e intentado cubrir los vacíos que pudieran generarse por los rápidos avances tecnológicos. Está dirigida tanto a las autoridades públicas como a los actores privados (CONSEJO DE EUROPA, s.f.).

A diferencia del Reglamento (UE) 2024/1689, la Convención explícitamente expresa en sus considerandos la preocupación por el riesgo de discriminación digital, particularmente en sistemas de inteligencia artificial, y por su potencial para crear o agravar las desigualdades hacia las mujeres e individuos en situaciones vulnerables en relación al goce de sus derechos humanos y a su participación plena, igualitaria y efectiva.

En otras regiones del mundo también se está avanzando con la regulación. Algunos países como los Estados Unidos de América aún no han sancionado una ley federal específica, no obstante, algunos de sus estados han dispuesto leyes locales que regulan cuestiones vinculadas a la privacidad o a los sesgos algorítmicos, como es el caso de California o Nueva York.

En contraste, China ha avanzado rápidamente en su regulación con un enfoque distinto al de la UE. No cuenta con una ley nacional integral, sino con una estructura regulatoria fragmentada con un alto control estatal, enfocada en la seguridad nacional, el control social, la censura de contenidos y la responsabilidad de las empresas tecnológicas (WU, 2023).

En Latinoamérica, la ley peruana nº 31.814 sancionada el 5 de julio de 2023 fue pionera en la región, promoviendo el uso de la IA con el objetivo de impulsar el desarrollo económico y social del país. Otros países como Colombia, Chile y Brasil también se encuentran trabajando en su regulación. Algunos de ellos ya cuentan con proyectos aprobados, y otros todavía están en trámite (HERNÁNDEZ, 2023).

Por último, en Argentina aún no existe una regulación específica y vinculante sobre la IA, sin embargo, se han puesto en marcha diversas iniciativas que se encuentran en proceso. Una de ellas pretende la modificación de la ley de Protección de Datos Personales (Ley nº 25.326) con el objeto de articular la innovación tecnológica, el desarrollo económico y el desarrollo humano con la protección de datos personales. El proyecto se encuentra en tratamiento desde junio del 2023 en la Cámara de Diputados de la Nación. En paralelo, la Subsecretaría de Tecnologías de la Información en junio de 2023, dictó la Disposición 2/2023 mediante la cual se aprueban las "Recomendaciones para una Inteligencia Artificial fiable" (JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, 2023) dirigidas a incorporar principios éticos a los sistemas de IA. En este sentido, Argentina se alinea con las iniciativas internacionales en torno a la ética de las tecnologías generativas, basándose en los antecedentes de la UNESCO, las reuniones del Consejo de Ministros de la OCDE y la reunión ministerial sobre Comercio y Economía Digital del G20 (MARTÍNEZ, s.f.).

Como se mencionó anteriormente, la brecha existente entre hombres y mujeres en el uso de la tecnología generativa trae como consecuencia la posibilidad de que las mujeres tengan mayores dificultades para progresar en sus carreras. En un futuro donde las habilidades tecnológicas serán de suma importancia para la

productividad, la ignorancia por parte de las trabajadoras y profesionales ampliará la distancia en cuanto a sus salarios y oportunidades laborales. No puede soslayarse que esto también afectará la economía, ya que se debilitaría la productividad y no se obtendrían los mejores resultados posibles (MARTÍNEZ, s.f.).

La falta de involucramiento por parte de las mujeres también afecta al modo por el cual los modelos de lenguajes de las máquinas aprenden, esto podría traer como consecuencia que se refuercen los sesgos y los estereotipos de género. Toda la información que se carga para su entrenamiento está afectada por ellos, sin mencionar, que, la mayoría de los usuarios son hombres genera que la tecnología generativa reproduzca los errores que tenemos en la sociedad.

IV. La IA y su impacto en los derechos humanos

El desarrollo y el uso de IA plantea desafíos fundamentales en materia de derechos humanos. Tal como ha subrayado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los Estados tienen la responsabilidad de formular y ejecutar políticas públicas en el ámbito digital que se alineen con principios orientadores fundamentales, tales como el acceso en igualdad de condiciones, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad (CIDH, 2017). Estas directrices no sólo se aplican al uso de Internet, sino también a la regulación de tecnologías emergentes como la IA, cuyas decisiones pueden afectar derechos fundamentales en múltiples ámbitos.

En este sentido, organismos internacionales han destacado la necesidad de que la IA debe estar en correspondencia con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye garantizar la transparencia en los algoritmos utilizados, la protección de los datos personales, la privacidad, y la no discriminación. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que la IA debe basarse en un enfoque de derechos humanos, asegurando que las ventajas de la tecnología no se vean superadas por los riesgos que implica su mal diseño o aplicación (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, 2023).

La prohibición de la discriminación, como principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra consagrada en instrumentos claves como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26) y el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.2). También está reconocida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe toda forma de discriminación (art. 21) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14) que prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el convenio, así como en La Directiva de Igualdad Racial y la Directiva de Igualdad en el Empleo (CNDH MÉXICO, s.f.).

A la luz de los estándares internacionales, el diseño e implementación de las IA debe necesariamente evitar reproducir estereotipos y prácticas discriminatorias, y asegurar un uso ético, inclusivo y comprometido de las tecnologías.

V. La IA pensada sin perspectiva de género: reproducción de desigualdades y omisiones estructurales

A lo largo de la historia las relaciones humanas se han establecido, en gran medida, a partir del poder. Estas relaciones lejos de desarrollarse dentro de un marco de igualdad siempre estuvieron marcadas por profundas asimetrías que en el tejido social se tradujeron en la configuración de jerarquías económicas, sociales, políticas y culturales. Estas asimetrías, así como han condicionado quiénes tienen una voz en la sociedad, quiénes pueden ejercer sus derechos, también, han determinado, quiénes son sistemáticamente silenciados, marginados o excluidos de los espacios de decisión y de representación.

Este entramado de poder desigual ha sido particularmente funcional en la reproducción y perpetuación de sesgos y estereotipos estructurales. Dichos sesgos no afectan a todas las personas por igual, sino que se manifiestan con mayor crudeza sobre los sectores más vulnerables. Dentro de estos grupos, las mujeres -en toda su diversidad-, se han visto particularmente afectadas por estas dinámicas, al ser ubicadas en posiciones de subordinación que aún en el siglo XXI limitan su participación plena en la esfera pública y el reconocimiento de sus saberes, experiencias y necesidades. Estas desigualdades se intensifican y se agravan cuando confluyen con otros condicionamientos como: la condición socioeconómica, el origen étnico, la edad, la religión, la orientación sexual, la identidad de género o la discapacidad, etc.

El resultado de esta ecuación no es ni más ni menos que la discriminación representada en efectos y consecuencias que trascienden el plano social o

institucional tradicional, en tanto, se reflejan en los entornos digitales contemporáneos. El desarrollo de la IA no escapa a esta lógica. A pesar de que se la suele presentar bajo una apariencia de objetividad algorítmica y neutralidad técnica, lo cierto es que, tal como sostienen Catherine D'Ignazio y Lauren Klein en "*Data Feminism"*, los datos no son objetivos ni neutros, sino que son productos de relaciones sociales desiguales. Este contexto resulta fundamental para analizar con precisión y responsabilidad cualquier proceso de diseño o implementación tecnológica (D'IGNAZIO & KLEIN, 2020: p.18, traducción propia).

Ahora bien ¿qué sucede cuando ese contexto se caracteriza precisamente por una distribución desigual del poder? Tal como explican las autoras, el poder no está distribuido de manera equitativa: en muchos casos, un grupo controla las instituciones jurídicas, educativas y culturales y utiliza ese poder no sólo para mantener sus privilegios, sino también para excluir sistemáticamente a otros sectores sociales. En el caso de la opresión por razones de género, esto se manifiesta en estructuras como el sexismo, el cissexismo y el patriarcado, cuyas expresiones se evidencian desde la representación política hasta la brecha salarial, pasando incluso por quién tiene voz -o más volumen- en una reunión (D'IGNAZIO & KLEIN, 2020: p.8, traducción propia).

Desde esta perspectiva, el feminismo de los datos propone un punto de partida interesante que comienza por observar cómo opera el poder en el mundo, identificar a quién beneficia y a quién se deja afuera entendiendo que sólo así será posible avanzar hacia tecnologías más justas, inclusivas y responsables que, no repliquen bajo la máscara del tecnicismo, las violencias estructurales del mundo analógico.

Uno de los principales problemas al que debemos enfrentarnos al explorar esta cuestión se vincula con el diseño epistémico[7] de quienes diseñan los programas. En otras palabras, para realizar un verdadero análisis del tema es necesario poner énfasis no sólo en la evaluación de los resultados técnicos y/o las consecuencias de estas herramientas, sino más bien, es imprescindible poner atención en cuáles son las estructuras socioeconómicas, políticas, y culturales que constituyen a quienes elaboran y desarrollan estas nuevas tecnologías. En esta línea, SAFIYA UMOJA NOBLE,

[7] Conjunto de conocimientos que condicionan las formas de ver y de interpretar el mundo.

en su libro "*Algorithms of Oppression*", atinadamente señala que algunas de las mismas personas que son responsables por el diseño y el desarrollo de sistemas de IA son los mismos que en sus vidas cotidianas promueven comportamientos que contribuyen a la proliferación de sesgos sexistas o racistas (NOBLE, 2018: p. 2). Desde esta óptica, entonces, sería ingenuo pensar que aquellos sistemas puedan ser objetivos o neutrales cuando son pensados y construidos por personas que, como todos, tienen prejuicios. La diferencia, sin embargo, radica en el modo en que esos prejuicios son enfrentados: mientras algunas personas procuran tomar conciencia de su existencia y trabajan por deconstruir o al menos mitigar sus efectos, otras neutralizan o incluso los refuerzan sin advertir ni asumir responsabilidad alguna sobre el impacto que eso puede tener si se lo traslada a la tecnología.

Sin embargo, los sesgos y las desigualdades no se manifiestan únicamente en el momento del diseño sino también en el uso, apropiación y acceso a estas tecnologías. La IA, en su dimensión generativa y cotidiana, también pone de manifiesto desigualdades sociales más amplias que atraviesan los planos del conocimiento, la capacitación y el acceso a oportunidades laborales.

Según los datos del Foro Económico Mundial, los hombres superan ampliamente a las mujeres en el uso de tecnologías generativas de IA en todos los grupos etarios, siendo más notoria la brecha entre las personas jóvenes (Generación Z), lo cual podría traducirse en el futuro en nuevas formas de exclusión económica y profesional (FORO ECONÓMICO MUNDIAL, 2024). Esto se vuelve especialmente preocupante cuando se considera que muchos de los trabajos que actualmente son feminizados -como las tareas administrativas, de atención al cliente o de recepción- están entre los más susceptibles de ser reemplazados por sistemas automatizados. Según la investigación realizada por el Foro Oliver Wyman, el 71% de los hombres de entre 18 y 24 años utilizan semanalmente la inteligencia generativa frente al 59% de las mujeres (OLIVER WYMAN FORUM, 2024).

Esta situación no sólo reproduce desigualdades materiales, sino que amplía la brecha de competencias digitales necesarias para la inserción futura en el mercado laboral. Una investigación del profesor Branding Koning, de la Harvard Business School, sugiere que muchas mujeres manifiestan preocupaciones éticas ante el uso de herramientas de IA en el ámbito profesional, temiendo ser juzgadas por incorporarlas en su trabajo (KONING, 2025). Este temor revela una doble

penalización: por un lado, la expectativa de adaptarse a nuevas tecnologías; por otro, el riesgo de ser cuestionadas si lo hacen. Así, la desigualdad no sólo opera en la arquitectura de los algoritmos, sino también en los entornos simbólicos y culturales donde se define qué saberes son válidos, quiénes pueden innovar y quiénes deben justificarse por intentarlo.

Estas desigualdades de acceso y uso no son circunstanciales, son expresiones contemporáneas de estructuras sociales más profundas que se vinculan no sólo con quién puede utilizar ciertas herramientas, sino también cómo esas herramientas están diseñadas para operar en un mundo atravesado por múltiples factores de exclusión. En este punto, el análisis propuesto por RUHA BENJAMIN resulta especialmente esclarecedor. Esta autora plantea que las tecnologías emergentes no sólo no corrigen desigualdades raciales -su objeto de análisis es el racismo- sino a menudo las refuerzan y automatizan (BENJAMIN, 2019: pp. 9-10).

En la introducción de su libro *Race After Technology*, esta autora comparte una experiencia personal que ilustra este dilema: al momento de elegir un nombre para su hijo sintió el peso de una decisión que traspasaba lo netamente íntimo y familiar. Siendo una mujer de raza negra, su hijo había nacido poco después del atentado ocurrido el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, y consideró que elegir un nombre árabe que para ella representaba una expresión de herencia familiar podía significarle al pequeño una carga adicional en el futuro, pues, no sólo crecería marcado por el racismo estructural, sino que, además, sería estigmatizado por su nombre en contextos como los aeropuertos o los sistemas de control. Esta experiencia anticipa el argumento central de Ruha Benjamin: las tecnologías en lugar de operar como herramientas para la equidad suelen funcionar como lo que ella denomina el "Nuevo Código Jim"[8], el empleo de nuevas tecnologías que reflejan y reproducen las desigualdades existentes, pero que se promueven y se perciben como más objetivas o progresistas que los sistemas discriminatorios de épocas anteriores (BENJAMIN, 2019: p. 9, traducción propia).

Una investigación citada por la misma autora realizada por la Universidad de Princeton da cuenta de cómo los algoritmos pueden internalizar y reforzar estos sesgos. En efecto, el estudio mostró que los nombres de personas que eran

[8] En inglés "*The New Jim Code*".

percibidas como "blancas" eran asociadas por los algoritmos con palabras "agradables" mientras que los nombres asociados a personas de raza negra eran vinculados con términos negativos por los mismos sistemas. Así, elementos que podrían considerarse como neutros -como el nombre de una persona- se convierten en marcadores raciales que activan mecanismos discriminatorios automatizados. RUHA BENJAMIN señala que "*al igual que otros tipos de códigos, consideramos neutrales los nombres 'normales'*", y justamente es esa "*neutralidad percibida*" es la que les otorga poder (BENJAMÍN, 2019: p. 10, traducción propia). Estos sistemas y los algoritmos tienen la capacidad de moldear narrativas sobre la personalidad, el origen y el destino de una persona, que podría traducirse en las expectativas que la sociedad espera de la persona, todo sin un cuestionamiento aparente. En este sentido, las tecnologías no sólo reflejan desigualdades preexistentes, sino que las sedimentan en estructuras técnicas que son difícilmente impugnadas porque se las presenta como objetivas y neutras.

En definitiva, este panorama nos obliga a cuestionar de forma crítica la aparente neutralidad y objetividad de las IA. Partiendo de la base de que estas tecnologías producen sesgos que no son fallas accidentales, sino que son el espejo de estructuras sociales profundamente arraigadas. Si los sistemas algorítmicos pueden discriminar el color de un nombre, no es muy difícil concluir que serán ineficaces a la hora de abordar otras problemáticas más complejas que afectan a las mujeres como lo es la violencia de género. Por esta razón, incorporar una perspectiva de género e interseccionalidad en los procesos de diseño e implementación de las tecnologías emergentes se vuelve un estándar mínimo para garantizar que el desarrollo de la IA esté alineado con los principios y derechos humanos que deben regir y defenderse en las sociedades contemporáneas.

VI. La IA aplicada a casos de violencia de género: riesgos y oportunidades

La violencia de género es uno de los problemas más complejos al que se ven expuestas las mujeres en la actualidad. En sus diversas formas -física, psicológica, económica, simbólica, obstétrica, entre otras-, la violencia, se extiende como una pandemia silenciosa a todas las áreas de la vida de las mujeres y no discrimina geografías, las afecta a lo largo y a lo ancho del globo. El auge de los nuevos sistemas tecnológicos dio lugar a que se comenzara a explorar las IA como posibles

herramientas para enfrentar esta problemática e intentar brindar soluciones orientadas a su mitigación. En particular se han desarrollado iniciativas con el objetivo de anticipar situaciones de alto riesgo y evitar la concreción del último y más trágico eslabón del ciclo de la violencia: el femicidio, es decir, la muerte de una mujer en manos de un varón, ya sea su pareja, su expareja u otro vínculo.

Por el momento, y a pesar de los esfuerzos por implementar sistemas basados en IA para anticipar situaciones de riesgo, aún no puede afirmarse que se haya desarrollado un modelo que sea plenamente exitoso. Desde nuestra perspectiva, un sistema de estas características sólo podrá considerarse de esa forma cuando logre evitar que se produzca una muerte. En este sentido, cada vez resulta más evidente que depositar toda la confianza en una solución algorítmica no es ni suficiente, ni deseable.

De hecho, podría afirmarse que esta apuesta por la IA -presentada, en general, como una respuesta innovadora y objetiva- corre el riesgo de convertirse en un atajo cómodo, que desplaza el debate desde las causas estructurales de la violencia hacia manifestaciones estadísticas. Bajo estos términos, el foco deja de estar en preguntas esenciales tales como: ¿por qué se origina la violencia en contra de las mujeres?, ¿qué condiciones sociales, económicas, políticas, culturales y jurídicas la perpetúan?, ¿qué responsabilidad tienen los Estados en su reproducción u omisión?

Desde esta óptica, el abordaje tecnológico aparece no como una solución integral, sino como una estrategia parcial, que incluso puede ocultar la falta de voluntad o capacidad institucional para enfrentar las raíces profundas del problema. Y es justamente, desde esta mirada limitada, centrada únicamente en la eficiencia de los sistemas, que aparecen nuevos interrogantes: ¿puede un algoritmo comprender la complejidad del entramado violento en el que se desarrollan los casos?, ¿es posible que evalúe adecuadamente los riesgos sin reproducir prejuicios ni estereotipos de género?, ¿puede priorizar de manera adecuada en contextos en los que las mujeres enfrentan múltiples barreras para acceder a la justicia?

En este escenario, se vuelve indispensable analizar con detenimiento cómo estás herramientas han sido implementadas en la práctica. La observación de experiencias concretas permite visibilizar no sólo las intenciones declaradas de

innovación, sino también los efectos reales, las tensiones y los desafíos que conllevan.

A continuación, se presentan dos casos que ilustran de manera elocuente los riesgos y las oportunidades que plantea la incorporación de IA en el abordaje de casos en los que se encuentra presente la violencia de género. Por un lado, el sistema "*VioGén"*[9] desarrollado en España, que ha generado controversia por sus criterios de funcionamiento y su potencial para reproducir sesgos. Por otro lado, el caso "*OlivIA*"[10], una experiencia reciente que, si bien no está destinada a la prevención de la violencia de género específicamente, apuesta a combinar herramientas de la IA con una lógica más situada, colaborativa y sensible. Ambas iniciativas permiten pensar con mayor precisión bajo qué condiciones la IA puede constituirse en una herramienta aliada y cuándo, en cambio, puede ser ineficaz y reforzar desigualdades preexistentes.

El primer caso es el de "*VioGén*" del Ministerio del Interior de España. Su implementación respondió al objetivo de asistir a las fuerzas policiales para detectar de manera más eficaz a aquellas mujeres que presentaran un mayor riesgo de ser agredidas nuevamente, permitiendo una asignación más eficiente de recursos y medidas de protección. En su diseño este sistema se basó en un cuestionario elaborado por profesionales de la salud y de otras disciplinas, compuesto por una serie de preguntas que se les realizan a las mujeres al momento de acercarse a hacer la denuncia. A partir de las respuestas obtenidas, el sistema genera una puntuación que clasifica el nivel de riesgo en cinco categorías: *no apreciado*, *bajo*, *medio*, *alto* y *extremo*. En función de esta clasificación, se determina la intensidad de las medidas de protección y también la atención que las fuerzas policiales le van a brindar al caso: desde intervenciones mínimas hasta vigilancia policial continua, patrullajes periódicos, acceso a recursos de acogida o seguimiento del agresor (THE NEW YORK TIMES, 2024).

[9] El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género mayormente conocido como "*VioGén*" se implementó en el año 2007, sigue funcionando. Su objetivo es establecer una red que permita el seguimiento y protección de mujeres maltratadas, y de sus hijos e hijas (MINISTERIO DEL INTERIOR, s.f.)

[10] Es un proyecto que surge en el ámbito universitario argentino de la mano de la abogada Ana Correa. En la actualidad se encuentra en funcionamiento, es una herramienta del Chatgpt.

Siguiendo esta plataforma fáctica, la experiencia de la utilización de este programa ha evidenciado que muchas mujeres categorizadas de "riesgo no apreciado" o "bajo" posteriormente murieron en manos de sus parejas o exparejas, pese a haberlos denunciado previamente en varias ocasiones. Esto revela una grave falla en el sistema, que, al operar desde la estadística supuestamente objetiva, termina por invisibilizar contextos de riesgo real que no encajan dentro de los parámetros o de los patrones previstos por el algoritmo. Esto ha condicionado el accionar de las fuerzas policiales que han tendido a desestimar el seguimiento activo de casos evaluados como sin riesgo o directamente como riesgo bajo.

En lugar de reforzar la protección de las víctimas, la implementación de "*VioGén*" ha tendido, en ciertos casos, a consolidar una lógica de gestión del riesgo basada en la automatización y en la fe ciega en un adecuado y correcto cálculo del algoritmo. Ahora bien, a los recursos materiales limitados que detentan las fuerzas policiales se suma una alarmante falta de recursos humanos y de formación en perspectiva de género que se combina con una confianza desmedida en las decisiones generadas por el sistema, muchas veces sin intervención crítica por parte del personal interviniente. Esta circunstancia deja al descubierto que la IA no reemplaza, ni puede reemplazar, la capacidad de análisis situada de equipos interdisciplinarios, que son capaces de captar los matices, los contextos, las emociones y las alarmas que un sistema meramente automático no puede registrar.

Por el contrario, delegar exclusivamente en este tipo de herramientas algorítmicas la evaluación del riesgo en casos de violencia de género constituye una decisión política que responde a una lógica presupuestaria y de priorización estatal. De la experiencia española surge una pregunta que podría extenderse al resto de los Estados: ¿cuánto están dispuestos a invertir los Estados en la vida y seguridad de las mujeres? como puede advertirse la reflexión no puede girar únicamente en cómo funciona el algoritmo, sino, también, en qué decisiones toman los Estados cuando deciden colocarlo en el centro de su política de protección.

Por su parte, a diferencia de otros modelos automatizados, "*OlivIA*" fue desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y representa una experiencia alternativa en el uso de la IA como una oportunidad para allanar un camino hacia la equidad detectando sesgos de género, desigualdades

estructurales o simbólicas, entre otras (CARBAJAL, 2025). Si bien su propósito no es predecir los riesgos en casos de violencia de género ni clasificar los casos, lo cierto es que está diseñada para acompañar procesos de análisis y decisión, incorporando preguntas sobre la posición de las mujeres en distintos contextos. Así, "*OlivIA*" puede aplicarse en múltiples áreas -desde la justicia hasta la educación, pasando por la comunicación, el diseño de políticas públicas, la investigación, la organización de eventos, etc- y ofrece un enfoque transversal.

Lo que diferencia a este sistema de otros es la posibilidad de detenerse a pensar en cada situación: ¿Dónde están las mujeres en esta situación?; ¿Cómo afecta esto a las mujeres?; ¿Qué mujeres están siendo visibilizadas y cuáles no?; ¿Qué impacto tiene esta norma, imagen, discurso o política en sus vidas concretas?; ¿Cómo se construyen (o reproducen) roles de género en lo que se presenta como "neutral"? (CARBAJAL, 2025). Entonces, más que automatizar respuestas, se intenta promover una mirada crítica con perspectiva de género e interseccional que represente una oportunidad en la construcción del conocimiento sin reforzar estereotipos de género ni contribuir a su perpetuación.

VII. Propuestas y recomendaciones

A partir del análisis realizado, resulta imprescindible destacar que ningún sistema de IA puede ni debe constituirse como el eje exclusivo de las políticas de prevención y abordaje de una problemática en particular como la violencia de género. La aplicación de herramientas tecnológicas en este campo debe estar subordinada a una estrategia integral que incluya, en primer lugar, la formación obligatoria y continua en perspectiva de género e interseccionalidad para las fuerzas policiales, operadores judiciales y personal estatal. Asimismo, resulta fundamental que estas problemáticas se encuentren en las agendas de los Estados para que estos prioricen la temática e incrementen el presupuesto destinado a políticas de prevención y de protección de las mujeres, con el fin de garantizar recursos efectivos para las víctimas pero, también, para sus familias -cuando sea necesario-, incluyendo, por ejemplo, asistencia psicológica, apoyo habitacional, redes de apoyo y contención comunitarias también para los hijos e hijas si los hubiere.

Siguiendo esa misma línea, los sistemas algorítmicos deben ser acompañados por equipos interdisciplinarios que evalúen cada caso concreto desde un enfoque de

los derechos humanos evitando tomar decisiones apresuradas o automatizadas basadas únicamente en cálculos, categorías o clasificaciones. Al mismo tiempo, resulta relevante trasladar la discusión al plano cultural y mediático, promoviendo una transformación sostenida en el ideario colectivo que siguen construyendo estereotipos y roles de género que se perpetúan en todo el engranaje social. En este punto, apostar únicamente por soluciones tecnológicas equivale a aplicar un "parche" sobre una herida estructural que no va a sanar hasta tanto no se resuelvan los problemas de fondo que permiten que se origine y se siga reproduciendo.

Más allá del abordaje específico de la violencia de género no puede soslayarse que urge pensar el diseño, el desarrollo e implementación de los sistemas de IA desde una perspectiva inclusiva, de género y como se dijo, interseccional, que debe comenzar desde lo más pequeño, es decir, desde la mejora en el acceso que tienen las mujeres al uso de estas nuevas tecnologías, a su estudio, y por ende, a su participación en su desarrollo. Esto implica que los equipos que creen estos sistemas estén conformados por equipos constituidos por personas diversas, y no sólo por varones cis del ámbito técnico. También requiere que quiénes participen con independencia de su género reciban capacitación en ética, derechos humanos, perspectiva de género e interseccionalidad, como requisito obligatorio. La incorporación de estas dimensiones no debe quedar librada a la libertad individual o al "buen criterio", sino que debe ser una exigencia estatal clara que esté regulada. Creemos que sólo así será posible evitar, o al menos, mitigar el hecho de que los sistemas tecnológicos repliquen -bajo una neutralidad que es ficticia- las desigualdades estructurales del mundo que los alimenta.

VIII. Conclusiones

La incorporación de la IA con un enfoque de derechos humanos, y en particular, de los derechos de las mujeres exige mucho más que innovación tecnológica: demanda una transformación profunda en las formas de pensar, diseñar, implementar e intervenir desde el Estado, pero también desde la sociedad.

Los sistemas algorítmicos, como se ha señalado a lo largo de este artículo, no son objetivos, neutrales ni infalibles y cuando se aplican sin un abordaje crítico corren el riesgo de automatizar, reproducir y contribuir en la perpetuación de los

mismos sesgos, discriminaciones y violencias estructurales que se proponen resolver.

Desde nuestra perspectiva, la IA debe ser entendida como una herramienta complementaria, subordinada a principios éticos, a la participación de equipos diversos y a políticas públicas comprometidas con la sociedad en la que se desarrollan y se aplican. Lejos de esperar de las IA soluciones mágicas, como habitualmente se las presenta, el verdadero desafío no radica en suplantar al ser humano por un algoritmo, sino en asumir que se trata de una cuestión profundamente técnica y política. De esta manera es válido preguntarse: ¿qué tipo de sociedad queremos construir para nosotros y para las generaciones venideras? Y al mismo tiempo, ¿cuánto más estamos dispuestos a tolerar sistemas que perpetúan la exclusión bajo la apariencia de la neutralidad?

IX. Bibliografía

ABELIUK, A., & GUTIÉRREZ, C. (2021). Historia y evolución de la inteligencia artificial. *Revista Bits de Ciencia*, (21), pp. 14–21.

BENJAMIN, R. (2019). *Race after technology: Abolitionist tools for the new Jim Code*. Accesible en: https://pdfcoffee.com/race-after-technology-abolitio-rua-benjamin-pdf-free.pdf

BENJAMIN, R. (2023). *Race after technology: Abolitionist tools for the new Jim Code* (pp. 405–415).

BRIGGS, J., & KODNANI, D. (2023). *The potentially large effects of artificial intelligence on economic growth*. Global Economics. Goldman Sachs. Accesible en: https://www.gspublishing.com/content/research/en/reports/2023/03/27/d64e052b-0f6e-45d7-967b-d7be35fabd16.html

CARBAJAL, M. (2025). *Crean una herramienta que detecta sesgos de género en la IA*. Página 12. Accesible en: https://www.pagina12.com.ar/823298-crean-una-herramienta-que-detecta-sesgos-de-genero-en-la-ia

CIDH – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2017). *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*. Accesible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf

CNDH – COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, México. (s.f.). *El derecho a la no discriminación*. Accesible en: https://www.cndh.org.mx/documento/el-derecho-la-no-discriminacion

COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS. (2025). *Use of AI in government*. UK Parliament. Accesible en: https://publications.parliament.uk/pa/cm5901/cmselect/cmpubacc/356/nreport.html

CONSEJO DE EUROPA. (s.f.). *The framework convention on artificial intelligence*. Accesible en: https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (s.f.). *Ventajas y riesgos de la IA*. Accesible en: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/benefits-and-risks-of-ai/

D'IGNAZIO, C., & KLEIN, L. F. (2020). The power chapter. En *Data feminism* (pp. 21–47). MIT Press. Accesible en: https://archive.org/details/mit_press_book_9780262358521/page/n9/mode/2up

DISPOSICIÓN 2/2023. Jefatura de Gabinete de ministros. Subsecretaría de Tecnología de la Información. DI-2023-2-APN-SSTI#JGM.

ELTERNATIVA. (2025). *Breve historia de la inteligencia artificial: Origen, datos y auge de la IA*. Accesible en: https://www.elternativa.com/historia-inteligencia-artificial/

FORO ECONÓMICO MUNDIAL. (2024). *Las mujeres se están quedando atrás en la IA generativa en el ámbito laboral. Así se puede cambiar esta tendencia*. Accesible en: https://es.weforum.org/stories/2024/04/las-mujeres-se-estan-quedando-atras-en-la-ia-generativa-en-el-ambito-laboral-asi-se-puede-cambiar-esta-tendencia/

HERNÁNDEZ, N. (2023). *Perú, el único país de Latam con una ley que promueve el uso de la inteligencia artificial*. El CEO. Accesible en: https://elceo.com/tecnologia/peru-el-unico-pais-de-latam-con-una-ley-que-promueve-el-uso-de-la-inteligencia-artificial/

ISDI. (2023). *10 desventajas de la inteligencia artificial a tener en cuenta*. ISDI Digitalent Group. Accesible en:

https://www.isdi.education/es/blog/desventajas-de-la-inteligencia-artificial

KARAGIANNI, A. (2025). Género en una ley de IA de la UE estereotipada (de género): Una lectura feminista de la ley de IA. *Cambridge Forum on AI: Law and Governance, 1*, e25. Accesible en: https://doi.org/10.1017/cfl.2025.12

KONING, R. M. (2025). *Women are avoiding AI. Will their careers suffer?* Harvard Business School. Accesible en: https://www.library.hbs.edu/working-knowledge/women-are-avoiding-using-artificial-intelligence-can-that-hurt-their-careers

MARTÍNEZ, V. (s.f.). *Breves consideraciones sobre el estado de la regulación de la inteligencia artificial en Argentina*. WSC Legal. Accesible en: https://wsclegal.com/es/regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-argentina/

MINISTERIO DEL INTERIOR. (s.f.). *Sistema VioGén: Seguimiento integral en los casos de violencia de género*. Accesible en: https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen/

NOBLE, S. U. (2018). *Algorithms of oppression: How search engines reinforce racism* (pp. 1–14). NYU Press. Accesible en: https://files.commons.gc.cuny.edu/wp-content/blogs.dir/6105/files/2019/01/SAFIYA-NOBLE.pdf

OLIVER WYMAN FORUM. (2024). Women are falling behind on generative AI in the workplace. Here's how to change that. Accesible en: https://www.oliverwymanforum.com/artificial-intelligence/2024/apr/women-are-falling-behind-on-generative-ai-in-the-workplace--here.html

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024a). *Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y se modifican determinados reglamentos (Ley de Inteligencia Artificial)*. DO L 2024/1689, 12.7.2024. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

REAL ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE ESPAÑA. (2024). *El uso excesivo de la inteligencia artificial debilita nuestra memoria y reduce la capacidad para pensar críticamente y resolver problemas de manera independiente*. Accesible

en: https://ranm.es/2024/04/el-uso-excesivo-de-la-inteligencia-artificial-debilita-nuest ra-memoria-y-reduce-la-capacidad-para-pensar-criticamente-y-resolver-proble mas-de-manera-independiente_np/

THE NEW YORK TIMES. (2024). *Un algoritmo le dijo a la policía que ella estaba a salvo. Luego su esposo la mató*. Accesible en: https://www.nytimes.com/es/interactive/2024/07/18/espanol/viogen-espanaviolenc ia-dom estica.html

TORRES, M. (s.f.). *Inteligencia artificial en Derecho y su impacto en la era digital*. Universidad Alfonso X el Sabio. Accesible en: https://www.uax.com/blog/derecho/impacto-inteligencia-artificial-derecho

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. (2023). *Artificial intelligence must be grounded in human rights, says High Commissioner*. Accesible en: https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/07/artificial-intelligence-must-be-grounded-human-rights-says-high

UNIVERSITY OF CINCINNATI. (2025). *9 benefits of artificial intelligence (AI) in 2025*. Accesible en: https://online.uc.edu/blog/artificial-intelligence-ai-benefits/

WU, Y. (2023). *Comprender las nuevas regulaciones de China sobre IA generativa* (B. Hernández, Trad.). China Briefing. Accesible en: https://www.china-briefing.com /news/comprender-las-nuevas-regulaciones-de-china-sobre-ia-generativa/

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN[1]

Andrea Mensa González [2]

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2025
Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen

En el trabajo se intenta abordar la implicancia que tiene el uso de la IA en la Administración Pública, en particular en el principio de la "buena administración" como baluarte de una interrelación existente entre el funcionamiento del Estado, los procedimientos administrativos empleados y los derechos humanos de las personas.

Es sabido que en la actualidad las aplicaciones de los recursos brindados por la IA se aplican a diario transformando la administración pública, ofreciendo la posibilidad de optimizar procesos, mejorar la eficacia, la eficiencia y la transparencia, y fundamentalmente llegar de manera más inmediata a los ciudadanos. Esta situación presenta múltiples desafíos puertas adentro del Estado entre los que podemos mencionar el fomentar cambios en los procesos de gestión, en la capacitación del personal, pero fundamentalmente en el uso ético, responsable con pautas claras del uso de las distintas herramientas brindadas por la IA, para evitar caer en sesgos discriminatorios y decisiones automatizadas sin control.

Palabras clave: Inteligencia Artificial y Administración Pública. Inteligencia Artificial y Derechos Humanos. Inteligencia Artificial y sesgos discriminatorios. Inteligencia Artificial y principios éticos.

[1] Este artículo es un avance de una investigación que se desarrolla en el Centro de Estudios IR&DH/UBA/DCHO la cual se extiende al estudio jurisprudencial de la temática en cuestión tanto en el ámbito del Tribunal de Justicia de la UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como así también el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[2] Profesora de las asignaturas Derecho de la Integración Regional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora principal Centro de Estudios sobre "Integración Regional & Derechos Humanos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Title: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE HUMAN RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

Abstract

This paper attempts to address the implications of the use of Artificial Intelligence in Public Administration, particularly regarding the principle of "good administration" as a bastion of the interrelationship between the functioning of the State, the administrative procedures employed, and people's human rights. It is well known that applications of the resources provided by AI are currently being applied daily, transforming public administration, offering the possibility of optimizing processes, improving effectiveness, efficiency, and transparency, and, fundamentally, reaching citizens more immediately. This situation presents multiple challenges within the State, among which we can mention promoting changes in management processes and in personnel training, but fundamentally in the ethical and responsible use, with clear guidelines, of the different tools provided by Artificial Intelligence, to avoid falling into discriminatory biases and uncontrolled automated decisions.

Keywords: Artificial Intelligence and Public Administration. Artificial Intelligence and Human Rights. Artificial Intelligence and Discriminatory Biases. Artificial Intelligence and Ethical Principles.

Sumario: I. Introducción de la IA en el derecho a la Buena Administración. II. El impacto de la IA en la administración. III. Marco Legal aplicable. IV. La IA como instrumento de la Administración Pública, la persona humana siempre debe ser el eje. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción de la IA en el derecho a la Buena Administración

En los últimos años, la IA emergió como una herramienta revolucionaria en diversos campos, que transformó de manera decisiva nuestro vínculo con la tecnología, en particular en cómo nos relacionamos con las personas. En el quehacer cotidiano, nos encontramos inmersos en esta nueva realidad, y la actividad estatal que impacta en nuestras vidas no queda al margen, generando debates y abriendo diversos interrogantes.

El comienzo de la situación actual, podemos situarla en la llamada *"revolución tecnológica"*, la cual entre otras cosas ha transformado el funcionamiento del propio Estado, lo cual podemos analizar en tres etapas a la fecha.

La primera abarca del año 1980 al 2000, está enmarcada en la *digitalización básica*, esto es la transformación de documentos físicos a formatos digitales, permitiendo su almacenamiento y recuperación, la segunda podemos situarla desde el año 2000 al 2015 caracterizada por la *automatización de los procesos*, implementación de trabajo digitales, gestión de casos y sistemas de búsqueda avanzada que permitieron optimizar procesos repetitivos.

Una tercera instancia a partir del año 2015 con la *aparición de sistemas inteligentes y predictivos*, incorporación de tecnologías de IA capaces de analizar patrones en grandes volúmenes de información jurídica, predecir resultados de litigios y asistir en la toma de decisiones estratégicas.

El informático John McCarthy acuña por primera vez el término IA durante la conferencia de Darmouth de 1956, considerada el germen de la disciplina. La IA es un sistema creado por el ser humano que se constituye como un agente racional no vivo. La racionalidad, en este caso, es entendida como la capacidad para maximizar un resultado esperado (PÉREZ PORTO & GARDEY, 2024).

Se podría decir que los sistemas de IA son procesos digitalizados que a través de la carga, procesamiento y análisis de datos seleccionados actúa sobre un determinado objetivo con cierto grado de autonomía con el fin de alcanzar objetivos específicos.

Según la Declaración de Barcelona para el desarrollo y uso adecuado de la inteligencia artificial[3] podemos definir los sistemas de IA en dos tipos, la IA basada en conocimiento y IA basada en funciones o en datos. Esta última también conocida como aprendizaje automático, se volvió aplicable apenas en la última década. Comienza de abajo a arriba a partir de grandes cantidades de datos de la actividad humana, que se procesan con algoritmos estadísticos de aprendizaje automático, como los de aprendizaje profundo, para abstraer patrones que luego pueden usarse para hacer predicciones, completar datos parciales o emular el comportamiento

[3] Este manifiesto es el resultado del B·Debate del 8 de marzo de 2017, organizado por Biocat con el apoyo de la Obra Social la Caixa de Barcelona. Propone directrices para un código de conducta para profesionales de la IA, actualmente en debate.

humano en condiciones similares en el pasado. La IA basada en datos requiere *big data* y una gran capacidad de procesamiento para alcanzar niveles de rendimiento adecuados.

Es sabido que, la digitalización entre otras manifestaciones está impactando directamente y con cambios permanentes y vertiginosos en el funcionamiento de la Administración Pública, lo cual exige pensar su actividad desde categorías nuevas. Se abren una serie de interrogantes de cuáles son sus fragilidades y amenazas, donde se encuentran sus fortalezas (INNERARITY, 2024: p.11).

En una primera aproximación podemos decir que se han identificado un conjunto de potenciales desafíos asociados a la adopción y uso de la IAen el ámbito gubernamental, esto es en el funcionamiento de la Administración Pública, tanto para el propio sector público, como para toda la sociedad.

Como consecuencia de ello se plantean algunos interrogantes, tales como: ¿Cómo se aplica la IA en la administración pública? ¿Cómo se relaciona la IA con los derechos humanos? ¿Existen principios generales de la IA en la Administración Pública? ¿Cuáles son? ¿Cómo se compatibiliza con la vigencia del derecho humano a la buena administración?

Quienes hablan de las bondades de la aplicación de estos sistemas al ámbito público manifiestan que la IA aporta soluciones que permiten hacer más eficiente la gestión del Estado, mejorar el diseño y la implementación de las políticas públicas y la optimización de la prestación de servicios esenciales como en salud, educación, seguridad, transporte, cuidado del ambiente, etc. Para algunos, se atraviesa una zona de debate interpretativo entre el resguardo de la dignidad de la persona, el respeto de los derechos humanos y la eficacia y eficiencia de la Administración Pública.

Lo que sí está claro es que la IA llego para que quedarse y su avance es innegable, por ende, creemos que es justamente el Estado quien en uso de sus atribuciones está llamado a promover la investigación y el desarrollo de soluciones de IA que atiendan las necesidades reales de las personas y garanticen un uso transparente, equitativo y responsable.

En este sentido, son los Estados quienes deben fijar procedimientos claros para garantizar que las ventajas de cualquier desarrollo tecnológico puedan ser aprovechadas por todos los sectores de la sociedad promoviendo la responsabilidad

en la recolección y uso de los datos personales, evitando la discriminación algorítmica y gestionando en definitiva el uso de la IA de manera correcta sin que se vulneren los derechos humanos y utilizando esta herramienta en la administración pública a favor de las personas .

Debemos considerar que el uso de la IA, depende de la cantidad de datos que los sistemas cuenten y que la recolección de los mismos depende de la capacidad de las personas de *"exteriorizarse a través de actos en los que la voluntad estaba presente, necesariamente, al completar un formulario o hablar con otro ser humano en persona o a través de un dispositivo. La principal oportunidad que ha traído su incorporación al tratamiento automatizado de datos personales es que cambia la lógica de lo que se entiende por comportamiento explícito e implícito. Gracias al uso masivo de sistemas de inteligencia artificial, es posible recabar una larga y extensa lista vinculada a datos personales y otros asociados a comportamientos, acciones u omisiones de los humanos"* (COVALÁN & PAPINI, 2020: p.152).

Ello exige que un nuevo enfoquen del rol del derecho administrativo, el cual lo involucra en la defensa, protección y promoción de la dignidad humana considerando la evolución científica tecnológica que nos deparan las Tics, en un contexto de vertiginoso cambio social, con consideración especial a la aparición de nuevos paradigmas éticos jurídicos que acompañen la configuración de nuevas formas de organización social.

Es por lo que enmarcamos el tema en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su necesaria adecuación a la aparición de la IA. Recordamos que los Estados tienen la obligación internacional de adoptar en el derecho interno, las medidas necesarias para que los derechos, libertades y garantías allí reconocidas sean efectivos adaptando no solo la normativa nacional sino adecuando el funcionamiento del Estado en su conjunto.

Es por ello que el Reglamento General de IA -Reglamento (UE) 2024/1689[4]- tuvo en miras que estas nuevas tecnologías se gestionen siempre y en todo caso al

[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) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 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 (DO L 2024/1689, 12.7.2024).

servicio de la persona humana, teniendo en miras que es en este sentido que las mismas deben ser utilizadas.

Entendiendo claro está, que contribuyen a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos respetando la dignidad de la persona humana como eje central, y en el caso del presente trabajo como esencia del funcionamiento del Estado, es decir, razón de ser de la administración pública.

El Reglamento (UE) 2024/1689 aporta entre muchas cuestiones a considerar, la obligación de informar a los ciudadanos cuando se estén utilizando imágenes, videos y otros recursos realizados con IA, como así también la prohibición a la policía de utilizar tecnología de reconocimiento facial en tiempo real entre otras disposiciones. Su importancia radica en ser la primera norma de la historia en materia de IA que busca a través de un marco regulador garantizar que los sistemas que la utilicen sean seguros y respeten la legislación, los derechos y valores fundamentales de la UE haciendo responsables a los Estados de su cumplimiento.

El mencionado instrumento europeo establece una estructura de gobernanza a nivel europeo y nacional con un enfoque basado en el riesgo que la IA implica, en el cual muchas de las actividades consideradas de riesgo alto son las llevadas adelante por la administración pública como, por ejemplo:

- Infraestructuras críticas (por ejemplo, el transporte), que podrían poner en riesgo la vida y la salud de los ciudadanos
- Formación educativa o vocacional, que puede determinar el acceso a la educación y el curso profesional de la vida de una persona (por ejemplo, la calificación de los exámenes)
- Gestión de la migración, el asilo y el control de fronteras (por ejemplo, examen automatizado de solicitudes de visado)
- Administración de justicia y procesos democráticos (por ejemplo, soluciones de IA para buscar sentencias judiciales), entre otros, todo lo cual requiere el cumplimiento de estrictos requisitos antes de ser considerados.

En el análisis debemos considerar la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública que complementaran en una etapa inicial el aporte brindado por el reglamento europeo.

II. El impacto de la IA en la administración

El uso de las Tics no ha esperado a la regulación jurídica porque se entendía que este avance tecnológico no tenía gran trascendencia jurídica. Esa introducción sin una previa habilitación normativa se ha aplicado incluso a la inteligencia artificial, situación que se está comenzando a ser regulada después de años de aplicación en todas las actividades.

No hay dispositivo legal alguno que prohíba a la Administración utilizar sistemas tecnológicos en el funcionamiento de sus actividades, el Estado ha ido incorporando el uso de las Tics en particular, de tecnologías emergentes y disruptivas, como es el caso de la inteligencia artificial.

Esta incorporación tecnológica enfrenta a la Administración Pública a nuevos desafíos brindando distintas opciones de uso con una variedad de consecuencias, ya sea para el desempeño de la tarea administrativa como en su relación con la ciudadanía.

En una primera aproximación podemos decir que el uso de la IA impacta positivamente en la simplificación de procesos, la formulación de patrones de predicción, el procesamiento y difusión de información, el proceso de toma de decisiones, el acortamiento de tiempos de respuesta, la reducción de trabajo burocrático y la reasignación de nuevos trabajos.

El desafío central para la Administración Pública está vinculado con la gobernanza del sistema y de sus algoritmos, la cual se refiere a la forma en la que se utilizan los algoritmos en las normas, procesos y prácticas que se diseñan, desarrollan y utilizan en el funcionamiento del Estado, persiguiendo que el uso de los mismos sea de manera responsable, justa y transparente, evitando sesgos y discriminación.

Y es en ese punto que surge la discusión sobre la conveniencia o no de la reglamentación del uso de la IA, lo importante a tener en consideración como punto de partida es que su regulación se necesita y se obtiene cuando la utilización de tecnología podría afectar la vida de las personas sin que exista en el ordenamiento jurídico una disposición que establezca límites claros y precisos.

Sin embargo, las regulaciones sobre estas herramientas como el reciente reglamento europeo no es claro en las obligaciones de las Administraciones públicas a la hora de rendir cuentas sobre el uso de estas tecnologías, ya que las excluye cuando se utilizan en ámbitos como la cooperación policial o judicial, o para los sistemas de uso militar y en el contexto de la seguridad nacional.

En este sentido, GUTIÉRREZ afirma que el concepto de "transparencia algorítmica" su significado técnico no es exactamente coincidente con el concepto jurídico del principio de transparencia, aunque la finalidad última de los conceptos técnico y jurídico sea el mismo: conocer cómo se adoptan las decisiones en un determinado ámbito y, en última instancia, garantizar la rendición de cuentas (GUTIÉRREZ & CASTELLANOS SÁNCHEZ, 2023: pp. 6-21).

La utilización de sistemas tecnológicos, en general y de la IA en particular, por parte de la administración pública impacta directamente en la forma en la que se da la relación en términos tradicionales entre los ciudadanos y el Estado. El vínculo sigue existiendo, pero se transforma, cambia, aparece la existencia de presentaciones electrónicas de escritos, otorgamiento de diversos documentos administrativos en formato digital, presentación de reclamos administrativos, pedidos de acceso a la información pública, notificaciones electrónicas y hasta el otorgamiento de turnos.

Esta nueva situación puede ser analizada rápidamente como una situación que facilita la comunicación entre las personas y la Administración Pública, sin embargo con un estudio más detallado podemos ver la existencia de particularidades a considerar cuando reducimos la comunicación, los procesos y demás instrumentos de funcionamiento del Estado a la única existencia del canal digital o el uso de las TICS, ya que exige ciertas habilidades y medios que no todos las personas están en condiciones de usar.

A su vez, por cuestiones económicas tiende a convertirse en único y a sustituir al modelo tradicional, atención personal, comunicaciones en papel, con los consiguientes riesgos y perjuicios que acarrea no solo por las brechas digitales, sino por el no funcionamiento del sistema de administración cuando estos sufren daños o supuesto de denegación del servicio.

En definitiva, creemos que en la medida en que el uso de estas nuevas tecnologías afecta a procesos jurídicos que están regulados y que producen efectos jurídicos importantes (registros de entrada de expedientes, presentación de reclamos, notificaciones, tramitación de habilitaciones, inscripciones en registros, etc.), es imprescindible una base jurídica, en especial cuando el uso de estas tecnología se convierte en obligatoria y la única forma que tiene la persona de relacionarse con la Administración, como primer aspecto a considerar.

Un segundo aspecto a tener en cuenta es cuando la tecnología interviene en la toma de la decisión administrativa, y no sólo en su comunicación y difusión, acá la tecnología es quien elabora el producto. Hablamos de actividad administrativa reglada y de aplicaciones informáticas en las que se vuelca esa programación normativa para incrementar la capacidad de resolver expedientes. Es una intervención informática que muchas veces resulta invisible y jurídicamente irrelevante.

SÁ ZEICCHEN (2020: p. 209) se pregunta *"¿es posible inferir la validez de actos automatizados sin que medie en forma directa e inmediata, expresión de voluntad de una persona humana competente en ejercicio de su función al momento de resolver el acto?"*.

La mera programación o robotización de la actividad administrativa opera en entornos de actividad reglada, en los que se puede crear un programa que recoge los parámetros normativos que guían a la Administración.

En este caso estamos hablando que el robot o la aplicación informática reproducen una secuencia lógica, que también debería seguir el personal administrativo llegando al mismo resultado de forma más rápida o eficiente. El programador no introduce ninguna innovación, se utiliza para brindar información, otorgar turnos, informar requisitos a presentar, entre muchas otras funciones.

En este caso hacer uso de la tecnología para acelerar este tipo de decisiones, de forma que el operador humano se ocupe de vigilar el funcionamiento de la aplicación, facilitar el acceso de la misma a los ciudadanos o facilitar la comprensión de sus resultados.

La IA presupone dar un paso más frente a programación o robotización de la actividad administrativa, que opera en entornos de actividad reglada, en los que se puede crear un programa que recoge los parámetros normativos que guían a la

Administración. La aplicación de IA influye en el contenido de la decisión administrativa, que se mueve en un entorno no reglado, en el que existe un margen de apreciación y es allí donde debemos centrar nuestra atención en este momento.

Algunos críticos como CYNTHIA RUDIN, MARÍA JESÚS GARCÍA DURÁN ponen de relieve que estos modelos predictivos son considerados cajas negras, haciendo referencia a una limitación tecnológica, a un grado de incertidumbre residual que no puede evitarse y que impide recorrer de forma exhaustiva el recorrido que lleva desde los datos de entrada hasta la respuesta proporcionada por el modelo, en este sentidos, tal vez no tenemos en cuenta cuál es la realidad de otros medios técnicos que se utilizan en la aplicación del Derecho Administrativo o en la actividad administrativa en general (RUDIN, 2019: pp. 206-215).

Hablamos en definitiva de sistemas que te dan un resultado o toman una decisión sin explicar o mostrar cómo lo hicieron, los procesos internos utilizados y los múltiples factores ponderados permanecen desconocidos.

Por ejemplo, los modelos de predicción meteorológica tienen márgenes de error, los sistemas de geolocalización tienen limitaciones en su grado de exactitud, a veces buscados deliberadamente por razones de privacidad o seguridad. De eso estamos hablando, no de algo que sea exclusivo de los sistemas de IA.

La importante en términos jurídicos es no admitir el uso de ese medio cuando ese margen de error pueda ser relevante para la decisión a adoptar. Por ejemplo, si utilizo un modelo predictivo para decidir a qué local comercial, a que obra pública o a que hospital o colegio inspecciono, un margen de error del 10% puede ser asumible, porque lo peor que puede pasar es que se inspeccione a alguien que no ha cometido ninguna infracción. Controlar no es sancionar, no se descubrirá ninguna infracción y no se iniciará ningún procedimiento sancionador.

La situación es diferente, si se utilizara un sistema de IApara dictar resoluciones o cualquier otro acto jurídico que pudiera acarrear efectos jurídicos sobre terceros, derivado de asuntos complejos en los cuales, no se podría utilizar este medio porque nos conduciría a adoptar conclusiones no fiables debido al margen de error existente con consecuencias para las personas.

III. Marco legal aplicable

En los últimos tiempos, se han producido una serie de recomendaciones, disposiciones, propuestas de regulación y marcos normativos específicos algunos de los cuales ya hemos ido trabajando, que buscan establecer un desarrollo adecuado y ético de la inteligencia artificial, frente a la incertidumbre que genera el intentar regular esta materia, que tiene aún efectos y alcances desconocidos.

Nos preguntamos si se deben redefinir las fuentes del derecho y los procedimientos administrativos y judiciales frente al uso de algoritmos con funciones normativas, no como freno el desarrollo tecnológico, sino de encauzarlo en un marco jurídico democrático (BELAGUER CALLEJÓN, 2023).

La aplicación de la IA en el funcionamiento de la Administración Pública, como hemos reseñado trae consigo desafíos y riesgos que deben ser considerados y ponderados correctamente, tanto a nivel local, nacional, regional e internacional.

En el plano internacional, un primer antecedente normativo es el establecimiento de los Principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre la Inteligencia Artificial, adoptados el 21 de mayo de 2019.

Los principios de la OCDE sobre la IA se basan los valores del respeto a los derechos humanos y los valores democráticos, la inclusión, la diversidad, la equidad, la innovación y el bienestar. Estos valores se traducen en cinco principios para el desarrollo y el uso de sistemas de IA:

- Crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar
- Respeto al estado de derecho, los derechos humanos y los valores democráticos, incluida la equidad y la privacidad
- Transparencia y explicabilidad
- Robustez y seguridad
- Rendición de cuentas

En noviembre de 2023, el Consejo de la OCDE aprobó una modificación de la Recomendación para ofrecer una definición revisada de la noción de "sistema de IA", definición que ha sido adoptada en el Reglamento (UE) 2024/1689. En mayo de 2024, nuevamente la OCDE reviso la Recomendación con el objetivo de darle un alcance más actual y amplio al tema teniendo en cuenta que es una temática en desarrollo (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, 2024).

En esta oportunidad se hizo foco en resaltar:

- La seguridad de los sistemas de IA, introduciendo mecanismos y salvaguardias para gestionar los mismos evitando causar daños indebidos o exhibir comportamientos no deseados, así como la posibilidad de anular, reparar o desmantelar dichos sistemas.
- La integridad de la información, reflejando la importancia de abordar el problema de la desinformación y la manipulación de los datos en el contexto de la IA generativa, que puede crear contenidos falsos o engañosos con gran realismo y verosimilitud.
- La transparencia y la divulgación responsable, aclarando que implica informar adecuadamente sobre los objetivos, las características, las limitaciones y los riesgos de los sistemas de IA, así como sobre las fuentes, la calidad y el uso de los datos que los alimentan.
- La sostenibilidad ambiental, haciendo referencia explícita a esta, debido a la preocupación creciente por el impacto de la IA en el medio ambiente y los recursos naturales, y la necesidad de minimizarlo y compensarlo.
- La interoperabilidad de los marcos de gobernabilidad y política, subrayando la conveniencia de que las jurisdicciones trabajen juntas para promover entornos normativos y regulatorios compatibles y coherentes para la IA, que faciliten la innovación y la cooperación internacional.

Otra referencia ineludible es el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial, con un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, publicado el 19 de febrero de 2020 por la Unión Europea.

En él, se trabaja la necesidad de aprovechar las oportunidades que presenta la IA y abordar en conjunto los retos que ella conlleva, entendiendo que es necesario fijar políticas públicas que faciliten el desarrollo de la IA de forma segura y fiable, respetando los valores y derechos de los ciudadanos europeos (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

Se alienta la búsqueda de un marco regulador que se focalice en minimizar los riesgos que supone el uso de los sistemas con IA para los derechos humanos,

especialmente la protección de datos personales, la privacidad y en lo que a este trabajo interesa, la no discriminación (COLCELLI, 2021).

Lo acá establecido no sólo es para los Estados que integran la Unión, sino que se plantea con apertura a todos quienes integran las Naciones Unidas, en el marco del respeto a los derechos humanos fundamentales, con la pretensión de su desarrollo bajo los pilares de ecosistema de excelencia y ecosistema de confianza.

Otro instrumento a considerar es la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, de noviembre del año 2021 de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el cual es el primer marco político global para la IA y señala diversos aspectos de esta tecnología que tienen impacto directo en la vida política. En sus consideraciones iniciales alude a sus posibles efectos en diversos ámbitos y, concretamente, en la democracia (UNESCO, 2021).

En el año 2023, impulsada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, a nivel regional, se ha aprobó la Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública.

La Carta constituye para los países miembros del CLAD una guía útil que sirve para identificar los retos y oportunidades que surgen con la implementación de la IA y los algoritmos en las administraciones públicas.

Este importante instrumento junto con el Reglamento (UE) 2024/1689 y demás disposiciones adoptadas por la UE enfatizan la importancia de fomentar políticas y colaboración para generar confianza en la IA, respetando los derechos humanos de las personas.

En el orden nacional, se destacan las Recomendaciones para una inteligencia artificial fiable, aprobadas por la Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. La mencionada norma reconoce la necesidad de adoptar la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de UNESCO a la que adhirieron una gran cantidad de países, entre los cuales se encuentra Argentina.

A lo largo del texto, se observa la adopción de los principios de diseño, desarrollo, implementación y uso ético de la IA definidos por la UNESCO, y el reconocimiento de su recomendación como la propuesta de mayor adhesión por parte de los gobiernos.

En Argentina, un primer antecedente que muestra la voluntad de regular la IA fue el "Plan Nacional de Inteligencia Artificial", en el año 2019, este documento aportó un estado de situación descriptivo de la realidad de la IA más que principios de regulación. A este le siguieron varias iniciativas gubernamentales, en el año 2022 Argentina adhiere al llamado Pacto Global de Inteligencia Artificial, una iniciativa de múltiples actores, cuyo objetivo consiste en apoyar investigaciones de vanguardia y actividades relacionadas con la IA, basado en la Recomendación de la OCDE.

Concretamente la normativa, en Argentina, incluye leyes, decretos, contamos con la ley 25.326 que garantiza derechos tales como el acceso, la rectificación, actualización, supresión, y oposición de datos personales y la Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública que establece que la transparencia es una obligación del Sector Público Nacional.

Dicha norma tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. Uno de los principios establecidos en la mencionad ley, es el de transparencia y máxima divulgación, que establece que *"toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas"*, es todo lo que podemos establecer como punto de referencia jurídica concreta.

En definitiva, estos encuadres jurídicos tienen como común denominadora noción de la aplicación de los principios propios de la gobernanza al uso de la IA. Estamos hablando de la existencia de un conjunto de normas, reglamentos, principios éticos y técnicos que establecen el desarrollo y alcance de la IA, en especial en la Administración Pública, con el fin de garantizar que se haga un uso responsable tanto de los sistemas como de las herramientas que emplea para no afectar los derechos de las personas.

Es de advertir, que como venimos marcando a lo largo del presente trabajo muchas de las oportunidades y riesgos asociados al uso de IAen la Administración Pública no están ni identificados, ni definidos ni estudiados por ser una temática en desarrollo actual y permanente. Los aspectos de gobernanza de IA y gestión pública requieren en este contexto que las personas que trabajan en el ámbito público deben

conocer y gestionar adecuadamente la diversidad de potenciales implicaciones de la IApara la gobernanza de lo público.

Esta inquietud se extiende desde el diseño de políticas públicas y la prestación de servicios públicos hasta la adopción de decisiones administrativas con implicancias directas en las personas basados todo en el uso de datos y estas tecnologías disruptivas.

Los desafíos desde la perspectiva de la gobernanza pública son concretos y se refieren a dilemas éticos y desafíos para las democracias, a contradicciones relacionadas con la confianza y transparencia derivadas de la utilización de los algoritmos para adoptar decisiones públicas automatizadas (tales como la elegibilidad para acceder a una ayuda pública) o las implicaciones para la rendición de cuentas y la evaluación de la acción pública como resultado de llevar a cabo tareas rutinarias mediante procesos administrativos mediados por algoritmos
(COTINO HUESO, 2022: p. 27).

La Administración Pública es quien debe realizar una evaluación del impacto que esta aplicación de IA tiene en un tratamiento automatizado y semiautomatizado, de datos que puedan servir para la elaboración de perfiles. Dicho procesamiento de datos pueda conllevar riesgo para la privacidad de las personas y de las instituciones del sector público como se comentó que debe ser considerado para poder gestionar adecuadamente los riesgos.

En este punto es de destacar la evaluación de impacto ético del uso de IA publicada por UNESCO, la que principalmente tiene como objetivo evaluar si los algoritmos se encuentran alineados con los valores, principios y orientaciones establecido por su Recomendación. Esta evaluación debería garantizar la transparencia siendo abierta al público la información sobre estos sistemas y cómo se desarrollaron (UNESCO, 2023).

En el mismo sentido, el Reglamento (UE) 2024/1689 aborda los riesgos que presentan los sistemas de IA, clasificándolos en varios niveles según su potencial impacto en la seguridad, en riesgo inaceptable, riesgo alto, riesgo limitado y riesgo mínimo.

El riesgo inaceptable es cuando se utilizan técnicas manipuladoras o engañosas para influir en decisiones, evaluación o clasificación de personas según su comportamiento social, datos personales, que puedan ser usadas para

discriminar o perjudicar a la persona, el riesgo alto es aquel que afecta significativamente la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, sistemas que no están prohibidos, pero deben cumplir estrictos requisitos antes de ser desplegados.

En tercer lugar, está el riesgo limitado que en el cual los sistemas interactúan con usuarios y notifican información, los cuales tienen requisitos específicos relacionados principalmente con la transparencia y el uso responsable, como los chatbots y asistentes virtuales y por último el riesgo mínimo cuyos sistemas representan un riesgo bajo o nulo para los derechos fundamentales y la seguridad y no tienen requisitos adicionales más allá del cumplimiento de las normativas generales.

Por ello creemos que las buenas prácticas en la Administración Pública nos imponen la obligación primordial de garantizar la trazabilidad y auditabilidad de los sistemas a lo largo de todo el ciclo de vida, es decir, que se registren y controlen las consideraciones como la procedencia de los datos, la validez de las fuentes de datos, los esfuerzos de mitigación de riesgos, los procesos y las decisiones implementadas para ayudar a la comprensión integral y rendición de cuentas de cómo se derivan los resultados del sistema de IA.

IV. La IA como instrumento de la Administración Pública, la persona humana siempre debe ser el eje

Los sistemas de IA amplían las capacidades de la administración pública y tienen el potencial de cambiar el desempeño institucional de los servicios públicos y de las políticas públicas, promoviendo una mayor conexión entre gobiernos y ciudadanos, anticipando demandas, automatizando rutinas, desempeñando funciones discrecionales, entre otros. La adopción de sistemas de IA significa utilizar tecnologías que sean capaces de aprender a tomar decisiones y resolver problemas (FILGUEIRAS, 2021: p.4).

Como ya hemos reseñado la implementación de la IA pueden aportar importantes beneficios a las personas y a la sociedad toda, pero siempre debemos tener presente que los sistemas utilizados provocan una serie de preocupaciones y riesgos, a saber:

- Discriminación: Se puede a través de ellos difundir sesgos existentes en los datos con los que son entrenados, lo que puede llevar a decisiones injustas y discriminatorias en áreas como contratación de personal, la justicia penal, la equidad de género, los servicios financieros, o también puede profundizar la discriminación étnica o religiosa.
- Violaciones a la privacidad: la IA se nutre del almacenamiento de importantes volúmenes de datos, allí radica su fortaleza, entre los cuales pueden incluirse datos personales. Una mala gestión de estos datos puede llevar a violaciones de la privacidad y al uso y difusión de datos sensibles sin contar con el consentimiento adecuado.
- Falta de transparencia: también se han detectado riesgos en relación a la fiabilidad de la información que producen los sistemas de IA. La opacidad con la cual se desarrollan dificulta, en muchos casos, la posibilidad de acceder a las reglas de toma de decisiones con las que funcionan los modelos, de modo que es dificultoso para las personas realizar reclamos debido a falta de trazabilidad de los sistemas[5].

  "La transparencia algorítmica opera como un supraprincipio, a partir del cual se deriva la trazabilidad que en relación a los sistemas automatizados viene dado por garantizar la trazabilidad o rastreabilidad de la lógica algorítmica involucrada en la actividad administrativa automatizada".[6]

Todas estas situaciones riesgosas, requieren una mayor atención por parte del Estado ya que la implementación de distintos sistemas de IA puede acarrear un mayor impacto en personas vulnerables, tales como, menos de edad, adultos mayores, personas con discapacidades, personas en situación de pobreza, entre otras.

Sin embargo, la IA es una herramienta que, bien utilizada, puede traer grandes beneficios para los procedimientos administrativos y que ha demostrado lograr resultados sorprendentes.

[5] La Declaración Conjunta firmada en agosto de 2023 por la AAIP con otros países en el marco de la Asamblea Global de Privacidad (GPA), ofrece recomendaciones dirigidas a individuos y empresas para mitigar los principales riesgos de usar técnicas automáticas para extraer y procesar datos personales en redes sociales y sitios web. En particular afirma que "Las empresas de redes sociales que alojan datos personales de acceso público tienen la obligación de proteger la información personal en sus plataformas contra la extracción ilegal de datos" (GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY, 2023)

[6] Definición según la norma ISO 8402, complemento de la serie de normas ISO 9000.

Tomaremos como ejemplo la IA y las políticas de integridad como una relación compleja pero necesaria, las nuevas tecnologías basadas en IA, naturalmente, no han pasado desapercibidas entre los especialistas en materia de transparencia e integridad. Aunque su desarrollo intenso es reciente y no es posible calibrar con precisión sus efectos venideros, lo cierto es que, desde finales del siglo XX, las estrategias anticorrupción se han visto inmersas en el debate por las constantes innovaciones tecnológicas, entre otras, la aparición de internet y la revolución digital.

El uso de las nuevas tecnologías en general, en lo que hace a la IA, son un instrumento, es decir que el aspecto clave en todo caso es la oportunidad, el modo y la finalidad en la que estas se usan.

Es a través de la promoción de políticas públicas que fomenten la inversión en investigación y desarrollo, más la creación de marcos regulatorios adecuados, que se pueden construir y fortalecer capacidades locales que utilizando IA contribuyan al desarrollo sostenible y sustentable de las personas, el planeta, la prosperidad y la paz mundial (MARTÍNEZ, 2024: p. 1).

La digitalización de nuevos servicios públicos, el uso extendido de la IAy la seguridad de grandes volúmenes de datos son solo algunos de los aspectos que demandan innovación en la administración pública para el nuevo año. Estos desafíos son especialmente relevantes para lograr una administración más eficiente, accesible y transparente. Se trata de demostrar la capacidad de implementar políticas públicas y servicios de calidad más sencillos y accesibles en cualquier momento y lugar para los ciudadanos.

Los ciudadanos, cada vez más familiarizados con la tecnología en su vida diaria, esperan una administración pública que sea igualmente ágil y moderna en la entrega de sus servicios. Esta presión demanda que los gobiernos implementen soluciones tecnológicas que faciliten el acceso a trámites y servicios en línea, sin la necesidad de desplazarse físicamente, y que estos procesos sean seguros y transparentes.

La expectativa es que los servicios públicos, por ejemplo, no solo sean más eficientes, sino también más personalizados, con un enfoque centrado en las necesidades individuales de los usuarios. Esto implica que las administraciones

públicas deben adaptarse constantemente a nuevas tecnologías, mejorar la experiencia del usuario y reducir la brecha digital para garantizar la inclusión de todos los ciudadanos.

Otro desafío clave al que se enfrenta la administración pública es la necesidad de optimizar recursos. Los gobiernos deben gestionar presupuestos públicos limitados mientras buscan ofrecer servicios de calidad a una población cada vez más demandante. La adopción de tecnologías avanzadas, como la automatización, la inteligencia artificial y el análisis de datos, se convierte en una herramienta crucial para maximizar la eficiencia operativa y reducir costos.

La optimización de recursos no solo se refiere al uso más eficiente del dinero público, sino también a la gestión efectiva del tiempo y el talento humano en la administración pública. Implementar sistemas tecnológicos que mejoren la planificación, la monitorización y la toma de decisiones permite a los gobiernos asignar recursos de manera más estratégica, reducir el desperdicio y garantizar que los servicios lleguen de forma más equitativa a todos los ciudadanos.

La IA puede alterar la configuración del procedimiento administrativo y reducir garantías para los ciudadanos, ejemplo de ello es que más allá de la motivación del acto administrativo, se plantea la necesidad de asegurar su explicabilidad para reforzar la transparencia y la confianza en el funcionamiento de la Administración Pública.

El Reglamento (UE) 2024/1689 nos trae algunos interrogantes a develar con el transcurrir del tiempo como es la incapacidad jurídica de las máquinas IA, para ejercer discrecionalidad, dado que características humanas como la empatía o el razonamiento son indispensables a la hora de administrar justicia o llevar adelante el funcionamiento de la administración pública en general.

Según el principio de precaución, las tecnologías en cualquiera de sus manifestaciones no están en grado de realizar juicios volitivos, ya que la opacidad de la IA, especialmente en sistemas de caja negra, contravendría el derecho a una buena administración y la transparencia del procedimiento administrativo debido con participación ciudadana y la necesidad de una motivación comprensible.

No debemos olvidar que todos los intentos de establecer sólidos marcos reguladores nacionales e internacionales deben buscar garantizar la gobernanza democrática de la IA y eviten su uso indebido, donde se establezcan “líneas rojas” y

principios de proporcionalidad, transparencia y control democrático (FAGGIANI, 2022: p. 528).

El eje debe estar en establecer el uso de sistemas de IA transparentes, responsables y comprensibles, que respeten los derechos humanos, debiendo poner especial atención al uso ético de la IA que incluye el papel de los algoritmos en las plataformas de medios sociales y sus posibles implicaciones para los estados de derecho (BRECEDA PÉREZ, 2024: p. 74).

Para ello se debe tener en consideración la importancia de un uso responsable y ético de la IA en la administración pública promoviendo la transparencia en el diseño y funcionamiento de los dichos sistemas, así como la capacitación de los funcionarios públicos en su uso adecuado.

Por último, podemos destacar que existen claros límites jurídicos de la IA en distintos puntos a trabajar, los primeros están orientados a establecer que ciertas funciones públicas, especialmente aquellas relacionadas con el ejercicio de potestades discrecionales, deben quedar reservadas exclusivamente a personas humanas. Esto se fundamenta en la incapacidad de la IA para realizar razonamientos deductivos, y considerar todos los factores relevantes en la toma de decisiones.

Como segundo aspecto a considerar es la prohibición de la automatización total en los procesos de toma de decisiones discrecionales ya que el uso de la IA no puede eliminar completamente la discrecionalidad administrativa ni sustituir la intervención de la persona humana que es quien realiza la valoración. La persona es quien en el proceso tiene la capacidad de detener el sistema en caso de mal funcionamiento o bien garantizando que las decisiones sean revisables y ajustadas al derecho, aquí aparece lo que se denomina "control humano suficiente posterior (PARLAMENTO EUROPEO & CONSEJO, 2016: art. 22).

El bien concebido derecho a la buena administración, en especial en lo relacionado al derecho a ser escuchado antes de la adopción de decisiones administrativas que puedan afectarlo y la obligación de responder razonadamente a las alegaciones ciudadanas como límites infranqueables a la automatización total de las decisiones.

Otro punto trascedente y que deriva del antes mencionado es la necesaria motivación de las decisiones adoptadas con IA las cuales deben ser dispuestas en

lenguaje comprensible, explicando el impacto del sistema algorítmico en la decisión y garantizando que no se produzcan arbitrariedades o discriminaciones causada por sesgos en los datos o algoritmos utilizados.

Estos límites, en definitiva, buscan garantizar que el uso de la IA en la administración pública respete los principios de buena administración, transparencia, imparcialidad y protección de los derechos humanos.

V. Conclusión

Estos sistemas son herramientas que procesan y replican patrones de información de manera avanzada, pero carecen de la capacidad de pensar o razonar de manera autónoma.

La utilización de estas nuevas tecnologías disruptivas en la administración pública es algo inevitable, no cabe que gobernantes y servidores públicos, quizá por desconocimiento, intereses personales o hasta por nostalgia, pretendan implementar un nuevo ludismo, que ya sabemos a qué conduce, la resistencia no es una opción.

Debemos si considerar que, siendo uno de los principales objetivos del sector público prestar servicios de alta calidad a los ciudadanos de manera eficiente y eficaz, la IA puede desempeñar un papel crucial en el logro de este objetivo en muchos ámbitos: educación, sanidad, urbanismo, gestión ambiental, gestión de tráfico, vigilancia, etc.

Más allá de la eficiencia, la IA tiene democratiza el acceso a la información pública, este es adapta las búsquedas a las necesidades individuales, las herramientas de IA pueden superar las barreras lingüísticas, cognitivas y de accesibilidad que a menudo dificultan la interacción de las personas con el Estado. Por ejemplo, sistemas de búsqueda basados en IA pueden interpretar consultas en lenguaje natural, ofrecer resúmenes de documentos complejos y adaptar la presentación de la información a las preferencias del usuario.

Es necesario tomar conciencia que esta gran transformación de la sociedad y del sector público, en particular, debida al uso de la IA no es algo nuevo, pero si que se ha intensificado notablemente en los últimos tiempos con alcances y limites aun poco determinados. La integración satisfactoria de estas tecnologías en el sector

público exige no solo abordar problemas de gran trascendencia por la vertiginosidad de los cambios que se producen.

Finalmente podemos afirmar que existe un consenso cada vez mayor en que la IA será un factor determinante para el futuro de la humanidad, y su uso ya está influyendo en las funciones críticas de la democracia de nuestros países y el respeto de los derechos humanos.

Estamos hablando del uso de una nueva tecnología cultural y social que permite a los humanos aprovechar la vasta información acumulada por otros.

La IA no va a reemplaza a las personas, sino que vamos a observar cada vez con mayor naturalidad que se una herramienta que nos asiste, nos ayuda a organizar y gestionar la información de manera más eficaz y más eficiente, como ocurrió con la aparición de la imprenta, la maquina o la computadora, todo lo cual en el ámbito de la Administración Pública reviste características particulares a observar con el transcurrir del tiempo.

VI. Bibliografía

AAIP, ET AL. (2023). Declaración conjunta sobre extracción de datos (data scraping). Asamblea Global de Privacidad. Accesible en: https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/4026232/joint-statement-data-scraping-202308.pdf

ANA DOBRANTINICH, G. (2021). Derecho y nuevas tecnologías (1.ª ed.). La Ley.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2003). La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. En Derecho público de la inteligencia artificial (pp. 29–56). Fundación Manuel Giménez Abad.

BERGONZINI, G. (2024). Sicurezza della città, tecnologie digitali e intelligenza artificiale: tra regole europee, garanzie costituzionali e autonomia locale. Federalismi.it – Rivista di Diritto Pubblico italiano, Comparato, Europeo, (25), pp. 1–43.

BOIX PALOP, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. Revista de Derecho Público. Teoría y Método, (1), pp. 223–269.

BRECEDA PÉREZ, J. A. (2024). La dignidad humana frente a la inteligencia artificial: un análisis ético y normativo en América Latina. TraHs, (18), 74. Accesible en: https://www.unilim.fr/trahs

BUSTOS GISBERT, R. (2024). El constitucionalista europeo ante la inteligencia artificial: reflexiones metodológicas de un recién llegado. Revista Española de Derecho Constitucional, (131), pp. 149–178.

CAMPOS, C. (2018). 5 ejemplos de inteligencia artificial (IA) en la administración pública: ¿presente o futuro? Accesible en http://concepcioncampos.org/5-ejemplos-deinteligencia-artificial-ia-enla-administracion-publicapresente-o-futuro

CASONATO, C. (2019). Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni. Diritto pubblico comparato ed europeo, N.º especial, pp. 101–130.

CASTELLANO PERE, S., & FERRER, X. D. (2022). Límites y garantías constitucionales frente a la identificación biométrica. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política – Universitat Oberta de Catalunya, (35).

CASTILLO AUCANCELA, A. M. (2021). La era del big data y open data en la administración pública. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, 8(1), 61–76.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2020). ¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos? European Review of Digital Administration & Law, 1(1–2), pp. 18–36.

CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo). (2023). Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública. Accesible en: https://clad.org

COLCELLI, V. (2021). Elementos para una cultura europea de desarrollo de herramientas de inteligencia artificial: el libro blanco sobre la inteligencia artificial y las directrices éticas para una IA fiable. Justicia & Derecho, 4(2).

Comisión Europea. (2020). Libro blanco sobre la inteligencia artificial: Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Accesible en: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1

CORVALÁN, J. G. (2019). Prometea: Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas. Astrea.

CORVALÁN, J. G. (2020). Perfiles digitales humanos. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado. Thomson Reuters – La Ley.

COTINO HUESO, L. (2022). Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y "compañía"... En L. Cotino Hueso & J. Castellanos Claramunt (Eds.), Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial (pp. 27). Tirant lo Blanch.

DE HOYOS SANCHO, M. (2020). El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como "sector de riesgo". Revista Española de Derecho Europeo, (76), pp. 9–43.

DE MINICO, G. (2025). Le fonti del diritto: un argine all'intelligenza artificiale? Rivista Associazione dei Costituzionalisti, (3).

DONATI, F. (2025). La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale. Rivista Associazione dei Costituzionalisti, (1).

ESPARZA LEIBAR, I. (2021). Derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito jurisdiccional e inteligencia artificial. En S. Calaza López & M. Llorente Sánchez-Arjona (Dirs.), Inteligencia artificial legal y administración de justicia (pp. 181–209).

FAGGIANI, V. (2022). El derecho a un proceso con todas las garantías ante los cambios de paradigma de la inteligencia artificial. Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional, (50), pp. 517–546.

FILGUEIRAS, F. (2021). Inteligencia artificial en la administración pública: ambigüedad y elección de sistemas de IA y desafíos de gobernanza digital. Revista del CLAD Reforma y Democracia, (79).

GAMERO CASADO, E. (2023). Las garantías del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la IA. En E. Gamero Casado & F. L. Pérez Guerrero (Coords.), Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios (pp. 397–461).

GASCÓN MARCER, A. (2020). Derechos Humanos e Inteligencia Artificial. En A. Pérez Mirás et al. (Dirs.), Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española, Vol. V (pp. 335–350). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Global Privacy Assembly. (2023, agosto). *Joint statement on data scraping*. Accesible en: https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/4026232/joint-statement-data-scraping-202308.pdf

GUTIÉRREZ, J. D., & CASTELLANOS SÁNCHEZ, M. (2023). Transparencia algorítmica y Estado Abierto en Colombia. Reflexión Política, 25(52), pp. 6–21.

HERNÁNDEZ PEÑA, J. C. (2021). Gobernanza de la inteligencia artificial en la Unión Europea. Revista General de Derecho Administrativo, (56).

INNERARITY, D. (2024). Inteligencia artificial y democracia. UNESCO.

LÓPEZ MARTÍNEZ, R. (2022). Riesgos de la aplicación de la inteligencia artificial en la administración de justicia. En S. Calaza López & M. Llorente Sánchez-Arjona (Dirs.), Inteligencia artificial legal y administración de justicia (pp. 555–565).

MARCHETTI, B. (2021). La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, (2).

MARTÍNEZ, M. V. (2024). De qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial. UNESCO.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2024). *Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial (IA) (OECD/LEGAL/0449), como enmendada el 3 de mayo de 2024*. OCDE. Accesible en: https://legalinstruments.oecd.org/es/ instruments/OECD-LEGAL-0449

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2016). *Reglamento (UE) 2016/679, 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 (Reglamento General de Protección de Datos)*. DO L 119, 4.5.2016, art. 22. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024). *Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y se modifican determinados reglamentos (Ley de Inteligencia Artificial)*. DO L 2024/1689, 12.7.2024. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

PÉREZ PORTO, J., & GARDEY, A. (2024). Inteligencia artificial – Qué es, aplicaciones, definición y concepto. Accesible en: https://definicion.de/inteligencia-artificial/

PIÑAR MAÑAS, J. L. (2019). Inteligencia artificial: técnica, ética y derecho. Escritura Pública, (118), p. 41.

PIZZOLO, C. (2024). ¿Cuándo el fin justifica los medios? IA y datos biométricos en pasaportes. Integración Regional & Derechos Humanos, 12(2).

PONCE SOLÉ, J. (2018). La prevención de riesgos de mala administración y corrupción... Revista Internacional de Transparencia e Integridad, (6), p.11.

PONCE SOLÉ, J. (2024). El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España. Marcial Pons.

PONCE SOLÉ, J. (2024). Inteligencia artificial, decisiones administrativas automatizadas y alcance del control judicial. Revista de Derecho Público: Teoría y Método, (9), pp. 171–220.

RAMIÓ, C. (2019). Inteligencia artificial y administración pública. Estado Abierto, 4(1), pp. 189–193.

RINCÓN ANDREU, G. (2021). Libro Blanco de la Comisión Europea sobre IA. Ius et Praxis, 27(1), pp. 264–270.

RUDIN, C. (2019). Stop explaining black box machine learning models... Nature Machine Intelligence, 1, pp. 206–215.

SÁ ZEICHEN, G. (2020). El acto administrativo automático y el presupuesto voluntad. En H. Granero (Dir.), Inteligencia artificial y derecho, un reto social (pp. 209). Albremática.

SÁNCHEZ ACEVEDO, M. E. (2022). La inteligencia artificial en el sector público y su límite respecto de los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales, 20(2), pp. 257–284. Accesible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000200257

SANDOYA YÉPEZ, L. K., & MAWYIN PEÑA, M. D. (2025). La inteligencia artificial y su impacto en la gestión pública. LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, 6(1), pp. 710–718.

UNESCO. (2021). Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial (SHS/BIO/PI/2021/1). Accesible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223 /pf0000381137_spa

UNESCO. (2023). Ethical impact assessment: A tool of the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. Accesible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223 /pf0000386276

Doctrina/

EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Camila F. Scagnetti[1]

Fecha de recepción: 7 de abril de 2025
Fecha de aceptación: 14 de julio de 2025

Resumen

El presente trabajo explora el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales. Aunque existe una recepción normativa de este derecho en instrumentos internacionales y regionales, el estudio revela que no hay un reconocimiento explícito por parte de órganos jurisdiccionales clave como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para llegar allí, el estudio brinda un análisis detallado de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en relación con el derecho a una vivienda adecuada, al mismo tiempo que examina su recepción normativa dentro de los distintos sistemas regionales. Asimismo, explora el piso mínimo de obligaciones exigibles derivado del sistema universal de derechos humanos, particularmente a través de la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) y otros mecanismos internacionales. Finalmente, el análisis subraya las tensiones entre el reconocimiento normativo y la falta de una aplicación judicial explícita, ofreciendo reflexiones críticas sobre los desafíos y oportunidades para fortalecer la protección de este derecho en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho a la vivienda adecuada, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Sistema Universal de Derechos Humanos, Sistemas Regionales de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de

[1] Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

Derechos Humanos, recepción normativa, obligaciones estatales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), estándares internacionales, protección de derechos humanos, desarrollo jurisprudencial.

Title: THE RIGHT TO ADEQUATE HOUSING IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Abstract

This paper explores the recognition of the right to adequate housing within the framework of International Human Rights Law, considering both the universal and regional systems. While this right is normatively acknowledged in various international and regional instruments, the study reveals that it is not explicitly recognized by key judicial bodies such as the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights. To address this, the paper provides a detailed analysis of the case law from regional human rights courts concerning the right to adequate housing, while also examining its normative inclusion across different regional systems. It further explores the minimum set of enforceable obligations derived from the universal human rights system, particularly through the interpretations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) and other international mechanisms. Lastly, the analysis highlights the tensions between normative recognition and the lack of explicit judicial enforcement, offering critical reflections on the challenges and opportunities for strengthening the protection of this right within International Human Rights Law

Keywords: Right to adequate housing, International Human Rights Law, Universal Human Rights System, Regional Human Rights Systems, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, normative recognition, state obligations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), international standards, human rights protection, jurisprudential development.

Sumario: I. Introducción. II. Regulación en los Instrumentos Internacionales. II.i. Recepción en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH). II.ii. Recepción en

los Sistemas Regionales del DIDH. II.iii. Líneas de Interpretación comparativa de los sistemas. II.iii.a. Interpretación del derecho a la vivienda en el SUDH. II.iii.b. Interpretación del derecho a la vivienda en los Sistemas Regionales. II.iii.b.1. SIDH. II.iii.b.2. SEDH. II.iii.b.3. Sistema Africano de DDHH. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

El derecho a una vivienda adecuada es un componente fundamental tanto en el sistema universal de derechos humanos como en los sistemas regionales de derechos humanos, reconocido y protegido en diversos instrumentos internacionales[2]. En este artículo se explorará la manera en que este derecho se aborda en los diferentes sistemas de derechos humanos, en particular en los instrumentos internacionales que los componen y las líneas de interpretación comparativa de los órganos que los integran.

A partir de este análisis, se observará una brecha entre, por un lado, el reconocimiento normativo del derecho a la vivienda adecuada en el sistema universal y la interpretación de uno de sus órganos cuasi jurisdiccionales, y por el otro su aplicación en los sistemas regionales de derechos humanos. específicamente, mientras el Comité DESC ha establecido un piso mínimo de obligaciones estatales y una interpretación progresiva de este derecho, los sistemas regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han sido más reticentes en reconocerlo explícitamente en su jurisprudencia. Esta divergencia plantea interrogantes sobre la efectividad de la protección del derecho a la vivienda adecuada y la necesidad de una mayor armonización entre los sistemas para garantizar su plena realización.

II. Regulación en los Instrumentos Internacionales

II.i. Recepción en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH)

[2] En ese sentido, para Mariana Mazzucato y Leilani Farha existe un consenso internacional en que el derecho a la vivienda es un derecho humano fundamental en "*The right to housing: a mission-oriented and human rights-based approach"* (MAZZUCATO & FARAH, 2023: p.13) y para Bogumil Terminski es uno de los derechos humanos sociales y económicos más elementales en *"Right to adequate housing in international human rights law: Polish transformation experiences*" (TERMINSKI, 2012: p. 22).

En el SUDH, el derecho a la vivienda adecuada se encuentra protegido a través del concepto de "un nivel de vida adecuado", mencionado en dos de los Instrumentos de la Carta Internacional de Derechos Humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Este enfoque reconoce que una vivienda adecuada es esencial para que las personas y sus familias gocen de un nivel de vida digno y satisfagan sus necesidades básicas (CHENWI, 2023: p. 343)[3]. A su vez, es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales (COMITÉ DESC, 1991: párr. 1).

La DUDH establece en su artículo 25.1 que: *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda (...)"*. Según LECKIE (1992: pp. 99-100), si se asume que las disposiciones de la DUDH forman parte del Derecho Internacional Consuetudinario, un mínimo de obligaciones respecto al derecho a la vivienda adecuada es exigible a cada Estado del mundo.

El PIDESC, en su artículo 11.1, prevé que: *"(l)os Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento"*[4].

A partir de tales recepciones normativas, se puede concluir que la vivienda adecuada es un derecho humano y un componente integral del nivel de vida

[3] Véase que incluso Gialdino postula que *"(...)constituye una suerte de paradigma mayor del principio de interdependencia e indivisibilidad de los mentados derechos. Luego, incluso en instrumentos que no lo enunciaran formalmente, podría ser derivado de otros derechos reconocidos o, al menos, encontrar algún grado de tutela mediante estos últimos"* (GIALDINO, 2013: p. 67).

[4] Esto debe interpretarse con el artículo 2 del mismo Pacto que dispone que cada Estado Parte se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos "para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados (..) la plena efectividad de los derechos reconocidos" y a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna. (LECKIE, 1992: p. 24).

adecuado, ya que proporciona seguridad, privacidad, espacio y las condiciones necesarias para el desarrollo personal y familiar (COMITÉ DESC, 1991, párr. 1)[5]. Además, el derecho a la vivienda incide directamente en la dignidad inherente a la persona humana de la se derivan los derechos consagrados tanto en la DUDH como en el PIDESC, por lo que se puede afirmar que "el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos" (Comité DESC, 1991, párr. 7; GIALDINO, 2013: p. 47).

Adicionalmente, se pueden identificar disposiciones tendientes a consagrar al derecho a la vivienda adecuada en los siguientes instrumentos del SUDH:

- La **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** resalta el derecho a la vivienda en su artículo 5. Allí, detalla que *"los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: … (e) … (iii) El derecho a la vivienda (…)".*
- La **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)** en su artículo 14 inciso 2 (h) dispone que los Estados Partes, con el objeto de eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales, deberán asegurar su derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, entre las que destaca la esfera de la vivienda.
- La **Convención sobre los Derechos del Niño** estipula, en su artículo 27.3, que los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado y que, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo con respecto a la vivienda.

[5] A su vez, la satisfacción de este derecho es un factor fundamental en el respeto del derecho a la salud (COMITÉ DESC, 2000: párr. 11).

- La **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, en su artículo 28 inciso 1, incluye a la vivienda dentro del derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, al mismo tiempo que prescribe que los Estados adoptarán medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. Asimismo, el inciso 2 del citado artículo agrega que los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública, como parte del reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación[6].
- La **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares** comprende el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres entre los aspectos en los que los trabajadores migratorios deberán gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo (NACIONES UNIDAS, 1990: art. 43.1.d)
- La **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados**, en su artículo 21, consagra el trato más favorable en esta materia de los Estados Contratantes hacia los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios.
- La **Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** incluye a la vivienda entre las esferas que integran el derecho de los pueblos indígenas al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, protegido en el artículo 21.1. A su vez, tutela aspectos relacionados con el derecho a la vivienda en la medida que establece el no desplazamiento de

[6] Además el artículo 9 de dicho instrumento prevé que: *"a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico,(…).Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) (...) viviendas (...)"*

sus tierras o territorios (art. 10); el derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de programas de vivienda (art. 23); el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado y el deber de los Estados de asegurar la protección jurídica (art. 26); el establecimiento de un proceso con la participación de las comunidades indígenas en el que los Estados reconozcan las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de las comunidades (art. 27); el derecho a la reparación por las tierras, los territorios y los recursos y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 28); y el derecho a determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo de sus tierras (art. 32).

Por otro lado, cabe destacar que el SUDH cuenta con normas de *soft law*, como principios y directrices internacionales, conferencias, declaraciones y planes de acción que contienen disposiciones específicas relacionadas con el derecho a una vivienda adecuada y han marcado considerables antecedentes en el desarrollo del derecho a la vivienda[7].

II.ii. Recepción en los Sistemas Regionales del DIDH

Si bien los instrumentos marco de los sistemas regionales de derechos humanos no mencionan explícitamente al derecho a una vivienda adecuada, la jurisprudencia de los órganos de cada sistema ha derivado su protección del disfrute

[7] Véanse los "Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, Principios Pinheiro"; "Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo."; "Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad"; "Principios rectores de los desplazamientos internos"; "Principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", "Principios rectores de la seguridad de la tenencia para los pobres urbanos"; "Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género" (ppio 15); y las "Directrices para la aplicación del derecho a una vivienda adecuada". En cuanto a conferencias, declaraciones y planes de acción, véase la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976), el Programa 21 (1992), la Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos (1996), el Programa de Hábitat (1996), y la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000). Asimismo, el ODS 11 de la Agenda 2030 de la ONU presenta como una meta asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales.

de otros derechos humanos, como el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad y el derecho a la protección de la familia.

En el SIDH, la Convención Americana de Derechos Humanos no hace expresa referencia al derecho a la vivienda. No obstante, en su artículo 26 consagra el desarrollo progresivo de *"los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"*. En ese sentido, la Carta de la OEA en el artículo 34 establece que los Estados miembros dedicarán esfuerzos a la consecución de la vivienda adecuada para todos los sectores de la población. Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XI alude a la vivienda como uno de los aspectos en los que, a través de medidas sanitarias y sociales, el derecho a la salud de las personas debe ser preservado, y el art. IX establece la inviolabilidad del domicilio para toda persona (LECKIE, 1992: p.22). Un avance significativo en la materia se ve reflejado en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que consagra el derecho a una vivienda digna y adecuada, a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades de las personas mayores, en el artículo 24. Además, tal norma establece que los Estados Parte deberán adoptar *"las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio(..)" y "políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor (...)".*

En cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, a pesar de la falta de recepción expresa del derecho a la vivienda en el CEDH, se lo puede relacionar con la tutela de otros derechos afines allí resguardados (LECKIE, 1992: p. 24)[8]. Como se

[8] A su vez, según un informe del Comisario de Derechos Humanos, institución independiente dentro del Consejo de Europa, la Carta Social Europa y de una manera indirecta el Convenio Europeo de Derechos Humanos contienen importantes disposiciones de vivienda y relacionadas con el derecho a la vivienda. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA, 2008).

verá más adelante, el TEDH, mediante la técnica interpretativa de protección indirecta o par ricochet (SANZ CABALLERO, 2015: pp. 25-32), ha relacionado el derecho a la vivienda adecuada con el derecho a la vida[9], el derecho al respeto a la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia[10] protegidos por el CEDH (CUENCA CARMONA, 2017: pp. 1226-1228). Por otra parte, la Carta Social Europea Revisada (CSER) contempla al derecho a la vivienda en el artículo 31, que prevé: "Para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1. a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes[11]".

En el Sistema de la Unión Europea de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene disposiciones indirectas sobre el derecho a la vivienda a través de los artículos 7 (derecho al respeto de vida privada y familiar), 33 (derecho de las familias a beneficiarse de protección jurídica, económica y social) y 36 (obligación de la UE de reconocer y respetar las disposiciones adoptadas por los Estados miembros para el acceso a servicios de interés económico general) (DERDEK, ET AL., 2023, p. 13)[12]. Reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda en la vivienda en el artículo 34 inciso 3 que reza: *"(c)on el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las*

[9] TEDH, sentencia de 30 de noviembre de 2004, *Öneryildiz v. Turquía*.

[10] TEDH, sentencia 19 de febrero de 1998, *Guerra y otros v. Italia*, apartado 60; TEDH, sentencia 9 de diciembre de 1994, *Lopez Ostra v. España*; TEDH, sentencia 30 de noviembre de 2004, *Öneryildiz v. Turquía*; TEDH, sentencia 12 de julio de 2005, *Moldovan y otros v. Rumanía*; TEDH, sentencia 24 de septiembre de 2012, *Yordanova y otros v. Bulgaria,* y TEDH, sentencia 1 de octubre de 2022, *Paketova y otros v. Bulgaria*.

[11] Un caso célebre en el que CEDS aplicó esta norma y entendió que el Estado demandado había violado el derecho a la vivienda es la decisión sobre la Reclamación 53/2008 (CEDS, 2008)

[12] Los autores sostienen que el CDFUE crea obligaciones vinculantes para las instituciones de la UE actuando dentro de sus competencias y mandatos, y para los Estados miembros al aplicar la legislación de la UE.

modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales[13]*".*

Por su parte, el Sistema Africano de Derechos Humanos tampoco consagró de forma explícita el derecho a la vivienda (LECKIE, 1992: p.23), sino que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos lo derivó de los artículos 4 (inviolabilidad de la persona humana), 14 (derecho a la propiedad), y 18 inc. 1 (derecho a la familia) de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP, 2001: párr. 53). Sin embargo, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres, salvaguarda tal derecho en su artículo 16, que establece que las mujeres tendrán derecho a igualdad de acceso a la vivienda y que los Estados Partes concederán a la mujer acceso a una vivienda adecuada.

Por último, en cuanto al Sistema Asiático de Derechos Humanos[14], la protección del derecho a la vivienda está contemplada en el art. 28 de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, que establece que toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada y asequible.

II.iii. Líneas de Interpretación comparativa de los sistemas

II.iii.a. Interpretación del derecho a la vivienda en el SUDH

El Comité DESC se ha convertido en un intérprete clave en materia de derecho a la vivienda, ya que a través de las Observaciones Generales Nº 4 y 7 ha sentado las bases sobre su definición, sentido, alcance y sus elementos en el derecho internacional de los derechos humanos[15].

---

[13] Esta norma implica que medidas a nivel UE deben asegurar que las obligaciones internacionales del derecho a la vivienda sean observadas en la implementación de las normas de la UE tanto a nivel europeo como nacional, de acuerdo al informe del Comisario de Derechos Humanos (COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS OF THE COUNCIL OF EUROPE, 2008: p. 11)

[14] El Sistema Asiático de Derechos Humanos es incipiente. No cuenta con ningún órgano jurisdiccional. La Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN supervisa el cumplimiento de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, pero no cuenta con facultad para obligar a su cumplimiento, ni ha realizado observaciones de ningún tipo.

[15] Tales observaciones son citadas por distintos intérpretes del derecho internacional de carácter jurisdiccional, como la Corte IDH (véase Corte IDH, *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia del 24 de noviembre de 2020, Serie C, No. 400, en donde se citan ambas observaciones generales, en la OC 23/17 "Medio ambiente y derechos humanos" y de carácter no jurisdiccional como el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como

En la Observación General N° 4 sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada, el Comité DESC proporciona una definición de tal derecho y demarca los aspectos para establecer cuándo una vivienda se puede considerar adecuada a los efectos del PIDESC (COMITÉ DESC, 1991: párr. 5). Encuadra al derecho a la vivienda adecuada como el derecho de todas las personas "a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte" (COMITÉ DESC, 1991: párr. 6) y lo distingue de una interpretación en un sentido estricto o restrictivo "que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad" (COMITÉ DESC, 1991: párr. 7).

En ese sentido, el Comité DESC determina los elementos que deben ser considerados para que este derecho sea satisfecho. Ellos son:

- **Seguridad jurídica de la tenencia.** Independientemente del tipo de tenencia, "todas las personas deben tener cierto grado de seguridad legal en su vivienda para protegerse contra desahucios, hostigamientos u otras amenazas". Al respecto, fija como obligaciones de los Estados Partes *"adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados"* (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. a).
- **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura:** implica que la vivienda cuente con "servicios esenciales para la salud, como agua potable, energía, instalaciones sanitarias, almacenamiento de alimentos y servicios de emergencia". Las personas deberían acceder a recursos naturales y comunes, agua potable, energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. b).
- **Gastos soportables.** Los gastos relacionados con la vivienda no deben impedir la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados deberían

elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto en sus informes A/78/192 y A/HRC/52/28)

"adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso"; *"crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda" y "proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres"* (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. c).

- **Habitabilidad.** Para que una vivienda sea habitable debe poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes, protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad, y garantizar la seguridad física de los ocupantes (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. d)[16].
- **Asequibilidad.** La vivienda adecuada debe ser asequible, con un enfoque prioritario en grupos desfavorecidos, como personas mayores, niños, personas con una discapacidad, personas con VIH, las personas con problemas médicos persistentes y las víctimas de desastres naturales, entre otras categorías. A su vez, el Comité resalta que *"(l)os Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho"* (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. e).

  Sobre este elemento, el Relator sobre la vivienda adecuada especificó que *"(l)a asequibilidad de la vivienda trasciende la mera capacidad financiera para comprar, alquilar o construir una casa. Las políticas deben abordar los costes iniciales, como los depósitos y los pagos iniciales, y abarcar la asequibilidad de servicios esenciales como el agua, el saneamiento y la energía para la calefacción y la cocina. Los costos de los servicios públicos, incluido el agua, deben ser económicamente accesibles para garantizar un nivel de vida digno"* (RELATOR ESPECIAL SOBRE UNA VIVIENDA ADECUADA, 2023, párr. 13).

[16] Asimismo, para referirse a este elemento el Comité cita a los Principios de Higiene de la Vivienda de la OMS y pone de manifiesto que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

- **Lugar adecuado.** Involucra que la vivienda tenga una ubicación que permita "*el acceso a empleo, atención médica, educación y otros servicios sociales, especialmente en áreas urbanas y rurales"* y que no se sitúe cerca de fuentes de contaminación que amenacen el derecho a la salud de sus habitantes (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. f).
- **Adecuación cultural:** Las políticas de vivienda y la construcción deben respetar la diversidad cultural y permitir la expresión de la identidad cultural en la vivienda, sin sacrificar aspectos culturales importantes (COMITÉ DESC, 1991: párr. 8, pto. g).

  Por otra parte, el Comité interpretó que *"si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean necesarias con ese fin"* (COMITÉ DESC, 1991: párr. 12). En concordancia, aclaró que *"la vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato"*[17] y que "(p)ara que un Estado Parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias (...) para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción" (COMITÉ DESC, 1991: párr. 13).

  Por otro lado, el Comité concluyó que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del PIDESC y "sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional" (COMITÉ DESC, 1991: párr. 18). Retomó este asunto en la OG 7 sobre el "Derecho a una Vivienda Adecuada: los desalojos forzados" en la que se explayó sobre consecuencias de esas prácticas para las obligaciones enunciadas en el PIDESC. Conceptualizó a los desalojos forzosos como "hacer salir a personas, familias y/o comunidades

[17] En la misma línea, el mismo Comité estableció la obligación fundamental de que los Estados parte den efectividad a los derechos del PIDESC en las Observaciones Generales N 3-La índole de las obligaciones de los Estados Parte y N 9-La aplicación interna del Pacto (párrs. 9 y 1, respectivamente).

de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos" (COMITÉ DESC, 1997, párr. 3).

Al respecto, precisó las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos: una auténtica consulta a los afectados; un plazo suficiente y razonable de notificación a los afectados con antelación a la fecha prevista para el desalojo; facilitar a los interesados información relativa a los desalojos; la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo; identificación exacta de todas las personas que realicen el desalojo; no efectuar desalojos cuando haga mal tiempo o de noche; ofrecer recursos y asistencia jurídica a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales (COMITÉ DESC, 1997, párr. 15). Finalmente, aclaró que *"los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos"* y que, si no contaran con recursos, el Estado Parte debería adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda (COMITÉ DESC, 1997, párr. 16).

En definitiva, como señala PIZZOLO (2011: p.344), estas Observaciones Generales revisten un valor hermenéutico fundamental para comprender el derecho a la vivienda adecuada. A su vez, es destacable la labor del citado Comité con respecto a este derecho en el marco de los procedimientos de comunicaciones individuales. Así, en los dictámenes finales de los casos "López Albán v. España" y "Gómez-Limón Pardo v. España" sostuvo que el desalojo de las peticionarias sin un examen de proporcionalidad por parte de las autoridades españolas constituyó una violación de sus derechos a la vivienda adecuada (COMITÉ DESC, 2019). Particularmente, en el caso "López Albán v. España", además de efectuar recomendaciones individuales, fijó como obligaciones generales del Estado demandado (COMITÉ DESC, 2019: párr. 17): a) desarrollar un marco normativo que regule los desalojos, incorporando el requisito de que las autoridades judiciales realicen un

examen de proporcionalidad entre el fin perseguido por la medida y sus consecuencias sobre las personas desalojadas, así como la compatibilidad de la medida con el PIDESC incluidos los casos de ocupación sin título legal; b) asegurar que las personas objeto de una orden de desalojo puedan objetar la decisión para que las autoridades judiciales examinen la proporcionalidad; c) adoptar las medidas necesarias para que todas las personas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al parque de vivienda social; d) adoptar las medidas necesarias para asegurar que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa sólo se ejecuten después de que haya habido una consulta genuina y efectiva y realizar todos los pasos indispensables, hasta el máximo de sus recursos, para que las personas desalojadas tengan una vivienda alternativa, en especial en casos que involucran a personas en situación de vulnerabilidad; e) formular e implementar, hasta el máximo de sus recursos, un plan comprehensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos, de conformidad con la OG 4, el que debería incluir los recursos, las medidas, los plazos y los criterios de evaluación que permitirán en forma razonable y verificable garantizar el derecho a la vivienda de esas personas; f) establecer un protocolo para el cumplimiento de las medidas provisionales emitidas por el Comité, informando a las autoridades de la necesidad de respetarlas para asegurar la integridad del procedimiento (COMITÉ DESC, 2019).

Por otro lado, un órgano extraconvencional del SUDH crucial en el desarrollo de este derecho es La Relatoría Especial para el Derecho a la Vivienda (PLESSMANN ET. AL, 2009: p. 189). Bajo esta órbita, el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada ha publicado una serie de informes temáticos anuales en los que ha desarrollado una amplia interpretación de este derecho[18].A su vez, advirtió que la discriminación en la vivienda[19], la

[18] La Corte IDH se ha valido de sus informes en los casos "Masacres de Ituango v. Colombia", sentencia de 1º de julio de 2006, párr.123 y "Sales Pimenta v. Brasil", sentencia de 30 junio de 2022, párr. 32.

[19] Incluye el acceso discriminatorio a la vivienda privada, pública, terrenos edificables, viviendas en alquiler, hipotecas, créditos, herencias, a la igualdad de seguridad o de tenencia, a la protección

segregación espacial[20] y la crisis climática (RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA, 2022b) son de los principales obstáculos para disfrutar del derecho a una vivienda adecuada. Asimismo, destacó que los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar y aplicar estrategias para erradicar la falta de hogares (RELATORA ESPECIAL SOBRE UNA VIVIENDA ADECUADA, 2015: párr. 48).

II.iii.b. Interpretación del derecho a la vivienda en los Sistemas Regionales.

II.iii.b.1. SIDH

La Corte IDH se ha ocupado de cuestiones relacionadas con el derecho a la vivienda en diversos casos, y en algunos ha condenado a los Estados a promulgar planes de vivienda, como en "Masacre de Plan Sánchez v. Guatemala"[21], "Masacres de Ituango v. Colombia"[22] y "Masacre de Pueblo Bello v. Colombia"[23]. Puntualmente, en "Masacre de Plan de Sánchez" la Corte IDH afirmó que, dado que los militares habían destruido las viviendas de las víctimas, Guatemala debía implementar un programa habitacional, en un plazo máximo de 5 años, mediante el cual se proveyera de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residieran en dicha aldea[24]. En tal oportunidad citó a la OG 4 sobre el derecho a la vivienda adecuada, analizado en el apartado correspondiente[25]. A su vez, en "Masacre de Pueblo Bello" la Corte reconoció que algunos residentes no deseaban regresar a su pueblo por

contra desahucios, a la habitabilidad, a los servicios públicos (RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA, 2021)

[20] La planificación del uso del suelo, la zonificación discriminatoria, las barreras físicas, los desalojos y desplazamientos forzosos, las políticas sociales y de vivienda pública, la criminalización y estigmatización de los grupos minoritarios pueden convertirse en motores de la segregación espacial (RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA, 2022a)

[21] Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 105.

[22] Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 407.

[23] Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 275–276.

[24] Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 105.

[25] *Ídem*, párr. 105.

temor a amenazas de paramilitares[26]. Por ende, hasta que se llevaran adelante las investigaciones correspondientes, la Corte ordenó al Estado que garantizara la seguridad de los que regresaran mediante visitas periódicas y consultas con los residentes y que implementara un programa habitacional para que contaran con vivienda adecuada.[27] En esa línea, en "Masacres de Ituango" interpretó que la quema y destrucción de las viviendas de las víctimas constituyó una grave vulneración de un bien indispensable para ellas, causando una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hizo que la violación al derecho a la propiedad en el caso fuera de especial gravedad[28]. Entre las reparaciones que estableció la Corte, ordenó a Colombia la implementación de un programa habitacional, mediante el cual se proveyera de vivienda adecuada a las víctimas sobrevivientes que perdieron sus casas y que así lo requirieran[29] y, además, ordenó una indemnización para cada una de las personas que perdieron sus viviendas en "El Aro"[30].

La Corte en otros casos ha tratado también el derecho a la vivienda, aunque no de manera autónoma, sino que lo incluyó dentro de consideraciones más amplias relativas al derecho de propiedad comunal a la tierra de comunidades indígenas. Así sucedió en los casos "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua" y "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", donde subrayó la importancia del reconocimiento y respeto de los derechos de propiedad de dichas comunidades sobre sus tierras y recursos naturales, fundamentales para la preservación de la identidad cultural, el bienestar y la calidad de vida[31]. Particularmente, en el segundo pronunciamiento mencionado consideró que los miembros de la Comunidad Yakye

[26]Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 275-276

[27] *Ídem*, párr 276.

[28] Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia del 1º de julio de 2006, párrs. 182 y 183. A su vez, en el párr 196 considera precedentes del TEDH en los que estableció que, en circunstancias similares a los hechos del caso, la destrucción deliberada de domicilios y otras propiedades por parte de las fuerzas armadas del estado causó que las víctimas se vieran obligadas a abandonar el pueblo y constituyó una interferencia especialmente grave e injustificada en la vida privada y familiar.

[29] *Ídem* párr. 407

[30] *Idem* párr. 390 punto g.

[31] Corte IDH, "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua", sentencia de 31 de agosto de 2001, y "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 156 y 146, respectivamente.

Axa veían imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos[32] y resaltó la importancia del control de las comunidades indígenas de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.[33]

En otros casos la Corte se pronunció de forma indirecta en temáticas vinculadas con el derecho a la vivienda. En "Gonzales Lluy y Otros v. Ecuador", utilizó el concepto de "interseccionalidad" en el análisis de la discriminación sufrida por una niña en el acceso a educación[34]. Relacionó la situación de vulnerabilidad de la víctima y su familia y la discriminación sufrida por ellos, con las dificultades para acceder, entre otras cuestiones, a una vivienda digna[35]. Por ello, entre otras medidas, ordenó que el Estado entregue a título gratuito a Talía Gonzales Lluy una vivienda digna en el plazo de un año[36]. En el caso "Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria v. Perú" la Corte desarrolló las obligaciones positivas del Estado con relación a la protección del derecho a una vida digna para las personas de la tercera edad y citó al artículo 11 del PIDESC[37]. Destacó la importancia de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas mayores, que establecen que los Estados deben incorporar principios en sus programas nacionales para garantizar que las personas de edad tengan acceso a la vivienda, a través de ingresos, apoyo familiar y comunitario, así como su propia autosuficiencia[38]. En el caso "Sales Pimenta v. Brasil" si bien la Corte IDH no abordó el derecho a la vivienda de forma directa, al analizar la existencia de un contexto de violencia e impunidad estructural contra los defensores de los derechos humanos en Brasil, especialmente los que trabajan en la defensa del derecho a la tierra, citó al "Informe del Relator Especial sobre una vivienda

[32] Corte IDH, "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 164.
[33] *Ídem*, párr. 146.
[34] Corte IDH, "Gonzales Lluy y Otros v. Ecuador", sentencia de 1º de septiembre 2015, párr. 290.
[35] *Ídem*, párrs. 277 y 290
[36] *Ídem*, párr. 377.
[37] Corte IDH, "Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) v. Perú", sentencia de 21 de noviembre de 2019, párr. 187.
[38] *Ídem*, párr. 187.

adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado"[39]. La Corte se apoyó en tal informe para demostrar el alto grado de concentración de la tierra en Brasil, y la violencia estructural que deriva de tal concentración.[40]

Un caso remarcable es "De los buzos Miskitos vs. Honduras", en el que la Corte IDH homologó el Acuerdo de Solución Amistosa alcanzado por el Estado y los representantes de las víctimas, cuyo punto VIII. A.4. titulado "Vivienda para los buzos y sus familias" estableció que el Estado se comprometía a desarrollar un programa de dotación de viviendas para la población miskita afectada[41]. Además, el Estado se obligó a realizar las remodelaciones esenciales en las viviendas entregadas, adaptándolas para mayor accesibilidad a personas con discapacidad, según principios de diseño universal y respetando la identidad cultural miskita en la construcción o remodelación[42]. Se previó que las viviendas deberían contar con instalaciones sanitarias, acceso a agua potable, energía eléctrica y drenaje adecuado. Finalmente, el Estado se comprometió a otorgar títulos de propiedad en dominio pleno de los inmuebles.[43] Si bien la Corte no precisó el alcance del derecho a la vivienda, la homologación del Acuerdo de Solución Amistosa, incluyendo el punto acerca de la vivienda, constituye un precedente implícito donde aceptó la procedencia de una medida reparativa basada en el derecho a la vivienda de las víctimas.

Por último, la Corte IDH en sus opiniones consultivas ha reconocido el derecho a la vivienda. En la OC-24/1 hizo notar que las múltiples formas de discriminación contra las personas LGBTI pueden afectar "su acceso a derechos básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda"[44]. Añadió que el

[39] Corte IDH, "Sales Pimenta v. Brasil", sentencia de 30 junio de 2022, párr. 32. Volvió a hacerlo al hacer foco en la práctica del acaparamiento de tierras y liberalización de la agricultura llevado adelante entre los años 1964 a 1985, durante la dictadura militar, en el párr. 45.

[40] *Ídem* párr. 32.

[41] Corte IDH, "De los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) v. Honduras, sentencia de 31 de agosto de 2021, párr. 119. Hasta la fecha del acuerdo, Honduras había entregado 39 viviendas y se comprometió a entregar las tres restantes en un año a los buzos miskitos acreditados como víctimas directas o sus familiares.

[42] *Ídem*, párr. 119.

[43] *Ídem*, párr. 119.

[44] Corte IDH, OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la república de Costa Rica "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", párr. 41

reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta vital para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo dentro de los derechos enumerados a la vivienda[45]. En la OC 23/17, consideró que entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales se encuentra el derecho a la vivienda[46]. Por otro lado, a través de la OC-21/14 indicó que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos de niñas y niños deben ser manejados con diligencia excepcional por las autoridades, por lo que el Estado es responsable de proteger a la niña o niño solicitante de refugio durante el tiempo que dure la toma de decisión y que entre otras cuestiones debe asegurarle vivienda[47].

II.iii.b.2. SEDH

El TEDH en múltiples pronunciamientos ha determinado diferentes tipos de obligaciones positivas con relación a la vivienda, generalmente, sobre la base del artículo 8 del CEDH, a partir de los cuales se puede argüir que no es indiferente a este derecho (CUENCA CARMONA, 2017: pp. 1233; PINTO DE ALBUQUERQUE,2023: p.24) [48]. En especial, ha tratado la temática de vivienda, declarando que el Estado demandado vulneró el derecho a la vida privada y familiar, en casos relacionados con desalojos forzosos[49], destrucción deliberada de la vivienda[50], allanamientos

[45] *Ídem* párr. 101 p.i

[46] Corte IDH OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia: "Medio Ambiente y derechos humanos", cons 66.

[47] Corte IDH, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay: "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", párr. 256

[48] En la entrevista realizada, este último, que fue juez del TEDH de 2011 a 2020, postula que los casos presentados ante el TEDH brindaron la oportunidad perfecta para formular claramente el derecho a la vivienda sobre la base del artículo 8 y hasta del 3 del CEDH.

[49] TEDH, sentencia del 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*, apartado 94; TEDH, sentencia 13 mayo 2008, *McCann v. Reino Unido*, parr. 47; TEDH, sentencia de 17 octubre 2013, *Winterstein c. Francia*, apartado 158; TEDH, sentencia de 24 de abril de 2012, *Yordanova y otros c. Bulgaria*, apartado 144; TEDH, sentencia de 4 de octubre de 2022, *Paketova y otros c. Bulgaria*, apartado 168 y TEDH, sentencia de 8 de septiembre de 2022, *Jansons c. Letonia*, apartado 102.

[50] TEDH, sentencia de 24 de abril 1998, *Selçuk y Asker c. Turquía*, apartado 86.

irregulares[51], impedimento a personas desplazadas de volver a su hogar[52], problemáticas ambientales[53] y desprotección de los elementos de la vivienda[54].

Cabe resaltar los casos "Connors v. Reino Unido", "Yordanova y otros v. Bulgaria" y "Winterstein v. Francia" en los que el TEDH determinó que, si bien los Estados gozan de cierto margen de apreciación respecto de la política social y de vivienda, deben garantizar que los desalojos forzosos respeten los derechos humanos, lo que no ocurrió en esos casos y por lo entendió que se habían violado los artículos 8 y 14 del CEDH[55]. Para así decidir, evalúo la interferencia en el domicilio de los demandantes con relación a la necesidad en una sociedad democrática y la proporcionalidad de la medida[56]. El TEDH enfatizó el margen de apreciación más estrecho cuando se trata de los derechos del artículo 8 y estableció que los Estados tienen la obligación de proporcionar recursos alternativos adecuados para las personas que son desalojadas.[57] En el caso "Jansons v. Letonia", el TEDH también identificó una violación de este artículo y concluyó que Letonia no cumplió con sus obligaciones de proteger al solicitante contra el desalojo forzoso por parte de una empresa privada[58]. El TEDH precisó que el Estado tenía la obligación positiva de brindarle un remedio judicial efectivo al demandante ante la privación de su hogar, como no sucedió entendió que el Estado también había violado el artículo 13 del CEDH[59] y lo condenó a indemnizar a la víctima en concepto de daño moral[60]. En "Pepilenko v. Rusia" el TEDH resolvió que el Estado demandado

51 TEDH sentencia de 28 de octubre de 1994, *Murray c. Reino Unido*, apartado 88; y TEDH, sentencia de 25 febrero de 1993, *Funke c. Francia*, apartado 48.

52 TEDH, sentencia de 10 de mayo 2001, *Chipre c. Turquía*, apartados 165-177.

53 TEDH, sentencia de 9 de diciembre 1994, *López Ostra c. España*, apartado 51; y TEDH, sentencia 21 de febrero de 1990, *Powell y Rayner c. Reino Unido*, apartado 40.

54 TEDH, sentencia de 22 de febrero 2005, *Novoseletskiy c. Ucrania*, apartado 89.

55 TEDH, sentencia de 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*, apartado 94; TEDH, sentencia de 24 de abril de 2012, *Yordanova y otros c. Bulgaria*, apartado 144; y TEDH, *Winterstein c. Francia*, sentencia de 17 octubre 2013, apartado 158.

56 *Ídem*.

57 TEDH, sentencia de 4 de octubre de 2022, *Connors* citado, apartado 80.

58 TEDH, sentencia del 8 de septiembre de 2022, *Jansons c. Letonia*, apartado 102.

59 Ídem, párr. 100 y 102.

60 Ídem, punto resolutivo 4 (a) (i). El TEDH en Paketova y otros v. Bulgaria, sentencia de 4 de octubre de 2022 también ordenó indemnizaciones a los peticionantes en concepto de daño moral, cf. apartado 176.

tenía que asegurar la ejecución de una sentencia interna que ordenaba el reasentamiento de los solicitantes desalojados ilegalmente[61]. Dado que los demandantes no tenían ningún otro lugar de residencia, el Tribunal incluso ordenó al Estado hacerse cargo de los gastos de alojamiento, ya sea en un hotel o en un apartamento alquilado, durante el período durante el cual la sentencia permaneciera sin ejecutarse[62].

Por último, en el caso "Marzari v. Italia" el TEDH sostuvo que, aunque el artículo 8 no garantiza el derecho a que la obtención de la vivienda sea resuelta por las autoridades, una negativa de proveer asistencia con respecto a un individuo que sufre una enfermedad severa puede constituir una violación de la referida norma debido al impacto de dicha denegación en la vida del individuo[63].

II.iii.b.3. Sistema Africano de DDHH

Si bien el derecho a la vivienda no ha sido abordado específicamente por la Corte Africana de Derechos Humanos (PIETERSE, 2023: p. 23; GOLAY, 2007: p. 30), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se ha pronunciado en el caso "The Social and Economic Rights Action Center y otros v. Nigeria" vinculando el derecho a la vivienda con los derechos a la salud y a la protección de la familia, según lo establecido en los artículos 14 y 18.1 de la Carta, respectivamente[64]. Por su parte, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos v. Kenia", determinó que el desalojo de una comunidad indígena infringía el derecho a la propiedad en el marco de la CADHP[65], aunque no desarrolló reglas relativas al derecho a la vivienda.

[61] TEDH, sentencia de 16 enero de 2014, *Pelipenko c. Rusia*, apartado 30 y punto 1 de la parte resolutiva.
[62] Ídem.
[63] TEDH, sentencia de 4 de mayo de 1999, *Marzari c. Italia*, apartados 175-179.
[64] CADHP, Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR)/Nigeria, sentencia de 27 de octubre de 2001, párr. 60-64.
[65]Corte Africana de DDHH, "Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos c. Kenya", sentencia de mayo del 2017, párr. 131.

III. Conclusiones

El derecho humano a la vivienda adecuada encuentra distintos desarrollos dependiendo el sistema de derechos humanos del que se trate, así como de su intérprete. Sin embargo, no caben dudas respecto de su carácter de derecho fundamental, independientemente de que sea encuadrado de manera autónoma o derivado de otros derechos humanos. Resulta claro, según los aportes del Comité DESC, que un piso mínimo de obligaciones exigibles en la materia es aplicable en todos los estados que ratificaron el PIDESC. A su vez, como ha referido dicho Comité "a pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo" (COMITÉ DESC, 1991: párr. 4). La falta de recepción expresa en los instrumentos regionales, no eclipsa su amplia protección en el sistema universal; aún más, siendo los instrumentos de derechos humanos instrumentos vivos, es necesario un mayor desarrollo jurisprudencial de este derecho por parte de los tribunales regionales. Por otra parte, los desafíos que se presentan en el mundo en la efectivización de este derecho son grandes, ya que alrededor de mil millones de personas se encuentran sin hogar o en condiciones completamente inadecuadas de vivienda y en la mayoría de las ciudades del mundo la vivienda es inaccesible para los sectores bajos y medios de la población (UN-HÁBITAT, 2022). Estas problemáticas se ven agravadas por factores como el cambio climático, la discriminación y la segregación espacial (RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA, 2015; 2022a; 2022b). En tal contexto, como señala Pizzolo "interrogarse sobre este derecho permite fortalecer su existencia como tal frente a las voces que lo devalúan o directamente lo ignoran" (PIZZOLO, 2011: p.342).

IV. Bibliografía

CARMONA CUENCA, E. (2017). Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Revista de Derecho Político, (100), pp. 1209–1238. UNED. Accesible en: https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20341

CHENWI, L. (2013). The right to adequate housing in the African regional human rights system: Convergence or divergence between the African Commission and South African approaches. *Law, Democracy and Development, 17*. Accesible en: https://doi.org/10.4314/ldd.v17i1.9

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CADHP). (2001, 27 de octubre). *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, Comunicación nº 155/96. Accesible en: https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr30_155_96_eng. pdf

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC). (1997). *Observación General Nº 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, párr. 3. Naciones Unidas, Doc. E/1998/22. Accesible en: https://www .acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0786.pdf

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC). (2019). *Dictamen sobre la comunicación núm. 37/2018: López Albán v. España* (E/C.12/66/D/37/2018). Naciones Unidas. Accesible en: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler .ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW3%2BkbQ7nJmG6Tnh4ZzSSz9lo3TijXTntg9XJmJw3fe3e0KVe70v5WABiTJwJS3bEVUogtJHTS7jyr%2FPCRJdrKh%2BLh0K3VmwZUvM11FbScspM

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (1991). *Observación general Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*. Naciones Unidas. Accesible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011 /7666.pdf

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2000). *Observación general Nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del*

Pacto). Naciones Unidas. Accesible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/ BDL/2001/0876.pdf

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. (2008). *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Slovenia*, Reclamación colectiva nº 53/2008, decisión sobre el fondo. Accesible en: https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-53-2008-dadmissandmerits-en

COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. (2008). *Housing rights: The duty to ensure housing for all*. Consejo de Europa. Accesible en: https://rm.coe.int/16806da770

DERDEK, N., & KENNA, P. (2023). *L'apport européen et international au droit au logement: Normes, contentieux et plaidoyer*. FEANTSA, Fondation Abbé Pierre, Université de Galway.

GIALDINO, R. E. (2013). El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos. En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones* (pp. 44–67). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GOLAY, C., & ÖZDEN, M. (2007). *The right to housing*. Human Rights Programme of the Europe-Third World Centre (CETIM), 7. Accesible en: https://www.cetim.ch/the-right-to-housing/

LECKIE, S. (1989). Housing as a human right. *Environment and Urbanization*, *1*(2), pp. 90–108. Accesible en: https://doi.org/10.1177/095624788900100210

LECKIE, S. (1992). *From housing needs to housing rights: An analysis of the right to adequate housing under international human rights law*. International Institute for Environment and Development (IIED), Human Settlements Programme.

MAZZUCATO, M., & FARAH, L. (2023). *The right to housing: A mission-oriented and human rights-based approach* (Working Paper No. 2023/01). Council on Urban Initiatives. Accesible en: https://councilonurbaninitiatives.org/publications/the-right-to-housing

NACIONES UNIDAS. Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. (2021). *La vivienda adecuada como elemento*

integrante del derecho a un nivel de vida adecuado (A/76/408). Naciones Unidas. Accesible en: https:// undocs.org/es/A/76/408

NACIONES UNIDAS, Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada. (2022a). *La segregación espacial y el derecho a una vivienda adecuada* (A/HRC/49/48). Naciones Unidas. Accesible en: https://undocs.org/es/A/HRC/49/48

NACIONES UNIDAS, Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada. (2022 b). *Hacia una transformación justa: la crisis climática y el derecho a la vivienda* (A/HRC/52/28). Naciones Unidas. Accesible en: https://undocs.org/es/A/HRC/52/28

NACIONES UNIDAS, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. (2023). *Un lugar donde vivir con dignidad para todos: hacer la vivienda asequible* (A/78/192). Accesible en: https://undocs.org/es/A/78/192

NACIONES UNIDAS, Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, A/HRC/31/54, párr. 48. Naciones Unidas. Accesible en: https://undocs.org/es/A/HRC/31/54

NACIONES UNIDAS. (1990). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Accesible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-con vention-protection-rights-all-mi grant-workers

PIETERSE, M. (2023). The relevance of the African regional human rights system in the urban age. *Leiden Journal of International Law, 36*(1), pp. 91–111. Accesible en: https://doi.org/10.1017/S0922156523000020

PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (2023). Les obligations faites aux États en matière de droit au logement – vues de la CEDH. En Derdek, N., & Kenna, P. (Eds.), *L'apport européen et international au droit au logement* (pp. 29–33). FEANTSA, Fondation Abbé Pierre, Université de Galway.

PIZZOLO, C. (2011). El derecho a una vivienda adecuada. En *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de Convencionalidad* (pp. 341–365). Buenos Aires: EDIAR.

PLESSMANN G., A. J., & MORILLO G., V. (2009). Introducción al derecho humano a la vivienda adecuada. En *Derechos económicos, sociales y culturales: Cátedra Gerardo Molina* (pp. 185–212). Bogotá, D.C.: Editorial Kimpres Ltda.

SANZ CABALLERO, S. (2015). El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos como factor de integración en Europa. *URBE et IUS*, (14), pp. 20–35.

TERMINSKI, B. (2012). The right to adequate housing in international human rights law: Polish transformation experiences. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 22*(2), pp. 219–241.

UN-Habitat. (2022). *World Cities Report 2022: Envisaging the Future of Cities*. United Nations Human Settlements Programme. Accesible en: https://unhabitat.org/wcr

NÚCLEO E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES BÁSICOS, SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LAS LIMITANTES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN SEDE INTERNACIONAL

Silverio Rodríguez Carrillo[1]

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2025
Fecha de aceptación: 7 de julio de 2025

Resumen

En el tránsito evolutivo de las sociedades democráticas, el equilibrio entre la vigencia constitucional y la preservación de los principios fundacionales se erige como piedra angular del Estado de Derecho. La presente investigación se adentra en un aspecto medular de esta dicotomía: la existencia de límites intrínsecos y no disponibles al poder reformador de una Constitución, con especial énfasis en la división de poderes como institución democrática implícitamente irreformable. Para desentrañar esta cuestión, se alude a la teoría del poder constituyente y su creación, el poder reformador, analizando su naturaleza *sui generis* respecto del poder constituido y las restricciones que lo constriñen para asegurar la coherencia y la continuidad del pacto fundacional. Se analiza el tema de la *irreformabilidad implícita* para sostener la tesis sobre la necesidad de un pronunciamiento en sede internacional que garantice la pluralidad y la representatividad en todo proceso de reforma constitucional.

Palabras clave: División de poderes, Irreformabilidad, Poder Reformador, Poder Constituyente, Poder Constituido, Democracia, Representatividad, Pluralidad, Derechos Humanos.

[1] Licenciado en Derecho egresado de la Universidad de Guadalajara, Jalisco, Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad de las Américas de Puebla, Doctor en Derecho Fiscal por la Universidad Autónoma de Durango. Magistrado de Circuito del Poder Judicial de la Federación, adscrito al Tercer Tribunal del Trigésimo Circuito, con residencia en Aguascalientes, México.

Title: CORE AND CONSTITUTIONAL IDENTITY IN LIGHT OF BASIC CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND VALUES: THEIR PROTECTION THROUGH LIMITATIONS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN THE INTERNATIONAL CONTEXT

Abstract

In the evolutionary transition of democratic societies, the balance between constitutional validity and the preservation of foundational principles stands as a cornerstone of the Rule of Law. This research delves into a central aspect of this dichotomy: the existence of intrinsic and non-negotiable limits to the amending power of a Constitution, with special emphasis on the separation of powers as a democratically implicit and unamendable institution. To unravel this issue, reference is made to the theory of constituent power and its creation, the amending power, analyzing its *sui generis* nature in relation to constituted power and the restrictions that constrain it to ensure the coherence and continuity of the foundational pact. The topic of implicit unamendability is examined to support the thesis advocating for the need for an international pronouncement that guarantees plurality and representativeness in any constitutional amendment process.

Keywords: Separation of Powers, Unamendability, Amending Power, Constituent Power, Constituted Power, Democracy, Representativeness, Plurality, Human Rights.

Sumario: I. Sobre la existencia de principios, cánones, pautas o valores que, dado su intrínseco valor político, social, espiritual o material para el desarrollo de una comunidad política, escapan al alcance del poder reformador de una Constitución. I.i. La irreformabilidad de las normas constitucionales fundamentales y su reconocimiento expreso o tácito en el texto constitucional. I.ii. La necesidad de limitar al Poder Reformador y su acción subordinada al Poder Constituyente. I.iii. Irreformabilidad Implícita del Texto Constitucional. II. Sobre como la división de poderes constituye una limitante implícita al Poder Reformador de la Constitución. II.i. De los principios implícitos irreformables. II.ii. El papel de la separación de poderes como principio implícito y fundacional y sobre la independencia judicial como garante de una sociedad justa. III. Democracia en riesgo: Sobre los

mecanismos de control y abuso de poder en sociedades altamente polarizadas. IV. Hacia un legislativo representativo: La necesidad de un pronunciamiento internacional que garantice la representatividad y diversidad en las reformas constitucionales de los Estados. V. Bibliografía.

I. Sobre la existencia de principios, cánones, pautas o valores que, dado su intrínseco valor político, social, espiritual o material para el desarrollo de una comunidad política, escapan al alcance del poder reformador de una Constitución

I.i. La irreformabilidad de las normas constitucionales fundamentales y su reconocimiento expreso o tácito en el texto constitucional

Si acordamos que el texto Constitucional ha sido creado como expresión soberana de la voluntad popular, en el marco de una organización democrática y que sigue ciertos bienes que consideramos valiosos, es consecuente deducir que una reforma constitucional que entre en tensión con un valor constitucional supremo puede ser, directamente, inconstitucional y, por tanto, inválida. La cuestión plantea muchas preguntas y cuestionamientos que han sido objeto de debate por décadas en la teoría constitucional. Sobre todos estos cuestionamientos, los Estados han conservado una inquietud natural en la teoría política, según la cual la Constitución corre un riesgo inminente de perderse, de destruirse o de mutar a tal grado que desconozca aquello que le da identidad, y esa preocupación ha propiciado la implementación de instrumentos que doten de contenido, de cohesión y de perdurabilidad temporal al texto del poder Constituyente, con miras a guardar su unidad integral ante la eventual desaparición o transformación radical propia de un acto revolucionario, de un desequilibrio peligroso entre los poderes o por mecanismos sutiles que erosionen lentamente las bases constitucionales a través de instancias que se valen de la legitimidad democrática incontrolada.

I.ii. La necesidad de limitar al Poder Reformador y su acción subordinada al Poder Constituyente

Nos dice Alfonso Nava Negrete en su escrito, "*Reformabilidad de la Constitución*" (NAVA NEGRETE, 1975, p.179), que el Poder Reformador es una especie

derivada del poder originario que posee características distintas y oscila en una posición media entre dos extremos: El Poder Constituyente y el Poder Constituido. El poder Constituyente, como agente en el proceso de creación de la Norma Fundamental, es quien tiene adjudicada la encomienda máxima de elaborar la Ley Suprema y dar existencia a los poderes constituidos ordinarios, labor extenuante luego de la cual, sin embargo, su existencia se desvanece. Podríamos decir que su actividad se limita a un acto instantáneo, pues la creación de su tarea es la causa de su anulación o de su extinción y, como sí misma, desaparece en el acto mismo en que cumple con su fin[2]. Por su parte, el Poder Constituido extiende su actuación en el tiempo, y debe actuar bajo los márgenes y las fronteras que ha implementado el Constituyente. Si el Constituyente es agente creador, el Constituido tiene un fin claro, la preservación de lo creado, por lo que es natural que su despliegue fáctico no pueda alejarse nunca de la esfera política sobre la cual dirige sus actos. Esta idea es después retomada por YANIV ROZNAI, quien en su obra "*Reformas Constitucionales Inconstitucionales*" concibe al Poder Reformador de las Constituciones como un poder *sui generis* (en su género), esto es, un poder cuyo centro de características converge aunque no totalmente con aquella fuente que le da origen, pero que también difiere en otros aspectos, pues si bien está instaurado para resguardar la Constitución, su mecanismo de protección o de conservación lo hace a través del cambio. Al respecto, el citado profesor ROZNAI (2020, pp.214-215), nos dice:

> *"El poder de reforma Constitucional no se ajusta del todo a ninguna de las dos categorías (poder constituyente y poder constituido). El poder de reforma habita en una zona de penumbra entre el poder constituido y el poder*

[2] Algunos autores sostienen que el Poder Constituyente no desaparece, sino que se inactiva, pero se mantiene como una fuerza fundamental detrás de la estructura constitucional, la activación del constituyente es producto de las circunstancias que rodean a la estructura política y que parten del peligro de que su obra pueda verse trastocada en sus cimientos más profundos. Sin embargo, esa concepción pareciere ir en contra de la noción misma del Constituyente como un agente creador, y de los alcances del poder constituido y reformador, pues si la necesidad política de las circunstancias, o el palpitar latente de una revolución en las dinámicas sociales habría de hacer imperiosa la necesidad de convocar a un Constituyente, este lo haría en calidad de uno nuevo, ajeno y distinto de aquel que en un momento apareció en la creación de la Norma. Así pues, la noción del poder Constituyente como pasivo, inactivo o suspendido, parece contrariar la idea misma de fuerza creadora, e interferir en las atribuciones delegadas a los poderes constituidos ordinarios que son quienes mantienen la fuerza política de hacer respetar el texto fundacional.

> *constituyente…Es a la vez marco e instrumento delimitador, autorizado y autorizador, original y derivado, superior e inferior a la Constitución."*
> *"Esto por cuanto si el poder de reforma se entiende como un poder constituyente, este será ilimitado… Por su parte, si el poder de reforma se entiende como un poder constituido, este será un poder subordinado a la Constitución."*

Así, el Poder Reformador es superior al Poder Constituido en el sentido de que posee autonomía, capacidad y fuerza suficiente para efectuar revisiones constitucionales y llevar a cabo reformas en la Constitución, ningún poder ordinario derivado está a este nivel de capacidad legislativa pues todos ellos tienen que actuar siempre bajo un marco estandarizado de postulados sobre los que deben operar, pero a diferencia de ellos, el Poder Reformador es instrumento de cambio (delimitador), de adaptabilidad, de modificación, previsto expresamente por el Poder Constituyente, que sirve para un fin bastante paradójico, que es el de preservar la Constitución.[3]

La idea de conservar una Constitución a través del cambio parece, mirándose incautamente, un tanto contradictoria. No parece haber lógica en afirmar que algo que se quiere conservar se consiga haciendo transitar las cosas de un estado a otro, modificando, mutando o moviendo hacia otra dirección. El sentido común parece informarnos que lo que se conserva no debe cambiar. Pero la falta absoluta de un cambio derivaría indefectiblemente en el indeseable anquilosamiento de la Constitución en una época pasada. Si la norma, que es producto natural de un contexto histórico, se resiste al cambio, la consecuencia inevitable será quedar desterrada en el olvido, rebasada por el constante flujo del devenir de los sucesos jurídicos y políticos que embaucan a una comunidad a ritmos muchas veces acelerados dentro de un panorama geopolítico. La Constitución que no avanza en conjunto con la sociedad corre el riesgo de quedar obsoleta y, por ser causante de ese estado de desuso, resentir movimientos y revoluciones o cambios de régimen.

[3] Al respecto, nos dice YANIV ROZNAI en su citada obra: El poder delegado de reforma es el mecanismo interno mediante el cual la constitución provee su auto preservación. (p 260.)

La realidad histórica y una mirada perspicaz hacia el curso de las cosas nos revela una verdad incontrovertible. Esta verdad que se le manifiesta al intelecto humano es el movimiento y el cambio de las cosas, los objetos y las situaciones. Decía el presocrático Heráclito que uno no puede bañarse dos veces en el mismo rio, pues ni el rio se conserva igual ni uno es la misma persona, y esto lo entendemos como la *dynamis* que ya concibieron los griegos desde la antigüedad. La realidad es dinámica y, si las comunidades se mueven en el curso de lo real, es algo evidente que las sociedades son cambiantes, transitan hacia otros linderos desde y hacia los cuales se mueven. El ideal de progreso es su motor, y esa realidad no escapó al Constituyente, quien implementó el Poder Reformador como agente de adaptabilidad hacia los nuevos cambios por los que cursaría la Nación.

Así, la realidad social que en su conjunto pretende regular el orden constitucional es multifacética y, en tanto que dinámica, obliga a resguardar unos principios, pero, a su vez, avanzar hacia metas que implican cambiar otros factores de la situación. Es en este estado de cosas, entendido como un cambio dinámico sobre unos principios estáticos el terreno en donde se mueve la idea del Poder Reformador. De ahí la diferencia específica con los otros dos poderes. No se erige como creador absoluto de una Norma Suprema pero tampoco se mueve limitado por el mismo texto. Puede cambiarlo, pero no desconocerlo. Puede modificarlo, pero no extinguirlo.

Nos dice CARL SCHMITT en su obra *Teoría de la Constitución* (SCHMITT, 1982, p.118)*:*

> *"La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, «competencia» auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada."*

Continúa SCHMITT diciéndonos que una Constitución puede ser objeto de cambio disponible al poder reformador "*solo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo."* Así, la competencia del Poder reformador está condicionada por unos límites constitucionales que buscan que la obra del Constituyente garantice la unidad y su preservación, y para lograr esa unidad se deben efectuar cambios. Por ello, cualquier ejercicio de reforma debe de cumplir con las condiciones y prohibiciones estipuladas por la Constitución. Por ende, toda reforma constitucional que atente en romper esta integridad o amenace con disgregar la unidad fundamental de la norma no es una reforma, sino una revolución[4]. Así, el Poder de Reforma está subordinado a los fines que persigue la Constitución que es la fuente de donde él emana, y atentando en contra del acto político fundacional que le da origen anula su existencia misma y se deslegitima. De esa manera, el poder reformador se aleja del objeto para el que fue creado cuando desconoce a la Constitución, pues su propósito ha sido el de conservarla, no el de abolirla. La única forma válida en un marco constitucional sano de abolir válidamente una Constitución no podría darse mediante el empoderamiento desbordado del poder reformador, sino mediante un nuevo acto del Poder Constituyente.[5]

[4] Para entender la noción que implica un cambio propio de un Poder Constituyente y los límites que deben ser fijados hacia el Poder Reformador, es provechoso adiestrarse en la teoría rousseauniana de *Cambio de Constitución* y *Cambio en la Constitución*. Se puede encontrar más información sobre ella en el libro tercero, capítulos XVI y XVIII de su obra *El Contrato Social.*

[5] Sobre esta idea de la unidad constitucional homogénea en cuanto al contenido material dotado de principios, el jurista Javier Ruipérez Alamillo en su artículo *De la Reforma Constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y la Constitución* nos dice: "*Tampoco ha de existir dificultad alguna para comprender que esto es así, justamente, porque se entiende la Constitución como la expresión normativa de la voluntad de un Pueblo que, porque es soberano, impone su voluntad a todos, incluidos, y ante todo y sobre todo, a los poderes constituidos, los cuales han de desarrollar toda su actividad con respeto a las decisiones normativizadas del Pouvoir Constituant originario. Y es desde esta concepción desde donde la idea de que también el poder de reforma, que, aunque extraordinario por la facultad que ejercita, no deja de ser un poder creado y ordenado por el Código Constitucional, está limitado, formal y materialmente, en el contenido de su voluntad, se muestra como una verdad incontroversible*." (RUIPEREZ ALAMILLO, 2012, 126)

I.iii. Irreformabilidad Implícita del Texto Constitucional

El ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación FELIPE TENA RAMÍREZ plantea en su obra *Derecho Constitucional Mexicano* (TENA RAMÍREZ, 1981, p.58.) lo siguiente:

> *"Por vía de reforma o adición, nada escapa a su competencia, con tal de que subsista el régimen constitucional, que aparece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época consideran esenciales para que exista una Constitución, pero sí se puede darla de hecho a través de las reformas."*

En esta cita el famoso jurista parece, en un principio, extender los alcances del poder reformador a un horizonte ilimitado pues *nada escapa a su competencia,* pero enseguida parece paliar esa afirmación con una limitante: siempre que subsista el régimen constitucional, y a su vez, integra las partes del régimen constitucional aduciendo que de ella forman parte los principios que se consideran esenciales en la conciencia histórica del país para que exista una Constitución.

Como se ha visto, la teoría constitucional establece limitantes hacia el poder reformador cuando su ejercicio pretende ampliarse a trastocar fibras nucleares de la convención suprema. Esta máxima parte de la idea de que la Constitución, como tal, tiene una identidad y que si esta se destruye no puede subsistir o permanecer como la misma, pues el cambio radical implica el nacimiento de otra Constitución, no la continuidad cambiante de la misma. Puede resumirse en el siguiente principio: *el poder de reforma no puede ser usado para destruir los principios básicos de la Constitución* (ROZNAI, 2020: p.261.). Los acuerdos políticos máximos en grados se sitúan como los principios del orden político de una nación y, dado que son previsión del Constituyente como los fines también hacia los que se orientan, configuran una identidad indisoluble que escapa incluso a las facultades del poder reformador. Esta noción no hace más que recoger lo que se conoce como el *espíritu* de las constituciones, los ideales supremos que no deben ser entendidos como cánones o máximas procedentes del Derecho Natural, sino como el conjunto de elementos estructurales, primeros y edificatorios, que permean e irradian en toda la Constitución.

La reformabilidad implícita parte de la unidad misma del ordenamiento, de su esencia o sustancia. Así constituye una visión ontológica según la cual no todo cambio es posible o deseable sobre el texto constitucional, pues llevarlo a cabo conllevaría su destrucción. Esta noción es concomitante y consistente con la visión *sui generis* del Poder Reformador y, a su vez, acepta la noción dinámica de los cambios y modificaciones para hacer frente al fluir constante de las sociedades, mientras que respeta la identidad de la Constitución, y hace ver que los aspectos fundamentales de una Constitución irradian en todo el ordenamiento, lo que implica que las constituciones no solo incorporan una serie de valores, sino que reconocen implícitamente también una jerarquía entre los mismos.

Al respecto, GUSTAV RADBRUCH se posiciona en favor de la implícita irreformabilidad de los contenidos constitucionales que más próximos se encuentran a las virtudes deseables de la justicia y la verdad. Para Radbruch, existen una serie de máximas jurídicas que dotan de contenido a todo el orden positivo, y cuya fuerza, aun no estando explicitas o puestas en el texto, es más poderosa que cualquier ley, de modo que cuando una norma atente en contra de estos principios debe ser inválida por atentar ella misma en contra de la Constitución. Si bien esta idea se encamina más a la defensa del Derecho Natural o el derecho de la razón como límites a la actividad legislativa, la visión del pensador alemán sobre los límites al poder del Estado y la existencia de un derecho superior a la ley ordinaria, sugieren que consideraba seriamente que las constituciones establecieran ciertos principios o derechos fundamentales que no podrían ser modificados por el legislador. Nos dice el pensador alemán en su ensayo "*Cinco minutos de Filosofía del Derecho (Fünf Minuten Rechtsphilosophie)*" (RADBRUCH, 1945; PAULSON, 2019).

> *"Hay por lo tanto principios jurídicos que son más fuertes que cualquier normativa jurídica, de manera que una ley que los vulnere estará desprovista de validez. A estos principios se les denomina Derecho natural o Derecho racional. Ciertamente acechan sobre ellos ciertas dudas, pero el trabajo de siglos ha puesto de relieve un sólido acervo, y lo ha reunido en las llamadas Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano con un acuerdo tan amplio que tan solo un deliberado escepticismo puede mantener dudas en relación con algunos de ellos"*

II. Sobre como la división de poderes constituye una limitante implícita al Poder Reformador de la Constitución

II.i. De los principios implícitos irreformables

Establecido que la Constitución establece restricciones implícitas al poder reformador, es hora de verificar si la división de poderes forma parte de esos fundamentos intangibles y accesibles únicamente para el Poder Constituyente.

Se ha dicho en este estudio que la regla para verificar si un contenido normativo del texto constitucional alcanza el estatus de disposición estructural y nuclear del orden político de una sociedad parte por verificar algunas cuestiones: primero, si los fines que pregona sirven como pauta teleológica de las otras disposiciones, o une a estas en una relación recíproca e indisoluble; dos, el principio descansa en una base filosófica, axiológica o moral tan fundamental que detenta inevitablemente una escala en una jerarquía de valores, situándose en la cúspide o en una posición elevada entre ellos; tres, el precepto tiene vigor tal que dota de identidad constitucional a todos los restantes contenidos normativos, quienes reciben su identidad por establecerse las pautas o mecanismos para alcanzar los objetivos de aquel principio y, derivado de ello; cuarto, por esa amplitud en cuanto al contenido de valores estructurales o morales, difícilmente el postulado normativo se contiene a sí mismo en la norma en que descansa, sino que se desborda por sobre todo o gran parte del texto constitucional.

Sin embargo, como bien recalca ALFONSO NAVA NEGRETE en su ya citado artículo académico "*Reformabilidad de la Constitución"* (NAVA NEGRETE, 1975: p.180):

> *"Lo verdaderamente problemático surge cuando se quiere determinar cuáles son esos principios políticos fundamentales que para estos partidarios son el índice de la estabilidad de la Constitución… El respeto impuesto a principios políticos fundamentales obliga a pensar dentro del rigorismo formal que los envuelve, cuál es su ubicación en el texto constitucional"*

Ciertamente, el descubrimiento de los principios puede hacerse a través de un análisis teleológico de la Constitución, procediendo en una hermenéutica sistemática y clasificando aquellos objetivos y principios que se pueden dilucidar de esta labor. Sin embargo, el trabajo no es sencillo y existen ciertas disputas a la hora

de delimitar específicamente cuales principios son fundamentales y cuales ceden ante ese calificativo. Así, Carl Schmitt nos dice que los principios sustantivos de las Constituciones son la forma de gobierno, el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y la división de poderes.

Por otra parte, LUIS FELIPE CANUDAS OREZA, a quien cita ALFONSO NAVA NEGRETE, establece que los principios políticos fundamentales e irreformables del Estado Mexicano son los siguientes (CANUDAS OREZA, 1943: pp 107-108).

- Todo poder público dimana del pueblo (artículo 39 constitucional).
- La soberanía nacional reside originariamente en el pueblo.
- El pueblo posee en todo momento el derecho inalienable de modificar su forma de gobierno.
- El Estado Mexicano adopta la forma republicana de gobierno.
- Se configura el Estado Mexicano como una democracia constitucional representativa (artículo 40).
- El reconocimiento de los derechos fundamentales (artículo 1º)
- La división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial. (artículo 49)
- La base del Estado Mexicano es el municipio libre y su división territorial, de organización política y administrativa. (artículo 115).

Cierto es que la mayoría de los autores ha situado la división de poderes de un estado democrático como fin supremo y garante del respeto de las garantías y los derechos humanos de los ciudadanos. La eficacia de este principio de organización política asegura el equilibrio en el ejercicio del poder, y evita la concentración o el enquistamiento de una fuerza política en el orden democrático de una nación, lo que implica un potencial riesgo latente para las violaciones de los derechos fundamentales. En este sentido, el reparto equitativo de las funciones estructurales que tiene cada uno de los poderes otorga una fuerza y vigor trascendentes tanto para el Estado como para sus ciudadanos, lo que ayuda a garantizar el principio de seguridad jurídica. La teoría también contempla la revisión de los actos de los poderes, para que estos vayan siempre de conformidad con el parámetro constitucional. En efecto, el poder judicial tiene la encomienda de verificar los actos de los poderes, revisarlos y evaluarlos siempre bajo el mandato de la Constitución

y, con ello, sirve de herramienta de contrapesos y hace valer en la praxis todo el sistema teleológico que se predica en las bases supremas del texto fundamental, con el propósito de respetar el mandato supremo establecido por el pueblo soberano a la hora de organizar las bases del Estado. Por ello, existe un consenso generalmente aceptado de que la división de poderes es un principio elemental de la organización de un Estado democrático representativo, operante en la dinámica estatal y constitutivo de una limitante al poder reformador, incluso si esta reserva no está expresamente puesta en la Constitución, si bien algunos autores no estén totalmente de acuerdo con esto[6].

Sin embargo, lo cierto es que Tribunales Constitucionales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha abierto la puerta a reforzar con carácter supremo al principio de división de poderes y situarlo junto con la garantía de los derechos fundamentales como principio implícito material derivado del principio de soberanía popular contenido en el artículo 39 de la Constitución[7].

II.ii. El papel de la separación de poderes como principio implícito y fundacional y sobre la independencia judicial como garante de una sociedad justa

Históricamente, el concepto de separación de poderes ha sido producto de la corriente francesa de pensamiento en los siglos de la Ilustración, específicamente en las teorías políticas de MONTESQUIEU, ROUSSEAU, aunque su semilla también puede verse en las obras de LOCKE y de SPINOZA. Desde la publicación de esos trabajos, ha sido considerada durante mucho tiempo como un elemento fundamental del derecho constitucional en los estados democráticos. Esta doctrina ha sido desde entonces un pilar fundamental para comprender la configuración de los Estados Modernos, y para entender los postulados del constitucionalismo contemporáneo,

[6] Al respecto, Pedro de Vega, en su obra, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente,* sostiene que dotar a la división de poderes de una fuerza tal como para considerarlo principio irreformable implícito de la Constitución, implica adoptar una postura dogmática, pues en palabras del propio autor: "*tanto los derechos fundamentales como la división de poderes han perdido su condición de dogmas, ni aquellos ni ésta podrán seguir concibiéndose como barreras infranqueables a la revisión constitucional*" (VEGA GARCÍA, 2000, p. 273)

[7] Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

asegurando la existencia de controles para garantizar los equilibrios y los roles en un Estado Democrático. En su obra, *El espíritu de las Leyes,* MONTESQUIEU apuntó la necesidad radical de separar los poderes en su sistema que garantizara su existencia armónica, dividiendo sus funciones en legislativa, ejecutiva y judicial y con ello, evitar la concentración absoluta del poder en una sola corporación o persona, garantizando la libertad y previniendo la tiranía. La aplicación práctica de esta teoría se puede ver en varios marcos constitucionales alrededor del mundo, particularmente en Estados Unidos. El caso histórico de *Marbury vs. Madison* (1803), presidido por el presidente del Tribunal Supremo John Marshall, subrayó la importancia de la división de poderes como salvaguardia contra posibles extralimitaciones por parte de otras ramas del gobierno. En este caso, Marshall aludió a la importancia de que el poder judicial se viera dotado de las herramientas y la fuerza necesaria para poder hacer frente a los actos legislativos contrarios al texto de la Constitución, y dotarle de la autoridad para revisar y anular cualquier acto del legislativo que considerara incompatible con la Constitución. Esta postura es esencial en el funcionamiento de una democracia, pues asegura que todo acto de los poderes constituidos ordinarios tendrán que hacer frente a un acto de revisión judicial que verifique su concordancia con el núcleo constitucional. Este funcionamiento garantiza la democracia, refuerza el papel del Estado de Derecho y dota de valor constitucional al papel esencial de la revisión judicial en el mantenimiento de la separación de poderes.

Los principios propugnados por MONTESQUIEU y consagrados en *Marbury vs Madison* contribuyen a la consolidación de la división de poderes en el constitucionalismo como principio intangible y como limitante implícita material hacia el poder reformador. Como vimos, ciertos principios básicos no pueden modificarse ni abolirse mediante procesos legislativos ordinarios, y ciertos principios de estructura nuclear no pueden desconocerse incluso mediante reforma constitucional. Si bien es cierto que no hay un consenso general sobre la separación de poderes como máxima indispensable en el funcionamiento de un Estado de Derecho y a menudo está en el centro de los debates constitucionales, lo cierto es que una democracia constitucional puede verse minimizada sin la garantía de un mecanismo que garantice la división sólida y eficaz de los poderes constituidos, lo

que en última instancia desconocería también el principio de supremacía constitucional en la medida en que se estaría inoculando la garantía fundamental establecida en muchas constituciones. Todo esto nos hace ser partícipes de la idea de que la separación de poderes es un principio digno de preservarse en una práctica constitucional sana.

Así, la división de poderes, como límite establecido en la Constitución, tiene una función instrumental dirigida a garantizar la vigencia de la soberanía nacional al establecer jurídicamente patrones mínimos de comportamiento a los cuales deben adecuar su actuación los funcionarios públicos, que no es otra cosa sino el principio de legalidad (HUERTA OCHOA, 2010: p. 16). Por ello, participa de una relación indisoluble con la soberanía, la legalidad y la democracia en una unidad intangible de rango constitucional. La separación de poderes no debe concebirse como un simple mecanismo para proteger la libertad, sino como un componente fundamental de la organización estatal que permite que las diferentes ramas funcionen de manera efectiva y contribuyan de manera significativa a resguardar la voluntad general en sus bases estructurales. La voluntad general se salvaguarda cuando el legislativo crea leyes apegadas a la Constitución y el judicial se encarga de interpretarlas y de ejercer el control constitucional. Por ello, la función de esta división no se limita a distribuir el poder, sino a garantizar que cada rama pueda desempeñar sus funciones de manera óptima.

Lo que no se circunscribe a los marcos constitucionales del derecho doméstico, sino que, desde una perspectiva internacional, la doctrina de la separación de poderes se sostiene como un mecanismo aceptado y reconocido como herramienta de eficacia que permite cumplir de manera más efectiva las normas internacionales en materia derechos humanos. La comunidad internacional, a través de organizaciones como las Naciones Unidas y tratados como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, apoya implícitamente la separación de poderes al enfatizar el estado de derecho y las prácticas de gobernanza justas. Es una preocupación nacional e internacional que este principio básico de las democracias constitucionales revista de rango de intangibilidad en las constituciones, pues es la herramienta esencial para conservar la unidad y la integridad de los marcos constitucionales, por ello que su papel es fundamental en la preservación de la

integridad democrática y la prevención de usurpaciones autocráticas o revoluciones radicales que desconozcan los limites implícitos del Poder Constituyente, de ahí que este principio configure la identidad constitucional del Estado Democrático y deba ser protegido y cualificado como implícitamente irreformable.

III. Democracia en riesgo: Sobre los mecanismos de control y abuso de poder en sociedades altamente polarizadas

Sentada la importancia máxima de la división de poderes para el funcionamiento sano de una democracia, y establecida su posición como elemento intangible e irreformable implícitamente en tanto que mandato máximo concebido como elemento estructural de la comunión política de las Naciones, cabe preguntarse si este principio puede verse trastocado mediante la existencia de prácticas políticas que, desarrollándose en un nacionalismo exacerbado, un movimiento partidista, o ya sea a través de la manipulación hegemónica del discurso político, supongan un peligro para romper el equilibrio fundacional que nació por voluntad misma del Constituyente.

A este respecto, es menester puntualizar que, ciertamente, el control hegemónico de la opinión política, reforzado muchas veces mediante la censura, la manipulación de los medios de comunicación de amplio espectro, y el ataque constante hacia los grupos colectivos que defienden intereses contrarios, son prácticas usuales en los sistemas de control político de las naciones, y lastimosamente sirven de instrumento para mantener y preservar estructuras partidistas en el poder, extendiendo la hegemonía en el tiempo.[8] En efecto, una vez se llega al poder, la maquinaria instrumental de propaganda política es puesta en marcha, y el discurso imperante en la comunidad comienza a anclarse en las estructuras más fundamentales. Una inconmensurable cantidad de recursos son utilizados para cumplir estos fines, se hacen pactos con medios de comunicación, se protegen intereses, se prometen toda suerte de beneficios y de posiciones de

[8] Autores como Noam Chomsky y Edward Herman han escrito extensamente sobre cómo los gobernantes y las élites pueden manipular la opinión pública para mantener su poder. Su libro "*Los guardianes de la libertad*" es un clásico en este campo y analiza cómo los medios de comunicación pueden ser utilizados para desacreditar a los opositores.

influencia y gradualmente se va afianzando la perduración del movimiento político que se sostiene mediante un doble efecto: por una parte, en la consolidación de la idea política mediante el constante bombardeo de toda suerte de ideas afianzadoras y, por otra, con la erosión de los grupos opositores en la medida en que estos son objeto de toda suerte de ataques y desacreditaciones ante la opinión pública.

El constante bombardeo, producto de la posición privilegiada en el dominio de la opinión pública, ocasiona que muchas personas, que en principio no suelen tener una afinidad íntima con la idea a expandir, terminen siendo partícipes de ella en la medida en que advierten que su propagación es inminente hacia los estratos y las comunidades de las que ellos forman parte, este efecto suele ser común cuando se discuten temas políticos, donde muchos individuos no se mueven por *convicciones* sino por *tendencias*. Al respecto, nos dice Josep M. Colomer, en su obra *Instituciones. El arte de la manipulación política* (COLOMER, 1990: p.35.):

> *"Básicamente, el compromiso de cada individuo en la acción, fuente de la mayor o menor amplitud de un movimiento, depende de sus previsiones de que la acción colectiva vaya a ser eficaz para el objetivo que se propone y de la probabilidad de sufrir represalias o perjuicios por haber participado en la misma (por ejemplo, en el caso de una dictadura, despido laboral, sanción académica, detención policial, imposición de una multa, retirada del pasaporte, penas de prisión u otras). Con otras palabras, más resonantes, la amplitud de la acción colectiva depende de la fe y del miedo.*
>
> *Pero lo paradójico es que estas expectativas y probabilidades individuales dependen a su vez en gran medida de lo que hagan los demás. Con un enunciado más preciso, la participación de un individuo se decide en gran parte en función de cuántos vayan a participar en la acción, de modo que la decisión de cada uno es a la vez causa y consecuencia de la decisión de los demás*."

Este mecanismo, es aprovechado por el uso de medios masivos de comunicación, edificatorios del discurso reinante e imperante que, en tanto que opinión dominante en la sociedad, se hace aceptar por la mayoría de los individuos, según las dinámicas sociales[9].

[9] Este tipo de prácticas hacen consolidar la idea nietzscheana acerca de que "*no hay hechos, solo interpretaciones*", y su pensamiento sobre la voluntad de poder. En efecto, la interpretación del más

Sobre este punto, el peligro latente que suponen este tipo de prácticas políticas hacia el funcionamiento normal de una división de poderes en un Estado Democrático se agudiza cuando el control absoluto del Poder Legislativo, que en última instancia se traduce en la posibilidad trascendental de crear y eliminar las normas que rigen a la comunidad política, potencialmente queda a disposición del Poder Ejecutivo.

Como ejemplo actual existe el país de El Salvador, cuyo presidente Nayib Bukele ha gozado de una importante simpatía y aceptación por una cantidad extremadamente alta de la población. Según una investigación estadística elaborada por la plataforma global de datos e inteligencia empresarial fundada en Alemania, *Depatista Research Department,* hacia junio de dos mil veintitrés el actual presidente de la República de El Salvador contaba con un porcentaje de aprobación de aproximadamente el 90% de la población de dicho país, convirtiéndose en el Jefe de Estado con mayor índice de aceptación en todo América Latina, seguido por el ex presidente de México Andrés Manuel López Obrador, con un porcentaje de aceptación de dicho país de aproximadamente el 70% de la población (STATISTA, 2024).

Estos datos son relevantes en la medida en que denotan la extrema necesidad de las sociedades aludidas de poseer para sí una figura que canalice todas las represiones, las inconformidades, los malestares y las desdichas de las que han sido víctimas históricamente. El Salvador ha sido históricamente castigado por la existencia de grupos delictivos que tomaron el control del país, hasta convertirse en un problema nacional que desembocaba en una tasa de homicidios altísima, exorbitada, que fue un cultivo de miserias en su población, fastidiada y reprimida por la constante inseguridad de sus calles. En palabras de MÓNICA TOBAR (TOBAR, 2020: p.72):

> *"La llegada de Nayib Bukele a la presidencia se caracterizó por una campaña intensiva en el uso de medios digitales, la construcción de una narrativa de antipolítica que lo diferenciaba de los partidos tradicionales y el uso de estrategias polémicas para la inscripción de su candidatura […]*

fuerte, propulsada por toda esta suerte de mecanismos masivos, es la interpretación de la realidad política que con mayor efectividad se aceptará en una sociedad.

> *La insatisfacción de los ciudadanos con los partidos políticos tradicionales le abrió un nicho al actual mandatario para posicionarse como opción presidencial. Durante los meses de campaña electoral, el entonces candidato construyó un discurso en el que se distanciaba de la política tradicional y se configuraba como la única alternativa viable (Sáenz, 2020; FUSADES, 2019a). Un elemento importante durante la contienda fue la exposición de casos de corrupción, que involucraban a líderes políticos de los partidos mayoritarios, situación que reforzó la narrativa mesiánica del aspirante a la presidencia."*

De ahí que la figura de Bukele, con su política criminal que consiguió reducir drásticamente los niveles de inseguridad, se alzó rápidamente con una vigorosidad y una legitimidad popular incuestionables, lo que fue el caldo de cultivo perfecto para su irrupción drástica en el poder, y su consolidación posterior con la obtención de la mayoría calificada de la Asamblea Legislativa en las elecciones de 2021, con el triunfo contundente de su partido Nuevas Ideas. Y como nos dice RICARDO ROQUE BALDOVINOS en su artículo *Nayib Bukele. Populismo e implosión democrática en El Salvador* (ROQUE BALDOVINOS, 2021, p. 234)*:*

> *"El primer acto que esta realizó en el día de la toma de posesión, el primero de mayo, fue la destitución de los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de justicia y del fiscal general de la República y la elección de funcionarios nuevos afines al régimen. Ello se realizó desatendiendo el reglamento de la Asamblea y artículos de la Constitución que establecen claramente los procedimientos a seguir para la destitución y elección de funcionarios de dichos órganos. Por esta última razón, puede afirmarse que ha habido una ruptura del orden institucional de El Salvador".*

En efecto, la posibilidad de detentar el control del poder Legislativo por parte del representante del Ejecutivo es una realidad en muchos Estados Democráticos, y si bien existen diseños estructurales e instrumentos normativos que pretenden evitar esa indeseable apropiación, lo cierto es que la praxis política ha demostrado que tales medidas no bastan para hacer frente al natural anhelo de poder que supone tener el control total del estado de cosas de una Nación. Esta posibilidad, aun y cuando permanezca marginal o en los límites de la potencialidad, supone necesariamente un estímulo adicional para el grupo de poder, pues representa la

concreción absoluta del ideal político mediante la garantía radical de su perduración en el tiempo. En efecto, la opción de que la posición política que detenta la dirección de la comunidad, personificada en el representante del Ejecutivo, asuma el poder de las cámaras y se haga cargo de la creación, eliminación y las dinámicas de los procesos de normas, no hace sino ejercer una influencia en todo el plan político, que últimamente se traduce en una estimulación mayor y en un incremento considerable de los mecanismos de los que antes se ha hablado, que tienen como fin preservar la posición de mando. Aquí es cuando las tensiones se agudizan, las desacreditaciones se intensifican, las opiniones contrarias comienzan a sufrir un proceso de estigmatización hacia los grupos opuestos y el dominio del lenguaje y el discurso sirven de instrumentos para ganar simpatía dentro de la comunidad, influenciar la opinión política, controlar el discurso de los medios y, en última instancia, consolidar la victoria política mediante la garantía de su supervivencia y de la erosión de los grupos de disenso (ORTIZ CASTRO, 2020: pp. 17-19).

Como se dijo, existen sistemas y mecanismos que pretenden evitar que una fuerza política se haga con un control absoluto de la creación de leyes. En efecto, la definición misma de la democracia puede verse amenazada por la posibilidad de cambio radical que puede haber en escenario en el que el grupo de poder pueda controlar el proceso de creación de leyes, sin verse resistido u obstaculizado por la deseable existencia de disenso y de diálogo en todo proceso de creación. Esto es así, pues la ley, en tanto que mandato impersonal, general y abstracto, coercitivo e imperante en un lugar y tiempo determinado, necesita por sí de un procedimiento riguroso en el que se sometan a cuestionamiento y a intercambio de ideas todos aquellos esfuerzos de modificación, extinción o creación. El mandato general aplica a los gobernados y, debido a su amplitud, necesita ser garantía de procedimientos de confrontación, de discusión, de reflexión y de vigorosa argumentación, para superar cada escaño y llegar a existir y ser puesta en vigencia luego de haber transitado por todos estos procesos. De ahí que para conseguir este propósito sea necesaria la existencia del desacuerdo, de la oposición, del disenso y de la resistencia a ciertas iniciativas, pues solo en ese estado de cosas es que puede hablarse de un procedimiento democrático de creación de leyes.

El primero de estos obstáculos lo representa la irreformabilidad implícita de ciertos contenidos constitucionales, entendidos como pautas estructurales y axiológicas que dan identidad a la Constitución y que se elevan por sobre los demás contenidos al recibir ellos su finalidad en razón de estos, por lo que escapan al Poder Reformador, situándose en un intermedio entre el Poder Constituido y el Poder Constituyente, como ya hemos visto.

Otro mecanismo consiste en la rigurosidad de los métodos y mecanismos para conseguir la realización de una reforma constitucional. En México, por ejemplo, una reforma constitucional requiere de un procedimiento riguroso y exhaustivo para materializarse en el terreno legislativo. El Presidente de la República tiene facultades específicas, como promulgar las leyes, pero también necesita la aprobación del Congreso para ciertas acciones, como es el caso de las reformas constitucionales. Ahora bien, esta simpatía extrema que se puede objetivar en la figura del representante del Poder Ejecutivo, y con ello dar lugar a la supremacía de una fuerza política, no garantiza automáticamente la mayoría absoluta en el Congreso, ya que la composición del Congreso depende de las elecciones legislativas y la representación de los partidos políticos.

La mayoría absoluta en el Congreso mexicano equivale a la mitad más uno de los votos presentes en una sesión; sin embargo, para ciertas decisiones trascendentes, se requiere una mayoría calificada, como dos tercios de los votos individuos presentes en cada una de las Cámaras, así como las reformas o adiciones sean aprobadas por la mayoría más uno de las legislaturas de los Estados. Esta necesidad de que ciertos procedimientos de reforma deban de cumplir con una mayoría calificada en caso de reformas constitucionales o decisiones importantes ciertamente conlleva a que, incluso con una alta aprobación popular, una fuerza política enfrente considerables obstáculos para lograr el apoyo necesario en el Congreso si no hay un consenso amplio entre los integrantes de las cámaras.

A lo anterior se acompaña el tema de la sobrerrepresentación, que consiste en una previsión constitucional que pretende garantizar de manera plena la participación democrática de todas las fuerzas políticas en un procedimiento legislativo de reforma constitucional. El artículo 54, fracción V, de la Constitución establece que, en ningún caso, un partido político podrá contar con un número de

diputados por ambos principios (mayoría relativa y representación proporcional) que represente un porcentaje del total de la Cámara que exceda en ocho puntos porcentuales su votación nacional emitida. También dispone que lo anterior "no se aplicará al partido político que, por sus triunfos en distritos uninominales, obtenga un porcentaje de curules del total de la Cámara, superior a la suma del porcentaje de su votación nacional emitida más el ocho por ciento". En efecto, esta medida busca asegurar una mayor pluralidad y representatividad en la Cámara de Diputados, al evitar que un solo partido, que incluso cuente con un fuerte apoyo popular, domine completamente y se haga del control absoluto del Congreso. En ese sentido, se busca que las minorías también tengan voz y voto en las decisiones legislativas.

Sin embargo, estos mecanismos, aunque loables y valiosos, no resultan suficientes sino que necesitan de un refuerzo, un impulso y una consolidación determinante para garantizar plenamente el ejercicio democrático en un Estado de Derecho y en una división de poderes deseable, pues en el ejemplo de México que aquí se ha utilizado, solo en el año de dos mil veinticuatro la Constitución Federal se modificó catorce veces, cuestionándose la suficiente y necesaria reflexión y discusión de tales reformas (GONZÁLEZ, 2024; CIDH, 2024). Ciertamente, la implementación y desarrollo de los instrumentos normativos y constitucionales antes dichos propician un control y una valiosa resistencia sobre la cantidad, el tipo y el modo de reformas estructurales hacia la Carta Política que puede realizar cierta corriente política avalada por la inmensa mayoría de los ciudadanos; empero, muchas veces ese crecimiento en la simpatía popular se manifiesta también en una actitud hostil hacia los grupos disidentes, que en el plano legal se suelen manifestar en esfuerzos encaminados hacia socavar la represión. Por ello, la propuesta fundamental de este trabajo es que, ante el peligro que conlleva para la pluralidad de un Estado Democrático la aprobación absoluta de una fuerza política por parte de los gobernados, incluido el riesgo en el que se ve el poder legislativo de ser absorbido por el Ejecutivo, sea en sede internacional y como producto del pronunciamiento de los tribunales internacionales, que se establezca un margen ideal de protección hacia el Poder Legislativo, de manera que la pluralidad y diversidad necesarias para afrontar los cambios estructurales mediante las

reformas constitucionales de los Estados, sea garantizada sin importar la cantidad de aprobación o el grado de popularidad que tenga la fuerza política imperante.

IV. Hacia un legislativo representativo: La necesidad de un pronunciamiento internacional que garantice la representatividad y diversidad en las reformas constitucionales de los Estados

Este pronunciamiento en sede internacional pretende establecer un eslabón convencional hacia la cadena de protecciones constitucionales que se tienen en materia de reforma constitucional, y debe ser producto de una intensa labor de los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos. Para ello, el punto fundamental pasa por establecer que la división de poderes pertenece al ámbito intangible de las constituciones de los pueblos y, en tanto que ello, queda indisponible al Poder Reformador de los Estados, erigiéndose como principio nuclear de las dinámicas políticas en un Estado de Derecho. Este principio es propicio a consolidarse en la práctica internacional del derecho a través de las protecciones que son producto de las sentencias de los tribunales internacionales.

De esa manera, la idea es que se garantice que cualquier proceso de reforma constitucional deba verse limitado por la existencia de la oposición política que participe en cualquier proceso de reforma, sin que en ningún caso sea válido pretender que el aumento de la aceptación hacia un grupo político se traduzca invariablemente en la posibilidad de adquirir una mayoría absoluta en el Poder Legislativo, lo que en última instancia se traduciría en la implementación de cambios importantes, incluso estructurales, hacia el Texto Constitucional, lo cual como se ha visto es asunto indeseable para cualquier democracia.

En palabras del maestro NIETO NAVIA, en su obra: "*El estado democrático en el sistema interamericano de derechos humanos",* aunque en un Estado se puedan restringir los derechos individuales, es el Estado de Derecho el que pone un límite al poder de las autoridades y *"representa una garantía del respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales, límite y garantía que no existen en un Estado totalitario"* (NIETO NAVIA, 1998, p. 132).

En efecto, la protección internacional en la configuración del derecho doméstico de los Estados, en específico en cuanto a la necesidad de garantizar

mecanismos que aseguren la estabilidad de la democracia a través de restricciones a la posibilidad de detentar mayorías absolutas en los Congresos, es un mecanismo de salvaguarda y de promoción internacional del Estado de Derecho, que es baluarte y garante a su vez de la protección de la división de poderes. Con todos estos elementos es notoria la importancia que tiene la intervención de los tribunales y organismos internacionales de protección de derechos humanos, y su pronunciamiento puede tornarse en una herramienta indispensable para asegurar que los instrumentos y las dinámicas de poder propias de una democracia, no degeneren y se tornen en la tiranía del más fuerte, sustentada mediante actos de poder que garanticen esa estabilidad mediante la protección legal necesaria y propiciada por el cambio de normas estructurales mediante las reformas. El disenso, las minorías, el diálogo y los acuerdos siempre son deseables, valiosos e indispensables en una sociedad democrática, y la sede internacional, mediante sus opiniones consultivas o sus pronunciamientos en asuntos contenciosos puede ser de ayuda trascendental para conseguir el deseado Estado de Derecho en su plena manifestación fáctica y política.

El que los Estados puedan llevar a cabo cambios de manera irrestricta en la estructura gubernamental, cuando gozan de aprobación mayoritaria, en principio parecería ser una consecuencia natural de la democracia. Sin embargo, dicho criterio implica que no existiría un límite a que dichos cambios conllevaran la trasgresión de los derechos humanos de los grupos minoritarios o contraviniera las bases de la democracia.

Por un lado, esto parece ser inatacable en el entendido de que gozarían de un poder absoluto y legítimo para sobrepasar los valores de la constitución y, por otra parte, que evidentemente contravendría la obligación que tiene los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos.

Este tema no es ajeno a los diversos organismos en el derecho internacional de los derechos humanos, como es el Comité de Derechos Humanos de la ONU, sus relatorías especiales, y regionalmente para Latinoamérica, la Organización de Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que existen diversos pronunciamientos, sin embargo, no existe un instrumento

vinculante para los Estados que delimite el núcleo de los derechos humanos o lineamientos esenciales de una democracia.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales[10].

En este sentido, se estima que existen límites a lo susceptible de ser decididos por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control que priorice la garantía de los derechos humanos de sus habitantes. La separación de poderes es esencial para prevenir la concentración del poder y asegurar un gobierno basado en el Estado de derecho[11].

Ahora, la democracia constituida como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos; y como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho.

De acuerdo a ello, como ya lo ha señalado la Corte IDH, es dable concluir que el ejercicio efectivo de la democracia constituye una obligación jurídica para los Estados, pues estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva.

No obstante lo anterior, en el caso *Castañeda Gutman c. México* (2008)[12], la Corte IDH consideró que no era preciso entrar a determinar cuál sistema político es acorde a la Convención Americana, y si bien el tribunal internacional no estableció

[10] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 239.
[11] Corte IDH, El derecho a un medio ambiente sano. Opinión Consultiva OC-26/20 del 9 de noviembre de 2020, párrafos 72, 55 y 80 a 90.
[12] Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 184, párrafo 204.

un modelo concreto de gobierno, esto no limita la posibilidad ni la necesidad de que un organismo internacional se pronuncie sobre los lineamientos fundamentales que definen una democracia y el núcleo duro de los derechos humanos. La capacidad de establecer estos parámetros sigue siendo crucial para la protección y la promoción de los principios democráticos y los derechos humanos universales. Cualquier iniciativa destinada a fortalecer el sistema de gobierno en una sociedad democrática debe asegurar una protección efectiva y eficiente de los derechos humanos y en ese sentido, existen diversos esfuerzos locales de los países que buscan consolidar el llamado núcleo duro de los derechos humanos, reflejando un creciente interés internacional sobre la necesidad de proteger la integridad de las constituciones frente a reformas que podrían desnaturalizar sus fundamentos.

Por ejemplo, en India, se ha desarrollado la llamada "*doctrina de la estructura básica de la constitución*" que indica que el poder legislativo no puede reformar la constitución para alterar sus características básicas y esenciales como el control constitucional, la dignidad humana y la unidad e integridad nacionales (ARENAS ÁVILA, 2022).

Por otra parte, en Kenia, el Tribunal Supremo de Nairobi de manera similar, determinó que el parlamento no tiene la facultad de reformar elementos fundamentales de la constitución (STACEY, R. 2011). De manera similar en Malasia, la Corte Federal ha identificado componentes esenciales de la estructura constitucional que son irreformables (HAMID, N. A ET AL., 2017); y en América Latina, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado la teoría de la sustitución, que establece límites al poder legislativo en cuanto que no puede sustituir la constitución ni reemplazar sus elementos esenciales por otros (ARBOLEDA RAMÍREZ ET AL., 2022).

Estos precedentes si bien son valiosos y proporcionan una base sólida para comprender la división de poderes y protección de derechos humanos como primacía de cualquier democracia, no constituye una línea clara para el resto de los Estados, por lo que un pronunciamiento de cualquier órgano internacional podría ayudar a fortalecer las instituciones democráticas, mejorar la protección de los derechos humanos y asegurar que las reformas legales y políticas estén alineadas con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

En esa lógica, si la democracia y los derechos humanos son el núcleo del sistema jurídico, entonces deben ser considerados como el parámetro y valor supremo dentro del sistema jurídico y político. Por lo tanto, la capacidad para modificar la constitución debe encontrar su límite en el respeto a los derechos humanos. Atentar contra los pilares básicos de la constitución, que incluyen los derechos humanos y su protección, sería una violación fundamental de los principios constitucionales y jurídicos que el legislador está obligado a respetar, promover y garantizar dentro de su competencia.

Dada la complejidad y la importancia de estos temas, es crucial que se establezcan lineamientos claros y vinculantes a nivel internacional. Un pronunciamiento de un organismo internacional competente podría proporcionar una guía uniforme y efectiva para los Estados, garantizando que las reformas constitucionales se alineen con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Este tipo de intervención internacional no solo fortalecería las instituciones democráticas, sino que también aseguraría que los derechos humanos sean siempre el parámetro supremo en la modificación de las constituciones. Sin una directriz clara y vinculante, la protección de estos principios fundamentales corre el riesgo de ser comprometida, lo que subraya la urgencia de una regulación internacional más robusta en este ámbito.

V. Bibliografía

ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B., & JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C. (2022). Sustitución constitucional en Colombia: límites de reforma al poder constituyente derivado (función legislativa). *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 1*(45), pp. 437–449. Accesible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/16670

ARENAS ÁVILA, R. (2022). Límites implícitos a las reformas constitucionales y la "Doctrina de la Estructura Básica". *Centro de Investigación en Filosofía y Derecho*. Accesible en: https://cifd.uexternado.edu.co/limites-implicitos-a-las-reformas-constitucionales -y-la-doctrina-de-la-estructura-basica/

BALDOVINOS, R. R. (2021). Nayib Bukele: populismo e implosión democrática en El Salvador. *Revista Andamios, 18*(46), pp. 233–255. Accesible en: https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/844/pdf

CANUDAS OREZA, L. F. (2009). Irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número Especial, pp. 37–52. Accesible en: https://revistas-colaboracion.juridicas. unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/30124/27198

CHOMSKY, N., & HERMAN, E. S. (2009). *Los guardianes de la libertad: Propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas* (6ª ed.). Crítica.

Cinco grandes errores de la reforma a la justicia en México. (2024). *Agenda Estado de Derecho*. Accesible en: https://agendaestadodederecho.com/errores-de-la-reforma-a-la-justicia-en-mexico/

COLOMER, J. M. (1990). *El arte de la manipulación política* (1ª ed.). Anagrama.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2024). *CIDH expresa preocupación por posibles efectos de la reforma judicial en México sobre la independencia judicial y los derechos humanos*. Organización de los Estados Americanos (OEA). Accesible en: https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2024/213.asp

HAMID, N. A., ISMAIL NAWANG, N., SALLEH, K., HARUN, N., & BIDIN, A. (2017). The doctrine of basic structure of the Malaysian Constitution: A study of framework. *Pertanika Journal of Social Sciences & Humanities*. Accesible en: http://www.pertanika.upm.edu.my/resources/files/Pertanika%20PAPERS/JSSH%20Vol.%2025%20(S)%20Oct.%202017/JSSH(S)-0546-2017.pdf

HUERTA OCHOA, C. (2010). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* (3ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

NAVA NEGRETE, A. (1975). Reformabilidad de la Constitución. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *25* (97–98). Accesible en: https://revistas-

colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/2 6925/24275

NIETO NAVIA, R. (1998). El Estado democrático en el Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos. En H. F. Zamudio (Ed.), *Liber Amicorum. Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Vol. I, pp. 123–142). Accesible en: http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a11643.pdf

NIETZSCHE, F. (2008). *Fragmentos póstumos* (2ª ed.). Tecnos.

ORTIZ CASTRO, H. (2020). *El lenguaje como arma política de persuasión y manipulación* [Tesis de grado no publicada, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona].

PAULSON, S. L. (2019). *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch* (1ª ed.). Marcial Pons.

STATISTA RESEARCH DEPARTMENT. (2024). *Tasa de aceptación de los presidentes de América Latina en abril de 2024*. Accesible en: https://es.statista.com/estadisticas/1295265 /tasa-de-aceptacion-de-los-presidentes-de-america-latina/

ROUSSEAU, J. J. (2007). *El contrato social* (12ª ed.). Espasa Calpe.

ROZNAI, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de reforma* (1ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2012). De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la teoría del Estado y la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional, 30*, 89–138. Accesible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4097785

SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución* (1ª ed.). Alianza Editorial.

STACEY, R. (2011). Constituent power and Carl Schmitt's theory of constitution in Kenya's constitution-making process. *International Journal of Constitutional Law, 9*(3–4), pp. 587–614. Accesible en: https://doi.org/10.1093/icon/mor050

TENA TAMÍREZ, F. (1981). *Derecho constitucional mexicano* (18ª ed.). Porrúa.

TOBAR, M. (2020). Gobernabilidad en tiempos de crisis: la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo en la gestión del presidente Nayib Bukele en El Salvador. *Revista Reflexión Política, 22*(45), pp. 70–78. Accesible en: https://revistas.unab.edu.co/index.php/reflexion/article/view/3919/3309

VEGA GARCÍA, P. (2000). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (5ª ed.). Tecnos.

REFLEXIONES ACERCA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN EN EL CONO SUR. CUERPOS RACIALIZADOS, GÉNERO Y TENSIONES CON LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Angeles Belen Frezza [1]

Fecha de recepción: 30 de junio 2025
Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

Resumen

La criminalización de la migración en el Cono Sur afecta de manera diferenciada y sistemática a cuerpos racializados, mujeres y disidencias sexo-genéricas y funciona mediante la aplicación de dispositivos institucionales y discursivos. Desde un análisis crítico, con una perspectiva transfeminista y antirracista, se propone visibilizar cómo los diferentes mecanismos de control fronterizo, así como también las detenciones arbitrarias, las expulsiones y el estigma mediático, configuran un entramado de violencia estructural en favor de la securitización. En particular, se indagan las tensiones existentes entre el discurso integracionista del MERCOSUR -cabe decir que se encuentra basado en principios de libre tránsito, integración regional y no discriminación- y las prácticas estatales que, lejos de garantizar derechos humanos, refuerzan el racismo institucional y las dinámicas de exclusión. Finalmente, se plantea la necesidad de desarticular las lógicas punitivas y promover políticas migratorias con enfoque de derechos humanos, participación activa de las personas migrantes y una apuesta real por la justicia social y la integración desde los márgenes.

[1] Abogada (Universidad Abierta Interamericana). Presidenta del Instituto de Derecho Migratorio del Colegio de Abogados del Departamento Judicial Quilmes. Miembro de la Comisión Directiva del Centro Integral para la Mujer Marcelina Meneses. Delegada del Colegio de Abogados de Quilmes en AEPUQ (Asociación de Entidades Profesionales Universitaria de Quilmes). Cursos y seminarios de posgrados abocados a temas migratorios y regímenes fronterizos dictados por la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica Argentina y la Universidad de Buenos Aires. Diplomatura "Migrantes y Protección de Refugiados" UBA. Email: afrezzaabogada@gmail.com

Palabras clave: Criminalización - Racismo - MERCOSUR - Cono Sur - Integración Regional - Interseccionalidad - Securitización - Derechos Humanos

Title: Reflections On The Criminalization Of Migration In The Southern Cone. Racialized Bodies, Gender And Tensions With Regional Integration

Abstract

The criminalization of migration in the Southern Cone disproportionately and systematically affects racialized bodies, women, and sex-gender dissidents, operating through the deployment of institutional and discursive mechanisms. From a critical lens grounded in transfeminist and antiracist perspectives, this analysis seeks to shed light on how various border control strategies -alongside arbitrary detentions, deportations, and media stigmatization- constitute a web of structural violence in service of securitization. In particular, it examines the tensions between MERCOSUR's integrationist discourse -founded on principles of free movement, regional integration, and non-discrimination- and state practices that, far from ensuring human rights, instead reinforce institutional racism and exclusionary dynamics. Ultimately, it argues for the dismantling of punitive logics and the promotion of migration policies rooted in human rights, the active participation of migrants, and a genuine commitment to social justice and integration from the margins.

Keywords: Criminalization - Racism - MERCOSUR - Southern Cone - Regional Integration - Intersectionality - Securitization - Human Rights

Sumario: I. Introducción. II. Criminalización de la Migración. Marco General. III. Cuerpo Racializados y Feminizados. Las Caras Visibles de la Persecución. IV. El Marco del Mercosur. Entre los Principios de Integración y las Prácticas de Exclusión. V. Desandar la Securitización. VI. Algunas conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

En los últimos años, diversos organismos internacionales, movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil han impulsado un enfoque en materia migratoria centrado en el respeto por los derechos humanos, la cooperación regional y el reconocimiento de la movilidad humana como un componente esencial de la integración en América Latina, particularmente en el Cono Sur (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) (CEPAL, 2022; OIM, 2023).

Sin embargo, en clara contradicción con estos postulados, persisten -y en algunos casos se profundizan- políticas migratorias que asocian la movilidad con el delito, refuerzan discursos securitistas y habilitan prácticas estatales de criminalización. Esta tensión pone en evidencia la distancia existente entre los marcos normativos regionales e internacionales que consagran principios de integración, libre tránsito y no discriminación y las prácticas concretas que vulneran sistemáticamente los derechos de las personas migrantes.

Este trabajo parte de una problemática central. Mientras los Estados del Cono Sur sostienen discursos de integración regional, avanzan en la implementación de medidas restrictivas, de vigilancia y castigo sobre los cuerpos migrantes, particularmente aquellos feminizados, racializados y disidentes[2]. Estas políticas no constituyen hechos aislados, sino que forman parte de lógicas históricas de control social, profundamente atravesadas por el racismo estructural, el patriarcado y la colonialidad del poder[3].

Desde una mirada interseccional y crítica del derecho, se propone desentramar los mecanismos por los cuales estas políticas migratorias producen exclusión, desigualdad y violencia estructural, visibilizando sus efectos diferenciados según género, raza y clase. En lugar de respuestas humanitarias, se imponen dispositivos de control legitimados por discursos de legalidad, seguridad

[2] Las políticas migratorias suelen tener un impacto diferenciado según la interrelación entre género, raza y clase.

[3] El concepto de colonialidad del poder fue desarrollado por QUIJANO A. (2000) para referirse a la persistencia de estructuras coloniales en las formas contemporáneas de dominación y organización social.

y defensa de las fronteras, que configuran un régimen de movilidad profundamente desigual[4].

El artículo analiza los marcos jurídicos que rigen la integración regional -especialmente en el MERCOSUR- y sus contradicciones con las prácticas nacionales, explorando también las maneras en que la criminalización afecta, de modo diferencial, a quienes encarnan corporalidades marcadas por la otredad[5].

La estructura del texto se divide en cinco secciones: en primer lugar, se aborda la criminalización como política estatal y sus fundamentos ideológicos; en segundo lugar, se examina el modo en que las variables de género, raza y clase configuran trayectorias migrantes en contextos de exclusión; en tercer término, se analizan las tensiones entre el marco jurídico regional y su aplicación concreta; luego, se proponen estrategias para desarticular las lógicas punitivas desde una perspectiva de derechos; finalmente, se sistematizan los principales aportes del análisis.

Esta reflexión se enmarca en una praxis situada, nutrida por tradiciones del pensamiento feminista, antirracista y decolonial, que entiende que las categorías de género, raza y clase no configuran jerarquías aisladas, sino ejes de opresión que se co-constituyen en los cuerpos migrantes[6]. Como advierte ANGELA DAVIS, *"la raza, el género y la clase no son simplemente categorías que se suman: son condiciones de opresión que se producen mutuamente"* (DAVIS, 2016). Esta lectura crítica recupera los aportes del pensamiento feminista latinoamericano y caribeño, particularmente de aquellas voces que han tensionado la matriz colonial del derecho y denunciado las violencias epistémicas que recaen sobre las corporalidades migrantes y disidentes (BERKINS, ESPINOSA MIÑOSO, LUGONES, GALINDO).

[4] Se analiza cómo los dispositivos de control funcionan como tecnologías de gobierno sobre ciertos cuerpos y no sobre otros.

[5] El autor describe cómo la persona migrante es constantemente producida como un "otro", no solo por su lugar de origen, sino por su no pertenencia a la lógica del Estado-Nación.

[6] Aquí se sostiene que la experiencia de la opresión no puede entenderse sino en su cruce material e histórico, desnaturalizando la universalización de la categoría mujer.

II. Criminalización de la Migración. Marco General

Referirnos a la criminalización de la migración implica reconocer que no estamos ante un fenómeno global reciente. Contrariamente, se trata de una práctica histórica que se agudiza frente a escenarios de crisis económica y se legitima aún más con el avance de políticas estatales centradas en la seguridad y el control. En el Cono Sur -precisamente- esta lógica se reproduce -incluso- ante los diferentes discursos integracionistas que se fusionan con prácticas restrictivas que operan como dispositivos de control racial, patriarcal y de género[7] (BASOK, 2018).

Así es que entendemos a la criminalización como un proceso multifacético que excede las sanciones legales e incorpora prácticas administrativas, discursivas y simbólicas que posicionan a las personas migrantes -especialmente a mujeres, personas racializadas, trans, travestis y disidencias sexo-genéricas- como "amenazas" y "otras" que deben ser vigiladas, contenidas y excluidas[8] (SAYAD, 1999; BERKINS, L. 2010).

La forma en que se gestiona la migración, actualmente, se encuentra profundamente atravesada por una lógica de securitización migratoria, la cual es entendida como la construcción política y social de la migración, observada como un riesgo para la seguridad nacional. Este enfoque, deja de lado la dimensión humana de las personas migrantes y las inscribe en un campo marcado por la sospecha y el control, desplazándolas del ámbito de los derechos humanos.

En este sentido, se habilitan prácticas que no solo restringen libertades, sino que vulneran la dignidad y autonomía de los cuerpos migrantes, impactando de forma diferencial y violenta a quienes transgreden las normas hegemónicas de género y sexualidad[9] (LÓPEZ & TAPIA LADINO, 2021; CASTLES, DE HAAS & MILLER, 2014; ESPINOSA MIÑOSO, 2017). En América Latina, las políticas migratorias no pueden

[7] El refuerzo de agendas securitistas suele estar vinculado al ascenso de gobiernos autoritarios o con discursos nacionalistas que utilizan a las personas migrantes como chivo expiatorio de crisis sociales o económicas, reforzando la figura del "otro peligroso".

[8] Esta representación del migrante como amenaza se construye también en el lenguaje jurídico y administrativo, donde términos como "ilegal", "invasor" o "delincuente extranjero" siguen operando con fuerza simbólica.

[9] El concepto de "securitización" proviene de los estudios críticos de seguridad (Critical Security Studies) y fue adaptado al análisis migratorio por autores como Didier Bigo, reconociendo cómo los estados transforman fenómenos sociales en "problemas de seguridad".

comprenderse por fuera de las marcas que deja la colonialidad del poder. Esta herencia estructural establece regímenes migratorios que privilegian la movilidad de cuerpos considerados blancos, cis, occidentales, mientras que excluyen o criminalizan a quienes son racializados, indígenas, afrodescendientes o disidentes sexuales y de género[10] (PEREIRA & GIL ARAUJO, 2020; LUGONES, 2007; BERKINS, 2017).

Tal como señala MARÍA LUGONES, el racismo y el sexismo no operan como sistemas de opresión separados, sino que aparecen entrelazados en una matriz colonial de poder que configura de manera concreta las experiencias materiales y simbólicas de las personas (LUGONES, 2007, p. 29). Así, las personas migrantes racializadas, feminizadas y trans, enfrentan una doble o triple opresión que se traduce en la violencia estructural del racismo colonial, el patriarcado y la lógica punitiva estatal[11].

Las formas más crudas de esta violencia institucional se expresan en prácticas como la militarización de las fronteras, las detenciones arbitrarias y las expulsiones sin debido proceso que, lejos de ser excepciones, se vuelven mecanismos legitimados por los discursos oficiales. En el Cono Sur, por ejemplo, estas estrategias afectan especialmente a personas migrantes de países vecinos, reproduciendo estigmas y jerarquías históricas. Basta con mirar lo ocurrido recientemente en Chile, donde las expulsiones administrativas alcanzaron cifras récord en 2024 y, en Paraguay, se han implementado procedimientos similares con un alarmante nivel de indiferencia hacia los derechos humanos[12].

Resulta menester mencionar que, las mujeres y disidencias migrantes enfrentan vulnerabilidades como son la violencia de género, discriminación laboral, precariedad habitacional y falta de acceso a servicios básicos. Estas son condiciones

[10] Estas jerarquías raciales tienen raíces profundas en la lógica colonial, que aún estructura las formas de ciudadanía, pertenencia y legitimidad en las repúblicas latinoamericanas poscoloniales.

[11] En contextos donde la residencia, la ciudadanía o el acceso a la salud están condicionados a la regularidad migratoria, la penalización del estatus migratorio agrava la exclusión de estos grupos, que ya enfrentan violencia sistemática por razones de género o raza.

[12] En muchos casos, estas expulsiones se realizan sin garantizar el derecho a defensa, audiencias justas o evaluaciones individualizadas, lo cual contraviene estándares internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

que se intensifican frente a la amenaza constante de la deportación[13] (BERKINS, 2010; ESPINOSA MIÑOSO, 2017).

Como explica LOHANA BERKINS, *"la violencia contra las identidades trans no puede separarse de las políticas migratorias que las excluyen, criminalizan y precarizan, pues forman parte de una matriz estructural que opera simultáneamente en múltiples frentes"* (BERKINS, 2017, p. 43). Esta afirmación nos invita a mirar más allá de los hechos aislados y comprender que la criminalización de las identidades trans no solo perpetúa la exclusión social, sino que además legitima y normaliza diferentes tipos de violencias -simbólica, institucional y física- sobre estos cuerpos. Al hacerlo, se refuerzan jerarquías coloniales y normas heteronormativas que definen qué vidas merecen protección y cuáles son descartables.

Los discursos estigmatizantes que circulan, tanto en los medios de comunicación como a través de la implementación de ciertas políticas públicas, consolidan una narrativa peligrosa, dado que presentan a las personas migrantes feminizadas y a las disidencias sexuales como "extranjeras peligrosas" o "desestabilizadoras". Estas construcciones justifican formas de control represivo y profundizan las condiciones de precariedad económica y social[14] (GALINDO, 2018).

En este sentido, la criminalización funciona también como un mecanismo de disciplinamiento sexual y reproductivo, dado que controla cuerpos que desafían las normas tradicionales de género, limitando su autonomía y derechos reproductivos[15] (BERKINS, 2017).

Resulta fundamental comprender que estas políticas son expresiones del reflejo concreto del racismo estructural, patriarcal y colonial que define nuestra región. Sus efectos impactan con particular crudeza sobre la vida de esta población,

[13] El riesgo de deportación funciona como una amenaza constante que inhibe la denuncia de violencias, el acceso a la justicia y la organización política de las personas migrantes.

[14] El estereotipo de la mujer migrante como "madre irresponsable" o "trabajadora indeseable" ha sido funcional a políticas que buscan restringir sus derechos reproductivos, laborales y políticos.

[15] En el caso de personas trans migrantes, se ha documentado que los controles migratorios y policiales suelen reforzar dinámicas de violencia institucional, incluyendo tratos crueles, humillaciones y negación de identidad.

quienes -además- se encuentran marcadas por múltiples capas de opresión[16] (DAVIS, 2016; LUGONES, 2007). Como sostiene Angela Davis, *"la intersección entre raza, género y clase no solo suma opresiones, sino que produce condiciones únicas y complejas que requieren un análisis específico"* (DAVIS, 2016, p. 56). Así es que, la criminalización no sólo limita la movilidad, sino que restringe el acceso pleno a derechos fundamentales, comprometiendo la salud, la integridad y la posibilidad misma de habitar con dignidad.

III. Cuerpo Racializados y Feminizados. Las Caras Visibles de la Persecución

La migración, lejos de ser un fenómeno homogéneo, se vive de manera profundamente desigual. La experiencia migratoria se intensifica conforme el género, el color de la piel, la clase social, la sexualidad o la nacionalidad. Estos no son solo datos individuales, sino dimensiones estructurantes que configuran formas específicas de exclusión, control y violencia. Estas categorías no pueden entenderse como variables aisladas, sino como estructuras históricas de dominación que se entrecruzan, se sostienen y se refuerzan mutuamente[17].

En este sentido, el enfoque interseccional -conceptualizado por KIMBERLÉ CRENSHAW- se torna indispensable para comprender cómo operan los dispositivos de poder sobre los cuerpos migrantes[18]. Esta perspectiva no solo evidencia que género, raza, clase y sexualidad no actúan por separado, sino que permite desarmar la supuesta neutralidad de las políticas migratorias, exponiendo que en realidad responden a lógicas racistas, sexistas y clasistas[19] que impactan sobre cuerpos específicos y sobre trayectorias marcadas por el margen.

---

[16] La noción de "interseccionalidad" fue desarrollada por Kimberlé Crenshaw en 1989 y ha sido retomada por múltiples autoras feministas negras y decoloniales en América Latina para visibilizar las formas específicas de opresión vividas por mujeres racializadas y disidencias.

[17] Davis analiza estas intersecciones en el marco del sistema penitenciario estadounidense, pero su planteo ha sido retomado para pensar otras formas de control, como las migratorias, que también funcionan desde lógicas raciales y de género.

[18] El término "interseccionalidad" fue acuñado por Crenshaw en 1989 para describir cómo las leyes de discriminación racial y de género no consideraban la experiencia específica de las mujeres negras en EE.UU.

[19] Esta "neutralidad" aparente ha sido criticada por numerosos feminismos del Sur global, que denuncian que las leyes migratorias muchas veces se redactan desde una perspectiva eurocentrada, binaria y patriarcal.

Siguiendo a LÉLIA GONZÁLEZ, al introducir la racialización del poder y la "amefricanidad" como categoría política, lo que hace es recordarnos que las identidades afroindígenas han sido históricamente construidas como excedentes para el proyecto moderno-colonial[20] (GONZÁLEZ, 1988). En ese sentido, las mujeres migrantes racializadas -especialmente afrodescendientes, indígenas, mestizas- no solo arrastran con ellas experiencias previas a la migración, sino que esas mismas marcas las colocan en lugares de mayor vulnerabilidad y control en los países de destino. Esto, muchas veces, intensifica las desigualdades ya existentes y profundiza los mecanismos de exclusión[21].

Muchas se insertan en circuitos de informalidad laboral -particularmente en tareas de cuidado, limpieza y trabajo doméstico- sin regulación, derechos ni acceso a seguridad social[22] (CEPAL, 2023). Como advierte Pérez Rabasa, también los hombres racializados son sometidos a una división racial del trabajo, desempeñando roles precarizados y feminizados en la estructura laboral[23] (PÉREZ RABASA, 2025).

A esta dimensión se suman las disidencias sexo-genéricas migrantes, cuyas trayectorias están atravesadas por múltiples expulsiones: familiares, estatales, sanitarias y migratorias[24]. En muchos casos, las personas trans migran escapando de entornos de violencia estructural, pero se enfrentan a nuevas formas de exclusión en los países receptores. Podemos mencionar entre ellas, la negación del derecho a la identidad, controles policiales selectivos, segregación territorial, patologización en los sistemas de salud y silencio en las políticas públicas[25].

---

[20] Lélia Gonzalez propone la "amefricanidad" como una forma de recuperar la identidad negra en América Latina como un espacio de resistencia política y cultural frente a la blanquitud hegemónica.

[21] Las desigualdades estructurales no se suspenden al migrar. En muchos casos, se reconfiguran: el racismo y el clasismo operan a través del acceso diferencial a servicios, trabajo y territorio.

[22] En la región, el trabajo doméstico no registrado sigue siendo una de las principales formas de inserción laboral para mujeres migrantes, especialmente en Argentina, Brasil y Chile.

[23] Este fenómeno ha sido denominado por algunos autores como feminización estructural del trabajo racializado, donde incluso los varones asumen tareas precarizadas asociadas históricamente a lo femenino.

[24] Se identifican múltiples formas de expulsión simbólica, jurídica y social, que operan incluso antes de los procesos de deportación o criminalización formal.

[25] La patologización médica de las identidades trans migrantes persiste en numerosos sistemas sanitarios de la región, bajo la figura de trastornos de identidad o negación de tratamientos hormonales.

Citando a OCHY CURIEL, *"no hay posibilidad de transformación sin cuestionar las estructuras de poder racistas y coloniales que sostienen incluso las agendas de derechos humanos"*[26] (OCHY, 2007). Esto nos obliga a revisar críticamente los marcos normativos que siguen desconociendo la especificidad de estas trayectorias migrantes, en nombre de una supuesta universalidad que continúa privilegiando al sujeto blanco, cisgénero, masculino y nacional[27].

La Red de Mujeres Afro ha denunciado cómo las personas afrodescendientes migrantes son sistemáticamente perfiladas como peligrosas, lo que legitima prácticas de control y expulsión sin garantías[28]. Esta persecución se estructura a partir de la construcción de un perfil racial, ejecutado con violencia institucional y profundamente anclado en la colonialidad del poder (PÉREZ RABASA, 2021).

Audre Lorde, en su célebre afirmación *"las herramientas del amo nunca desmontarán la casa del amo"* (LORDE, 1984), nos recuerda que no basta con incluir a las mujeres migrantes racializadas en los discursos de derechos; sino que es necesario desmontar el sistema que las margina[29], cuestionando las epistemologías dominantes que las han históricamente silenciado.

De allí surge la necesidad de incorporar una epistemología del margen, que ponga en el centro las voces y experiencias de estas mujeres[30]. Escuchar a las mujeres racializadas no es solo un acto político, sino también epistémico, una forma de desafiar los marcos dominantes de conocimiento que han construido el silencio como método de exclusión (BELL, 1989).

Finalmente, la criminalización de las migrantes feminizadas, racializadas y disidentes no puede entenderse como una desviación del sistema, sino como una

[26] Curiel critica que muchos discursos de derechos humanos mantienen estructuras coloniales en tanto parten de una supuesta neutralidad que omite el racismo y la sexualidad como ejes de dominación.
[27] La crítica a la universalidad del sujeto de derecho ha sido clave en los feminismos negros y decoloniales para denunciar cómo los marcos normativos invisibilizan las experiencias de las mayorías.
[28] Las denuncias de la Red de Mujeres Afro señalan que incluso en procesos administrativos migratorios, los funcionarios públicos actúan bajo prejuicios raciales, reforzando prácticas de exclusión.
[29] La frase de Lorde es una advertencia contra el uso de herramientas del sistema para reproducir la opresión: no basta con la inclusión formal, es necesario un cambio estructural.
[30] Esta epistemología del margen ha sido desarrollada por feministas como Gloria Anzaldúa, Patricia Hill Collins y bell hooks, que defienden el conocimiento situado como base para la justicia epistémica.

expresión sistémica de un orden que jerarquiza cuerpos, produce fronteras internas y externaliza la violencia[31]. Frente a esto, urge la elaboración y aplicación de un enfoque transfeminista, antirracista y decolonial, que no solo identifique estas desigualdades, sino que construya políticas públicas desde abajo, reconociendo la potencia política de las voces históricamente silenciadas.

IV. El Marco del Mercosur. Entre los Principios de Integración y las Prácticas de Exclusión

El MERCOSUR, como proyecto de integración regional, ha promovido marcos normativos que reconocen ciertos derechos vinculados a la movilidad humana, como la libre circulación, la no discriminación y la búsqueda de una ciudadanía regional ampliada, enunciados especialmente en el Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR[32]. Uno de los ejemplos más significativos en materia de integración regional es el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales del MERCOSUR y Estados Asociados, que reconoce el derecho a la regularización migratoria basándose únicamente en la nacionalidad de origen, sin exigir otros requisitos[33]. Esta propuesta, en lo declarativo, busca garantizar la movilidad regional como un derecho y sentar las bases para un modelo más accesible e inclusivo.

En este escenario, la letra de la ley, por sí sola, no transforma realidades y las barreras no son solo burocráticas, sino estructurales y se encuentran sostenidas por prácticas estatales que siguen operando desde la selectividad, la jerarquización y el control.

Sin embargo, lo que en el papel representa un avance -desde el punto de vista jurídico y simbólico-, en la práctica cotidiana continúa siendo insuficiente. Existe una distancia marcada entre los discursos integracionistas y lo que efectivamente

[31] La criminalización selectiva de ciertas corporalidades evidencia que las políticas migratorias no son neutras: jerarquizan vidas, establecen subjetividades legítimas e ilegítimas y producen violencias institucionalizadas.

[32] El Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR fue aprobado en 2010 y busca promover derechos sociales, laborales y de participación política entre los países miembros, aunque su implementación ha sido desigual.

[33] Este acuerdo marcó un cambio importante en la política migratoria regional, permitiendo la residencia legal sin necesidad de demostrar ingresos, contrato de trabajo u otros requisitos comunes en sistemas migratorios restrictivos.

ocurre en los trayectos institucionales que transitan las personas migrantes. Esa brecha se vuelve especialmente visible -y dolorosa- para mujeres migrantes, personas racializadas, trans y no binaries[34], cuyas experiencias están atravesadas por múltiples barreras que exceden lo burocrático y se enraízan en estructuras de desigualdad más profundas.

Los derechos, para ser reales, requieren de instituciones que no reproduzcan lógicas de selectividad, jerarquización o control. El MERCOSUR ha mostrado avances importantes en el plano declarativo, pero la ausencia de mecanismos de exigibilidad y de instancias regionales con capacidad efectiva de control[35] convierte esos compromisos en promesas frágiles, que rara vez logran transformar de forma concreta la vida de quienes más lo necesitan (LÓPEZ & TAPIA LADINO, 2021).

De esta forma, el derecho a la residencia y el acceso a servicios básicos como salud, educación o trabajo formal -que deberían estar plenamente garantizados en virtud del bloque regional- aparecen, en la práctica, constantemente vulnerados. Las demoras sistemáticas, las barreras administrativas arbitrarias o falta de articulación entre organismos y prácticas discriminatorias institucionales[36] funcionan como filtros silenciosos que restringen derechos. Dichas trabas se agudizan para quienes se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad. Ello no se trata sólo de un problema de acceso sino también una cuestión de reconocimiento. Los cuerpos que históricamente han sido silenciados, negados o desplazados -por su origen, su identidad, su género o su color de piel- continúan siendo los primeros en quedar fuera y siguen hoy enfrentando dispositivos que los excluyen, una y otra vez, del pleno ejercicio de sus derechos[37].

La ausencia de una perspectiva interseccional y de género en el diseño y la aplicación de las políticas migratorias regionales no es un simple vacío técnico, sino

[34] Las categorías "trans" y "no binaries" no son reconocidas de forma uniforme en la región, lo que genera múltiples barreras en el acceso a documentación, salud y justicia.
[35] A diferencia de la Unión Europea, el MERCOSUR carece de un tribunal regional de derechos humanos o de una agencia migratoria que garantice el cumplimiento de los acuerdos.
[36] Las dificultades para cumplir los procedimientos migratorios afectan con mayor frecuencia a quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad estructural, como la pobreza, la informalidad laboral o la falta de redes institucionales de apoyo.
[37] La "invisibilización" es también epistémica: pocas políticas públicas recogen datos desagregados por raza, género y orientación sexual que permitan diseñar intervenciones inclusivas y efectivas.

que constituye una deuda estructural. Aunque los marcos jurídicos no establecen exclusiones formales expresas, omiten las condiciones sociales, económicas, históricas y estructurales que afectan de forma diferenciada a quienes migran[38]. En muchos casos, las normas no discriminan formalmente, pero tampoco reconocen las violencias específicas que atraviesan a mujeres migrantes, personas racializadas o identidades no hegemónicas.

El género y la raza no son categorías neutrales ni naturales, sino que se trata de tecnologías coloniales de poder que organizan los cuerpos, determinan sus lugares en el mundo y su acceso o exclusión del reconocimiento político[39] (LUGONES, 2007). La cuestión no radica simplemente en ampliar derechos y garantizar la igualdad formal, sino en desmantelar las jerarquías que legitiman y sostienen esas desigualdades. Solo desde ese lugar es posible pensar en políticas verdaderamente transformadoras, capaces de alojar las múltiples formas de habitar, de migrar y de resistir.

En la práctica, las desigualdades se materializan de formas concretas. Muchas mujeres migrantes suelen quedar relegadas a trabajos de cuidado en condiciones precarias, sin registro, sin protección social y sin reconocimiento pleno de sus derechos laborales. Al mismo tiempo, las personas trans migrantes (a quienes casi no se nombra) enfrentan obstáculos que van desde la patologización de sus identidades hasta la negación sistemática de su nombre y género en trámites administrativos, sumado a la falta de acceso efectivo a una atención sanitaria integral y respetuosa[40]. Este silenciamiento de sus trayectorias vitales y la omisión institucional refuerzan una violencia estructural que las empuja a los márgenes.

Este conjunto de exclusiones no es casual ni aislado, ya que responde a una lógica institucional que silencia sus trayectorias, desconoce sus necesidades y naturaliza su marginación. Así, se refuerza una violencia estructural que no solo

[38] Esto refuerza una crítica central del feminismo interseccional: la igualdad formal no garantiza justicia si no se atienden las desigualdades estructurales.
[39] María Lugones define el sistema moderno/colonial de género como una construcción impuesta durante la colonización que racializó las jerarquías de género, subordinando a las mujeres indígenas y afrodescendientes de modo particular.
[40] La ausencia de políticas sanitarias con perspectiva de género y diversidad sexual constituye una forma de violencia institucional que expulsa a las personas trans de los sistemas de cuidado.

vulnera derechos, sino que empuja a estas personas a los bordes del sistema, de forma repetitiva y revictimizante.

En paralelo, se advierte una preocupante tendencia a la utilización de antecedentes penales -muchas veces sin garantías procesales ni criterios claros- como argumento automático para denegar o revocar residencias[41]. Esta práctica, presente en varios países del Cono Sur, vulnera no solo el principio de no discriminación o la presunción de inocencia, sino que ademas refuerza estigmas profundamente arraigados en matrices racistas y clasistas. Lo que se configura, en la práctica, es una lógica securitaria que contradice de forma directa los compromisos asumidos por el bloque regional en materia de integración.

Como indica Figueroa, esta contradicción entre el "ciudadano ideal" del MERCOSUR y los cuerpos reales que habitan el territorio, se traduce en mecanismos cotidianos de exclusión institucional que criminalizan la pobreza, la racialización y la disidencia[42] (FIGUEROA, 2021).

Aun cuando existen fallos judiciales relevantes que afirman el principio de igualdad -como los que garantizan la documentación migratoria independientemente de la situación administrativa o reconocen el acceso a servicios sociales por fuera del estatus migratorio-, estos precedentes no logran consolidarse como jurisprudencia vinculante a nivel regional[43]. La implementación efectiva de los principios integracionistas continúa dependiendo de la voluntad política de cada Estado, lo cual perpetúa la desigualdad entre países, incluso dentro del propio MERCOSUR[44].

En este marco, es preciso advertir que el bloque regional corre el riesgo de transformarse en una promesa excluyente, que distribuye derechos de forma selectiva, según criterios racializados, generizados y clasistas[45].

---

[41] En algunos casos, los antecedentes penales responden a causas menores o a situaciones vinculadas a la pobreza, pero se convierten en una causa automática de expulsión, sin evaluación individual.
[42] La figura del "ciudadano ideal" está asociada a la blanquitud, la masculinidad cisheterosexual, el trabajo formal y la nacionalidad: todo lo que muchas trayectorias migrantes no encarnan.
[43] Si bien existen precedentes importantes en Argentina, Uruguay y Brasil, su aplicación depende del poder judicial nacional y no tiene impacto regional directo.
[44] Esto produce asimetrías normativas que contradicen el espíritu del bloque: por ejemplo, una persona migrante puede tener derechos en un país del MERCOSUR que no le son reconocidos en otro.
[45] La selectividad en la distribución de derechos no siempre se expresa en las normas, sino en las prácticas administrativas y judiciales cotidianas que obstaculizan el acceso.

La ciudadanía moderna ha sido históricamente diseñada para proteger a unos cuerpos y vulnerar a otros; repensarla desde el sur requiere una reapropiación crítica y radical[46] (DAVIS, 2016).

Para avanzar hacia una verdadera integración, no basta con enunciar derechos: se requiere una transformación profunda en las estructuras jurídicas, discursivas e institucionales. Es imprescindible incorporar mecanismos de exigibilidad regional, protocolos interseccionales y un enfoque transfeminista que garantice el acceso efectivo a derechos para quienes habitan los márgenes.

V. Desandar la Securitización

Desandar la securitización de las migraciones en el Cono Sur exige mucho más que modificar normativas o suavizar el lenguaje institucional. Ello requiere un giro epistemológico que cuestione las herencias coloniales, racistas y patriarcales que siguen moldeando la manera en que se piensa y gestiona la movilidad humana[47].

La securitización no es un simple enfoque de control, sino un régimen de producción de sentido, donde las personas migrantes son construidas como amenazas, cuerpos sospechosos, agentes del caos o de la alteridad peligrosa[48].

Estas formas de violencia no son nuevas ni excepcionales; por el contrario, responden a estructuras históricas de dominación que siguen organizando el mapa del poder en nuestra región[49] (DOMENECH, 2011; QUIJANO, 2000). Desde esta perspectiva, desmontar la securitización implica romper con el sentido común que vincula migración con delito, movilidad con desorden, extranjería con amenaza. Significa también repolitizar la movilidad, visibilizar las lógicas de control selectivo que pesan sobre los cuerpos migrantes y denunciar la legitimidad que adquieren

[46] Repensar la ciudadanía desde el sur implica desarmar los criterios coloniales que han determinado quién merece protección estatal y quién es considerado una amenaza o un "otro" prescindible.
[47] Este giro implica cuestionar la forma en que el derecho, la burocracia y los sistemas de seguridad han sido diseñados desde perspectivas hegemónicas que excluyen experiencias migrantes no normativas.
[48] La figura del "otro amenazante" en el imaginario estatal refuerza fronteras internas y legitima políticas de exclusión, incluso en contextos donde se pregona integración.
[49] Estas prácticas se manifiestan en identificaciones por perfil racial, controles selectivos en terminales y barrios populares, o uso arbitrario de antecedentes penales.

estos dispositivos a través de discursos institucionales, medios de comunicación y decisiones judiciales[50] (PEREIRA & GIL ARAUJO, 2020).

El cuerpo migrante se vuelve una mercancía y un riesgo al mismo tiempo, sometido a sistemas de vigilancia que lo explotan y criminalizan simultáneamente[51] (SAYAK, 2019).

Frente a esto, es urgente desarrollar políticas públicas que partan de un enfoque interseccional, situado y reparador, capaz de reconocer trayectorias vitales diversas, históricamente marcadas por múltiples formas de exclusión[52]. Esto requiere abandonar la falsa neutralidad de las políticas migratorias y admitir que género, raza y clase no son dimensiones accesorias, sino matrices estructurantes de desigualdad[53] (FERNÁNDEZ BUEY & BIDASECA, 2010; DAVIS, 1981).

Desandar no es borrar, sino visibilizar y reorientar. Se trata de leer las huellas de la violencia institucional en las biografías migrantes y de hacer lugar a políticas que no solo no criminalicen, sino que reparen, restituyan, reconozcan[54]. Las violencias sufridas por mujeres, personas trans, travestis y no binaries migrantes no se originan exclusivamente en la falta de protección legal, sino en el diseño mismo de las políticas públicas, elaboradas desde matrices cisheteropatriarcales, androcéntricas y eurocentradas[55] (BELL, 1989; CURIEL, 2013).

Este cambio requiere voluntad institucional y compromiso político, pero también una transformación en el plano ético y formativo: capacitación con perspectiva de género y derechos humanos en todos los niveles de la administración pública, protocolos específicos para la atención de violencias múltiples, sistemas de

[50] Las construcciones mediáticas que asocian migración con criminalidad son uno de los pilares más eficaces de la securitización, incluso en democracias formales.

[51] La "doble explotación" del cuerpo migrante —como fuerza de trabajo barata y como chivo expiatorio político— ha sido ampliamente denunciada por el pensamiento crítico feminista latinoamericano.

[52] Las trayectorias migrantes no son lineales ni homogéneas. Incluir sus historias vitales implica pensar desde una justicia situada.

[53] La idea de una política "neutral" o "objetiva" ha servido históricamente para perpetuar desigualdades desde la pretendida imparcialidad institucional.

[54] Las políticas reparadoras no solo deben evitar el daño, sino también reconocer el trauma estructural acumulado y trabajar en su reversión.

[55] La falta de perspectiva interseccional en los marcos normativos refuerza la invisibilidad de múltiples violencias vividas por personas migrantes en los márgenes.

documentación respetuosos de la identidad de género, dispositivos interculturales para el acceso a la salud, la educación, la vivienda y el trabajo[56].

Asimismo, es imprescindible reforzar el rol de los mecanismos regionales de garantía, como el MERCOSUR o la Conferencia Sudamericana de Migraciones. Estas estructuras tienen el potencial de limitar las prácticas unilaterales restrictivas de los Estados miembros y promover acciones coordinadas de protección de derechos[57], pero para ello deben contar con mecanismos de exigibilidad, sanción y monitoreo efectivo y articularse con movimientos sociales, organizaciones de migrantes y activismos antirracistas y transfeministas[58].

Desandar la securitización implica también descolonizar la mirada estatal sobre la migración[59]. Las trayectorias migrantes no ocurren en el vacío, sino en contextos marcados por siglos de colonialismo, racismo estructural, extractivismo y despojo[60] (QUIJANO, 2000; LUGONES, 2007). Pensar el Cono Sur exige recuperar memorias colectivas y epistemologías otras, que resistan la lógica dominante del control y abran paso a procesos de emancipación.

En este camino, un punto clave es incorporar activamente a las personas migrantes en la elaboración, evaluación y aplicación de las políticas públicas que las afectan[61]. No se trata solo de convocarlas y escuchar sus voces, sino que también resulta indispensable reconocer su capacidad política, epistémica y su potencia organizativa. Sin migrantes como protagonistas en la toma de decisiones, no hay justicia migratoria posible (DELGADO WISE & MÁRQUEZ COVARRUBIAS, 2009).

Las respuestas que aquí se necesitan requieren de una mirada integral, transformadora y estructural y no desde un aspecto asistencialista y/o sesgado. En este sentido, se observa la necesidad de armonizar la normativa migratoria con una

[56] Estas medidas son mínimas para que las políticas públicas no perpetúen la revictimización institucional.
[57] El MERCOSUR tiene potencial normativo, pero su efectividad depende de la voluntad política y del diseño de mecanismos operativos regionales.
[58] La participación de las organizaciones sociales migrantes es clave para la legitimidad y eficacia de cualquier política transformadora.
[59] Descolonizar no es un acto simbólico, sino un ejercicio concreto de revisar qué saberes se jerarquizan y qué cuerpos se protegen.
[60] Las trayectorias migrantes deben leerse en clave histórica: los actuales patrones de movilidad muchas veces responden a lógicas coloniales de expulsión y despojo.
[61] La inclusión no debe ser testimonial: las personas migrantes deben formar parte activa en todas las etapas del ciclo de las políticas públicas.

perspectiva interseccional, crear y fortalecer sistemas regionales de refugio, asistencia integral, redes de apoyo y/o contención y acceso efectivo a la justicia, especialmente para quienes atraviesan múltiples formas de vulnerabilidad[62], como son mujeres, niñeces, personas trans, racializadas o en situación de trata o violencia.

Finalmente, desandar la lógica de la securitización no puede pensarse como un proceso meramente técnico, ni jurídico, sino que deber ser entendido como un compromiso profundamente político radical, una práctica ética y colectiva que exige reaprender a mirar la movilidad desde la dignidad, la justicia y el reconocimiento mutuo. Ello implica observar y revisar las formas en las que analizamos la movilidad y habilitar nuevos modos de vincularnos con los cuerpos migrantes, no como amenazas a neutralizar, sino como presencias legítimas que enriquecen la comunidad. Es, como propone bell hooks, un acto de amor político (BELL, 1994). Se trata de imaginar y construir un mundo donde migrar no sea equiparado a castigo o sospecha, sino que sea una experiencia de acogimiento y protección, sin perder de vista que, las personas migrantes, no son cifras, ni expedientes[63].

VI. Algunas Conclusiones

La criminalización de las personas migrantes en el Cono Sur no constituye un fenómeno aislado ni accidental. Es la manifestación contemporánea de estructuras históricas de exclusión que organizan las sociedades sobre la base de la racialización, la desigualdad de género y la estratificación de clase. En este sentido, la figura del migrante -especialmente cuando se trata de mujeres, personas trans, no binaries y cuerpos racializados- se vuelve objeto de sospecha, control y castigo en nombre de una seguridad que en realidad opera como herramienta de disciplinamiento social y reproducción de jerarquías coloniales.

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, el paradigma securitizante transforma la movilidad humana en una amenaza. Se naturaliza así la militarización de fronteras, las expulsiones sin debido proceso, el endurecimiento de políticas de

[62] La asistencia integral requiere servicios diseñados con perspectiva de género, derechos humanos, diversidad cultural y sin discriminación institucional.
[63] La propuesta de hooks sobre el amor como acto político implica desarticular las lógicas del castigo para construir relaciones sociales basadas en el cuidado, la dignidad y la justicia.

asilo y residencia y los controles selectivos en función del color de piel, la nacionalidad o la expresión de género. Este proceso no sólo violenta derechos fundamentales, sino que despoja de humanidad a quienes migran, reduciéndoles a cifras, categorías administrativas o titulares sensacionalistas.

Frente a este escenario, los principios de integración regional consagrados en el MERCOSUR, como la libre circulación, la no discriminación y la ciudadanía ampliada, resultan profundamente tensionados. Pese a constituir avances normativos significativos, su aplicación real se ve obstaculizada por prácticas nacionales que priorizan la seguridad por sobre los derechos, contradiciendo el espíritu solidario y cooperativo que debería orientar a la región. La brecha entre el derecho declarado y el derecho vivido por las personas migrantes evidencia la fragilidad de los compromisos regionales cuando no van acompañados de mecanismos de exigibilidad, voluntad política transformadora y enfoques interseccionales.

Construir una política migratoria verdaderamente justa exige desmantelar los pilares de la securitización. Esto implica superar el enfoque punitivista, reconocer el carácter estructural del racismo, la transfobia y la misoginia institucional y formular políticas públicas desde la escucha activa y el reconocimiento de las personas migrantes como sujetos políticos, jurídicos y epistémicos. Como sostienen autoras del feminismo negro como Angela Davis, bell hooks u Ochy Curiel, no hay posibilidad de justicia sin una crítica profunda a las matrices que sostienen las opresiones entrelazadas.

La transformación requiere también repensar la ciudadanía desde abajo, desde las experiencias encarnadas de quienes han sido históricamente silenciados y excluidos. Una ciudadanía regional no puede ser un privilegio regulado por papeles o antecedentes, sino una práctica ética de hospitalidad, reciprocidad y reparación. Como señala Silvia Rivera Cusicanqui, es tiempo de descolonizar no solo las estructuras, sino también las ideas que guían nuestras instituciones y los modos en que se define quién pertenece y quién no.

Simultáneamente, urge fortalecer los sistemas nacionales y regionales de denuncia, reparación y monitoreo de violaciones a los derechos humanos de las

personas migrantes, garantizando su participación activa en todos los niveles de decisión. Es imprescindible que los marcos legales de integración no queden atrapados en declaraciones vacías, sino que se materialicen en acceso efectivo a salud, educación, justicia, trabajo digno, identidad, participación política y reparación frente a la violencia institucional.

Este trabajo no busca solamente denunciar las prácticas de criminalización y exclusión. Propone actuar, articular y construir, en diálogo con las luchas colectivas de las organizaciones migrantes, los feminismos populares, los activismos antirracistas y los movimientos por los derechos humanos de la región. Porque son estas resistencias las que, desde hace décadas, trazan caminos de dignidad, memoria y justicia.

Hacia una integración regional que no expulse ni silencie, sino que abrace, dignifique y repare, con las voces migrantes al centro y con un horizonte claro: la vida plena de todos los cuerpos y todas las identidades, más allá de las fronteras, más allá del miedo.

VII. Bibliografía

BASOK, T. (2018). *Migration, securitization and human rights: North America and beyond*. Routledge.

BELL H. (1981). *Ain't I a woman: Black women and feminism*. South End Press.

BELL H. (1989). *Talking back: Thinking feminist, thinking Black*. South End Press.

CASTLES, S., DE HAAS, H., & MILLER, M. J. (2014). *The age of migration: International population movements in the modern world* (5.ª ed.). Palgrave Macmillan.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2022). *Políticas migratorias con enfoque de derechos humanos en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas. Accesible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/48228-politicas-migratorias-enfoque-derechos-humanos-america-latina-caribe

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2023). *Mujeres migrantes en América Latina: Avances y desafíos hacia la igualdad de género*. CEPAL. Accesible en: https://www.cepal.org

DAVIS, A. (1981). *Women, race & class*. Vintage Books.

DAVIS, A. (2016). *Freedom is a constant struggle: Ferguson, Palestine, and the foundations of a movement*. Haymarket Books.

DELGADO WISE, R., & MÁRQUEZ COVARRUBIAS, H. (2009). *Migración y desarrollo: Nuevas aproximaciones desde América Latina*. Miguel Ángel Porrúa.

DOMENECH, E. (2011). Migración y fronteras en América del Sur: Una mirada crítica desde el Sur. En D. Feldman-Bianco & E. Domenech (Eds.), *Políticas migratorias en América Latina: Nuevas tendencias, viejos dilemas* (pp. 55–78). CLACSO.

FERNÁNDEZ BUEY, A., & BIDASECA, K. (2010). *Pensar desde el Sur: Colonialidad del poder y crítica al eurocentrismo*. CLACSO.

FIGUEROA, A. (2021). MERCOSUR y derechos humanos: Entre el discurso de la integración y la política de la exclusión. *Revista de Integración Regional y Derechos Humanos, 4*(1), pp. 105–123.

GIL ARAUJO, S., & PEREIRA, A. (2020). Raza, migración y ciudadanía en América Latina: Aproximaciones críticas desde la interseccionalidad. *Estudios Migratorios Latinoamericanos, 34*(1), pp. 9–32.

LÓPEZ, A., & TAPIA LADINO, M. (2021). Seguridad, migración y políticas restrictivas en América del Sur: Un análisis crítico del giro securitista. *Revista de Ciencias Sociales (Universidad del Valle), 27*(1), pp. 33–52.

LUGONES, M. (2007). Colonialidad y género: Hacia un feminismo descolonial. *Revista Crítica de Ciencias Sociales, 25*(1), pp. 1–17.

MARTÍNEZ, L., & SOTO, V. (2022). Residencia y derechos sociales en el MERCOSUR: Avances jurisprudenciales y límites normativos. *Revista Integración Regional y Derechos Humanos, 5*(2), pp. 87–106.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2022). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022*. Accesible en: https://publications.iom.int

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2023). *Informe sobre migraciones en América del Sur 2022*. OIM. Accesible en: https://publications.iom.int/es/libros/informe-sobre-migraciones-en-america-del-sur-2022

PÉREZ RABASA, J. (2021). La criminalización de senegaleses en la Ciudad de Buenos Aires, en el período 2015–2019: Un acercamiento desde la interseccionalidad. *Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais*.

PÉREZ RABASA, J. (2025). *A 20 años de la Conferencia de Durban. Complejidades, desafíos y limitaciones de las políticas públicas para las personas afrodescendientes de Argentina desde una perspectiva de derechos humanos (2000–2020)* [Tesis doctoral, Universidad Nacional de Lanús, Instituto de Justicia y Derechos Humanos Eduardo Luis Duhalde].

QUIJANO, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *Revista Internacional de Ciencias Sociales, 51*(169), pp. 201–246.

RED DE MUJERES AFRODESCENDIENTES. (2018). *Racismo institucional y migración: Diagnóstico regional sobre discriminación hacia mujeres afrodescendientes migrantes*. Red de Mujeres Afrodescendientes de América Latina y el Caribe.

RIVERA CUSICANQUI, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa: Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Tinta Limón.

SAYAD, A. (1999). *La doble ausencia: De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*. Anthropos.

INTEGRACIÓN REGULATORIA SANITARIA COMO ESTRATEGIA DE AUTONOMÍA PERIFÉRICA: EL CASO DE LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA EN AMÉRICA LATINA

María Azul Martínez González[1]

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025
Fecha de aceptación: 14 de julio de 2025

Resumen

La industria farmacéutica se ha convertido en un eje estratégico para el desarrollo científico, sanitario y económico de los Estados. Su marco regulatorio no sólo incide en el acceso a terapias innovadoras, sino también en la capacidad de atraer inversiones en I+D, desarrollar la infraestructura sanitaria y fortalecer los sistemas de salud. América Latina mantiene una posición periférica en este campo, limitada por la fragmentación normativa y la falta de coordinación regional. El siguiente trabajo propone una estrategia de armonización regulatoria como herramienta de política exterior latinoamericana, orientada a consolidar una inserción periférica estratégica. A partir del análisis del sistema europeo, la presente investigación examina cómo una arquitectura institucional compartida permitió fortalecer la competitividad del bloque, reducir los tiempos regulatorios y promover el desarrollo de la industria farmacéutica. Desde una lectura estratégica de la autonomía periférica formulada por Carlos Escudé, se argumenta que la integración regulatoria constituye una herramienta para disputar poder regulatorio global desde la periferia.

Palabras clave: industria farmacéutica, armonización regulatoria, investigación clínica, autonomía periférica, integración regional, política exterior.

[1] Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Público (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina), Teoría del Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina) y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad Internacional de La Rioja, España). Maestranda en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Consultora legal farmacéutica (IE Law School, España).

Title: REGULATORY HEALTH INTEGRATION AS A STRATEGY OF PERIPHERAL AUTONOMY: THE CASE OF CLINICAL RESEARCH IN LATIN AMERICA

Abstract

The pharmaceutical industry has become a strategic axis for the scientific, health, and economic development of states. Its regulatory framework not only impacts access to innovative therapies but also the capacity to attract R&D investments, develop health infrastructure, and strengthen health systems. Latin America maintains a peripheral position in this field, limited by regulatory fragmentation and lack of regional coordination. This paper proposes a regulatory harmonization strategy as a Latin American foreign policy tool aimed at consolidating a strategic peripheral insertion. Based on the analysis of the European system, this research examines how a shared institutional framework strengthened the bloc's competitiveness, reduced regulatory timelines, and promoted the development of the pharmaceutical industry. From a strategic reading of peripheral autonomy as formulated by Carlos Escudé, it is argued that regulatory integration constitutes a tool to contest global regulatory power from the periphery.

Keywords: pharmaceutical industry, regulatory harmonization, clinical research, peripheral autonomy, regional integration, foreign policy.

Sumario: I. Introducción. II. Marco teórico: autonomía periférica, gobernanza regulatoria y regionalismo postliberal. III. Los ensayos clínicos y la integración regulatoria regional. III.i. Los ensayos clínicos y su impacto en el sistema internacional. III.ii. La integración regulatoria como herramienta. IV. Análisis del modelo europeo y la situación latinoamericana. IV.i. El modelo europeo: EU CTR. IV.ii. La situación latinoamericana. V. Lineamientos preliminares para una estrategia regional de integración regulatoria. VI. Implicancias políticas y estratégicas de una arquitectura regulatoria común en América Latina. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

La investigación clínica, en su historia, ha sido fundamental para el avance científico de los Estados, y ha sido crucial en el avance de I+D a nivel internacional. A partir de la era de la globalización, se ha encontrado fragmentada a través de la interculturalidad de los sujetos que la componen y a partir de allí, se han desarrollado criterios generales de cooperación a través de la armonización regulatoria. Sin embargo, en materia de ensayos clínicos, dicha práctica se ha convertido en un fenómeno y objeto de estudio a partir del siglo XXI, acentuándose con la hipótesis de que representa una oportunidad para el crecimiento significativo de las economías regionales.

Ello desató un intenso debate sobre si dicha multiplicación no coordinada de regulaciones internacionales en materia de ensayos clínicos constituye un desarrollo positivo o negativo de las economías regionales, y si la armonización regulatoria puede presentarse como una herramienta funcional para los Estados. Aunque en mayor o menor medida, la única nota en común es la variedad de criterios sobre el mismo instituto y el rápido desenvolvimiento de la industria farmacéutica a nivel global.

El principal problema reside en la falta de acuerdos comunes sobre armonización regulatoria por parte de los Estados y bloques de integración. Como resultado conviven diferentes regulaciones, criterios y alcances, dificultando el avance de la industria farmacéutica.

Resulta interesante analizar si es necesario que los medios prácticos con los que la armonización regulatoria actúa deben adaptarse o no ante la notoria fragmentación de criterios dispares. En ese contexto, considerando el problema de que no existe un criterio regulatorio uniforme en materia de ensayos clínicos a nivel global, no se trata sólo de definir las condiciones bajo las cuales se realizan los ensayos clínicos, sino de establecer una arquitectura institucional y de cooperación que incide en la capacidad de los Estados para participar en las redes globales de innovación existentes, atraer inversión en I+D y garantizar acceso federal a terapias

emergentes[2] (CHIRAC & TORREELE, 2006; SALGADO DE SNYDER ET AL., 2023). En un escenario internacional marcado por la aceleración de los ciclos tecnológicos y la intensificación de la competencia entre bloques regionales y Estados, la regulación se convierte en un instrumento de política estratégica que excede el ámbito técnico para adquirir densidad política (LEVI-FAUR, 2005).

A su vez, América Latina mantiene una posición periférica en este campo. La fragmentación normativa, la debilidad institucional de los Estados, la escasa articulación intergubernamental y la falta de coordinación política estructuran un panorama en el que la región aparece como terreno de aplicación y no como sujeto activo en la producción de conocimiento biomédico (RATH, 2022; HOMEDES & UGALDE, 2003). Esta situación restringe los márgenes de autonomía sanitaria y limita la capacidad de incidir en las reglas que organizan la circulación global de la innovación terapéutica.

Frente a esta situación, el presente trabajo plantea que una estrategia de armonización regulatoria regional pueda constituirse en una herramienta de política exterior orientada a disputar poder normativo desde la periferia. Inspirada en la experiencia europea de integración en investigación clínica a través del Reglamento Europeo de Ensayos Clínicos (EU CTR), el presente trabajo propone analizar la viabilidad de adaptar institucionalmente dicho modelo al contexto latinoamericano, reconociendo las asimetrías estructurales, las capacidades regulatorias existentes y las iniciativas regionales en curso, como la Agencia de Medicamentos de Latinoamérica y el Caribe (AMLAC) (PAHO, 2023).

La idea directriz del presente trabajo es que la integración normativa en investigación clínica, lejos de ser una cuestión meramente técnico-legal, representa una dimensión central para ampliar las capacidades estatales, fortalecer la autonomía periférica y consolidar una inserción internacional que, sin desconocer las jerarquías globales, busque disputar espacios de decisión desde una lógica de cooperación táctica y construcción colectiva de poder. En este sentido, se recupera la concepción de autonomía periférica formulada por CARLOS ESCUDÉ (1992, 1998),

[2] En el caso de América Latina, especialmente, garantizar también el acceso en zonas rurales.

no como un repliegue nacionalista sino como una racionalidad estratégica adaptada a las condiciones del orden internacional desigual.

II. Marco teórico: autonomía periférica, gobernanza regulatoria y regionalismo postliberal

El concepto de autonomía periférica, tal como fue formulado por CARLOS ESCUDÉ (1992, 1998), parte del reconocimiento de que las asimetrías del orden internacional imponen restricciones estructurales a los márgenes de acción de los Estados no centrales. Sin embargo, lejos de proponer una retirada del sistema internacional, Escudé plantea una racionalidad estratégica que logre combinar una adaptación inteligente y el aprovechamiento de oportunidades para avanzar sobre intereses propios del Estado o bloque de integración desde una posición periférica. Esta visión, que ha sido objeto de críticas desde algunas perspectivas más estructuralistas, adquiere en este trabajo una dimensión diferente: la posibilidad de ejercer el poder normativo mediante estrategias regionales cooperativas que aumenten la densidad institucional y la capacidad de negociación conjunta.

La noción de gobernanza regulatoria, desarrollada en la literatura de políticas públicas y economía política internacional, refiere a los modos en que se estructura la autoridad normativa en contextos de interdependencia de índole compleja. En este contexto, entonces, la regulación deja de ser una función exclusiva del Estado o bloque de integración para devenir un campo disputado entre múltiples actores —públicos, privados, nacionales, transnacionales— que producen, negocian e implementan normas con efectos transfronterizos (LEVI-FAUR, 2005; BRAITHWAITE & DRAHOS, 2000). Esta perspectiva permite entender por qué la integración regulatoria regional puede constituirse en una herramienta estratégica. Es decir, al crear estándares compartidos y mecanismos institucionales comunes, los Estados periféricos pueden aumentar su capacidad de incidencia colectiva y reducir su vulnerabilidad frente a las reglas impuestas por actores centrales o por el mercado global.

Finalmente, el regionalismo postliberal aporta una clave interpretativa para pensar formas de cooperación que, sin desconocer las condiciones del capitalismo global, buscan recuperar capacidades estatales, proteger bienes públicos regionales

y construir poder desde el Sur (RIGGIROZZI & TUSSIE, 2012; SANAHUJA, 2009). En este marco, la cooperación sanitaria se configura como un ámbito de privilegio para articular intereses comunes, articular respuestas soberanas frente a la financiarización de la salud, y proyectar capacidades regulatorias hacia escenarios globales.

Por lo tanto, el presente marco teórico permite obtener las herramientas analíticas necesarias para evaluar una estrategia de integración regulatoria en materia de investigación clínica. En lugar de promover una simple reversión de modelos externos, se busca explorar una forma de autonomía periférica que articule inteligencia estructural, regionalismo cooperativo y fortalecimiento institucional, concebidos como mecanismos para disputar y ejercer el poder normativo global desde la perspectiva y las capacidades de América Latina.

III. Los ensayos clínicos y la integración regulatoria regional

III.i. Los ensayos clínicos y su impacto en el sistema internacional

La investigación clínica por definición implica realizar ensayos clínicos, compuestos por investigaciones controladas en pacientes que han dado su consentimiento para desarrollar nuevos descubrimientos, con el objeto de mejorar los estándares de salud y bienestar general (OECD, 2018). A escala global, la industria farmacéutica conforma un oligopolio diferenciado en el que participan distintos tipos de actores. Los principales son las empresas multinacionales que patrocinan los ensayos clínicos.

Muchos de los ensayos son impulsados por necesidades inminentes en salud pública y oportunidades científicas, que no siempre presentan un caso de negocio convincente para las empresas privadas, pero sí para el avance de I+D y la generación de empleo calificado. Esto puede deberse a diversas razones, como el reducido número de pacientes afectados[3], la falta de rentabilidad de los

[3] Puede darse en casos de enfermedades raras como la fibrosis quística.

tratamientos[4] o simplemente el objetivo de mejorar los procedimientos y prescripciones existentes[5] (OECD, 2018).

Con el tiempo, los Estados establecieron regulaciones nacionales más estrictas para garantizar la seguridad de los pacientes y la calidad metodológica de los ensayos clínicos. La supervisión y evaluación regulatoria varía según la jurisdicción y la propia naturaleza del ensayo, pudiendo basarse en legislación específica, normativas emitidas por autoridades competentes o en directrices éticas (OECD, 2018). Esta diversidad de enfoques regulatorios genera diferencias significativas entre los países. La complejidad administrativa resultante suele conllevar que muchos ensayos clínicos bien planificados, dirigidos a abordar problemas de salud pública de importancia, no se lleven a cabo o se vean considerablemente retrasados, lo que limita su impacto.

En cuanto al impacto económico internacional, la investigación clínica es el sector industrial que más dinero dedica a I+D en el mundo. Según un informe de EVALUATEPHARMA (2020) sobre el sector farmacéutico global, la inversión en I+D ha aumentado de manera sostenida de USD 136.000 millones en 2012 a USD 186.000 millones en 2019. A su vez, las proyecciones indican que la inversión total global en I+D del sector podría llegar a los USD 233.000 millones en 2026.

La Federación Internacional de la Industria Farmacéutica (IFPMA), en su informe anual del 2022, explica la contribución que realiza cada año este sector a la salud, el bienestar y la economía mundial. Según detalla el informe, las empresas multinacionales de la industria realizaron una inversión muy superior a la de otros sectores de alta tecnología. Así, señala que la inversión en I+D de la industria farmacéutica es hasta 8,1 veces mayor que la dedicada por la industria aeroespacial y de defensa, 7,2 superior a la industria química y 1,2 veces mayor que la de las compañías de software y servicios informáticos.

El informe también detalla las razones por las que el sector demanda una inversión tan grande y durante tanto tiempo para obtener resultados. Actualmente

[4] Por ejemplo, terapias pediátricas o enfermedades prevalentes en países en desarrollo.

[5] Puede darse al encontrar la combinación óptima de fármacos o el momento de administración.

el costo de desarrollar un nuevo medicamento o tratamiento ronda los 2.600 millones de dólares y es una carrera llena de obstáculos regulatorios.

III.ii. La integración regulatoria como herramienta

El fenómeno de integración regional busca aumentar las relaciones comerciales entre los Estados miembro, y una de sus herramientas fundamentales es eliminar las restricciones u obstáculos a los flujos comerciales. Por lo tanto, la armonización regulatoria representa una herramienta inteligente para la evaluación de los ensayos clínicos en un mundo global. El resultado principal es el ahorro de recursos, la descomplejización regulatoria y lograr plazos más cortos de aprobación en comparación con las vías estándar.

La armonización de normas y legislaciones no debe interpretarse erróneamente como la generación de una norma común para el bloque regional ni como la emulación de normas nacionales vigentes en otros contextos. En cambio, se trata de acordar, por la vía de la negociación y coordinación sistémica, las modificaciones y adaptaciones que sean necesarias para la eliminación de obstáculos al comercio (SICE-OEA, 1998). La armonización de los marcos regulatorios que afectan los negocios y el intercambio de bienes y servicios tienen como finalidad principal la de eliminar las distorsiones inducidas por las diferencias de dichos marcos en los respectivos ámbitos nacionales, particularmente cuando tales diferencias tienden a favorecer asimétricamente a los operadores de uno de los países miembros en detrimento del resto (ILAR, 2020).

Por lo tanto, la armonización regulatoria representa una herramienta inteligente para la evaluación de los ensayos clínicos en un mundo global. Dicha práctica reduce la carga de trabajo de las autoridades regulatorias nacionales (ARN) a través de la abreviación de vías regulatorias (ARP por sus siglas en inglés). En materia de ensayos clínicos, el resultado principal es el ahorro de recursos, la descomplejización regulatoria y lograr plazos más cortos de aprobación en comparación con las vías estándar.

IV. Análisis del modelo europeo y la situación latinoamericana

La mayoría de los ensayos clínicos se realizan en forma simultánea en diversos países. Por lo tanto, es importante determinar cuáles son los obstáculos que inciden en la alocación de ensayos clínicos en un país determinado. En lo que atañe al presente análisis, pueden destacarse en primer lugar, el tiempo de aprobación para iniciar los ensayos y, en segundo lugar, aunque intrínsicamente relacionado, la complejidad de los procesos regulatorios.

Por lo tanto, la variable del tiempo resulta la más importante para los patrocinadores en cuanto a definir la locación de ensayos. Lo cierto es que por cada día de retraso los patrocinadores pueden perder alrededor de USD 2,5 millones (MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 2021). Por eso, el principal indicador para seleccionar los países que intervendrán en el ensayo lo determina el tiempo de aprobación y, dada su interrelación, la complejidad regulatoria de las autoridades nacionales o regionales.

Cabe señalar que el proceso de aprobación para el inicio y desarrollo de los ensayos clínicos es complejo, extenso e intervienen diversos actores. La diversidad de regulaciones nacionales puede representar un desafío importante, especialmente para las instituciones de investigación pública que no tienen los recursos para presentar rápidamente múltiples solicitudes de autorización y cumplir con diferentes requisitos nacionales.

Por lo tanto, los tiempos de evaluación y aprobación varían de acuerdo con la complejidad regulatoria y a la legislación nacional, o regional en el caso de la UE. Mientras que en los Estados latinoamericanos los tiempos regulatorios rondan entre los 9 y 6 meses, en EE. UU. los patrocinadores podrán tener una aprobación en el transcurso de 3 meses. Por otro lado, la UE, presentando los plazos más cortos, realizará la evaluación y aprobación en tan solo 1 mes.

Ahora bien, la principal pregunta sería ¿cómo la UE ha logrado realizar la misma evaluación, en el mismo ensayo clínico, al mismo tiempo que el resto de los Estados, en un plazo de dos a nueve veces menor? La respuesta es: coordinación regional y descomplejización regulatoria (OECD, 2012).

IV.i. El modelo europeo: EU CTR

La armonización regulatoria en materia de ensayos clínicos ya está ocurriendo en los sistemas de integración regional. El modelo mejor establecido es el de la Unión Europea. A través del proceso de armonización, los países de la de la UE siguen el mismo consejo sobre la aprobación de medicamentos. Con un alto nivel de cooperación entre las ARN, se basa en un sistema de evaluación único para que cualquier informe de evaluación de cualquiera de los miembros de la UE pueda utilizarse como base (HM, 2021).

El Reglamento Europeo de Ensayos Clínicos (Regulation EU No 536/2014), en vigor desde enero de 2022, establece un procedimiento común de autorización llamado EU CTR para los Estados miembros de la Unión Europea. Este procedimiento se canaliza mediante una plataforma electrónica (CTIS), que centraliza la presentación de solicitudes y permite una evaluación coordinada entre autoridades nacionales y comités de ética. Sustituye al sistema anterior basado en la Directiva 2001/20/EC, llamado *VHP*, el cual era un sistema voluntario[6]. El nuevo reglamento es obligatorio y distingue entre dos partes de la evaluación: la Parte I, de carácter técnico y científico, y la Parte II, centrada en aspectos éticos y jurídicos locales, manteniendo márgenes de decisión nacional dentro de un marco regulatorio común (EMA, 2023).

Este esquema ha contribuido a acortar los plazos regulatorios, aumentar la previsibilidad del proceso y facilitar la realización de ensayos multicéntricos. También ha consolidado la capacidad de la UE para establecer reglas compartidas, reduciendo la dependencia de normativas externas. El proceso de implementación incluyó inversiones en recursos humanos, interoperabilidad digital y procedimientos comunes de evaluación, lo que permitió compatibilizar sistemas administrativos diversos dentro de una arquitectura regulatoria compartida.

[6] El sistema Voluntary Harmonisation Process (VHP por sus siglas en inglés) fue desarrollado por el Grupo de Facilitación de Ensayos Clínicos en 2009 para abordar las dificultades en la implementación de la directiva de la UE en las leyes nacionales y armonizar las decisiones de las ARNs sobre los ensayos clínicos. Los objetivos principales fueron garantizar una evaluación armonizada y consistente de la calidad del ensayo y la seguridad de los pacientes en los Estados miembros. El VHP era voluntario, es decir, la empresa patrocinante del ensayo clínico era quien decidía utilizar dicho procedimiento. El nuevo sistema EU CTR, en líneas generales, comprende las mismas características que el sistema VHP con la salvedad de ser obligatorio para todos los patrocinadores y ensayos clínicos.

Por lo tanto, el proceso EU CTR permite la evaluación simultánea del mismo ensayo clínico por parte de las ARNs en todos los Estados miembro participantes. Este procedimiento proporciona al patrocinador un resultado obtenido por consenso, simultáneo e integrado en la evaluación del ensayo por todas las agencias nacionales. Por lo cual, los tiempos de evaluación son considerablemente acelerados, no existe complejidad regulatoria y, además, se obtiene una sola aprobación aplicable a múltiples Estados (HM, 2022).

Es importante mencionar que el anterior sistema de armonización regulatoria llamado *VHP* tuvo un rol significativo en los tiempos de pandemia. Como parte de los esfuerzos para combatir al coronavirus y aprovechar al máximo los recursos disponibles, el VHP ha sido ampliamente respaldado para acelerar la presentación de protocolos de ensayos multinacionales y amplios para la investigación de posibles tratamientos para COVID-19. A través de la experiencia durante la pandemia del COVID-19, podemos concluir que el impacto de la armonización regulatoria y su institucionalización es altamente positivo desde una perspectiva económica y de salud pública (NATURE REVIEWS DRUG DISCOVERY, 2011).

MERCK SERONO, uno de los patrocinadores más destacados del mundo, reconoció desde el principio que el VHP ofrecía una oportunidad única para acelerar la evaluación de estudios multinacionales y economizar recursos (NATURE REVIEWS DRUG DISCOVERY, 2011). Desde la perspectiva del patrocinador, la armonización regulatoria ofrece importantes beneficios estratégicos y operativos. La implementación de VHP y EU CTR pueden considerarse como uno de los pasos más importantes en el desarrollo de medicamentos (NATURE REVIEWS DRUG DISCOVERY, 2011).

IV.ii. La situación latinoamericana

En América Latina, en cambio, predomina la fragmentación normativa. Cada país define procedimientos, tiempos y criterios propios, con escasa coordinación intergubernamental. La revisión ética muchas veces se encuentra descentralizada en comités locales sin homologación de criterios, lo que introduce variabilidad y retrasa los plazos. En este contexto, los ensayos clínicos multicéntricos requieren

trámites paralelos en cada país, con requisitos diferentes y sin reconocimiento mutuo de evaluaciones regulatorias.

El desarrollo de políticas comunes en cuanto a coordinación y armonización en la UE refleja debilidades conocidas en América Latina y su imposibilidad de lograr, como mínima, acuerdos consonantes en términos de tiempos regulatorios. Los tiempos regulatorios de dicha región son, especialmente, extensos; los más largos del mundo. Es cierto que naturalmente existen motivaciones únicas para que los patrocinadores apuesten por la región a partir de la deslocalización o costos bajos, pero también es cierto que desafortunadamente se ven compensadas de forma negativa por la inacción política ante los obstáculos regulatorios.

Sin embargo, algunas iniciativas recientes buscan revertir esta situación. El proyecto de creación de la Agencia de Medicamentos de Latinoamérica y el Caribe (AMLAC) constituye un avance en la coordinación regional. Bajo el liderazgo de SouthCenter, OPS y la CELAC, AMLAC se propone como un espacio técnico para promover convergencia normativa, cooperación horizontal y fortalecimiento institucional (PAHO, 2023). Sin embargo, no cuenta aún con mecanismos vinculantes ni con un mandato específico en investigación clínica. Tampoco existen procedimientos de autorización conjunta ni plataformas digitales compartidas.

A diferencia del caso europeo, donde la integración respondió a una estrategia definida de política industrial y sanitaria, en América Latina las acciones siguen una lógica reactiva, sin una planificación regional orientada a la autonomía regulatoria. Esta diferencia se refleja en la capacidad de incidir sobre la arquitectura global de gobernanza biomédica. Mientras Europa negocia desde una posición de coordinación normativa, América Latina continúa subordinada a reglas externas y limitaciones operativas.

La comparación sugiere que avanzar hacia una estrategia de integración regulatoria en investigación clínica no implica uniformidad, sino la construcción de mecanismos de coordinación gradual, compatibles con la heterogeneidad institucional de la región. Esta construcción requiere capacidad técnica, decisión política y una arquitectura jurídica adecuada. También requiere reconocer que la regulación en este campo no se limita al control de riesgos, sino que forma parte de

una disputa por capacidades estratégicas, en la que la fragmentación actúa como una barrera estructural a la autonomía.

V. Lineamientos preliminares para una estrategia regional de integración regulatoria

A partir del análisis comparativo entre el modelo europeo y la situación latinoamericana, es posible delinear algunos lineamientos orientativos para avanzar hacia una estrategia de integración regulatoria en investigación clínica en América Latina. En lugar de proponer una traslación mecánica del modelo europeo, se trata de identificar principios estructurantes que, adaptados a la realidad regional, permitan diseñar una arquitectura institucional propia, sensible a las asimetrías internas y orientada a la construcción de capacidades comunes.

El primer lineamiento es de carácter político y estratégico: se requiere reconocer que la armonización regulatoria no es un proceso meramente técnico, sino una decisión de política exterior con implicancias en términos de autonomía, desarrollo y posicionamiento internacional. Ello implica que la voluntad de cooperación debe ser expresada al más alto nivel gubernamental, con un mandato político claro que habilite la construcción de instrumentos jurídicos vinculantes y sostenibles. Sin una conducción estratégica que articule intereses estatales, sanitarios e industriales, los esfuerzos de convergencia seguirán siendo fragmentarios y limitados.

El segundo lineamiento refiere a la necesidad de construir una institucionalidad regional especializada. El reciente proyecto de creación de la Agencia de Medicamentos de Latinoamérica y el Caribe (AMLAC) constituye una oportunidad ineludible en este sentido. Aunque aún en fase inicial, AMLAC podría convertirse en el eje articulador de una arquitectura regulatoria compartida, funcionando como instancia de coordinación técnica, capacitación conjunta, interoperabilidad digital y evaluación cooperativa de ensayos clínicos. Su desarrollo requiere una redefinición de su mandato, otorgándole competencias claras en materia de armonización normativa y generación de estándares comunes.

En tercer lugar, es indispensable avanzar en la construcción de capacidades regulatorias nacionales, como condición para una integración regional. Esto implica

fortalecer las agencias locales mediante inversión en recursos humanos, infraestructura tecnológica y formación continua, con criterios internacionales de calidad y mecanismos de evaluación cruzada. En este punto, puede pensarse en esquemas de cooperación que reconozcan las diferentes trayectorias institucionales de los países y promuevan una convergencia gradual, sin reproducir jerarquías al interior del bloque. La lógica debe ser de solidaridad técnica y no de competencia.

Un cuarto componente es la interoperabilidad normativa y digital. La experiencia del EU CTR europeo demuestra que la digitalización es clave para agilizar procedimientos, garantizar la trazabilidad de los expedientes y facilitar la transparencia. Un sistema regional interoperable permitiría reducir la duplicación de esfuerzos, unificar criterios de evaluación y facilitar la realización de estudios multicéntricos. El desarrollo de esta infraestructura debe contemplar estándares abiertos, soberanía de los datos y gobernanza compartida.

Finalmente, se requiere articular esta estrategia regulatoria con una visión más amplia de política industrial, científica y sanitaria regional. La integración normativa en ensayos clínicos no puede pensarse aisladamente del desarrollo de cadenas de valor farmacéuticas, de la promoción de la investigación pública y de la necesidad de asegurar el acceso equitativo a tecnologías sanitarias. Se trata de construir una ecología regulatoria que articule regulación, producción y acceso en una lógica regional, superando la dependencia de modelos exógenos y fortaleciendo una voz propia en los foros globales.

Estos lineamientos no constituyen una hoja de ruta cerrada, sino una invitación a pensar estratégicamente la regulación como dimensión constitutiva del desarrollo regional. En un contexto global donde el poder se expresa cada vez más en el lenguaje de las normas, disputar capacidad regulatoria desde la periferia exige inteligencia estructural, cooperación táctica e imaginación institucional. América Latina cuenta con antecedentes, capacidades y una ventana de oportunidad para hacerlo.

VI. Implicancias políticas y estratégicas de una arquitectura regulatoria común en América Latina

El avance hacia una arquitectura regulatoria común en investigación clínica en América Latina supone una decisión política que trasciende el ámbito técnico para insertarse en la agenda de política exterior y desarrollo estratégico de la región. La conformación de un espacio regulatorio integrado habilita la articulación de capacidades estatales dispersas, la reducción de la fragmentación normativa y la creación de un bloque con mayor peso en la gobernanza global de la innovación biomédica. Este proceso exige revisar las diferencias internas, diseñar mecanismos de gobernanza multinivel y consolidar acuerdos que resistan las presiones externas y las dinámicas de dependencia histórica.

Desde la perspectiva de la autonomía periférica, esta estrategia se concibe como un ejercicio de inteligencia estructural, en el sentido de identificar y aprovechar las oportunidades de inserción en un sistema internacional desigual sin renunciar a la cooperación y la negociación táctica. La integración regulatoria permite disputar espacios de decisión que habitualmente son dominados por actores centrales, ampliando la capacidad de América Latina para definir estándares y procedimientos que respondan a sus condiciones específicas y necesidades sanitarias.

En este sentido, la integración se presenta como una herramienta para fortalecer la autonomía estructural de la región, entendida como la capacidad de incidir en el diseño y aplicación de normas que regulan sectores estratégicos. América Latina debe encontrar en estos tiempos una oportunidad debido al fenómeno de la deslocalización. Dicho proceso consta en que las regiones en desarrollo atraen cada vez más inversionistas, principalmente debido a los bajos costos y la disponibilidad de mano de obra calificada.

La construcción de esta arquitectura regulatoria común requiere superar desafíos políticos e institucionales relevantes. En primer lugar, la heterogeneidad de los sistemas regulatorios nacionales demanda un proceso gradual, que contemple niveles diferenciados de armonización y permita la coexistencia de normativas propias con estándares internacionales. En segundo lugar, la consolidación de mecanismos efectivos de gobernanza, que incluyan la participación de actores estatales y no estatales, resulta indispensable para legitimar las decisiones y garantizar su implementación. Por último, es necesario contar con la voluntad

política de los gobiernos nacionales y de los organismos regionales para dotar de mandato y recursos a las instancias encargadas de la coordinación.

Asimismo, tal como se ha desarrollado a lo largo del trabajo, la integración regulatoria no debe limitarse a un ámbito cerrado o técnico, sino que debe dialogar con otras políticas públicas relacionadas, tales como la política industrial, la salud pública y la cooperación internacional. Solo desde una perspectiva multidimensional será posible construir una estrategia coherente que articule las distintas dimensiones del desarrollo y refuerce la autonomía regional. Esta articulación implica también un posicionamiento frente a las dinámicas de poder global, que involucra tanto la negociación con actores centrales como la participación en foros internacionales donde se definen normas globales.

Finalmente, la experiencia europea aporta elementos relevantes para la región, pero no puede ser replicada de forma mecánica. La singularidad latinoamericana, marcada por sus características únicas como la diversidad institucional y las condiciones asimétricas de inserción global, exige una adaptación contextualizada que integre tanto las capacidades existentes como las potencialidades emergentes. En este sentido, iniciativas como AMLAC pueden funcionar como núcleos catalizadores para construir una gobernanza regulatoria regional que potencie la autonomía periférica, siempre que se fortalezca su mandato, recursos y legitimidad.

El desafío consiste en transformar la fragmentación y la dependencia en una plataforma para la cooperación estratégica y la construcción colectiva de poder, entendida como un proceso dinámico y en constante negociación. Así, la integración normativa en investigación clínica se configura no sólo como un objetivo técnico, sino como un proyecto político que busca reconfigurar la posición de América Latina en la jerarquía global, expandiendo sus márgenes de autonomía y contribuyendo a la consolidación de un espacio regional con capacidad de decisión propia.

VII. Conclusiones

La investigación clínica, en su historia, ha sido fundamental para el avance científico de los Estados, y en cuanto al impacto en económico internacional, es el

sector industrial que más dinero dedica a I+D en el mundo. La problemática que expone el presente trabajo versa en que la coexistencia de diferentes regulaciones es la principal dificultad para la promoción de ensayos clínicos a nivel global.

Además, se ha concluido que la integración regulatoria en investigación clínica representa una oportunidad para que América Latina avance en la construcción de una autonomía periférica basada en la cooperación regional y la inteligencia estructural. La experiencia europea demuestra que la armonización normativa, acompañada de una arquitectura institucional compartida, puede reducir la fragmentación, mejorar la competitividad y fortalecer la capacidad de decisión en un campo estratégico. Sin embargo, América Latina debe adaptar este modelo a sus condiciones específicas, reconociendo la diversidad institucional y las limitaciones estructurales que caracterizan la región.

Este trabajo sostiene que avanzar hacia una estrategia regional de integración normativa en investigación clínica es una expresión de política exterior orientada a consolidar una inserción internacional más autónoma y estratégica. La construcción de esta arquitectura requiere voluntad política, capacidad técnica y la articulación de múltiples actores, junto con un compromiso sostenido para superar las tensiones internas y las presiones externas. De este modo, la integración regulatoria puede contribuir a transformar la posición periférica en un espacio desde donde disputar y redefinir las reglas del juego global, ampliando los márgenes de autonomía y fortaleciendo la soberanía sanitaria y tecnológica.

La propuesta aquí desarrollada invita a considerar la regulación no como un mero instrumento de control, sino como un campo de disputa política que configura las relaciones de poder y las capacidades estatales. En este sentido, la integración normativa en investigación clínica se inscribe en un proyecto mayor de autonomía estructural para América Latina, que no implica aislamiento ni autarquía, sino cooperación táctica, negociación inteligente y construcción colectiva de poder en un sistema internacional desigual.

VIII. Bibliografía

AGENCIA EUROPEA DE MEDICAMENTOS (EMA). (2023). *European Clinical Trials Regulation (EU No 536/2014): Implementation and impact*. EMA Publications.

Accesible en: https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/clinical-trials/eu-clinical-trials-regulation

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE AUTOCUIDADO RESPONSABLE (ILAR). (2020). *Documento de posición: Armonización / Convergencia / Reliance*.

CHIRAC, P., & TORREELE, E. (2006). Global framework on essential health R&D. *The Lancet, 367*(9522), 1560–1561. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(06)68694-3

ESCUDÉ, C. (1992). *La autonomía estratégica: Un análisis desde la periferia*. Editorial Biblos.

ESCUDÉ, C. (1998). *Política internacional y autonomía periférica*. Siglo XXI.

EvaluatePharma. (2020). *World Preview 2020, Outlook to 2026*. Evaluate Ltd.

FUNDACIÓN WEBER. (2020). *El valor social del medicamento desde una perspectiva social en Argentina y países de su entorno*.

HEADS OF MEDICINES AGENCIES (HMA). (2021). *Results of the Voluntary Harmonisation Procedure 2009–2020*.

HOMEDES, N., & UGALDE, A. (2003). Research and development in Latin America: The state of the pharmaceutical industry and health sector. *Health Policy and Planning, 18*(2), pp. 136–145. Accesible en: https://doi.org/10.1093/heapol/czg022

LEVI-FAUR, D. (2005). The global diffusion of regulatory capitalism. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 598*(1), pp. 12–32. Accesible en: https://doi.org/10.1177/0002716204272517

LUDMER, G., & NIETO, R. (2024). *Curso sobre Elementos de la Economía Internacional*. Maestría en Relaciones Internacionales, Universidad de Buenos Aires.

MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. (2021). *Ensayos clínicos: Oportunidades para generar inversiones en investigación y desarrollo, promover el ingreso de divisas y disponer de tratamientos innovadores*.

NATURE REVIEWS DRUG DISCOVERY. (2011). A sponsor's experience with the Voluntary Harmonization Procedure for clinical trial applications in the European Union. *Nature Reviews Drug Discovery, 10*, 563. Accesible en: https://doi.org/10.1038/nrd3512

NOVARTIS PHARMA. (2015). *What are the main governance challenges? A private sector perspective*.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). (2012). *Recommendation of the Council on the Governance of Clinical Trials*. OECD Publishing.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). (2018). *Recommendation on the Governance of Clinical Trials*. OECD Publishing.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). (2023). *Avances y desafíos en la armonización regulatoria de medicamentos en América Latina y el Caribe*. OPS. Accesible en: https://www.paho.org/es/documentos/avances-desafios-armonizacion-regulatoria-medi camentos-america-latina-caribe

OUR WORLD IN DATA. (2020). *Coverage of essential health services, 2021*. Accesible en: https://ourworldindata.org

OUR WORLD IN DATA. (2020). *Public healthcare expenditure as a share of GDP, 2021*. Accesible en: https://ourworldindata.org

PORTA, F., GUTTI, P., & BERTONI, R. (2012). *Integración económica*. Centro Cultural de la Cooperación "Floreal Gorini".

RATH, A. (2022). Latin America and the global biopharmaceutical industry: Challenges and opportunities. *Global Health Journal, 6*(1), pp. 24–32. Accesible en: https://doi.org/10.1016/j.glohj.2022.03.001

SALGADO DE SNYDER, N., HERNÁNDEZ, A., & GÓMEZ, M. (2023). Regulatory frameworks for clinical trials in Latin America: A critical review. *Revista Latinoamericana de Regulación Sanitaria, 14*(1), pp. 45–67.

SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (SICE-OEA). (1998). *La armonización de normas y legislaciones en los procesos de integración regional*.

THE INTERNATIONAL FEDERATION OF PHARMACEUTICAL MANUFACTURERS AND ASSOCIATIONS (IFPMA). (2022). *Facts and Figures 2022: The Pharmaceutical Industry and Global Health*.

VOISIN CONSULTING LIFE SCIENCES (VCLS). (s.f.). *Voluntary Harmonization Procedure (VHP)*. Accesible en: https://vcls.com

Recensión de libros/

RECENSIÓN DE LA OBRA: "LAS RELACIONES ENTRE LAS INTEGRACIONES ECONÓMICAS Y SUS ESTADOS PARTE UN ESTUDIO DESDE LA TEORÍA FEDERAL[1]"

Carlos Mariano Liszczynski

Las proyecciones jurídicas y humanas que entrañan los procesos de integración tienen como disparador una inquietud práctica: ¿cómo articular Estados y Bloques Regionales sin que se quiebre o merme la identidad constitucional de los países y sin que la búsqueda de beneficios comunes y recíprocos sea considerada un lastre o una derrota por los países? Este interrogante ensambla con una finalidad concreta: ¿cómo construir un engranaje que funcione y medianamente contente a ambos?

En la pluma de Miguel Ángel Sevilla Duró estas incertezas surgen y se despejan embozadamente, pues no se plantean en estos términos ni con exactitud, pero están, y cruzan una obra que en sus 437 páginas netas analiza lo concerniente al tipo de relaciones que se da entre lo que llama "integraciones económicas" y sus Estados Parte, estudiándolo desde la Teoría Federal.

Ya desde el título el autor nos pone en materia y proyecta una solución. Lo hace a lo largo de seis capítulos en los que desgrana el contexto para el surgimiento de las integraciones regionales y principios que las sustentan, para luego sumergirse en el análisis de las relaciones jurídicas posibles en los procesos de integración económica. Decanta por una fisonomía de tipo federal poniendo en valor la denominada "relación de inordinación".

El trabajo, profuso en documentación y denso en cantidad de datos, es de amena lectura y puntea comparativamente 30 procesos de integración brindando elementos de juicio que fundamentan el análisis y permiten al lector, que tranquilamente puede ser lego, imbuirse en la dinámica de esta disciplina y comprender las diferencias entre los diversos modelos y esquemas de integración; y básicamente de qué se trata el asunto.

[1] El presente estudio es una reseña crítica de SEVILLA DURO, M. Á. (2025). *Las relaciones entre las integraciones económicas y sus Estados parte: Un estudio desde la teoría federal*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza.

Para ello, Sevilla Duró es punzante, no da rodeos y hace afirmaciones poco habituales de encontrar en la bibliografía especializada en cuanto al mínimo de países participantes, tres[2]; a la porosidad de una soberanía que se marchita[3], a la evolución permanente del proceso[4], y a la necesidad de articularlo constitucionalmente para dotarlo de legitimidad y de eficacia[5]. Todos aspectos medulares que dan cuenta de lo esencial de los procesos de integración: se arman para obtener beneficios; los crean los Estados que son partícipes imprescindibles; aparece un nuevo sujeto internacional, el bloque regional o espacio integrado, que contiene a los Estados, pero que es distinto, y aún independiente, de éstos; y se traman relaciones entre ambos sujetos internacionales que deben ser lo suficientemente aceitadas para la consecución del interés proyectado.

La clave aparece con una definición no menos contundente e incisiva cuando refiere que la competencia, constitucional en cuanto a la titularidad, y la atribución, de la integración respecto a su ejercicio, "*no deben entenderse como antónimos o dos caras de una moneda, sino como nociones complementarias para abordar la particular naturaleza generada en el entorno multinivel de distribución del poder: mientras que las atribuciones son los fines o intereses fijados por el derecho primario de la integración; las competencias (de normación y de ejecución) son los poderes funcionales conferidos para la consecución de las atribuciones*"[6]; es toda una petición de principio que resuelve las inquietudes que plantea en el comienzo de la obra y que solemos hacernos quienes abordamos este tema: ¿quién adopta las decisiones?; ¿cómo se adoptan las decisiones?; ¿quién controla la adopción de decisiones?, y ¿qué efecto tienen las decisiones adoptadas en el seno de la integración?[7]

---

[2] "Las integraciones, tal y como aquí se conceptualizan, requieren de al menos tres Estados parte (plurilateralismo)" (p. 51).

[3] "*Los Estados son a todos efectos soberanos (…) serán plenamente autónomos e independientes en lo no relativo a la integración, autogobernándose; y parcialmente autónomos en el marco de esta, que condicionará su actuación en pro del conjunto (…) Todo ello se basa en dos exigencias: la renuncia de los Estados a la exclusividad y maximización a ultranza de sus propias posiciones (…), y la necesidad de que la integración se consolide a partir de la tolerancia a la diversidad de los Estados parte"* (p. 98).

[4] *"El derecho de la integración no queda petrificado con la firma y ratificación del tratado fundacional"* (p. 229).

[5] *"No sería viable un proceso de integración de determinada profundización ajeno a los fundamentos del derecho constitucional, que deben presidir necesariamente el derecho de la integración*" (p. 227).

[6] Cfr. p. 124.

[7] Cfr. p. 76.

Claro que para ello resulta imprescindible diagramar tanto un entramado normativo como un andamiaje institucional que permitan vincular territorios y autoridades en aparente disputa y permanente tensión, y evitar que colisionen… y el proceso eclosione. Ante esta necesidad es prioritario balancear el sistema y dotar a la integración de herramientas que posibiliten su existencia, su subsistencia y su trascendencia más allá de los Estados Parte, aunque sin desconocerlos ni sin subestimarlos pero sin supraponderarlos; un equilibrio difícil pero indispensable, pues como bien precisa el autor: "[s]*in una garantía de la primacía del derecho de las integraciones es imposible que cualquier proyecto de cooperación o armonización económica progrese, pero no toda concepción de la primacía es válida o suficiente; en particular, cuando se menoscaban los fundamentos últimos de los ordenamientos constitucionales internos*"[8].

Esa puja constante entre el derecho común, el del bloque regional, con las idiosincrasias y la lealtades nacionales, tiene un eslabón que suele soslayarse pero que Sevilla Duró, aunque sin profundizar, pone en valor: la ciudadanía, pues "*un ciudadano estará inmediatamente sujeto al poder de la integración en algunas esferas, mientras que en otras lo estará a los poderes estatales –y, en su caso, subestatales–, lo que obliga a que el derecho primario de la integración fije con la mayor claridad posible una delimitación de competencias entre las distintas instancias; y esto significa, a la vez y por otra parte, una garantía de pervivencia de (y respeto a) los Estados parte que no solo se plasma en el derecho primario, sino también en sus respectivas constituciones, las cuales se verán condicionadas por el derecho de la integración*"[9].

El modo de vehiculizar el funcionamiento global, esto es, el del todo y sus partes (bloque regional, cada Estado y todos entre sí, sin menguar a las personas) visto desde lo netamente jurídico inicia en la claridad, la contención y la reconsideración de las competencias atribuidas a la integración en su tratado constitutivo, y en el anclaje constitucional de éste en cada texto fundamental de sus participantes mediante habilitaciones que funcionarán como reglas de reconocimiento y aceptación. Pero necesariamente incluye una pata económico-

[8] Cfr. p. 360.
[9] Cfr. p. 237.

financiera para su instrumentalización posterior que requiere de la adjudicación y delimitación de fuentes de financiación que permitan llevar a cabo las competencias atribuidas. Finalmente, será menester que éstas se materialicen y se cumplan, tarea en la cual intervendrán tanto las instituciones del bloque regional o las autoridades estatales[10], o en su defecto y ante un conflicto desplegarán sus alas los sistemas de resolución de controversias, inclinándose el autor por los de carácter judicial más que por los arbitrarles, dado que los primeros "*son una suerte de funcionarios públicos que, en consecuencia, están ajenos a la participación e intereses de terceros o a la presentación de escritos de* amicus curiae*, y sus sentencias son públicas; por contrapartida, los árbitros son, con frecuencia, profesionales liberales privados que, cuando son designados por las partes, pueden encontrarse fuertemente condicionados*"[11].

Sobre este punto Sevilla Duró es claro al plantear la relevancia que adquiere el conjunto de los poderes judiciales de los Estados parte, sobre todo en los procesos de integración profunda, cuyos jueces "*son, a su vez, jueces del derecho de la integración*"[12] a fin de que exista una "*efectiva y uniforme aplicación del derecho de la integración*"[13].

Este es precisamente el nudo de problema de la integración, cómo conseguir una aplicación uniforme y efectiva que contente a Estados Parte y Espacios Integrados, aspecto que Sevilla Duró explica y resuelve mediante la aplicación de una teoría federal y la inordinación, cuyo nivel máximo de participación se observa en ese papel neurálgico y silencioso, que suele estar invisibilizado, cumplido por los jueces nacionales al aglutinar el sistema dinámico de las integraciones económicas, las cuales, en palabras del autor, no son otra cosa, y ni más ni menos que "*(a) una entidad u organización creada por varios Estados, (b) de forma libre y voluntaria (c), sobre la base de un tratado internacional (d), con una estructura propia que se va formalizando y potenciando según se avanza en el proceso de integración, (e) con*

[10] *"En los modelos supraestatales, la supervisión, y en ocasiones incluso la ejecución y la sanción, recaerá en los órganos de la integración; mientras que en modelos intergubernamentales serán los Estados los protagonistas"* (p. 398).
[11] Cfr. p. 391.
[12] Cfr. p. 372.
[13] Cfr. p. 372.

capacidad para expresar una voluntad propia que puede diferir de la de sus Estados parte y (f) cuyas competencias están orientadas principalmente a (g) la profundización en materia económica."[14]

[14] Cfr. p.60.

RECENSIÓN DE LA OBRA: "LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. QUINCE AÑOS DE JURISPRUDENCIA[1]"

Natalí Pavioni[2]

La presente recensión corresponde a la obra *"La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Quince años de Jurisprudencia"*, en su segunda edición actualizada al año 2025, publicada por Editorial *"Tirant lo Blanch"* en Valencia. Se encuentra dirigida por Antonio López Castillo y coordinada por María Luz Martínez Alarcón y reúne a juristas especializados, en su mayoría catedráticos de diversas universidades.

La obra constituye un aporte riguroso y exhaustivo al análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en diálogo con los tribunales constitucionales de los Estados miembros y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Asimismo, se destacan los aportes doctrinales sobre los desafíos que presenta la CDFUE, desde su entrada en vigencia hasta el presente, en el marco de la protección jurídica multinivel. Comienza con un estudio introductorio y luego se estructura de manera sistemática, siguiendo los títulos de la propia CDFUE: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia, Disposiciones Generales (que rigen la interpretación y aplicación de la Carta).

El estudio introductorio (realizado en 2019 - actualizado y profundizado en 2024 - La Carta y los hermeneutas habidos y por haber-) es realizado por el director de la obra, Antonio López Castillo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

En el primer estudio, el autor sitúa la Carta como parte integral del Derecho primario de la Unión[3], conforme la lectura de los tres apartados del artículo 6 TUE,

[1] El presente estudio es una reseña crítica de LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), & MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (Coord.). (2025). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Quince años de jurisprudencia* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch.

[2] Abogada, Especialista en Derecho Constitucional y Doctoranda en Derecho Internacional (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

[3] Ps. 43 y siguientes

que viene a ser fruto de una larga y compleja lucha por un catálogo propio de derechos fundamentales en la UE, en la que el Tribunal de Justicia ha realizado aportes a través de las sentencias "*Stauder" (C-26/69), "Nold" (C-4/73)*, entre otras y culmina en el Tratado de Lisboa, que otorgó a la CDFUE el mismo valor jurídico que los tratados de la UE, incorporación que se dio a través de una cláusula de remisión (Protocolo N° 30). De esta lectura se consagran como fuentes de protección de los derechos fundamentales el CEDH, las tradiciones constitucionales comunes y la CDFUE.

López Castillo, recuerda antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en torno al estándar de protección de los derechos, donde por la doctrina *"Solange"* (1974) estableció una reserva de jurisdicción para garantizar derechos fundamentales conforme a la ley alemana. Luego, frente a la respuesta de TJUE donde profundizó su doctrina de principios generales, el Tribunal alemán en 1986 hace a un lado la reserva indicada siempre que se mantenga una protección equivalente (1986).

El autor sostiene que la Carta, se presentó como respuesta institucional a la demanda del Tribunal alemán, y representa una *"solemne declaración ius fundamental democráticamente legitimada*", lo que la convierte en una especie de constitución material de derechos dentro del sistema jurídico europeo. Concebida como un punto de equilibrio entre la integración jurídica y el respeto por la identidad constitucional de los Estados, concluyendo que su legitimidad es más bien derivada y fragmentaria, reflejando la voluntad del Parlamento Europeo y de los Estados miembros.

Entiende que, si bien surgió para consolidar o *"refundir"* derechos existentes, porque sistematiza derechos ya presentes en tratados, jurisprudencia y principios generales. También tiene una función "refundadora" ya que su contenido y estructura revelan una vocación de reconfigurar el sistema normativo europeo, exigiendo a las instituciones y tribunales una reinterpretación estructural de todo el ordenamiento jurídico[4]. Sin embargo, advierte que su aplicación coherente depende de "hermeneutas habidos y por haber" que se dispongan al asumir la CDFUE como parámetro normativo.

[4] Cfr. pp. 43-64.

En el estudio introductorio del año 2024, se observa la tensión entre la supranacionalidad y la identidad constitucional invocada por tribunales constitucionales. En este sentido, propone pensar la Carta, no simplemente como un texto jurídico, sino como un campo de disputa hermenéutica, donde distintos actores buscan definir su contenido, aplicabilidad y límites. Entre los actores involucrados en esta tarea, se incluye por un lado al TJUE - intérprete supremo del derecho de la UE-, y por otro lado a los tribunales constitucionales - que algunos como el alemán, el polaco y el húngaro, han resaltado límites al derecho europeo en defensa de su identidad constitucional-. Además, López Castillo, menciona la influencia de la doctrina que emana de la jurisprudencia del TEDH, a la doctrina jurídica y a los propios ciudadanos, cuya confianza en el sistema jurídico europeo puede verse afectada por cuestiones como el déficit democrático. En este panorama, el autor pregunta críticamente ¿Quién tiene hoy la última palabra sobre el sentido y el alcance de los derechos fundamentales en la UE?

En consecuencia, se observa una pluralidad de voces en una materia común: los derechos fundamentales, que lejos de enriquecer su tutela a través de la interpretación, presenta un fenómeno de fragmentación hermenéutica.

Concluye con una pregunta sobre si el TJUE debe seguir siendo el supremo intérprete del Derecho de la Unión a la luz de la Carta. Sobre este cuestionamiento, el autor analiza la posibilidad de que el TJUE pierda la posición de intérprete supremo si no asume con más decisión su rol de garante de los derechos fundamentales. En contraposición, los tribunales nacionales podrían ocupar ese vacío, no por competencia, sino por omisión del TJUE[5].

El Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, David Ordóñez Solís continúa el comentario al Título I de la Carta, dedicado a la *"Dignidad"*, ofreciendo una lectura integra y crítica de los artículos 1 (Dignidad Humana), 2 (Derecho a la vida), 3 (Derecho a la integridad de la persona) ,4 (Prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes) y 5 (Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado).

[5] Cfr. pp. 68-116.

Deja en claro que la dignidad no es solo el primer valor de la Carta, sino su principio vertebrador, que exige una obligación de respeto y protección.

Analiza los derechos vinculados a la dignidad humana, como la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura y la esclavitud. Sostiene que estos derechos tienen carácter absoluto y estructuran el sistema normativo europeo.

Sobre el derecho a la vida, ofrece un estudio que abarca el compromiso absoluto de la Unión con la abolición de la pena de muerte y aborda debates como el aborto o la eutanasia.

En el marco del desarrollo del derecho a la integridad personal, el autor destaca el potencial de la Carta para orientar políticas de biomedicina y su uso en litigios relacionados con datos genéticos o investigación científica.

En el comentario del artículo 4, se destaca la importancia de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes en las decisiones sobre órdenes de detención europeas, especialmente ante el riesgo de condiciones penitenciarias inhumanas y se valora positivamente la doctrina del TJUE, que exigió comprobar el cumplimiento de los estándares mínimos de trato humano por parte del Estado solicitante. Se explica este concepto a través de los casos *"Aranyosi"* y *"Căldăraru" (C-404/15 y C-659/15 PPU) y "Jawo" (C-163/17),* donde TJUE resolvió que no puede ejecutarse una orden europea de detención si hay motivos fundados para creer que la persona detenida será sometida a condiciones carcelarias inhumanas o degradantes en los Estados de Hungría y Rumania.

Mientras que en relación la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el autor resalta que, además de su formulación tradicional, la norma impacta directamente en políticas de empleo, migración y protección de las víctimas[6].

El Título II de la Carta titulado *"Libertades"* es comentado por Abraham Barrero Ortega, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (Artículos 6, 9, 10, 11, 12 y 13); Mariano García Pechuán (†), Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (Artículos 14, 15, 16 y 17); Alberto López Basaguren, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco (Artículos 14, 15, 16 y 17); y María Luz Martínez Alarcón, Catedrática

[6] Cfr. pp. 119-220.

de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha (Artículos 7, 8, 18 y 19).

En el Título sobre *"Libertades"* se regulan los derechos inherentes al ser humano y su dignidad como el derecho a la libertad y a la seguridad (Artículo 6), respeto a la vida privada y familiar (Artículo 7), Protección de datos de carácter personal (Artículo 8), Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia (Artículo 9), Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 10), Libertad de expresión y de información (Artículo 11), Libertad de reunión y de asociación (Artículo 12), Libertad de las artes y de las ciencias (Artículo 13), Derecho a la educación (Artículo 14), Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15), Libertad de empresa (Artículo 16), Derecho a la propiedad (Artículo 17), Derecho de asilo (Artículo 18), Protección en caso de devolución, expulsión y extradición (Artículo 19).

Considerando que la Carta procura asegurar cierta homogeneización, a fin de que los derechos regulados coincidan en su sentido y alcance con los garantizados por el CEDH (Artículo 52.3), se destaca el valor de la jurisprudencia de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo para conocer sobre su interpretación y aplicación.

En sintonía, en este apartado se desarrollan comentarios que receptan la interpretación jurisprudencial del TJUE y su relación con el CEDH y las constituciones nacionales sobre derechos civiles y políticos. Además, se sistematizan los estándares aplicables y se expone sobre los debates actuales[7].

Sobre el Artículo 6, los autores hacen referencia a su vinculación con el Artículo 5 del CEDH, mencionando que el derecho a la libertad y a la seguridad es un derecho absoluto que protege a las personas frente a detenciones arbitrarias, imponiendo estándares mínimos de motivación y control judicial efectivo.

En su estudio sistemático, los autores analizan el derecho a que se respete la vida privada y familiar, en temas que han sido desarrollados por la jurisprudencia del TEDH y TJUE como vigilancia estatal, protección de menores, vivienda, y medidas de retorno. Lo vinculan especialmente, con el derecho a la protección de datos personales, ha sido reforzado por el Reglamento General de Protección de

[7] Cfr. pp. 227-866.

Datos y por sentencias clave como *"Digital Rights Ireland" (C-293/12, c-594/12).* En el mencionado fallo, se consolidó la autonomía del derecho a la protección de datos, anulando la directiva de conservación de datos que vulneran gravemente la privacidad de los ciudadanos europeos. También puede servir de ejemplo el caso "Schrems II" (C-311-18), donde el TJUE invalidó el *"Privacy Shield"*, un acuerdo de transferencia de datos con los Estados Unidos, por no garantizar una protección equivalente a la europea.

Dentro de los derechos de familia, destacan que la regulación del Artículo 9 reconoce la "evolución social" dando la posibilidad de que algunos Estados puedan bridar protección al "matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo" al mencionar que el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia debe ejercerse conforme a las leyes nacionales.

Analizan puntualmente los Artículos 10, 11, 12 y 13, relacionados a la libertad de creencias como su expresión pública, incluyendo el derecho a cambiar de religión y a manifestarse colectivamente. Indican que existe una equiparación entre los Artículos 10 y 11, quedando amparado el pluralismo mediático, la libertad de prensa y el acceso a información pública.

Sobre los derechos a la libertad de reunión y asociación, donde se incluye la libertad sindical y de asociación política, mencionan que aún no gozan de un vasto desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE.

Destacan que la regulación del derecho a la libertad de las artes y las ciencias subrayan la vocación cultural y académica de la Unión. Mientras que la regulación del derecho a la educación, se encuentra vinculada con el derecho a la libre circulación y a la igualdad de trato en sistemas educativos nacionales, en razón de que regula el derecho fundar centros educativos y respetar las convicciones religiosas de los padres.

En relación al derecho a la libertad profesional y derecho a trabajar, se recalca que su eficacia depende en gran medida del Derecho derivado y del principio de no discriminación, a fin de obtener acceso libre al empleo en condiciones de igualdad, particularmente entre nacionales y ciudadanos de otros Estados miembros.

Por su parte, en desarrollo del Artículo 16, se observa que el TJUE ha favorecido una interpretación que equilibra la libertad de empresa con los límites impuestos por el interés general. En los asuntos *"Viking" (C-438/05*) y *"Laval" (C-341/05)* se abordaron las tensiones de está libertad con derechos sociales y colectivos como el derecho a huelga (Artículo 28).

Sobre el derecho a la propiedad privada observan que no se trata de un derecho absoluto, ya que puede ser limitado por razones de interés general, y debe ser compensado adecuadamente.

Al abordar el derecho al asilo y la protección de devolución, expulsión y extradición, se analiza la jurisprudencia del TJUE en casos como *"NS" (C-411/10)* y *"ME" (C- 493/10),* donde se valoró el principio de no devolución o non-refoulement en los casos donde el solicitante correría riesgo de sufrir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Continúa el desarrollo de la obra comentando el Título III de la Carta sobre *"Igualdad",* Alberto López Basaguren, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco (Artículos 22, 24, 25 y 26) y Abraham Barrero Ortega, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (Artículos 20, 21 y 23).

En este apartado, se trata a la igualdad no sólo como principio rector del Derecho de la Unión, sino como categoría normativa autónoma con diversas proyecciones: formal, sustantiva, individual y colectiva, integrando derechos de guapos vulnerables. Resaltan la dimensión sustantiva del principio de igualdad, el reconocimiento de acciones positivas y la expansión del concepto de diversidad como valor constitucional europeo.

En particular, los autores observan que al regular la igualdad general y abstracta de todas las personas ante la ley (Artículo 20), se prevé una cláusula general que exige justificación para cualquier diferencia normativa, aplicándose tanto a las instituciones de la UE como a los Estados miembros. Esto resulta una formulación análoga a la prevista en el Artículo 14 del CEDH.

Además, mencionan que la Carta prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría

nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (Artículo 21) y promueve la protección activa de la diversidad cultural, religiosa, lingüística (Artículo 22) y entre hombres y mujeres (Artículo 23).

Sobre la aplicación e interpretación del Artículo 21 de la CDFUE, recalcan que el TJUE ha aplicado el Artículo 21 de la CEDH junto a la Directiva 2000/78/CE, en el caso *"Asociaţia Accept" (C-81/12),* donde se amplió el alcance del principio de no discriminación en el acceso al trabajo, mostrando que no se necesita un acto concreto de exclusión si el contexto es objetivamente disuasorio.[8]

El desarrollo del Título despliega una visión amplia de la igualdad, que va desde el principio de no discriminación hasta la protección de grupos vulnerables. Se destacan, los precedentes en la protección de los derechos de las mujeres (Artículo 23), del niño (Artículo 24), de las personas mayores (Artículo 25) y de las personas con discapacidad (Artículo 26)[9].

El Título IV de la Carta, que aborda uno de los principios constitucionales europeos, la *"Solidaridad"*, fue comentado por Mariano García Pechuán (†) y actualizado por Miguel Ángel Sevilla Duro, Profesor Ayudante y Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

En este comentario se abarca el análisis jurisprudencial y doctrinario de un conjunto heterogéneo de derechos económicos, sociales y laborales y se destaca la tensión entre el proyecto de una "Europa Social" y las limitaciones jurídicas del modelo económico europeo.

Desarrollan la jurisprudencia del TJUE, sobre la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional. Sobre ello, la Carta afirma entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a un permiso pagado por maternidad (Artículo 33). Al respecto, se vincula el asunto *"Roca Álvarez" (C-104/09)*, donde el TJUE consideró discriminatoria la legislación española, por no conceder a los padres varones licencia laboral por lactancia.

[8] En el caso, el club de fútbol rumano hizo declaraciones públicas afirmando rechazar fichar a jugadores homosexuales. Aunque el jugador en cuestión no se encontraba en una relación laboral con el club, se denunció discriminación. El TJUE consideró que estas declaraciones vulneraban el principio de no discriminación aún sin vínculo laboral directo.

[9] Cfr. pp. 869-1145.

La jurisprudencia del TJUE es desarrollada en relación a derechos colectivos y de participación laboral, conciliación y derechos sociales y protección del consumidor. Por ejemplo, sobre los derechos colectivos y de participación laboral, los autores destacan el derecho a la información y consulta de los trabajadores (Artículo 27) y su conexión con la Directiva 2002/14/CE, en el asunto *"AKT" (C-476/14)* donde se dijo que este derecho debe hacerse valer incluso si las estructuras empresariales lo dificultan.

En relación al derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28), resaltan los casos *"Viking" (C-438/05)* y *"Laval" (C-341/05)*, en los el el TJUE hizo una especial consideración a que las medidas de huelga deben guardar cierta proporcionalidad. Sobre los derechos sociales, el TJUE en el caso *"Watts" (C-372/04)* dijo que el derecho a la salud debe ser eficaz y exigible dentro de límites razonables, por lo tanto, los pacientes pueden recibir atención médica en otros Estados, si el sistema nacional no lo garantiza a tiempo. Sobre la protección del consumidor, el TJUE en el caso *"Kásler" (C-26/13)* consideró que son abusivas ciertas cláusulas de contratos hipotecarios en moneda extranjera que no eran comprensibles para el consumidor.[10]

Continúa el tratamiento sistemático de la obra, María Luz Martínez Alarcón, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, que comenta el Título V *"Ciudadanía"* de la CDFUE, donde se sistematizan los derechos vinculados al estatuto jurídico-político de la ciudadanía de la UE.

El enfoque de la autora parte de una lectura crítica y un profundo estudio jurisprudencial sobre los derechos políticos, como el sufragio, derechos de acceso a la información pública, el derecho a buena administración o a acceder a documentos. Sobre el derecho al sufragio a nivel europeo (Artículo 39) y municipal (Artículo 40), se destaca el ejercicio efectivo por parte de los ciudadanos europeos, especialmente en los casos en los que residan en otro estado parte. Por ejemplo, el TJUE, en el precedente *"Spain v. IK" (C-145/04),* validó la decisión del Reino Unido de permitir votar en elecciones europeas a ciudadanos de terceros países residentes en Gibraltar.

[10] Cfr. pp. 1149-1574.

En relación, la autora referencia que la ciudadanía europea guarda relación con el ejercicio de la movilidad dentro del territorio de la Unión (Artículo 45), esto expone sus límites estructurales. Acentúa que su ejercicio efectivo depende, en gran medida, de la voluntad política de los Estados miembros. La autora enfatiza que el TJUE ha ido reconociendo la autonomía jurídica de la ciudadanía europea frente al derecho interno de los Estados, incluso en temas tradicionalmente soberanos como la nacionalidad. Sobre este concepto, se puede mencionar el asunto *"Zhu y Chen" (C-200/02)*[11] donde el TJUE reforzó el principio de ciudadanía efectiva, reconociendo derechos que le corresponden a la familia del ciudadano europeo y garantizó el derecho de residencia de la madre como garante del derecho de la niña ciudadana europea.

Es relevante el comentario a los derechos a una buena administración (Artículo 41) y de acceso a los documentos (Artículo 42), donde se valoran los precedentes del TJUE como: *"Yassin Abdullah Kadi" (C-402/05 y C-415/05)* y "*MaurizioTurco" (C-39/05 y C-52/05)*. Respectivamente, el TJUE anuló una decisión del Consejo que incluía al afectado en una lista de sanciones sin información sobre los motivos y ordenó el acceso a documentos del Consejo relativos al proceso legislativo.[12]

El Título VI de la Carta, denominado *"Justicia"* lo trabaja Ágata María Sanz Hermida, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha y aborda las garantías esenciales para la protección de los derechos individuales en el marco del proceso judicial.

La autora destaca la importancia que ha tenido tanto la jurisprudencia del TJUE como el derecho derivado en la protección de las garantías procesales como el derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo el derecho a ser oído en un plazo razonable, a tener acceso a un recurso efectivo, el derecho a la imparcialidad e independencia judicial (Artículo 47) , la presunción de inocencia y el derecho a la defensa (Artículo 48), el principio de legalidad y de proporcionalidad de las penas y los delitos (Artículo 49) y el principio non bis in idem (Artículo 50).

[11] En el caso, una ciudadana china dio a luz en Irlanda y al obtener su hija la ciudadanía irlandesa se trasladó al Reino Unido.
[12] Cfr. pp. 1577-1858.

Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva se menciona el caso *"Associação Sindical dos Juízes Portugueses" (C-64/16)* donde TJUE declaró que la independencia judicial forma parte del contenido esencial del Artículo 47 y que debe ser respetada por los Estados miembros como condición del Estado de Derecho. Por su parte sobre la presunción de inocencia, destacó el caso *"SST" (C-377/20),* donde el TJUE reiteró que cualquier actuación que presupone culpabilidad antes de una condena firme vulnera la presunción de inocencia, incluso si proviene de declaraciones públicas de autoridades. Otro ejemplo jurisprudencial se observa en el asunto *"Åkerberg Fransson" (C-617/10),* donde el TJUE declaró que el principio non bis in idem se debe aplicar a procedimientos administrativos sancionadores de carácter penal, y que debe respetarse incluso en contextos fiscales.

Además, menciona la trascendencia que ha tenido la jurisprudencia del TJUE en la consolidación del derecho de acceso a la justicia, no solo como derecho subjetivo, sino también como una obligación positiva de garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, que recae sobre los Estados miembros.

Al respecto, la autora desarrolla sobre las tensiones que se presentan frente al principio de primacía del derecho de la UE. Dicha tensión se observó en el asunto "Taricco" (C-105/14), donde la TJUE cuestionó la ley italiana sobre prescripción penal y el Tribunal Constitucional italiano objetó el fallo por violar el principio de legalidad penal.[13]

Por último, Miguel Azpitarte Sánchez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, referencia en Título VII de la CDFUE, y esclarece las disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta. El Título VII ha abordado el ámbito de aplicación (Artículo 51), el contenido y límites de los derechos y principios (Artículo 52), la relación con otros sistemas de derechos (Artículo 53) y el límite del abuso de derecho (Artículo 54).

En relación al ámbito de aplicación de la Carta, el mismo artículo 51 de la CDFUE afirma que su aplicación está dirigida tanto a las instituciones y órganos de la UE, como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Al respecto el autor analiza el precedente *"Fransson" (C- 617/10)* del TJUE que instauró

[13] Cfr. pp. 1861-2058.

la idea *del "vínculo directo",* es decir que a través de una interpretación amplia[14], se extiende el control de validez a normas nacionales, aunque no se haya dictado para trasponer la normativa europea, sino que guarda un vínculo funcional con el derecho de la UE.

Sobre el contenido y límites de los derechos (exigibles) y principios (orientadores), el artículo 52 de la CDFUE, menciona que dichos límites deben estar previstos en la letra de la ley, no pueden desnaturalizar dichos derechos (es decir, deben respetar su contenido esencial), y ser proporcionados. Es decir, que debe perseguir un fin legítimo y necesario en una sociedad democrática y la medida limitante debe ser la adecuada para alcanzar dicho fin.

Además, se destacan fuentes interpretativas como el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los estados. Atendiendo al nivel de protección (Artículo 53 de la CDFUE) ninguna disposición de la CDFUE puede entenderse en sentido restrictivo o menos protectorio que el CEDH, las tradiciones constitucionales comunes de los estados, o la regulación que presenten otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Atendiendo a está armonización y considerando que el CEDH debe leerse a la luz de la interpretación que realiza el TEDH, Azpitarte Sánchez, destaca que está disposición da la posibilidad de diálogo interjurisdiccional entre el TEDH y el TJUE.

Al respecto el autor analiza el impacto del precedente jurisprudencial *"Melloni" (C-399/11)*[15], donde el TJUE instauró un criterio de interpretación relativo del nivel de protección. Por este criterio, en los casos en que el derecho de la UE esté plenamente armonizado, no hay lugar para que los Estados apliquen estándares de protección más elevados, salvo que existan deficiencias sistemáticas en la protección de los derechos fundamentales. Por medio de este criterio, el TJUE buscó fortalecer la eficacia y uniformidad del derecho europeo. Al respecto, Azpitarte Sánchez, observa las críticas que está doctrina ha impulsado en los tribunales

[14] Con una lectura armónica de los artículos 19 TUE e interpretando la Carta a partir del artículo 47 CDFUE.

[15] Luego reiterado en los fallos N.S. (2011) y M. A.S. (2017.

constitucionales de los Estados[16], y destaca las tensiones entre la primacía del Derecho de la unión y el pluralismo constitucional.

La prohibición del abuso del derecho en la Carta (Artículo 54), refleja un límite al ejercicio de los derechos, dado que ninguna disposición puede ser interpretada como el derecho a actuar de forma contraria a los valores de la UE. El autor, realiza un análisis jurisprudencial que tiene larga tradición en el ordenamiento de la UE, por ejemplo, en sentencias como *"Van Binsbergen" (C-33/74), "TV 10 SA" (C-23/93), "SICES" (C-155/13),* entre otras.

A modo de análisis del Título VII, el autor destaca la importancia de estas disposiciones que aportan herramientas para comprender el funcionamiento de la Carta, delimitando el ámbito de su aplicación. Sin embargo, la posición constitucional de los derechos fundamentales de la Unión sigue sin estar claramente acotada y posee un potencial por explorar[17].

En conclusión, esta obra colectiva ofrece una lectura crítica, profunda y articulada de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Destaca tanto valor normativo de la CDFUE como los desafíos interpretativos que plantea su aplicación en un entorno jurídico multinivel. Señala que la Carta se ha transformado en parámetro de control constitucional, consolidando su posición como eje vertebrador del sistema jurídico europeo. Mientras que su relevancia académica, se relaciona con su aporte de un valioso análisis de las tensiones entre derechos y los estándares nacionales y europeos, e interpretaciones del TJUE, como garante último de los derechos fundamentales.

[16] Por ejemplo, el autor menciona que el tribunal constitucional español ha receptado está doctrina, mientras que la Corte Constitucional Italiana ha alegado la identidad constitucional como límite. (Cfr. pp. 2234 y siguientes)

[17] Cfr. pp. 2061-2259.

Jurisprudencia/

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS: RECOPILACIÓN DE JURISPRUDENCIA PRIMER SEMESTRE DEL AÑO 2025[1]

Jonathan Ferrari[2] - Laura Barros Barrientos[3]- Emma Sosa Liut[4] - Agustina Cabrera[5] - Ulises Furukawa Akizawa[6]

Caso "Leite de Souza y otros Vs. Brasil"[7]

Grupos de exterminio - Desaparición forzada - Derecho a la vida - Derecho a la libertad personal - Derechos de la niñez - Violencia contra la mujer - Garantías judiciales - Igualdad ante la ley - Debida diligencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) dictó una sentencia el 4 de julio de 2024 en la cual declaró responsable internacionalmente a la República Federativa de Brasil por la desaparición forzada de 11 jóvenes[8] residentes de la Favela de Acarí, así como por la falta de investigación con debida diligencia sobre los hechos y el homicidio de dos de los familiares[9] de una de las víctimas, activistas e impulsoras de la obtención de la verdad sobre los sucesos.

[1] Este trabajo no está sujeto a referato. Está coordinado por Natalí Pavioni y Anabel Soledad Papa. La recopilación de jurisprudencia está a cargo de Facundo Guerrero a quien agradecemos su colaboración. Si bien los pronunciamientos datan del segundo semestre de 2024, fueron notificados por la Corte IDH durante el primer semestre de 2025.

[2] Abogado con orientación en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesor de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires, Argentina) y de Formación Ética y Ciudadana de nivel medio

[3] Abogada con orientación en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

[4] Estudiante de Derecho (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Ayudante alumna de la materia Derechos Humanos y Garantías.

[5] Estudiante de Derecho (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Ayudante alumna de la materia Derechos Humanos y Garantías.

[6] Estudiante de Derecho (Universidad de Buenos Aires, Argentina) Ayudante alumno de la materia Derechos Humanos y Garantías

[7] Corte IDH. Caso Leite de Souza y otros Vs. Brasil. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 531.

[8] Hedio Nascimento, Wallace Souza do Nascimento, Moisés dos Santos Cruz, Edson de Souza Costa, Luiz Carlos Vasconcellos de Deus, Rosana de Souza Santos, Cristiane Leite de Souza (niña), Viviane Rocha da Silva, (niño), Luiz Henrique da Silva Euzebio, Hoodson Silva de Oliveira (niña) e Antonio Carlos da Silva (niño).

[9] Edmea da Silva Euzebio y Sheila da Conceiçao, madre y prima respectivamente de Luiz Henrique da Silva Euzebio.

En particular, la Corte consideró que el Estado brasileño violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la libertad y a la integridad personal, así como los derechos de la niñez, contenidos en los artículos 3, 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

A su vez, declaró la responsabilidad internacional por la vulneración de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, el derecho a conocer la verdad y el derecho a la protección de la familia (artículos 8.1, 25.1 y 17 CADH, respectivamente), como también por la violación de disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículos I.a, b y III) y la Convención Belém do Pará (artículos 7.b y f).

Los hechos del caso datan del año 1990, en el contexto de actuación de los llamados "grupos de exterminio" o "milicias" en Río de Janeiro y otras partes de Brasil. Se trataban de grupos de agentes estatales que mataban a aquellos señalados como "indeseables" para la sociedad. Luego de extorsiones y amenazas por parte de policías militares, las víctimas (algunos de ellos niños y niñas y una mujer) fueron secuestradas y desaparecidas por miembros del grupo de exterminio conocidos como "Caballeros Corredores" quienes, el 26 de julio de 1990, ingresaron en la casa donde se encontraban los jóvenes y los secuestraron.

A pesar de denuncias de los familiares, la sanción de una ley que establecía la reparación financiera por daños materiales e inmateriales[10] y las labores de búsqueda realizadas por las mujeres del movimiento "Madres de Acarí", las investigaciones presentaron graves falencias. Esta inacción derivó en la impunidad de los responsables y en la falta de esclarecimiento del paradero de las víctimas durante más de 34 años.

La Comisión IDH sometió el caso a conocimiento de la Corte IDH en el año 2022 y, en el marco de la Audiencia Pública celebrada el 12 de octubre de 2023, el Estado brasileño reconoció parcialmente su responsabilidad internacional sobre la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio de los familiares (establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH) por la demora injustificada del proceso penal seguidos por los homicidios de las señoras Edema Da Silva Euzebio y Sheila da Conceicao.

[10] Ley No. 9.753.

Así, la Corte estimó que dicho reconocimiento, a pesar de tener plenos efectos jurídicos, era de carácter limitado: solo se refirió a una parte muy puntual de los hechos y las violaciones alegadas, subsistiendo la controversia tanto sobre la desaparición forzada como sobre otras falencias en las investigaciones.

El Tribunal Interamericano determinó que la controversia central consistía en determinar si la desaparición de los jóvenes de la Favela de Acarí configuró efectivamente una desaparición forzada atribuible al Estado. A tal fin, verificó la concurrencia de los tres elementos esenciales de esta violación pluriofensiva y permanente de derechos humanos[11]. De este modo, encontró acreditada la privación de la libertad de las once víctimas (hecho no objetado por el Estado), estableció mediante numerosos elementos de convicción (que surgen del acervo probatorio) la intervención de agentes estatales y personas actuando bajo su aquiescencia en las desapariciones y verificó la negativa por más de 34 años a reconocer la detención y a ofrecer información sobre la suerte o paradero de los jóvenes.

En base al precedente análisis, la Corte estimó suficientemente acreditado la desaparición forzada de las once víctimas. Así, determinó que el Estado brasileño era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 3, 4, 5 y 7 de la CADH con relación al artículo 1.1 del mismo instrumento. Para llegar a esa conclusión, consideró que las conductas relacionadas con esta práctica implican la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, integridad y libertad personal, así como el incumplimiento de la obligación de no practicar, permitir ni tolerar la desaparición forzada de personas, prevista en el artículo I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante, CIDFP). A su vez, considerando la condición de menores de cuatro de las víctimas al momento de su desaparición forzada, que pone en cabeza del Estado un deber reforzado de establecer medidas de protección especial, la Corte determinó la adicional violación de los derechos de la niñez reconocida en el artículo 19 de la CADH.

[11] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No 04, párrs. 155 a 157.

Por otro lado, la Corte sostuvo en la sentencia que, de conformidad con los artículos 25 y 8 de la CADH, los Estados partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos, los cuales deben adecuarse a las reglas del debido proceso legal. Todo esto se enmarca dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el artículo 1.1 de la CADH, que implica la adopción de medidas positivas como la obligación de investigar dichas violaciones.

A partir de ello, el Tribunal abordó el análisis de las obligaciones concretas en el caso:

1) El deber de investigar la desaparición forzada de los once jóvenes se ve reforzado por el artículo I, inciso b) de la CIDFP, que establece la obligación de sancionar en su ámbito jurisdiccional a los responsables de desaparición forzada.

Considerando, además, que en el presente caso algunas de las víctimas eran niñas que habrían sido víctimas de violencia sexual, la Corte determinó que, en atención a la intersección entre edad y género, que agrava su situación de vulnerabilidad, el Estado brasileño tenía obligaciones reforzadas a la luz del artículo 19 de la CADH y los artículos 7.b) y f) de la Convención de Belém do Pará.

Pese a ese deber reforzado, el Tribunal observó que hubo una demora injustificada en la búsqueda de las víctimas, una falta de esfuerzos razonables para esclarecer los hechos y una ausencia absoluta de investigación de los presuntos hechos de violencia sexual. Transcurridos casi 34 años de la desaparición forzada y aún ante las exigencias de justicia por parte de las madres de las víctimas, los hechos permanecen en absoluta impunidad, desconociéndose el paradero de los once jóvenes o la identidad de los posibles perpetradores.

De acuerdo a lo señalado por la Corte IDH, esto constituyó un flagrante incumplimiento de las disposiciones de la CIDFP y la Convención Belém do Pará, así como una violación al derecho a la verdad, derecho de acceso a la justicia y garantía del plazo razonable de la investigación (artículos 8 y 25.1 de la CADH) en perjuicio de los familiares de las víctimas.

Además, la Corte notó que la falta de tipificación de la desaparición forzada como un delito en el ordenamiento interno facilitó la impunidad del caso. Por ello, declaró la responsabilidad internacional por la violación de la obligación de adoptar

disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH) y la obligación de adoptar medidas necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, contenida en el artículo III de la CIDFP.

2) Por otro lado, la Corte recordó que el Estado reconoció su responsabilidad por la violación de la garantía del plazo razonable en la investigación del homicidio de las señoras Edmea da Silva Euzebio y Sheila da Conceição, contenido en el artículo 8.1 de la CADH, con relación al artículo 1.1 del mismo instrumento. El tribunal subrayó que Brasil, por la actividad de defensa de derechos humanos de la señora Euzebio (parte del grupo Madres de Acarí) tenía un deber reforzado de investigar y sancionar a los responsables de los homicidios.

3) Asimismo, la Corte reiteró la constante histórica de discriminación contra la población negra en Brasil, así como la presencia de tratos discriminatorios no sólo hacia los jóvenes desaparecidos –quienes fueron discriminados por su posición económica– sino también hacia los familiares en sus labores de búsqueda por parte de las autoridades judiciales. Por eso, la Corte declaró la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación en perjuicio de los once jóvenes desaparecidos y la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial sin discriminación (artículos 8 y 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH), en perjuicio de sus familiares.

Por último, en consonancia con su reiterada jurisprudencia sobre la presunción *iuris tantum* del sufrimiento de daños a la integridad psíquica y moral de los familiares cercanos de las víctimas de desaparición forzada, la Corte declaró la responsabilidad internacional de Brasil por la violación del derecho a la integridad física, psíquica y moral contenido en el artículo 5.1 de la CADH en perjuicio de los familiares cercanos de las víctimas[12]. El Tribunal consideró que la desaparición forzada de sus seres queridos, así como la discriminación y falencias en las investigaciones tanto de los once jóvenes como de los homicidios de las

[12] Adaías Alves de Souza, Alci Vaz da Silva, Aline Leite de Souza, Armando Luiz Bastos de Deus, Denise Vasconcellos, Dinéa dos Santos Cruz, Euzilá Joana Martins da Silva, Hélio Nascimento, Júlio Cesar Bastos de Deus, Laudicena de Oliveira Nascimento, Manoel Costa, Marilene Lima de Souza, Rita de Cássia de Souza Santos, Rosangela da Silva, Tereza de Souza Costa, Vera Lúcia Flores Leite y Wilson de Souza Costa.

señoras Edmea da Silva Euzebio y Sheila da Conceiçao, generó un gran impacto en su integridad personal.

En el caso particular de Aline Leite de Souza, quien era una niña al momento de los hechos, la Corte declaró que el Estado brasileño también había violado el derecho a la protección familiar y a la niñez (artículos 17 y 19 de la CADH respectivamente). Debido a las afectaciones evidenciadas en sus declaraciones (donde dio cuenta del impacto físico y mental que la desaparición de su hermana tuvo en ella y en su vida familiar, así como el impacto económico), el Tribunal estimó que Aline había sufrido una especial afectación por su condición de niña, que exige que el Estado asumiera "*su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en consideración de su condición de especial vulnerabilidad*", y un grave impacto en su núcleo familiar, el cual el Estado se encuentra obligado a proteger.

En virtud de lo señalado, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado brasileño y le ordenó, entre otras medidas de reparación, las siguientes: a) investigar los hechos y sancionar a los responsables; b) determinar el paradero de las víctimas desaparecidas; c) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y disculpas; d) crear un memorial; e) tipificar el delito de desaparición forzada; f) establecer políticas públicas de prevención contra desapariciones forzadas y violencia paramilitar, con enfoque de género, niñez e interseccionalidad.

Caso "Reyes Mantilla y Otros Vs Ecuador"[13]

Garantías judiciales – Prisión preventiva – Detención arbitraria – Derecho a la integridad personal – No discriminación – Convención contra la Tortura

El 28 de agosto de 2024 la Corte IDH dictó la sentencia del caso "Reyes Mantilla" en la que declaró al Estado de Ecuador internacionalmente responsable por la violación a los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, y a la igualdad (artículos 7.1, 7.2, 7,3, 7.4, 7.5, 7.6, 8.2 y 24 de la CADH), al derecho a la integridad personal contenido en el (artículo 5.1 y 5.2 d de la CADH) y por la

[13] Corte IDH. Caso Reyes Mantilla y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2024. Serie C No. 533.

responsabilidad de haber violado los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (8.1 , 8.2.d, 8.2.e, 8.2g y 25.1 de la CADH) con relación a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos (artículo 1.1 de la CADH). Todo ello, en perjuicio del Sr. Walter Ernesto Reyes Mantilla, Vicente Hipólito Arce Ronquillo y José Frank Serrano Barrera. El tribunal analizó la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria, prolongación de la prisión preventiva y diversas violaciones de derechos fundamentales ocurridas entre 1995 y 1996. La Corte IDH también se pronunció sobre la afectación de derechos de familiares y abordó el marco normativo vigente en materia de drogas y tortura.

En cuanto a los hechos del caso, corresponde mencionar que las tres víctimas fueron detenidas en el marco del operativo llamado "Tormenta Blanca", orientado a desmantelar una organización internacional de narcotráfico vinculada al cartel de Cali. Fueron acusados en base a pruebas débiles, detenidos sin que se les informara adecuadamente los motivos y mantenidos en prisión preventiva por períodos prolongados bajo condiciones deficientes y con limitado acceso a la defensa. El señor Mantilla manifestó haber permanecido incomunicado durante quince días y haber sido interrogado por agentes policiales en un contexto de amenazas, constitutivas de una vulneración a su integridad personal.

Los procesos penales estuvieron plagados de irregularidades como lo fue la demora injustificada, la admisión de pruebas cuestionables, la falta de recursos eficaces y una clara afectación a su dignidad. En efecto, el señor Serrano permaneció más de tres años en prisión preventiva sin condena firme. El proceso tuvo además un componente discriminatorio al no garantizarse el derecho a asistencia consular como ciudadano colombiano. La detención arbitraria y las condiciones de privación de libertades también afectaron la integridad de sus familiares cercanos.

Al momento de realizar sus alegatos el Estado sostuvo que la detención del señor Arce no fue ilegal ya que las fuerzas policiales le habrían pedido a la Jueza en lo penal de turno que emitiera las órdenes de detención correspondientes, en el marco de una investigación sobre una red de narcotráfico. También aludió que la normativa interna del Estado se ajusta a los parámetros de Naciones Unidas para combatir el Crimen Organizado y el Narcotráfico.

Al examinar la transgresión de los derechos cuya violación se atribuyó al Estado, la Corte IDH reafirmó que la detención sin orden judicial o hechos delictivos cometidos dentro de la inmediatez temporal y/o espacial (flagrancia), basadas en pruebas dudosas o sin control legal, resulta *per se* contraria a los artículos 7.2 y 7.3 de la Convención. En los tres casos, las autoridades omitieron justificaciones adecuadas para la privación de la libertad y no ofrecieron mecanismos efectivos para cuestionarla. Además, se evidencia una afectación sistemática al derecho a ser juzgado en libertad. El uso extendido y no excepcional de la prisión preventiva fue analizado como parte de una política punitiva desproporcionada, especialmente gravosa en contextos de delitos relacionados con drogas.

Con respecto al derecho de la integridad personal la Corte IDH expuso que se acreditaron tratos inhumanos, amenazas y humillaciones en el contexto del encierro, así como el incumplimiento del deber estatal de garantizar condiciones mínimas de detención. El Estado no ofreció pruebas que desvirtúen los testimonios de las víctimas ni demostró haber actuado diligentemente ante las denuncias. La Corte interpretó que los hechos suscitados corresponden a la violación del artículo 5.1 y 5.2 de la CADH y, en el caso del Señor Reyes Mantilla y Serrano Barrera, se consideró vulnerada también la integridad psíquica de sus familiares.

A partir de una interpretación evolutiva de los tratados internacionales de derechos humanos y reconociendo el carácter dinámico y vigente de tales derechos, la Corte IDH analizó el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que establece que "*los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción*". En ese marco, concluyó que el Estado ecuatoriano incumplió dicha obligación, al no haber llevado a cabo investigaciones diligentes respecto de los actos cometidos por agentes policiales que afectaron la integridad personal de los señores Reyes, Serrano y Arce. En esa misma línea, el Tribunal enfatizó que las personas privadas de libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, al carecer de medios jurídicos y fácticos suficientes para probar hechos de violencia. Por ello, recae sobre el Estado la obligación de garantizar los mecanismos idóneos para esclarecer lo sucedido, asumiendo además la carga de la prueba respecto de la inexistencia de violaciones a los derechos de las personas detenidas.

En cuanto al análisis de las garantías del debido proceso legal y defensa en juicio el Tribunal interamericano profundizó en la violación del derecho a contar con una defensa técnica adecuada (artículo 8.2.d y e de la CADH), en particular por la deficiente representación legal que tuvieron las víctimas en los diferentes procesos legales que se llevaron a cabo. Señaló que, toda primera declaración que brinde una persona imputada en un proceso penal debe realizarse con pleno respeto a la garantía de contar con un abogado de su confianza. En caso de no disponer de uno, corresponde al Estado proveer asistencia letrada adecuada.

La Corte IDH advirtió también que la omisión por parte del Estado en cuanto a la garantía de un recurso efectivo para impugnar la legalidad de la detención, evidenciada en la ineficacia del hábeas corpus. Asimismo, constató la utilización de pruebas obtenidas en condiciones contrarias al debido proceso, como en el caso del señor Arce, cuyas declaraciones fueron tomadas bajo coacción. La Corte IDH concluyó que dicha circunstancia constituyó una violación al artículo 8.2.g de la Convención, que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma o a reconocerse culpable.

En cuanto al derecho de información y acceso efectivo a la asistencia consular, la Corte IDH recordó que el derecho a la asistencia consular implica, como correlato, el deber de las autoridades estatales de informar al extranjero detenido sobre la existencia y alcance de dicho derecho. En el caso del ciudadano colombiano Serrano Barrera, la Corte remarcó la violación del derecho a la asistencia consular (artículo 36 de la Convención de Viena) y su relación con el principio de no discriminación, al habérsele negado una garantía básica por su condición de extranjero.

Desde la perspectiva de los derechos de las personas detenidas extranjeras, la Corte ha identificado tres elementos fundamentales que deben ser garantizados por el Estado Parte: a) el derecho a ser informado sobre los derechos que le asiste; b) el acceso efectivo a la comunicación con la autoridad consular correspondiente; y c) el derecho a recibir asistencia consular. En caso de que el detenido lo solicite, el Estado tiene el deber de actuar como un conductor entre la víctima y el consulado, lo que implica no sólo informar a la oficina consular competente sobre la detención, sino también transmitir sin dilación cualquier comunicación dirigida por la persona

privada de libertad. Asimismo, corresponde al propio detenido decidir si desea o no recibir la visita del funcionario consular.

Con respecto al principio de presunción de inocencia la sentencia expuso críticamente el marco normativo penal ecuatoriano vigente durante los hechos (artículo 116 de la Ley de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas), que restringía severamente el acceso a la libertad y a la defensa técnica en casos de narcotráfico. La Corte recordó que, de acuerdo al principio de inocencia, toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Este estándar impone al Estado la obligación de abstenerse de emitir valoraciones públicas o juicios de culpabilidad que puedan configurar una condena informal, contribuyendo a generar una opinión pública adversa respecto de una persona cuya responsabilidad penal aún no ha sido legalmente determinada. En esa misma línea el tribunal refirió que la legislación interna no puede justificar prácticas incompatibles con la Convención y que los Estados tienen la obligación de adaptar su ordenamiento interno a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 2 de la CADH).

Un punto interesante de la interpretación del tribunal es con respecto a la vulneración al principio del plazo razonable planteado por la Comisión IDH y las víctimas. La Corte concluyó que no se configuró responsabilidad internacional del Estado por la presunta violación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Al aplicar los cuatro criterios establecidos para evaluar dicha garantía (la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima), el Tribunal consideró que el caso revestía un alto grado de complejidad, en tanto se trataba de una investigación vinculada a presuntas organizaciones criminales transnacionales. Esta circunstancia justificó, en parte, la extensión del tiempo de tramitación procesal. También entendió que no se afectó la garantía a la imparcialidad del juzgador ni tampoco se configuró responsabilidad internacional en relación con relación a la supuesta omisión de excluir declaraciones obtenidas bajo coacción, toda vez que no se acreditó que las tres víctimas hubieran estado sometidas a amenazas o presiones al momento de rendir sus declaraciones ante las autoridades. En consecuencia, no se acreditó la transgresión de los artículos 8.1, 8.2 y 8.3 de la CADH, en conexión con la obligación general de respeto contenida en el

artículo 1.1, respecto de los señores Reyes Mantilla, Serrano Barrera y Arce Ronquillo.

Finalmente, la Corte IDH realizó un interesante análisis sobre la vulneración al derecho a la integridad personal de los familiares de las tres víctimas y concluye que el conocimiento por parte de un familiar de las afecciones a los derechos a la integridad personal de su ser querido puede generar consecuencias de diversa índole, aunque todas ellas con un impacto profundo y potencialmente devastador.

Por lo tanto, el tribunal rechazó las excepciones preliminares de Ecuador, declaró su responsabilidad internacional por la violación de múltiples derechos convencionales y ordenar la reparación integral a las víctimas. Asimismo, advierte sobre la incompatibilidad estructural entre el régimen normativo nacional y los estándares interamericanos, instando a su reforma.

En cuanto a las reparaciones, por mayoría de votos, se condenó al Estado de Ecuador a cumplir las siguientes: 1) investigar y sancionar, eventualmente, a los responsables de malos tratos y detenciones arbitrarias; 2) proporcionar atención médica y psicológica gratuita para las víctimas; 3) publicar la sentencia y de su resumen oficial; 4) abonar una indemnización por daño material e inmaterial a víctimas y familiares; 5) realizar el reintegro de costas y gastos; 5) y realizar reformas normativas y de práctica judicial en materia de prisión preventiva.

Caso "Pueblos indígenas Tagaeri y Taromanane Vs. Ecuador"[14]

Pueblos indígenas - Aislamiento voluntario- Derecho a la vida - Interés superior del niño - Debidas diligencias estatales - Garantías judiciales - Protección Judicial - Derecho a la identidad y a la cultura - Derecho a un ambiente sano - Derecho a la protección de la familia- Integridad Personal - Derecho a la propiedad colectiva- Derecho a la Salud

En septiembre de 2024, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de ecuador por la vulneración de diversos derechos de los Pueblos

[14] Corte IDH. Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 537.

indígenas Tagaeri, Taromenane y otros pueblos originarios que se encuentran en estado de aislamiento voluntario (a continuación, conocido como "PIAV"). En consecuencia, la Corte declaró que el Estado ecuatoriano vulneró los artículos 4.1, 5.1, 7.1, 8.1, 11, 13, 17.1, 18, 19, 21.1, 22.1,25.1 y 26 de la CADH.

Este caso particular se caracterizó por ser la primera sentencia donde la Corte Interamericana analizó la protección de los derechos humanos de estos pueblos en aislamiento voluntario. La Corte en su pronunciamiento resaltó que esta decisión de no ser contactados fue el principio fundamental que llevó a la protección principal y la importancia de defender los derechos de estos pueblos.

La Corte en su sentencia dividió los hechos en cuatro partes diferentes, contextualizando y explicando cada uno de los hechos que llevaron a cabo a su sentencia definitiva.

Hecho 1: Los "PIAV" son pueblos originarios encontrados en la Amazonia occidental que no mantienen concurrentemente contacto con la población principal y además, suelen rechazar todo tipo de contacto con personas que no sean de su grupo. Estos pueblos se caracterizan por ser ecosistémicos, esto quiere decir que su estilo de vida depende exclusivamente de su alrededor y del ambiente y no contar con éste podría ser muy perjudicial para ellos.

Hecho 2: Durante el año 1999, el gobierno de Ecuador mediante un decreto creó la Zona Intangible Tagaeri Taromenane (más adelante conocida como "ZITT"). Por medio de éste, se establecía una zona prohibida de toda intervención ajena a los pueblos originarios con el objeto de preservar su bienestar. Cabe aclarar que esta zona delimitada es muy rica en petróleo y existen varios pozos petroleros cercanos a ella. Durante los años 2008 y 2010 el Estado de Ecuador permitió la explotación de algunas zonas cercanas a la "ZITT" y autorizó que varias empresas privadas exploten libremente estos territorios con rico acceso al petróleo pese a la presencia de los PIAV.

Hecho 3: Asesinatos en los años 2003, 2006 y 2013. En mayo de 2003, entre 12 y 16 miembros del pueblo Taromenane fueron brutalmente asesinados por integrantes de la tribu Waorani. Estos hechos se mantuvieron en incógnito ya que el Estado ecuatoriano admitió que las investigaciones llevadas a cabo no tuvieron efecto alguno.

En abril de 2006 se repitió una tragedia cuando miembros de la tribu Taromenane fueron asesinados. En la sentencia de la Corte IDH se aclaró que hasta hoy en día se desconoce quiénes fueron los perpetradores de este acto. Este suceso llevó a que se presentara una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión IDH. Dichas medidas fueron otorgadas posteriormente con el fin de evitar enfrentamientos futuros. Sin embargo, se indicó en la sentencia que había pruebas que demuestran que los enfrentamientos siguieron.

Para finalizar, en el año 2013 miembros de la tribu Taromenane llevaron a cabo un asesinato contra dos adultos pertenecientes a la tribu Waorani. Luego de esto, miembros de la tribu anteriormente mencionada perpetraron un ataque contra el grupo Taromenane donde se llevaron la vida de entre 30 y 50 personas, incluyendo niños y niñas. Durante este asalto, dos niñas de dos y seis años fueron secuestradas por los atacantes y entregadas a familias Waorani.

Hecho 4: Situación de las menores: como anteriormente mencionamos, durante el ataque perpetrado en el año 2013 por el pueblo Waorani, dos niñas hermanas (llamadas C. y D.) de dos y seis años respectivamente, fueron llevadas, separadas a la fuerza y entregadas a familias diferentes pertenecientes a su tribu raptora. La Corte IDH mencionó en su sentencia que no se sabía con certeza cuáles fueron los motivos que llevaron al Estado a mantener separadas a ambas hermanas. Sin embargo, el Estado llevó a cabo medidas con el fin de proteger la salud de las niñas. La Corte subrayó que, al encontrarse separadas, el Estado ecuatoriano no tomó en cuenta en ningún momento la opinión de las menores para poder reintegrarse a su grupo original o poder volver a encontrarse una con la otra.

Durante el año 2021 se tomó conocimiento de que C. se encontraba embarazada. A partir de ello, el gobierno de Ecuador envió atención inmediata con el fin de que se la pueda examinar. Mientras se llevaban a cabo los controles correspondientes, remarcó la Corte IDH hubo fuertes tensiones entre el personal médico y la representación de la niña. Un hecho en el que la Corte IDH hizo hincapié fue que, durante dicho control, la representación de C. alegó que se le tomó una muestra de sangre en contra de su voluntad.

Con relación a D., hermana menor de C. la Corte IDH refirió que se tenía muy poca información y que lo último que se sabía es que había sido inscripta en el

Registro Civil como hija de uno de los perpetradores de los hechos violentos en el año 2013. Entre su información más actualizada la Corte comentó que el Estado ecuatoriano promovió un encuentro entre ambas hermanas durante el año 2019 que se desconocía a ciencia cierta si se había llevado a cabo o no.

Al momento de abordar el análisis del fondo de la cuestión, la Corte dividió en diferentes partes los derechos violados, a saber:

1) Derecho a la propiedad colectiva: la Corte IDH mencionó que al momento de delimitar la ZITT el Estado ecuatoriano no tomó en cuenta la característica nómada de los PIAV, provocando contactos forzosos y perjudiciales y violando su derecho a la propiedad colectiva. Este derecho comprende el uso, posesión y disfrute de tierras de manera comunitaria siendo reconocida y protegida por el Estado. Durante los sucesos se vio claramente una falta de diligencias que protegieran las tierras pertenecientes a los pueblos originarios ya que este derecho protege la estrecha vinculación que tienen tanto los PIAV con su entorno, siendo este último esencial para su subsistencia.

2) Derecho a la libre determinación: el Tribunal resaltó la importancia del derecho a la libre determinación, ya que estos pueblos se encuentran voluntariamente en un estado de aislamiento. Refirió que el Estado ecuatoriano había cometido una gran falta dado que permitió la explotación de territorios cercanos a las pertenecientes a los pueblos originarios, haciendo posible el contacto forzoso entre terceros y los aborígenes. La Corte remarcó que no se tomaron las precauciones necesarias para evitar el contacto al momento de llevar a cabo la explotación del territorio, vulnerando así la decisión de los pueblos de vivir en aislamiento.

3) Derecho a la vida digna, a la salud, a la alimentación, a la identidad cultural, a un ambiente sano y a la viviendo: la Corte IDH expuso que derecho se encuentra fuertemente ligado al derecho a la propiedad colectiva y a la libre determinación que anteriormente mencionamos. Remarcó que al momento de explotar las proximidades de su territorio y establecer contactos con los PIAV, se impide que los pueblos originarios puedan gozar de estos derechos fundamentales dado que su vida depende completamente del ecosistema que los rodea.

4) Derecho a la vida: la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano con relación a los hechos violentos que se cobraron la vida de varios integrantes de los pueblos originarios sucedidos en los años 2003, 2006 y 2013. Además, condenó al Estado por actuar negligentemente frente a estos enfrentamientos entre tribus, donde tenía entre sus varias posibilidades la de evitarlos.

5) Derecho a la integridad personal, a la libertad personal, a la honra y la dignidad, a la protección a la familia, a la niñez, a la identidad, a la circulación, a la identidad cultural y a la salud: la Corte IDH analizó la responsabilidad estatal de Ecuador en cuanto a los hechos sucedidos con las niñas hermanas D y C secuestradas durante los incidentes violentos del año 2013. En primer lugar, remarcó que durante los enfrentamientos mencionados se produjo un daño irreparable al estado de aislamiento voluntario de las niñas, vulnerando su derecho a la identidad cultural y personal. Por consiguiente, la Corte analizó si el Estado llevó a cabo las medidas necesarias para proteger la integridad personal y psíquica de las niñas al encontrarse en sus familias captoras. Indicó que, si bien el Estado brindó medidas para poder proteger su salud, no fueron suficientes en pos de proteger su integridad personal y la protección de la familia dado a que seguían separadas y manteniéndose en familias ajenas a las suyas. Por último, con relación a la niña mayor llamada C., la Corte resaltó que el Estado violó su derecho a la integridad personal, a la dignidad y a la salud toda vez que se le practicó un análisis de sangre en contra de su voluntad, pese a que la propia interesada se negó expresamente a ello. Con ello, el Estado de Ecuador mantuvo una doble falta toda vez que, además de no respetar los derechos fundamentales de las niñas –que al momento de los hechos tenían dos y seis años–, no priorizaron en ningún momento el interés superior del niño. Cabe destacar que se trata de un principio fundamental donde todas las decisiones que tengan relación con niños, niñas y adolescentes, deben ser llevadas a cabo con la prioridad de mantener el bienestar de los niños.

6) Derecho a protección judicial: la Corte IDH remarcó desde un inicio que la aplicación de la protección judicial en este caso concreto se encontraba estrechamente relacionado con la necesidad de respetar el principio de no contacto por parte de las comunidades indígenas. Destacó que este aislamiento voluntario

por parte de estos grupos representa su manifestación de la voluntad y el Estado no llevó a cabo las medidas necesarias para proteger y salvaguardar judicialmente a dichas comunidades. Refirió que, aunque este aislamiento voluntario dificulta la aplicación de mecanismos efectivos, no deja de ser un punto importante que se permita la protección judicial con la delimitación de su territorio y con las acciones que protejan dicho aislamiento por tratarse, como se indicó, de una manifestación de voluntad de su voluntad.

7) Derecho a las garantías judiciales: la Corte resaltó que los hechos relacionados con las niñas C y D no fueron llevados a cabo con las garantías constitucionales correspondientes, debido a que no se les dio el derecho a ser oídas durante el proceso penal por los incidentes sucedidos en el año 2013.

En virtud de todo lo mencionado anteriormente, la Corte responsabilizó al Estado de Ecuador por la violación de los derechos humanos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 7.1, 8.1, 11, 13, 17.1, 18, 19, 21.1, 22.1, 25.1 y 26 de la CADH.

Para finalizar, como puntos resolutorios el tribunal ordenó: a) medidas de reparación, donde el Estado ecuatoriano debe pagar los gastos por los daños materiales e inmateriales; b) la creación de una comisión técnica de evaluación de la Zona de Intangibilidad Tagaeri Taromenane (ZITT); c) garantizar recursos que permitan hacer efectivo la protección judicial de los PIAV; d) realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional; e) tomar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro tipo con el fin de para proteger a la ZITT. Con relación a las niñas C y D, la Corte IDH ordenó que se lleven adelante las medidas necesarias para desarrollar un proceso de vinculación entre ambas hermanas; brindarles a ambas hermanas atención psicológica; seguir manteniendo atención médica; y buscar y responsabilizar a quienes intervinieron en el tratamiento de ambas niñas luego del contacto forzado.

Caso "Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil"[15]

[15] Corte IDH. Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539.

Derecho Laboral - Discriminación laboral - Competencia Contenciosa - Acceso a la Justicia - Plazo Razonable - Igualdad y no Discriminación - Discriminación Racial

El 7 de octubre de 2024 la Corte IDH dictó la sentencia del caso "Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes". Por medio de ésta, el tribunal interamericano declaró al Estado de Brasil responsable por la afectación a diversos derechos, contenidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 8.1, 11, 24, 25 y 25.1 de la CADH con relación con el deber de respeto y garantía de los derechos protegidos también en la Convención, establecido en el artículo 1.1 y con el derecho al trabajo, establecido en el artículo 26[16], en perjuicio de Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes, a quienes en la mañana del 26 de marzo de 1998 se les impidió el acceso a la postulación como investigadoras en NIPOMED.

Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes son dos mujeres afrodescendientes investigadoras, que el 26 de marzo de 1998 fueron juntas para postularse a un empleo para el cargo de investigadoras, cuyo proceso de selección iba a ocurrir en los días posteriores respecto de quienes hubieran completado la ficha de inscripción. Ahora bien, dicha ficha de inscripción no les fue entregada por el reclutador a ninguna de las dos mujeres.

Ambas contaban con la misma experiencia laboral que I.C.L, de tez blanca, de quien eran amigas y habían trabajado juntas previamente. I.C.L les comentó que había sido contratada de inmediato para el puesto y que el reclutador M.T. le indicó que había muchas vacantes en el equipo. Ante ello, le solicitó que, si conocía a "*más personas como ella*" les avisara sobre las vacantes. A raíz de ello, al día siguiente Gisele Ana Ferreira Gomes regresó a la empresa para postularse nuevamente, siendo recibida por otro reclutador. Sin hacer mención alguna a los hechos del día anterior, le permitieron llenar la ficha de inscripción, pero finalmente no fue contactada a pesar de contar con las mismas aptitudes para el puesto que I.C.L.

El 27 de marzo de 1998 ambas mujeres solicitaron la investigación criminal por racismo contra el reclutador M.T. en la 14ava Comisaría de Policía de San Pablo.

[16] Con respecto a la condena en relación al artículo 26, cabe señalar que la sentencia contó con la disidencia de los jueces Pérez Goldberg y Sierra Porto.

Dicha investigación se inició el 3 de agosto del mismo año. Con posterioridad a la declaración del reclutador, en noviembre de 1988 la Fiscalía presentó una denuncia contra M.T. con base en el artículo 4 de la Ley 7.716/89 que estipula como delito, resultante de discriminación o prejuicio, negar u obstruir empleo en empresa privada. La denuncia quedó radicada en el 24° Juzgado Criminal del Foro Central de la Capital San Pablo.

A pesar de las pruebas colectadas en el caso, el 27 de octubre de 1999 el Juzgado absolvió a M.T. por considerar que no había pruebas suficientes de que hubiera actuado en la forma denunciada. Ambas denunciantes apelaron la resolución el 16 de noviembre de 1999 y el acusado efectuó su respuesta al recurso el 23 de febrero del año 2000.

El 11 de agosto de 2004 la Quinta Sala Penal Extraordinaria del Tribunal de Justicia de San Pablo juzgó procedente el recurso de apelación criminal y condenó al acusado a dos años de reclusión. Sin embargo, declaró de oficio la extinción de la punibilidad del acusado por entender que resultaba de aplicación la prescripción de la pena de conformidad con el artículo 107, IV del Código Penal. Contra dicha sentencia, el Ministerio Público presentó un recurso de *embargos de declaração*, destacando que la Constitución brasileña estipula la imprescriptibilidad del crimen de racismo. En respuesta al recurso, el 22 de septiembre de 2005 se levantó la declaración de prescripción de la acción penal y se condenó al acusado al cumplimiento de la sanción en un régimen semiabierto. Esta condena fue publicada en abril de 2006 y la orden de detención contra M.T. fue publicada recién en octubre de 2006, y en relación a los hábeas corpus interpuestos por el imputado, debía dar cumplimiento a la sanción impuesta en un régimen abierto. En virtud del recurso de revisión interpuesto por el acusado M.T. –quien argumentó, entre otras cuestiones, que su actuar frente a las denunciantes no fue su responsabilidad sino de sus jefes directos– conllevó a que en julio de 2009 fuera resuelto favorablemente emitiendo una decisión absolutoria por insuficiencia de pruebas.

En cuanto al marco del procedimiento ante el SIDH, es importante resaltar que el Estado de Brasil ratificó la CADH el 25 de septiembre de 1992 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 10 de diciembre de 1998.

Brasil interpuesto excepciones preliminares a la resolución del caso relacionadas con la incompetencia *ratione temporis* por tratarse de hechos anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal, e incompetencia *ratione materiae* para juzgar violaciones de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Como se verá a continuación, algunas de esas excepciones fueron desestimadas dada su posterior asunción de responsabilidades.

Sobre la excepción *ratione temporis*, la Corte constató que la Comisión IDH sometió a su conocimiento solamente los "*los hechos que ocurrieron o continuaron ocurriendo con posterioridad al 10 de diciembre de 1998*", que incluyeron la falta de respuesta judicial adecuada en un plazo razonable para investigar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas, por lo que la continuación en las violaciones efectuadas correspondían a las investigaciones producidas con posterioridad al 10 de diciembre del año 1998. Adicionalmente, el Tribunal argumentó que, sostener esta excepción luego de haber admitido parcialmente la responsabilidad con relación a conductas de sus agentes, era contradictorio respecto de sus actos propios.

Con relación a la excepción *ratione materiae*, dado que el Estado de Brasil es parte de la CADH, la Corte IDH señalo que debía cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención, instrumento al cual adhirió en septiembre de 1992. Por lo tanto, el Tribunal desestimó esta excepción preliminar presentada por el Estado de Brasil.

Para continuar con el relato de la sentencia, cabe señalar que, en los argumentos de las partes, la Comisión IDH destacó que no constaba si el acusado efectivamente había dado cumplimiento a la sanción impuesta. A su vez, sostuvo que este caso estaba inserto en un contexto general de discriminación y falta de acceso a la justicia en demandas presentadas por parte de la población afrodescendiente en Brasil, en particular de mujeres afrodescendientes.

Sobre los argumentos relativos a la discriminación estructural, los representantes de las víctimas agregaron que, al tratarse de un caso de derecho a la no discriminación, los hechos deben analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Por su parte, el Estado de Brasil argumentó que la Comisión IDH no había alegado la violación de los artículos 24 y 26 de la Convención *per se*, sino que lo hizo "*en relación con*" los artículos 8 y 25 del referido instrumento. Por lo tanto, según el Estado, los artículos 24 y 26 no le fueron atribuidos como "*violaciones principales y autónomas*", y por lo tanto no podría expedirse sobre esta línea de premisas dado que no era sobre la que el Estado brasileño efectúa sus argumentaciones.

Dentro de las consideraciones de la Corte, destacó que la noción de igualdad que recogen los artículos 1.1 y 24 de la CADH se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. En este sentido, el vínculo entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación es de carácter indisoluble y por lo tanto genera responsabilidad internacional.

El Tribunal recalcó que las personas afrodescendientes son particularmente vulnerables frente a la discriminación racial, por lo que es obligación de los Estados adoptar acciones positivas para prevenir la violación del derecho a la igualdad y asegurar que cualquier limitación normativa o *de facto* que pese sobre el ejercicio de este derecho sea desmantelada.

La Corte reiteró en su jurisprudencia que los Estados tienen una obligación reforzada respecto de la investigación, juzgamiento y sanción de conductas incompatibles con el derecho a la no discriminación como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH, por lo que las denuncias sobre discriminación racial contra personas afrodescendientes deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas conforme a un estándar de debida diligencia reforzada. A su vez, en oportunidad de valorar la prueba, la Corte IDH sostuvo que el estándar probatorio propuesto por las autoridades judiciales internas en el presente caso consistió en trasladar a las víctimas la responsabilidad total por su producción, sin adjudicar rol alguno al aparato estatal en el esclarecimiento de los hechos en un caso de discriminación racial y sin siquiera comparar a todos los candidatos que se presentaron el mismo día que Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes.

De este modo, la Corte IDH encontró que los actos y omisiones de las autoridades judiciales y, en menor medida, del Ministerio Público, reprodujeron el racismo institucional contra ambas denunciantes, lo que redundó en su

revictimización y contribuyó a perpetuar las altas tasas de impunidad de la discriminación racial contra la población afrodescendiente, en un contexto de discriminación estructural.

Con relación al truncamiento de sus proyectos de vida, expuso que Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes tuvieron dificultades para acceder a oportunidades laborales acordes a su experiencia y formación y que decidieron buscar otro tipo de empleos, tales como jardinera y empleada doméstica, respectivamente, a pesar de que dicho tipo de empleos eran de menor remuneración.

Por todo lo expuesto, la Corte IDH concluyó que el Estado de Brasil era responsable por la violación de los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a protección de la honra y la dignidad, a la igualdad ante la ley, y al acceso a la justicia, establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la CADH, con relación a la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho al trabajo, protegidos en sus artículos 1.1 y 26 también de la CADH, en perjuicio de Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes por la afectación a sus proyectos de vida.

En cuanto a las reparaciones, se condenó al Estado de Brasil a cumplir las siguientes: 1) brindará atención psicológica y/o psiquiátrica a las víctimas, en caso de que lo requieran; 2) publicar la sentencia y de su resumen oficial; 3) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos y las violaciones del presente caso; 4) adoptar un protocolo de investigación en el Estado de San Pablo, para casos donde presuntamente hayan ocurrido delitos de racismo, de tal manera que los hechos se investiguen y juzguen con una perspectiva interseccional de raza y de género; 5) incluir en la currícula permanente de formación del Poder Judicial y el Ministerio Público del Estado de San Pablo contenidos específicos en materia de discriminación racial directa e indirecta e igualdad y no discriminación; 6) adoptar las medidas necesarias para que, cuando funcionarios pertenecientes al Poder Judicial tengan conocimiento de presuntos hechos de discriminación racial en el espacio laboral, notifiquen al Ministerio Público del Trabajo con el fin de que dicha institución realice las investigaciones en

el marco de sus funciones; 7) diseñar e implementar un sistema de recopilación de datos y cifras sobre investigaciones, denuncias, absoluciones, condenas y archivo de procesos judiciales (penales, civiles y laborales) en el Estado de San Pablo, especificando, al menos, raza, color, y género de las personas denunciantes, presuntas víctimas y personas denunciadas; 8) adoptar las medidas legislativas, administrativas, de política pública o de cualquier otra índole que sean necesarias para asegurar que se promueva y oriente a las empresas a implementar medidas para prevenir la discriminación dentro de sus procesos de contratación de personal, particularmente con respecto al acceso al empleo sin discriminación de mujeres afrodescendientes; 9) abonar una compensación por fallas en la investigación y procesos seguido a razón de la discriminación racial así así como por la afectación de su proyecto de vida y la imposibilidad de reabrir el proceso penal sufridas por Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes, así como las cantidades fijadas para el reintegro de costas y gastos.

Corresponde señalar que, dentro de la sentencia, existieron varias disidencias. En particular, respecto de las excepciones de incompetencia planteadas por el Estado brasileño, los jueces Perez Goldberg y Sierra Porto consideraron que la Corte IHDH no debería haberse pronunciado respecto del artículo 26 de la CADH para declarar las violaciones en relación al derecho al trabajo y que no debían juzgarse los hechos por haber sido anteriores a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte.

El juez Ferrer Mac-Gregor Poisot consideró que la violación al proyecto de vida debía ser tenida en cuenta como parte integral de las reparaciones y que, respecto de la discriminación racial, podría haberse tenido más consideración con la jurisprudencia previa.

Finalmente, la jueza Gómez emitió una opinión separada, por cuanto consideró que la Corte no había garantizado efectivamente la participación de las víctimas durante el proceso, dado que no se les permitió a Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes presentar sus escritos de solicitudes, argumentos y pruebas por hallarse vencido el plazo establecido en el artículo 40 del Reglamento, y sostiene que el enfoque del Tribunal debe ser más flexible con las

víctimas para garantizar su participación, con la debida salvaguardia de las garantías del debido proceso, y en particular, la igualdad de armas.

Caso "Aguas Acosta y otros Vs. Ecuador"[17]

Prohibición de tortura - Derecho a la vida - Uso de la fuerza letal - Integridad personal - Garantías judiciales - Protección judicial - Obligación de adecuar el derecho interno - Derecho a la protección familiar

El 10 de octubre de 2024, la Corte IDH dictó sentencia en el caso "Aguas Acosta y otros Vs. Ecuador" mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República del Ecuador por la violación de derechos humanos contra Aníbal Alonso Aguas Acosta y su familia. Así, condenó al Estado por los actos de tortura y uso de fuerza abusivo por parte de agentes estatales que resultaron en la muerte de Aníbal Alonso Aguas Acosta, como también por la falta de diligencia en la ejecución de las sentencias condenatorias que permitió que los responsables no cumpliesen con la pena por los hechos.

Específicamente, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la violación del derecho a la vida, integridad personal y derecho a no ser sometido a tortura, en relación a la obligación de garantizar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de la víctima Aníbal Aguas Acosta (artículos 4.1, 5.1 y 5.2, en relación con 1.1 y 2 de la CADH). A su vez, y teniendo especial consideración en la condición de niño de sus hijos al momento de los hechos, la Corte responsabilizo a Ecuador por la vulneración de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección de la familia, derechos de la niñez (artículos 8, 25.1, 17 y 19 de la CADH) y las obligaciones de investigar los hechos alegados de tortura (artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) en perjuicio de los familiares de la víctima.

[17] Corte IDH. Caso Aguas Acosta y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2024. Serie C No. 540.

Los hechos del caso tuvieron lugar la noche del 1 de marzo de 1997, cuando Aníbal Alonso Aguas Acosta fue detenido por causar disturbios en un bar y, una vez fuera del establecimiento, profesar insultos contra los agentes y oponer resistencia. A pesar de encontrarse en estado de ebriedad y estar desarmado, se requirió de 7 policías para finalmente lograr arrestarlo. Si bien fue trasladado con vida al cuartel policial por los agentes intervinientes, Aníbal llegó al establecimiento inconsciente y con signos de violencia física. Debido a su falta de reacción, lo llevaron al hospital donde los auxiliares de enfermería constataron su muerte. La posterior autopsia atribuyó su deceso a *"un trauma cráneo encefálico severo, acompañado de múltiples lesiones en la cabeza, cuello, tórax y otras partes del cuerpo, incluyendo una luxación en la articulación occipito atloidea, que provocó la separación de la cabeza del cuerpo*".

La Comisión IDH sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte en el año 2021. Luego de presentar los escritos de solicitudes y contestación, las partes solicitaron posponer la audiencia pública con el objetivo de alcanzar una solución amistosa. Una vez vencido el plazo (y las respectivas prórrogas otorgadas), los representantes de la víctima y el Estado suscribieron un Acuerdo de Solución Amistosa el cual presentaron ante el Tribunal Interamericano con la finalidad de que "*el proceso sea más célere, al limitar el litigio interamericano exclusivamente a la discusión de los derechos no reconocidos como vulnerados*".

En el Acuerdo de Solución Amistosa, la Comisión IDH consideró confuso tanto en su base fáctica como en los fundamentos jurídicos expuestos, el Estado aceptó como cierto el marco fáctico en su totalidad (esto es, los hechos dados por probados en el Informe de Fondo), pero su reconocimiento sobre las consideraciones de derechos fue parcial. En efecto, si bien reconoció la vulneración de los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 8.1, 17, 19, 25.1 de la CADH con relación al artículo 1.1 también de la CADH, el acuerdo dejaba intacta la controversia sobre la violación de las obligaciones establecidas por el artículo 2 de la CADH y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Al persistir controversias sobre el fondo de la cuestión, como si procede el calificativo de tortura sobre los hechos del caso o si se verifica una falta de adecuación normativa interna del Estado, la Corte IDH entendió que el documento

firmado por las partes no ponía fin al litigio y, por ende, no tenía la naturaleza de una solución amistosa sino el de un reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado. Así, el Tribunal no homologó el acuerdo y procedió con el estudio de los derechos controvertidos.

En el análisis del fondo de la cuestión, la Corte IDH se expidió en primer lugar sobre el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales. En especial, estableció que la utilización de la fuerza letal no solo debe estar definida por la excepcionalidad y como último remedio ante el fracaso de todos los demás medios de control, sino que es una facultad de la policía que debe utilizarse únicamente para proteger a la vida. En el presente caso, como surge de los elementos probatorios, no se dio una justificación razonable para el uso de la fuerza en el caso de Aníbal, quien se encontraba desarmado y cuya única infracción atribuible consistía en daños a un local comercial (conducta que, además, ya había cesado para el momento en que lo sometieron).

La Corte IDH reiteró su doctrina en cuanto a que existe una presunción por la cual el Estado es responsable por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. Además, considerando no solo que no se dio una explicación satisfactoria para justificar las lesiones con las que la víctima llegó a la Comisaría, sino que los tribunales internos encontraron a dos de los policías responsables por tratos violentos que resultaron en la muerte de Aníbal, el Tribunal IDH concluyó que el uso de la fuerza resultó excesivo, desproporcionado y violatorio de la CADH. De este modo, teniendo en cuenta el reconocimiento parcial de responsabilidad, la Corte encontró al Estado ecuatoriano responsable por la violación al derecho a la vida e integridad personal contenidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

En base a esto, la Corte señaló que la ausencia de una normativa interna, al momento de los hechos que regulara adecuadamente el uso de la fuerza letal resultaba contraria al deber de garantía e incompatible con las obligaciones de adoptar disposiciones de derecho interno. En consecuencia, el Tribunal también concluyó que Ecuador había violado el artículo 2 de la CADH.

En cuanto a los tratos a los que fue sometido Aníbal Alonso Aguas Acosta, la Corte se basó en lo descrito por la autopsia sobre las severas lesiones y graves

traumatismos, lo resuelto por los tribunales internos sobre el trato violento del cual fue víctima y lo dicho por los policías sobre su propósito de someter a Aníbal para determinar que cumplían con los criterios de intencionalidad, sufrimiento severo y una finalidad específica requeridos para clasificarlos como actos de tortura. Sobre estos tratos, así como cualquier forma de tortura, rige una prohibición absoluta e inderogable que pertenece al dominio de *ius cogens* internacional. Por ende, la Corte declaró al Estado responsable por la violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, reconocido en el artículo 5.2 de la CADH.

Además, la Corte encontró que el Estado ecuatoriano era responsable por la violación de los artículos 2, 8, 25.1, 17 y 19 de la CADH, así como también la vulneración de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante, CIPST) en perjuicio de los familiares del Señor Aguas Acosta[18] por los siguientes cuatro motivos:

1) El Tribunal constató que la jurisdicción penal policial se encontraba vigente en el ordenamiento ecuatoriano al momento de los hechos y fue aplicada en el procesamiento de los hechos.

Si bien la Corte establece que los estándares de garantía y debido proceso de la CADH son igualmente exigibles en esta jurisdicción, reiteró que ésta no ofrece garantías suficientes de independencia e imparcialidad. En consecuencia, concluyó que la aplicación de esta jurisdicción vulneró el principio de juez natural consagrado en el artículo 8.1 de la CADH, con relación a los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento y las obligaciones de contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, en detrimento de los familiares del señor Aguas Acosta.

2) Los procesos penales seguidos en los tribunales internos culminaron con una sentencia condenatoria contra dos de los policías responsables de la muerte de Aníbal Alonso Aguas Acosta. Sin embargo, los condenados no comparecieron y las autoridades no desplegaron las diligencias necesarias para localizarlos.

[18] Estela Gaona; Lesli Carolina Aguas Gaona; Marlon Aníbal Aguas Gaona; Neptalí Salvador Aguas Suarez; Fanny Acosta Salinas; Medardo Aguas Acosta y Marcia Lara de Aguas.

Esta inacción permitió que solicitaran (y obtuvieran) la prescripción de la pena impuesta. La Corte IDH concluyó que esta falta de ejecución efectiva de la condena constituyó una violación del derecho de acceso a la justicia, consagrado en los artículos 8 y 25.1 de la CADH, con relación al artículo 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, implicó el incumplimiento de las obligaciones de investigar actos de tortura establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, en perjuicio de los familiares del señor Aguas Acosta.

3) La Corte IDH constató que, al momento de los hechos, las conductas constitutivas de tortura no estaban tipificadas como delito en la legislación interna del Estado ecuatoriano. Ante ello, concluyó que se había vulnerado el artículo 2 de la CADH con relación al derecho a no ser sometido a torturas establecido en el artículo 5.2 del mismo instrumento en detrimento del señor Aguas Acosta.

4) Basándose en el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado, el Tribunal Interamericano concluyó que la muerte del señor Aguas Acosta tuvo un impacto diferenciado en sus dos hijos. Éstos no sólo sufrieron la pérdida de su padre, sino que también fueron separados a muy temprana edad de su madre para ser criados por sus abuelos quienes, a pesar de su propio dolor, asumieron la crianza de los niños. Estos hechos no fueron controvertidos por el Estado.

En consecuencia, la Corte IDH reiteró que el Estado había reconocido la vulneración del derecho a la integridad física de la familia de Aníbal Aguas Acosta. Asimismo, declaró la violación del derecho a la protección de la familia, previsto en el artículo 17 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares.

Finalmente, dada la condición especial de menores de los hijos y en aplicación del principio *iura novit curia*, la Corte declaró la violación del derecho a la niñez reconocido en el artículo 19 de la CADH, en perjuicio de los hijos del señor Aguas Acosta.

Por todo lo expuesto, la Corte IDH condenó al Estado ecuatoriano por la violación a los derechos humanos enumerados, y consideró necesario otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños sufridos. De este modo, impuso al Estado a, entre otras: i) continuar las investigaciones penales a fin de

esclarecer plenamente lo ocurrido e individualizar a todos los autores y, en su caso, sancionarlos; ii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad; iii) publicar la sentencia (que constituye en sí misma una forma de reparación); iv) brindar atención médica, psicológica y psiquiátrica a los familiares y v) pagar indemnizaciones por daño material e inmaterial.

Caso "Gadea Mantilla Vs. Nicaragua"[19]

Derechos Políticos – Derecho a la Igualdad – Garantías Judiciales – Protección Judicial - Imparcialidad

El 16 de octubre de 2024 la Corte IDH dictó la sentencia del caso "Gadea Mantilla" en la que declaró la responsabilidad del Estado de Nicaragua por la violación de los derechos políticos y el derecho a la igualdad (consagrados en los artículos 23 y 24 de la CADH, con relación a los artículos 8.1 y 1.1 del mismo instrumento) y de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH con relación a los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento) en perjuicio del señor Fabio Gadea Mantilla.

El caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por violar los derechos políticos y a la protección judicial de Fabio Gadea Mantilla en el marco de su participación política como candidato presidencial en el proceso electoral de 2011. Para entender el contexto en el que se enmarcan los hechos del caso, cabe señalar que el 15 de octubre de 2009, el presidente Daniel Ortega y diversos funcionarios solicitaron e instaron, entre otras cuestiones, que se inaplicara la parte del artículo 147 de la Constitución que establecía límites a la reelección de manera consecutiva o en más de dos ocasiones. De este modo, en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró inaplicables los artículos constitucionales que prohibían dicha reelección presidencial y habilió la candidatura de Daniel Ortega para un tercer mandato consecutivo. Además, por

[19] Corte IDH. Caso Gadea Mantilla Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de octubre de 2024. Serie C No. 543.

medio del Decreto Ejecutivo nro. 3-2010 se prorrogaron los mandatos de magistrados clave del Consejo Supremo Electoral y de la Corte Suprema.

En el marco de esta situación, Fabio Gadea Mantilla y otros candidatos presentaron un recurso de impugnación ante el Consejo Supremo Electoral por considerar que la inscripción en la contienda electoral del Presidente Ortega era violatoria del artículo 147 de la Constitución y, por lo tanto, ilegal. El 4 de abril de 2011 dicho órgano resolvió no dar lugar a la impugnación formulada "*en razón de que los Fallos y Resoluciones que dicta el tribunal de Justicia de Nicaragua son de Ineludible Cumplimiento*". El Consejo resaltó también que dicha resolución "*es materia electoral y no admite recurso alguno y surte efecto a partir de la presente fecha sin perjuicio de su posterior publicación*". Fundamentó esa decisión en el artículo 173 de la Constitución de Nicaragua de 1987, cuyo párrafo decimoquinto establecía la imposibilidad de impugnar o ejercer recurso alguno en contra de una resolución emitida por el Consejo Supremo Electoral. En consecuencia, resolvió tener por inscripto al presidente Daniel Ortega como candidato a la Presidencia de la República en las elecciones realizadas el día 6 de noviembre de 2011. En dichas elecciones presidenciales el Presidente Ortega fue reelecto con un 62.64% de votos y el señor Gadea obtuvo el segundo lugar.

En su sentencia, como se indicó, la Corte IDH sostuvo que en el caso, por un lado, se violaron los derechos políticos de Gadea Mantilla. De este modo, y tras recordar la importancia de los derechos políticos en una sociedad democrática y analizar el derecho a acceder a la función pública en condiciones generales de igualdad y el derecho a ser elegido en elecciones periódicas, auténticas y libres, la Corte procedió a analizar dichos estándares a la luz de los hechos del caso.

Al respecto, señaló que las decisiones de las Salas Constitucional y Plena de la Corte Suprema, al resolver no aplicar una norma constitucional que de forma expresa establecía límites a la reelección presidencial (esto es, el artículo 147) bajo el argumento de que era contrario al artículo 23.2 de la CADH, "*no tenían como finalidad compatibilizar el precepto constitucional con dicho instrumento internacional, ni implementar estándares que protegieran a la colectividad en el ejercicio de sus derechos políticos, sino que exclusivamente perseguían permitir la inscripción del presidente Daniel Ortega como candidato presidencial*". Destacó que

dicha actitud tuvo por objeto permitir la permanencia del presidente Daniel Ortega al mando del Poder Ejecutivo, lo cual constituyó un uso abusivo del aparato estatal para favorecer a un candidato o grupo político específico. Resaltó que por medio de esas decisiones judiciales se atentó contra los principios de periodicidad, autenticidad, universalidad, libertad e igualdad en los procesos electorales, previstos en el artículo 23.1 de la CADH. En línea con ello, la Corte IDH recordó que "*los Estados tienen la obligación de garantizar la integridad de los procesos electorales, lo que incluye evitar el uso abusivo del aparato estatal para favorecer a un candidato o grupo político*". En virtud de las consideraciones expuestas y del contexto en que se produjeron los hechos del caso, expuso que la Sala de lo Constitucional, y posteriormente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, favorecieron al presidente Daniel Ortega con sus sentencias de 19 de octubre de 2009 y 30 de septiembre de 2010 "*y ocasionaron una afectación directa a los derechos políticos del señor Gadea Mantilla, ya que puso en una condición de favorabilidad a otro candidato y comprometió profundamente la integridad electoral, violentando la confiabilidad hacia las normas y la garantía de alternabilidad en el ejercicio del poder ejecutivo que debía protegerse. Si bien esta violación afecta de manera colectiva a todos aquellos que pudieran tener interés en acceder a las funciones públicas o a cargos de representación política, es particularmente evidente en el caso del señor Gadea Mantilla, quien fuera uno de los candidatos en el primer proceso electoral que se llevó a cabo después de que se dejara sin efecto la restricción a la reelección presidencial que en ese momento preveía la Constitución*".

Adicionalmente, la Corte IDH indicó que las irregularidades en la conformación del Consejo Supremo Electoral, de los consejos electorales territoriales y las juntas receptoras de votos, afectaron la imparcialidad de estos órganos que, en última instancia, beneficiaron a uno de los candidatos. En virtud de ello, observó que, además de la violación de los derechos políticos, la falta de imparcialidad del órgano rector del proceso electoral conllevó adicionalmente una violación del derecho a las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.1 de la CADH.

Un aspecto a destacar de la sentencia es que la Corte explicó que la violación a los derechos políticos ocurrida en el presente caso "*no solo afecta al señor Gadea*

Mantilla, sino que afecta también los derechos de los electores". Ello, por cuanto "*el artículo 23 de la Convención reconoce el derecho colectivo de las personas de manifestar su voluntad, y de escoger a sus representantes en elecciones auténticas y libres*". En razón de esto, sostuvo que "*los Estados deben garantizar la integridad del proceso y la equidad no solo en beneficio de quienes se postulan a cargos de elección popular, sino también de los electores*", circunstancia que no había ocurrido en el proceso electoral de 2011, pues la afectación a la integridad del proceso electoral y la falta de equidad en el proceso, afectó el derecho de los electores nicaragüenses a elegir libremente entre las opciones políticas existentes. De este modo, concluyó que, en el caso, las acciones y omisiones del Estado y el contexto en que ocurrieron los hechos, "*tuvieron tal magnitud que afectaron la integridad del proceso electoral para la elección presidencial llevada a cabo el 6 de noviembre de 2011 en Nicaragua*". Ello, además, conllevó a violación del derecho del señor Gadea Mantilla de competir en condiciones generales de igualdad al cargo de Presidente de la República, en términos de los artículos 23.1.c y 24 de la CADH, en relación con el artículo 8.1 y 1.1 de la CADH.

Por otra parte, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado de Nicaragua por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, con relación a los artículos 1.1 y 2 también de la CADH en perjuicio de Fabio Gadea Mantilla. Ello, en virtud de la falta de imparcialidad de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral –en beneficio de la postulación de Daniel Ortega– y por la falta de un recurso judicial efectivo para revisar decisiones del Consejo Supremo Electoral en que se valoren derechos políticos.

Por todo lo expuesto, la Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua a cumplir con las siguientes reparaciones: i) adoptar las medidas necesarias para adaptar su normativa interna a los estándares establecidos en la presente Sentencia y en la Opinión Consultiva OC28/21 en relación con la restricción de la reelección presidencial indefinida; ii) adoptar las medidas necesarias para garantizar que el Consejo Supremo Electoral cuente con garantías de imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones; iii) garantizar la existencia de medios adecuados de impugnación ante violaciones a la ley electoral cuando se pretenda la tutela de derechos políticos; iv) publicar la sentencia (que constituye en sí misma una forma

de reparación); y v) abonar indemnizaciones por daño material e inmaterial, reintegro de costas y gastos.

Caso "Caso Muniz da Silva Vs. Brasil"[20]

Desaparición Forzada - Libertad de Asociación - Debida Diligencia - Plazo Razonable - Responsabilidad Internacional - Derecho a la vida

El 14 de noviembre de 2024 la Corte IDH dictó la sentencia del caso "Muniz Da Silva y otros Vs. Brasil". Por medio de ella, declaró responsable al Estado de Brasil por violaciones en diversos derechos contenidos en los artículos 2, 3, 4.1, 5.1 y 7.1, 8.1, 13 y 25.1 de la CADH, con relación al artículo 1.1 del mismo instrumento y los artículos I.D y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante, CIDFP). Todos ello, en perjuicio de Almir Muniz da Silva y sus familiares, en razón de la desaparición forzada de Almir Muniz Da Silva ocurrida el 29 de junio del año 2002.

Almir Muniz Da Silva era un trabajador rural, defensor de derechos humanos vinculado a la lucha agraria y miembro de la asociación de los Trabajadores Rurales da la Tierra Comunitaria de Mendonça de la ciudad de Itabaiana ubicada en el Estado de la Paraíba. En la mañana del 29 de junio de 2002, regresaba de la ciudad de Itabaiana cerca de las 8 hs. manejando un tractor. Mientras pasaba cerca de la entrada de la Hacienda Tanques y a la finca Mendonça dos Moreiras, fue divisado por trabajadores de la zona. Éstas fueron las últimas personas que lo vieron con vida. Alrededor de las 8:30 hs., dos de sus familiares escucharon disparos. A continuación, vieron el tractor de Almir pasar a alta velocidad en dirección a las ciudades de São José dos Ramos y Pilar, en el Estado de la Paraíba que, según los relatos, transportaba a dos personas. En esa misma noche, Severina Muiz da Silva, esposa de Almir, junto a otros familiares se dirigieron a la delegación de Itabaiana, donde no quisieron recibirles la denuncia y se negaron a ingresar a la zona donde Almir había sido visto por última vez. Sostuvieron que no tenían autorización ni controles para

[20] Corte IDH. Caso Muniz Da Silva y otros Vs. Brasil. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2024. Serie C No. 545.

efectuar la búsqueda. Finalmente, la búsqueda de su paradero inició el 1° de julio de 2002. A lo largo de los primeros cinco días se tomaron distintos testimonios y se recabó información. El tractor que manejaba Almir el día de su desaparición fue encontrado abandonado el 3 de julio del 2002 en la Hacienda Olho d'Agua, en Itambé, Estado de Pernambuco. Dicho hallazgo se produjo gracias al reporte de Paulo Antonio de Lima, concejal del distrito de Caricé. Al querer realizarle las pericias correspondientes, vieron que se había ensuciado con barro el vehículo y el equipo de apoyo –tales como la silla, el manubrio, carrocería y techo– "*imposibilitando así el levantamiento de huellas digitales*".

El 5 de julio de 2002 dos trabajadores rurales acudieron ante las autoridades para testificar que el 30 de junio de ese mismo año habían presenciado una conversación entre dos hombres –posteriormente identificados como A.G.F. y su hijo, A.G.F.F–. Según declararon, uno de dichos individuos dijo que S.S.A. había asesinado a un hombre con ocho disparos y que después lo había despedazado con un tractor. Añadieron que oyeron a uno de los hombres decir que S.S.A. había mencionado que iría a matar más gente, pues estaba respaldado por el Secretario de Seguridad Pública de Paraíba, por el Gobernador de ese Estado y por J.P.N., magistrado del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba al momento de los hechos.

Recién en mayo de 2003 el Comisario Magalhães expidió una "*orden de missão*" para que se reconstruyera el recorrido hecho por Almir Muniz da Silva el día de su desaparición. Sin embargo, afirmó que al momento no podía elaborar conclusiones acerca de los hechos y devolvió el expediente para que se continúen con las diligencias solicitadas. En junio de 2004, Noaldo Belo, entonces presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Paraíba y abogado de la Comisión Pastoral de la Tierra de la Diócesis de João Pessoa, de la Iglesia Católica, participó en una audiencia ante la Asamblea Legislativa de Paraíba. En ella, señaló que existía un policía de civil en Paraíba, llamado S.S.A., contra quien la Secretaría de Seguridad Pública no había tomado ninguna medida. Refirió que este sospechoso comandaba un grupo de sicarios en la región de Itabaiana y denunció que en el año 2001 Almir Muniz da Silva le había informado que S.S.A. lo había amenazado y matado dos animales. Destacó que ello estaba denunciado en la comisaría de Itabaiana, sin haberse realizado investigación alguna sobre esos

hechos. Agregó que en sus tareas acompañando a la Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) algunos trabajadores rurales declararon que S.S.A. estaba protegido por el Secretario y por el Procurador de Justicia (luego Juez del Estado).

A pesar de la cantidad de pruebas y testimonios que se habían recolectado a lo largo del tiempo transcurrido, en noviembre de 2008 se solicitó el archivo de la investigación policial por ausencia de pruebas. Dicho pedido de archivo fue admitido por la jueza del 1° Juzgado de Itabaiana en marzo de 2009, seis años más tarde de la desaparición de Almir.

En este contexto, el caso llegó al SIDH. Luego del procedimiento ante la Comisión IDH, en fecha 29 de agosto de 2022 dicho órgano sometió a la jurisdicción de la Corte IDH el presente caso contra la República de Brasil.

En sus alegatos, tanto los representantes de la víctima como la Comisión IDH coincidieron en que no había dudas de la desaparición forzada de Almir Muniz Da Silva fue un resultado directo de su labor como defensor de trabajadores rurales, en una época donde había muchos latifundistas que, a través de la colaboración de policías a su servicio, buscaban un efecto amedrentador y con claras intenciones de silenciar a los trabajadores. En atención a ello, la Comisión IDH sostuvo que el Estado de Brasil era responsable por la violación al derecho a la libertad de asociación, previsto en el artículo 16 de la CADH y los representantes de las víctimas refirieron que el Estado violó los artículos 3, 4.1, 5.1, 7.1, 7.2 y 7.3 de la CADH con relación al artículo 1.1 y artículo 2 también de la CADH.

Al momento de efectuar el análisis del caso, la Corte IDH consideró la falta de esclarecimiento de los hechos por parte de Brasil como un elemento suficiente y razonable para otorgar valor a las pruebas e indicios que indican la comisión de una desaparición forzada. Al respecto, cabe señalar que si bien el Estado había reconocido que la falta de acceso a la justicia derivó en que pasados veintidós años no se haya esclarecido el hecho, a su entender no se cumplían los elementos constitutivos de la desaparición forzada.

Dado que el Estado de Brasil había reconocido, de manera general, la violación al principio de plazo razonable y la falta de acceso pleno a la justicia para los familiares de Muniz Da Silva, la Corte IDH concluyó que el Estado era responsable por la falta de adopción de medidas inmediatas para la investigación y la búsqueda

del señor Almir Muniz da Silva, en violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 también de la CADH, en perjuicio de sus familiares. Asimismo, concluyó que existió responsabilidad del Estado Brasileño por la violación del derecho a la verdad en perjuicio de los familiares de Almir Muniz Da Silva, en virtud de lo dispuesto por los artículos 8.1, 13 y 25.1 de la CADH.

En cuanto a las reparaciones, por mayoría de votos, se condenó al Estado de Ecuador a cumplir las siguientes: 1) continuar la investigación relativa a la desaparición forzada de Almir Muniz da Silva; 2) continuar las acciones de búsqueda del paradero del señor Muñiz da Silva de forma inmediata; 3) brindar tratamiento médico, psicológico y/o psiquiátrico a las víctimas; que así lo requieran; 4) publicar la sentencia; 5) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de disculpas públicas en relación con los hechos y las violaciones del presente caso; 6) adecuar su ordenamiento jurídico de modo de contar con la tipificación del delito de desaparición forzada; 7) crear e implementar un protocolo de búsqueda de personas desaparecidas y de investigación de la desaparición forzada de personas; 8) revisar y adecuar los mecanismos existentes, incluyendo el Programa de Protección a los Defensores de Derechos Humanos, Comunicadores y Ambientalistas, a nivel federal y estadual; 9) en el marco de las actividades del grupo de trabajo cuya creación fue ordenada por la Corte en el caso *Sales Pimenta*, el Estado debe elaborar un diagnóstico de la situación de los defensores/as de derechos humanos en el contexto de los conflictos en el campo; 10) abonar una indemnización por daño material, inmaterial y por el reintegro de gastos y costas.

Si bien existe una sentencia unánime con relación a la mayoría de los artículos y derechos que se consideraron vulnerados por los que el Estado de Brasil fue condenado, existe una disidencia parcial en conjunto, elaborada por los jueces Ricardo C. Pérez Manrique y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Dichos magistrados consideraron que en el caso se verificaba una violación al derecho autónomo al proyecto de vida. Sobre ello, los jueces señalaron que la desaparición forzada de personas genera un claro truncamiento en el proyecto de vida. Añadieron que la afectación a la autonomía que ello conlleva debe incidir en las reparaciones "las que no se deben ceñir a la compensación pecuniaria" sino que "*la restitución y rehabilitación de este derecho debe articularse una mayor creatividad a la hora de*

diseñar el resarcimiento, en consulta con las víctimas y procurando arribar a su pleno goce".

Caso Peralta Armijos Vs Ecuador[21]

Derecho al Trabajo - Incumplimiento de Fallo judicial - Derecho al ascenso - condiciones de trabajo justas

El 15 de noviembre de 2024 la Corte IDH dictó la sentencia del caso "Peralta Armijos" por medio de la cual declaró la responsabilidad del Estado de Ecuador por haber violado los artículos 8.1, 25.1, 25.2.c) y 26 de la CADH con relación a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional, en perjuicio del señor Peralta Armijos.

En cuanto a los hechos del caso, cabe señalar que el señor Félix Humberto Peralta Armijos ingresó a trabajar en el Instituto Nacional de Pesca (en adelante, INP, actualmente Instituto Público de Investigación de Acuicultura y Pesca) el 24 de marzo de 1981. En el año 1997 solicitó por escrito al Director General del INP que se considerara su ascenso al puesto de analista de recursos humanos que se encontraba vacante. Si bien la Dirección Provincial de Personal de la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo emitió un dictamen favorable, al año siguiente, en 1998, el Director General del INP dispuso el nombramiento de otra persona en el referido cargo.

Ante ello, en 1999 el señor Peralta Armijos promovió un recurso contencioso administrativo contra el Director General del INP. Dicha demanda fue desestimada en 2001 por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil (en adelante "Tribunal de lo Contencioso Administrativo"). A raíz de ello, mediante recurso de casación, en el año 2003 llegó a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Corte Suprema"). Dicho tribunal declaró la nulidad del acto administrativo denunciado consistente en el nombramiento efectuado por el Director General del INP el 25 de marzo de 1998.

[21] Corte IDH. Caso Peralta Armijos Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre de 2024. Serie C No. 546.

En cumplimiento de la sentencia mencionada, el INP dispuso cesar en sus funciones a la persona nombrada en 1998 con efectos a partir del 1 de julio de 2003. En ese mismo mes, el Director General del INP convocó a "concurso cerrado" para ocupar el cargo de analista de recursos humanos del cual resultó ganadora a la misma persona que había sido nombrada en dicho puesto el 25 de marzo de 1998.

Posteriormente en el 2004 a raíz de un sumario administrativo contra el señor Peralta Armijos y por injurias graves contra sus jefes y compañeros de trabajo, fue destituido con efectos a partir del 14 de enero del 2005. En el mismo año, Peralta interpuso un recurso contencioso administrativo contra el Director General del INP por medio del cual planteó la nulidad de la destitución dictada en su contra, el reintegro a su puesto de trabajo y el pago de remuneraciones desde el momento de su remoción hasta su reincorporación a la institución demandada. El 21 de febrero de 2007 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo acogió la demanda, declaró ilegal el acto de destitución y ordenó la reinstalación del señor Peralta Armijos. Ahora bien, resolvió que no procedía el reintegro de las remuneraciones dejadas de percibir.

El señor Peralta Armijos fue reincorporado al cargo de asistente administrativo en el INP el 27 de abril de 2009 y no fue ascendido al cargo pretendido de analista de recursos humanos. Finalmente, en el año 2022 se jubiló, oportunidad en la que ocupaba el cargo de servidor público de apoyo en el INP.

El 9 de junio de 2023 la Comisión IDH sometió a la jurisdicción de la Corte IDH en presente caso, en virtud de la alegada responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la vulneración a los derechos del señor Peralta Armijos en virtud del incumplimiento de un fallo judicial dictado a su favor en el proceso que instó contra la decisión administrativa que dispuso el nombramiento de otra persona en el cargo para cuyo ascenso había solicitado que se le tomara en consideración y, por otro lado, por la negativa de los tribunales internos a ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por la víctima en el marco de otro proceso judicial que promovió para impugnar su destitución como funcionario del INP.

A continuación, se analizan los derechos que la Corte IDH consideró vulnerados en el presente caso.

1) Derecho a la protección judicial y ejecución del fallo judicial: la Corte IDH indicó que en el presente caso se había violado el artículo 25 inciso 2 de la CADH en virtud del incumplimiento del fallo dictado por la Corte Suprema por parte del Director General del INP. Dicho incumplimiento, a juicio del Tribunal, implicó una violación al derecho a la protección judicial del señor Peralta Armijos, en su componente de derecho a la ejecución del fallo judicial que haya acogido el reclamo formulado.

2) Derecho al trabajo: la Corte IDH destacó que la conculcación de este derecho se visualiza en la situación laboral del Sr. Peralta como funcionario de carrera dentro del servicio público ecuatoriano. Refirió que toda vez que el derecho al trabajo comprende condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias y también garantizar la posibilidad efectiva a toda persona trabajadora de acceder a ascensos y promociones sobre la base de parámetros objetivos y razonables, referidos al tiempo de servicio y a los méritos, de acuerdo al puesto o cargo de que se trate, y siempre con sujeción a evaluaciones imparciales y equitativas

En este caso, el Tribunal resolvió que las autoridades del Estado ecuatoriano no solo vulneraron el derecho a la protección judicial por la falta de ejecución del fallo, sino que, además, afectaron el derecho a la víctima a gozar de condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias, como componente del derecho al trabajo, al vedarle la posibilidad de ser promovido o ascendido en el trabajo.

3) Derecho a las garantías judiciales: luego de recordar el contenido del artículo 8 inciso 1 de la CADH, la Corte IDH sostuvo éste se vio vulnerado en la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al negar la reparación solicitada. Ello, por cuanto el rechazo del pago de remuneraciones correspondientes desde el momento de su salida hasta su reincorporación a la institución demandada –es decir, desde el año 2005 hasta el año 2009– careció de una motivación que pusiera de manifiesto las razones para no acoger su pretensión, sin expresar fundamentos de hecho y de derecho alguno que autorice tal proceder por parte de la autoridad judicial.

A partir de todo lo expuesto, la Corte IDH condenó al Estado ecuatoriano a: a) abonar al Sr. Félix Humberto Peralta Armijos por la falta de reembolso de las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo en que estuvo separado del

cargo como servidor público del INP, de USD $35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América). Ello, por cuanto consideró que la reparación del derecho inculcado no fue integral; b) regularizar el régimen de jubilación del señor Félix Humberto Peralta Armijos en vista de las aportaciones que no se habrían efectuado durante el periodo en que estuvo separado del cargo; c) publicar y difundir la sentencia y el resumen oficial; d) pagar indemnizaciones en concepto de daños materiales (en compensación por el ascenso no concedido arbitrariamente, incluidos los montos que no habría devengado por tal motivo, desde la fecha en que la Corte Suprema de Justicia reconoció su derecho, es decir, el 19 de mayo de 2003 hasta su jubilación); daños inmateriales (por las afectaciones, aflicciones y sufrimientos sufridos) así como el reintegro de costas y gastos.

Caso "Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile"[22]

Derechos de la niñez - Derecho a la vida - Derecho a la integridad personal - Derecho al saneamiento - Derecho al agua - Derecho a la salud - Derecho a la educación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia el 20 de noviembre de 2024 en la que declaró la responsabilidad internacional de la República de Chile por las violaciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que estuvieron recluidos en Centros de detención e internación provisoria administrados por el Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME)[23]. Asimismo, determinó que el Estado incumplió su deber de protección especial reforzada al no garantizar condiciones de vida dignas y seguras, ni prevenir situaciones de violencia, malos tratos y muertes dentro de dichos centros, incluyendo su responsabilidad por el incendio ocurrido en 2007 en el centro

[22] Corte IDH. Caso Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024. Serie C No. 547.

[23] La Corte, de oficio y en consideración de que la mayoría de las víctimas del caso eran menores de edad al momento de los hechos, decidió mantener el anonimato de los jóvenes y mencionarlos únicamente mediante sus iniciales (Anexo de víctimas).

"Tiempo de Crecer" en Puerto Montt, que provocó la muerte de diez adolescentes y dejó a otros gravemente heridos.

En la sentencia, notificada al Estado chileno el 18 de febrero de 2025, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de Chile por la violación de los derechos a la vida, integridad personal y niñez, reconocidos en los artículos 4.1, 5.1 y 19 de la CADH, respecto de los jóvenes fallecidos en el incendio en el Centro "Tiempo de Crecer". A su vez, el Tribunal Interamericano declaró la violación de los derechos a la vida digna, integridad, educación, salud, agua y saneamiento por las condiciones inadecuadas de 4 de los centros del SENAME (artículos 4.1, 5.1, 5.2, 5.4, 5.5, 5.6, 19 y 26 de la CADH). Por último, la Corte declaró la vulneración del derecho a la protección judicial en detrimento de aquellas víctimas en cuyo beneficio se presentaron acciones de amparo (artículo 25 en relación con artículo 1.1 de la CADH).

Chile, en su escrito de contestación, realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional. Dicho reconocimiento lo efectuó, en primer lugar, respecto del marco fáctico con relación al incendio ocurrido en el año 2007 que se cobró la vida de diez adolescentes recluidos en el Centro "Tiempo de Crecer". En efecto, frente a incidentes y protestas contra las autoridades de la institución, los jóvenes privados de su libertad habían incendiado colchones y, por una deficiente respuesta ante la emergencia por parte de las autoridades, diez de ellos murieron a causa de la inhalación de gases tóxicos y quemaduras.

El Estado chileno también reconoció que sus omisiones y fallas habían contribuido de manera directa al desenlace fatal del incendio ocurrido el 21 de octubre y que, en su calidad de garante especial de los derechos de las personas privadas de la libertad, vulneró los derechos a la vida y a la integridad personal de los diez adolescentes fallecidos, en relación con los derechos de la niñez. Asimismo, admitió la afectación al derecho a la integridad personal en perjuicio de sus familiares y, por otro lado, reconoció que el Centro San Bernardo operaba en condiciones de sobrepoblación.

A partir de lo expuesto en el reconocimiento de responsabilidad que contaba con pleno efecto jurídico (a pesar de los pedidos de reconsideración que efectuó el Estado sobre aquellas medidas que tomó con posterioridad para cumplir las

obligaciones derivadas de la afectación del derecho a la vida), la Corte IDH consideró que subsistía en el caso la controversia en cuanto a las condiciones de privación de libertad de los centros de internación provisoria y régimen cerrado Lihuén, Antuhue, San Bernardo (con la salvedad de la sobrepoblación) y "Tiempo de Crecer". Así, el Estado no reconoció la violación de los derechos humanos de los 282 jóvenes que habían estado recluidos en los Centros del SENAME en la época de los hechos, como tampoco la violación de las garantías judiciales y de protección judicial en las investigaciones penales seguidas por el incendio o las acciones de amparo interpuestas por los jóvenes recluidos.

Antes de expedirse sobre el fondo de la cuestión –incluido el análisis sobre la responsabilidad por la violación del derecho a la vida derivada del incendio, en tanto se estimó que ello contribuye a la reparación de las víctimas y a la prevención de su repetición–, la Corte IDH formuló algunas consideraciones previas que consideró pertinentes. En primer lugar, estimó que las víctimas del caso fueron en total 314 personas[24] y que, a pesar de no contar con todos los poderes que acreditan la correcta representación en el procedimiento ante el Sistema Interamericano, procede igualmente la substanciación del proceso. En segundo lugar, el Tribunal fijó que los hechos que integraban el marco fáctico del caso consistían en: i) la muerte de los diez adolescentes en el incendio en el Centro "Tiempo de Crecer"; ii) las condiciones de privación de la libertad de 271 jóvenes recluidos en esa institución y otros tres Centros y, iii) las actuaciones judiciales y de otra índole vinculadas a los hechos señalados.

La Corte, de modo preliminar, fijó ciertos estándares generales en cuanto a la excepcionalidad en la responsabilidad penal de jóvenes y el carácter subsidiario y de *última ratio* de la privación de la libertad en adolescentes. Teniendo en cuenta que el Estado detentaba una posición de especial garante de aquellas personas privadas de la libertad y que, en el caso particular de los niños y niñas le corresponde adoptar una conducta de mayor cuidado y tomar medidas especiales a la luz del

[24] Diez jóvenes fallecidos en el Centro "Tiempo de Crecer" a causa del incendio ocurrido el 21 de octubre de 2007; 34 familiares de las personas anteriores, y 271 jóvenes, indicados por la Comisión en el Informe de Admisibilidad y Fondo, que dentro del marco temporal indicado estuvieron privados de su libertad en los centros Lihuén, Antuhue, San Bernardo y "Tiempo de Crecer".

corpus iuris internacional de protección de los menores, la Corte analizó el fondo del caso de acuerdo a los puntos que se enumeran a continuación.

1) En primer lugar, en lo que concierne al incendio del 21 de octubre de 2007 en el Centro "Tiempo de Crecer", la Corte recordó que el Estado reconoció que los incidentes que lo provocaron pudieron haber sido evitados con una actuación diligente de las autoridades del establecimiento, personal de Gendarmería y Bomberos. Al no adoptar medidas adecuadas para intervenir en la situación crítica y por la importante omisión de los procedimientos de emergencia, la Corte IDH consideró que el Estado vulneró el derecho a la integridad personal, derecho a la vida y los derechos de la niñez de los diez jóvenes que perdieron la vida en el incendio (artículos 4.1, 5.1 y 19 con relación al artículo 1.1 de la CADH)

2) En cuanto a las condiciones de reclusión que vivían los jóvenes bajo custodia del Estado chileno en los cuatro Centros del SENAME, recordando que Chile aceptó que existe sobrepoblación en el Centro San Bernardo, la Corte IDH determinó que:

i) En el Centro Lihuén no existía una segregación entre los internos en razón de su edad y situación procesal por la sobrepoblación que presentaba. A su vez, se constató un alto grado de hacinamiento, falta de agua y condiciones higiénicas insuficientes, como también una falta de actividades recreativas y de ejercicio físico al aire libre. Sostuvo la Corte IDH que todo esto constituyó una violación a los derechos reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, 19 y 26 de la CADH con relación al artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de los jóvenes allí alojados.

ii) En el Centro Antuhue tampoco existía una efectiva segregación de los reclusos y la institución no contaba con infraestructura adecuada, lo que implicó un incumplimiento del Estado de sus deberes bajo el artículo 5.1 y una violación del derecho a una vida digna reconocido por el artículo 4.1 de la CADH. Adicionalmente, refirió que las malas condiciones higiénicas de los baños e instalaciones constituyen una violación al derecho a la integridad personal, agua y saneamiento, en contravención con los artículos 5.1, 5.4 y 26 de la CADH.

En cuanto a las condiciones socioeducativas –central para cumplir el fin de readaptación social que debe tener la privación de la libertad (artículo 5.6 de la CADH)– la Corte determinó que eran deficientes y no favorables para la reforma y

reinserción social de los menores, lo que constituyó una violación al derecho a la educación en el marco del desarrollo integral de la niñez (artículos 26 y 19 de la CADH)

iii) Sobre el Centro San Bernardo, la Corte IDD recordó el reconocimiento efectuado por el Estado sobre las condiciones de sobrepoblación del establecimiento y determinó que, considerando que la ocupación excedía en un 30% a la capacidad de la institución, en el Centro había hacinamiento. Sostuvo que dicha condición era contraria al derecho a una vida digna, a la integridad personal y un trato prohibido por los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 de la CADH que requieren que toda persona privada de su libertad sea tratada con el respeto debido a la dignidad.

En concordancia con la situación acreditada en el resto de los Centros, San Bernardo tampoco presentaba una segregación efectiva por edad o género y las instalaciones se encontraban en una situación de deterioro físico y con deficientes condiciones sanitarias. Además, el Tribunal Interamericano encontró que el Centro se caracterizaba por la frecuencia de los episodios de violencia y el ambiente hostil en el que viven los jóvenes allí recluidos. La Corte consideró que todo esto implicó un incumplimiento estatal de su deber de garantizar la integridad de las personas bajo su custodia, así como una vulneración del derecho al saneamiento, violando el artículo 5.1 y 26 de la CADH.

El precario programa de inserción escolar y la falta de espacios recreativos para los menores resultó también violatorio al derecho a la educación como componente esencial del desarrollo integral de las personas menores de edad, protegido por los artículos 26 y 19 de la CADH.

La atención psicológica, por su parte, fue reducida a emergencias y a casos de alta complejidad luego de 2007, lo que significó una violación al derecho a la salud integral de los adolescentes recluidos (artículo 26 de la CADH).

iv) En el Centro "Tiempo de Crecer", al momento del incendio, no existía segregación efectiva por edad, situación procesal o género. A su vez, la Corte acreditó que existían y se utilizaron celdas de castigos, específicamente vedadas con respecto a los niños y niñas. Todo esto resultaba violatorio al derecho a una vida digna, integridad personal y la finalidad de readaptación social que, como ya fue enunciado, deben tener las penas privativas de libertad. Por eso, el Tribunal

Interamericano declaró al Estado chileno responsable por vulnerar los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 de la CADH.

Asimismo, se acreditó que el programa educativo ofrecido en el Centro era deficiente en cuanto a los materiales, espacios y personal idóneo para hacerse cargo de los talleres que requieran los jóvenes privados de la libertad. Por lo tanto, la Corte declaró la vulneración del derecho a la educación y derechos de la niñez reconocidos por los artículos 26 y 19 de la CADH.

La Corte IDH refirió también que la precariedad de la infraestructura, condiciones antihigiénicas y deficiente suministro de agua (datos que se desprenden de la información recabada en el marco de las acciones de amparo promovidas) implicó un menoscabo a los derechos al agua y saneamiento reconocidos en el artículo 26 de la CADH en perjuicio de los jóvenes privados de su libertad en el Centro de Internación Provisoria y Régimen Cerrado "Tiempo de Crecer".

3) Por último, la Corte determinó que, aunque no encontró que las actuaciones realizadas en el marco de las investigaciones penales que se siguieron por el incendio vulneraran el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (se desarrolló una investigación, aplicándoles a los sindicados las consecuencias previstas en la legislación), el rechazo de las tres acciones de amparo interpuestas a favor de los adolescentes recluidos sí constituía una vulneración al derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la CADH. Esto debido a que, aunque las autoridades judiciales realizaron diversas actuaciones para ponderar la procedencia de las acciones, la Corte consideró que aplicaron una interpretación restrictiva de la normativa interna que implicó volver inefectivos los recursos judiciales intentados.

Por todo lo expuesto, la Corte declaró responsable al Estado chileno por la violación de los derechos humanos previamente mencionados. Así, estableció que la sentencia en sí misma constituía una forma de reparación y ordenó, entre otras medidas de reparación, las siguientes: a) brindar tratamiento psicológico o psiquiátrico, de forma gratuita y especializada, a las víctimas que así lo soliciten; b) realizar las publicaciones pertinentes; c) continuar adoptando medidas a fin de mejorar las condiciones de centros de privación de libertad de adolescentes; d)

comunicar a la Corte la creación, anunciada por el Estado, de la Comisión de Verdad, Justicia y Reparación relativa a casos de violencia institucional ocurridos a partir de la creación del SENAME; e) incorporar los estándares sobre derechos humanos de personas adolescentes privadas de su libertad señalados en la Sentencia en los programas de formación continua dirigidos a todos los actores que intervienen en el sistema de responsabilidad penal adolescente; y f) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnización por el daño inmaterial.

Caso "Comunidades Quilombolas de Alcântara Vs. Brasil."[25]

Propiedad colectiva – Consulta previa – Pueblos tribales – Igualdad y no Discriminación – DESCA – Territorio ancestral

El 21 de noviembre de 2024 la Corte IDH dictó la sentencia del caso "Comunidades Quilombolas de Alcântara" en virtud de la cual resolvió que el Estado de Brasil era internacionalmente responsable por la violación a los derechos a la propiedad colectiva, a la libre determinación, a la consulta previa, libre e informada (todos ellos tutelados en los artículos 13, 21, 23 y 26 de la CADH, con relación a los derechos contenidos en los artículos 21 y a los deberes del artículo 1.1 del mismo instrumento), por la violación al derecho a la integridad personal y de vida colectivo (artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la CADH), a los derechos económicos, sociales y culturales de la comunidad (artículos 17 y 26 de la CADH) y finalmente por haber incurrido en la vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículo 24 de la CADH). Todo ello, con relación a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos (artículo 1.1 de la CADH) en perjuicio de la comunidad de pueblos originarios, Comunidades Quilombolas de Alcântara. En el presente caso, el Tribunal analizó la responsabilidad internacional del Estado brasilero por la violación de múltiples derechos fundamentales en perjuicio de 171 comunidades afrodescendientes, conocidas como *"quilombolas"*, ubicadas en el Estado de Maranhão. Las vulneraciones derivan, principalmente, de la ausencia de titulación

[25] Corte IDH. Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2024. Serie C No. 548.

efectiva de su territorio ancestral, la instalación y expansión del Centro de Lanzamiento de Alcântara (CLA) sin consulta previa y la omisión estatal en garantizar condiciones de vida digna tras el reasentamiento forzado de parte de estas comunidades desde los años 80. La Corte IDH se pronunció también sobre el acuerdo conciliatorio parcial firmado entre el Estado y las víctimas en el año 2024, destacando sus alcances y limitaciones.

Con relación a los hechos del caso, corresponde señalar que las comunidades quilombolas de Alcântara están conformadas por personas afrodescendientes que se organizan colectivamente con una identidad cultural propia, una cosmovisión particular y una vinculación ancestral con el territorio que habitan. Dicha relación con la tierra se caracteriza por un componente espiritual profundo, en el cual el territorio no se concibe a partir de límites físicos precisos, sino como un espacio integral interrelacionado con todos los seres vivos. Esta concepción difiere de los criterios territoriales convencionales adoptados por la comunidad internacional para definir fronteras o límites estatales. Desde los años 80, el Estado brasileño ha promovido la instalación del LA (Centro de Lanzamiento Aeroespacial), una base aeroespacial, en terrenos habitados tradicionalmente por estas comunidades, expropiando aproximadamente 52.000 hectáreas y desplazando a 31 de ellas a "agrovillas" con deficientes condiciones de vida, sin consulta ni compensación adecuada. El proceso de demarcación y titulación colectiva de sus tierras ancestrales fue iniciado, pero no finalizado, y se han emitido títulos individuales en detrimento del carácter comunal de su propiedad. Las comunidades sufrieron restricciones para acceder a cementerios, fuentes de agua, zonas de cultivo y sitios de significación cultural, con afectaciones a su proyecto de vida colectivo. Además, el Estado firmó acuerdos internacionales para la expansión del CLA sin consultar a las comunidades. Tras más de 20 años de trámite ante la Comisión, el caso fue sometido a la Corte en 2022.

Al examinar los aspectos centrales de la sentencia dictada por el Tribunal, resulta pertinente destacar ciertos elementos clave que permiten identificar una tendencia sostenida en la jurisprudencia reciente de la Corte IDH, orientada a reforzar la protección de los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad, en particular los pertenecientes a pueblos originarios. Asimismo, se señalan aquellos

precedentes relevantes que consolidan la obligación de los Estados de garantizar efectivamente tales derechos en cumplimiento de sus compromisos internacionales.

En lo que respecta al derecho a la propiedad comunitaria y al territorio ancestral, la Corte Interamericana reafirmó que las comunidades quilombolas deben ser consideradas pueblos tribales, conforme a los estándares de protección del derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, el Tribunal sostuvo que el Estado brasileño violó el derecho a la propiedad colectiva al no garantizar la titulación jurídica del territorio ancestral, pese a la existencia de un Informe Técnico oficial que, desde 2008, reconocía su extensión. Además, el otorgamiento de títulos individuales sobre dichas tierras, así como la autorización para la instalación del Centro de Lanzamiento de Alcântara (CLA) sin consulta previa ni compensación adecuada, constituyeron nuevas afectaciones a dicho derecho.

Este reconocimiento de la propiedad comunitaria representa un punto de inflexión en la consolidación de los derechos colectivos, en tanto supone el reconocimiento jurídico de la preexistencia étnica y cultural de comunidades que habitan sus territorios ancestrales desde tiempos previos a la conformación de los Estados soberanos actuales. Mientras que el derecho a la propiedad privada individual requiere de procedimientos formales previstos por la legislación interna para su adquisición y registro, el derecho a la propiedad comunitaria exige al Estado establecer mecanismos adecuados para su reconocimiento, titulación y protección efectiva, obligación que Brasil incumplió en el presente caso[26].

La Corte IDH ha consolidado una jurisprudencia constante en relación con la propiedad comunitaria de tierras indígenas y tribales, estableciendo criterios fundamentales para su protección. En distintas oportunidades, el Tribunal ha sostenido, entre otros aspectos: a) que la posesión tradicional de un pueblo indígena sobre su territorio tiene efectos jurídicos equivalentes al título de propiedad plena otorgado por el Estado; b) que dicha posesión genera el derecho exigible al reconocimiento oficial y al registro de la propiedad colectiva; c) que los pueblos que hayan perdido su posesión tradicional por causas ajenas a su voluntad conservan su

[26] Tal como se destacó en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina*, la Corte ha establecido que los pueblos indígenas y tribales tienen una relación singular con sus territorios, que excede la mera posesión material, y que comprende aspectos espirituales, culturales y de supervivencia colectiva

derecho de propiedad, incluso en ausencia de título formal, salvo que las tierras hayan sido legítimamente transferidas a terceros de buena fe; d) que los Estados deben delimitar, demarcar y titular colectivamente los territorios de los pueblos indígenas y tribales; y e) que, en caso de pérdida involuntaria de la posesión y de imposibilidad de restitución, las comunidades afectadas tienen derecho a la recuperación de sus tierras o, en su defecto, a recibir otras de igual extensión y calidad. Por lo tanto, la garantía efectiva del derecho a la propiedad comunitaria no se agota en su mero reconocimiento formal o nominal, sino que requiere, además, el pleno respeto por la autonomía y la autodeterminación de las comunidades indígenas y tribales en relación con el uso, manejo y control de sus territorios tradicionales.

Con respecto al respeto de la consulta previa e informada el Tribunal sostuvo que Brasil incumplió su obligación de realizar consultas efectivas antes de autorizar la instalación y expansión del CLA. Es claro que el Estado deberá garantizar a los pueblos originarios la participación de las decisiones relativas a medidas que puedan afectar sus derechos. La Corte ha destacado que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados de manera previa, libre e informada guarda una conexión directa con su derecho a la autodeterminación. Esta relación se explica por el vínculo profundo que dichas comunidades mantienen con sus territorios, así como por la importancia que tienen, para su existencia y desarrollo, el respeto a la propiedad colectiva y a su identidad cultural. En sociedades caracterizadas por la diversidad cultural y el pluralismo, el deber de consulta adquiere especial relevancia, en tanto impone a los Estados la obligación de garantizar que estas comunidades participen activamente en las decisiones que puedan afectar sus derechos, en particular los vinculados al uso y disfrute de sus tierras, conforme a sus propias costumbres, valores y formas de organización. La garantía del derecho a la consulta previa no se satisface con su mero reconocimiento formal o normativo. Por el contrario, exige que el Estado asegure su implementación efectiva, lo cual implica adaptar el proceso consultivo a las particularidades culturales, lingüísticas y organizativas de las comunidades indígenas o tribales, respetando sus propias formas tradicionales de deliberación y toma de decisiones. Esta omisión afectó la libre determinación de las comunidades y su participación en decisiones que afectan

directamente sus vidas, en violación del artículo 21 de la Convención y del Convenio 169 de la OIT como parámetro interpretativo.

Con respecto a la integridad personal y proyecto de vida colectivo la Corte resaltó que la ausencia de condiciones adecuadas en los nuevos asentamientos, sumada a la falta de servicios básicos, el aumento de la inseguridad alimentaria y la pérdida de autonomía productiva, contribuyó a una progresiva degradación de las condiciones de vida de las comunidades desplazadas. Esta situación, prolongada en el tiempo y no remediada por el Estado, constituyó una afectación estructural al proyecto de vida colectivo, entendido como el conjunto de aspiraciones, formas de existencia y desarrollo autónomo que una comunidad construye en función de su identidad cultural y su relación con el entorno. La Corte destacó el impacto prolongado de estas medidas en la salud física, psíquica y espiritual de los miembros de las comunidades

Por último, como conclusión, es importante resaltar la interpretación que hace la Corte IDH sobre la violación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en relación con la comunidad, y cómo esta se vincula con el principio de igualdad y no discriminación. Este principio, considerado norma imperativa (*ius cogens*), garantiza la protección de los derechos de los grupos vulnerables especialmente protegidos, asegurando que todos ellos gocen de igualdad plena con el resto de las personas. La jurisprudencia tiene entendido que la discriminación perpetuada por el Estado es toda distinción o exclusión tendiente a menoscabar un derecho humano, sin respetar los condicionamientos de igualdad. Por ende, el Estado tiene la responsabilidad de implementar medidas de acción positiva y otorgar ciertos privilegios a determinados sectores sociales, con el fin de asegurar el pleno ejercicio de los derechos. Estas medidas deben aplicarse siempre siguiendo criterios razonables y objetivos, y persiguiendo un fin legítimo. Por primera vez en relación con pueblos tribales, la Corte declaró la violación de una serie de derechos DESC protegidos por el artículo 26 en relación al artículo 24 de la CADH: alimentación adecuada, agua, vivienda adecuada, participación en la vida cultural, educación, medio ambiente sano y protección de la familia. Además, reconoció expresamente la existencia de discriminación estructural contra la población afrodescendiente en Brasil, lo que profundizó las violaciones sufridas.

Siguiendo el análisis la Corte menciona que, en el año 2024, el Estado firmó un acuerdo parcial con representantes de las comunidades, comprometiéndose a titular 78.105 hectáreas en un plazo máximo de 12 meses. La Corte valoró el acuerdo como un avance, pero advirtió que no resolvía todas las cuestiones del litigio, especialmente respecto al territorio ocupado por el CLA y a las comunidades reasentadas.

En consecuencia, la Corte resolvió desestimar las excepciones preliminares presentadas por el Estado, (exceptuando parcialmente la referida al aspecto temporal) y declaró a Brasil responsable a nivel internacional por diversas vulneraciones a los derechos humanos cometidas contra las comunidades quilombolas de Alcântara. Además, sostuvo que la reparación integral requería medidas que excedieran el cumplimiento del acuerdo parcial suscrito en 2024. La Corte reafirma la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, dotando de contenido exigible a los compromisos del Estado en materia de justicia social, igualdad y acceso a una vida digna. En cuanto a la implementación de acuerdos conciliatorios, el fallo establece límites claros respecto a su validez y suficiencia cuando subsisten violaciones estructurales no reparadas. En esta misma línea resulta interesante destacar el voto concurrente de la magistrada Gómez, en el cual destacó el valor del reconocimiento expreso del racismo estructural como contexto de las violaciones, e insistió en la necesidad de un enfoque transformador y antidiscriminatorio transversal en la jurisprudencia interamericana. Consideró que el fallo abre una nueva etapa en la exigibilidad de los derechos de pueblos tribales afrodescendientes, en igualdad de condiciones con los pueblos indígenas.

En cuanto a las reparaciones, por mayoría de votos, se condenó al Estado de Brasil a cumplir las siguientes: a) Titulación, delimitación y demarcación del territorio ancestral; b) Consulta previa obligatoria antes de nuevos desarrollos del CLA; c) Indemnización colectiva y garantías de no repetición; d) Implementación de políticas públicas enfocadas en el acceso a alimentación, vivienda, educación, salud, cultura y medio ambiente de la comunidad de pueblos originarios.

Caso Carrión González y otros Vs Nicaragua[27]

Falta de debida diligencia - Violencia de Género - Igualdad ante la ley - Derecho a la vida e integridad personal - Negligencia estatal - Convención de Belém do Pará- Convención Americana

La Corte IDH dictó con fecha de 25 de noviembre del 2024 una sentencia en la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por la falta de debida diligencia y perspectiva de género en la investigación penal de la muerte de quien en vida fue Dina Alexandra Carrión Gómez. Ello debido a la omisión efectuada por el Estado nicaragüense en violación de diversos derechos contemplados en los artículos 1.1, 2 y 4 de la CADH y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará; del derecho a la protección a la familia, con relación a los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la CADH; y de los derechos a la integridad personal, de circulación y residencia con relación al artículo 1.1 también de la CADH. Todo ello, en perjuicio no solo de Dina Carrión Gómez sino también de su núcleo familiar, a saber: sus padres Aída Luz González Castillo y Humberto Carrión Delgado, su hermana Vilma Valeria Carrión González e Hijo (de aquí en adelante "C")

Para iniciar a narrar los hechos del caso resulta necesario hacer mención al contexto en el cual se dieron los hechos. Dina Alexandra Carrión Gonzales estaba casada con JCSS con quien en el año 2002 tuvo un hijo ("C"). Esta relación, descripta como "tormentosa" y marcada por violencia psicológica, física, económica ejercida por JCSS, para la fecha de los hechos había finalizado por haber iniciado los trámites de divorcio. Sin perjuicio de ello, Dina Alexandra continuaba compartiendo el domicilio familiar con JCSS.

El 2 de abril de 2010 JCSS llamó a Dina Alexandra para pedirle que vaya al domicilio familiar para recibir a su hijo. Ahora bien, JCSS llegó solo sin su hijo y sostuvo que los abuelos paternos llevarían al niño al día siguiente.

Ahora bien, el 3 de abril de ese mismo año, Dina Alexandra Carrión González fue encontrada sin vida en el patio de su casa con un disparo en el pecho. Su cuerpo

[27] Corte IDH. Caso Carrión González y otros Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2024. Serie C No. 550.

se encontraba próximo a la camioneta de JCSS y a un arma. JCSS declaró ante la policía haber estado en su habitación escuchando música al momento de los hechos y que posteriormente, alrededor de las 18:00 horas, al salir de su habitación, encontró la casa con las luces apagadas y vio el cuerpo de Dina Alexandra Carrión González en el patio. Según su declaración, la miró, no la tocó y gritó al ver que no respondía. Luego llamó a su padre y, cuando se encontraba con su familia, llamó a la policía e informó sobre su hallazgo. JCSS no se comunicó con los familiares de Dina Alexandra para informarles de su muerte. Ésta fue informada por su propia abogada.

El 4 de abril, Vilma Valeria Carrión González, hermana de Dina Alexandra denunció a JCSS como responsable por la muerte de su hermana. Sin embargo, no se inició investigación alguna sobre esta denuncia ya que fue desestimada por la Fiscalía. A partir de entonces, se inició una serie de actitudes y omisiones por parte del Estado nicaragüense que vulneraron derechos indispensables tanto de Dina Alexandra como de sus padres, hermana e hijo. Un notable ejemplo de ello se dio al no ser admitidos los dictámenes ni los peritajes presentados por la familia de la víctima

Paralelamente, los padres de Dina Alexandra iniciaron procesos para restablecer el contacto con su nieto, de entonces ocho años de edad. Desde el momento de la muerte de Dina Alexandra el niño estaba bajo la custodia de su padre, quien no permitía el contacto con sus abuelos.

En cuanto a los derechos afectados, la Corte IDH refirió lo siguiente:

1) Prohibición de la discriminación, el derecho a la igualdad y la violencia de género contra las mujeres: El artículo 1 inciso 1 de la CADH establece que "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole*". Ello se relaciona con el caso puesto que la Corte IDH notó que, durante la investigación de los hechos relacionados con la muerte de Dina Alexandra Carrión González, se indagó sobre su historia clínica de psiquiatría y se hicieron suposiciones sobre un vínculo entre su estado emocional y un presunto suicidio. Indicó la Corte IDH que el Estado nicaragüense se basó en estereotipos negativos de género a lo largo del proceso,

Sostuvo que una investigación con perspectiva de género que satisfaga el estándar de debida diligencia reforzada y la garantía de no discriminación e igualdad ante la ley, no debe basarse en estereotipos negativos de género o juicios de valor sobre la vida privada de la víctima.

2) Deber de adoptar las disposiciones de derecho interno para investigar, juzgar y sancionar actos de violencia contra la mujer: de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, corresponde a los Estados partes adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Ello guarda relación con el hecho de que, al momento de los hechos, en el derecho nicaragüense el tipo penal "parricidio" no contaba con normas o prácticas orientadas a investigar, juzgar y sancionar actos de violencia contra la mujer de manera oportuna, justa, efectiva y con debida diligencia reforzada, no siguiendo los fundamentales estándares internacionales.

Relacionado con este deber, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece en su inciso b que los Estados Partes se obligan a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Al respecto, la Corte indicó que esta obligación había sido incumplida por el Estado de Nicaragua a raíz de su negligencia procesal. Por otra parte, se detalle en la sentencia que las autoridades iniciaron una investigación de oficio viciada por irregularidades en la recolección de la prueba en la escena y en la apreciación de aquella prueba recolectada.

Asimismo, la Corte señaló la existencia de vacíos importantes en la teoría del caso de suicidio que no fueron explicados por las autoridades investigadoras. A ello se le sumó que, según surge de uno de los peritajes aportados por los familiares de la víctima en el trámite interno, las fotografías del cuerpo de ésta revelaban lesiones visibles que no fueron adecuadamente descritas en el dictamen médico legal.

Por todo lo expuesto anteriormente, la Corte IDH consideró que el Estado en este caso incumplió con la obligación establecida en el artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belém do Pará– tratado internacional firmado por el Estado de Nicaragua el 9 de Julio del año 1994.

c) Derechos a la integridad personal, y de circulación y residencia: La Corte consideró que el Estado era responsable por la violación del derecho de circulación y residencia, consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Vilma Valeria Carrión González, hermana de la víctima. Ello debido a que, a raíz de las amenazas y los hostigamientos relacionados con su impulso de la investigación por la muerte de su hermana, Vilma tuvo que salir del país. Destacó que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas de una impunidad prolongada debido a que sufren distintas afectaciones por la búsqueda de justicia.

d) Protección a la familia: la Convención Americana establece en su artículo 17.1 que "*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*". En el presente caso, la Corte tomó nota de que, pese a los esfuerzos de la familia materna y, en especial, de los abuelos, por mantener una relación con "C", no fue posible conservar dicha relación. Ello, como consecuencia de las actuaciones y omisiones de las autoridades estatales competentes que incurrieron en un retardo en la resolución de los procesos. Dicha circunstancia afectó también el derecho a la niñez, donde el paso del tiempo es un elemento fundamental, por lo que los procesos relativos a dichas temáticas deben realizarse con diligencia y celeridad excepcional.

A partir de todo lo expuesto, la Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua por las violaciones a los derechos antes mencionados.

En cuanto a las reparaciones, la Corte ordenó las siguientes: a) que el Estado, en un plazo razonable, promueva la investigación penal que sea necesaria para determinar las circunstancias de la muerte de la señora Dina Alexandra Carrión González y, de ser el caso, juzgar y eventualmente sancionar a la persona o personas responsables de su muerte. Aclaró que dicha investigación deberá llevarse a cabo con debida diligencia reforzada, perspectiva de género y sin la aplicación de estereotipos de género negativos; corrigiendo el incorrecto primer accionar de los funcionarios nicaragüenses; b) que el Estado, en un plazo razonable, debe promover las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar y, de ser el caso, establecer responsabilidades, según corresponda, respecto de las amenazas

denunciadas por la señora Vilma Valeria Carrión González; c) abonar reparaciones a favor de la familia de la víctima por concepto de gastos por tratamiento médico así como por medicamentos y otros gastos conexos, para que puedan recibir atención en el lugar donde residan, en virtud del sufrimiento y angustia en detrimento de la integridad psíquica y moral de la familia de la víctima; d) abonar reparaciones compensatoria por los daños materiales e inmateriales sufridos por las violaciones declaradas.

A modo de conclusión, cabe resaltar que lo determinado por la Corte IDH resalta que la violencia de género contra las mujeres es una manifestación de discriminación y la falta de prevención, investigación y sanción de este tipo de conductas por parte del Estado resulta violatoria del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación. Es por ello que corresponde a los Estados la obligación de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

Caso "Da Silva Vs. Brasil"[28]

Plazo razonable – Debida diligencia – Peritajes penales - Derecho a la verdad – Derecho a la libertad de expresión -Integridad Personal- Derecho al acceso a la información – Manejo de la prueba pericial

El día 27 de noviembre de 2024 la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de la República Federativa de Brasil, por la violación de la garantía del plazo razonable dado a la falta de debidas diligencias en la investigación del homicidio de Manoel Luiz Da Silva. Además, la Corte condenó al Estado de Brasil por la violación de los derechos a la verdad y la integridad personal de los familiares de la víctima. Todo ello, a la luz de los derechos contenidos en los artículos 5.1, 8.1, 13.1 y 25.1 de la CADH.

[28] Corte IDH. Caso Da Silva Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de Noviembre de 2024. Serie C No. 552.

Finalizado el proceso internacional el Estado de Brasil reconoció parcialmente la responsabilidad internacional por la violación de los derechos sobre las garantías judiciales (artículo 8.1), dada la "*falta de agilidad en el procesamiento penal*" (falta de diligencias necesarias que violaron el plazo razonable). Además, aceptó la responsabilidad internacional por la violación de la integridad personal y daños psicológicos hacia los familiares de la víctima a raíz de la angustia causada a los familiares por la falta del debido procesamiento en el procedimiento penal

En cuanto a los hechos del caso, el 19 de noviembre de 1997 la Manoel Luiz Da Silva junto con Joao Macimiano da Silva y Sebastao Felix da Silva, salieron con el fin de poder comprar queroseno en una tienda de comestibles. Luego de hacer las compras, al momento de regresar tomaron un camino denominado "carrocavel" ubicado en terrenos propiedad de A.V.A. Seguido de esto la víctima y sus compañeros fueron detenidos por agentes de seguridad privada contratados por el propietario de dichos terrenos. Los agentes, al momento de los hechos, se encontraban fuertemente armados con órdenes por parte del dueño de matar a aquellos que se adentraran a sus tierras. Por último, los agentes ordenaron a los trabajadores que soltaran los objetos que estaban llevando y dispararon a quemarropa a Manoel Luiz da Silva, quien murió instantáneamente en el acto.

Luego de los hechos mencionados, los compañeros de la víctima acudieron a la policía para informar lo sucedido, donde se ordenaron las pericias necesarias con el fin de esclarecer los hechos. Al momento de llevar a cabo las diligencias no se confiscó ninguna presunta arma compatible con la que fue disparada contra la víctima. Durante el procedimiento penal se sometió a los supuestos perpetradores del acto. Sin embargo, durante éste hubo escasas pruebas debido a que las pericias para la reconstrucción de los hechos habían sido mal producidas y, en consecuencia, el tribunal de jurados de Brasil resolvió la absolución de los acusados.

El caso en cuestión ingresó a la Corte IDH en el año 2021. En el marco de dicho proceso se analizó la responsabilidad internacional del Estado por la falta de la debida diligencia penal al momento de investigar el homicidio de Manoel Luiz da Silva.

Durante el análisis de fondo, la Corte dividió en dos partes los derechos vulnerados que dieron como resultado la responsabilidad del Estado brasileño, a saber:

1) Derecho al plazo razonable: La Corte IDH evaluó que, durante el caso en cuestión, las pericias policiales relacionadas a la reconstrucción de los hechos conllevaron a una clara violación de la garantía del plazo razonable en violación del artículo 8.1 de la CADH. Entre estas falencias identificadas por la Corte se encontraron las siguientes: i) La ausencia de diligencias para la identificación del posible perpetrador del crimen; ii) La falta de diligencias en la reconstrucción de los hechos; iii) La falta de la toma de declaraciones durante el proceso penal; iv) La ausencia de peritajes de las armas en el escenario de los hechos.

A partir de estos supuestos, la Corte destacó que, cuando los procedimientos no se llevan de forma adecuada, es inevitable que, con el transcurso del tiempo, disminuyan las posibilidades de poder elaborar una recreación de los hechos y, en consecuencia, encontrar a los responsables de los actos.

Cabe resaltar que la Corte Interamericana mantiene cuatro criterios que permitan determinar si se ha cumplido o no con la garantía del plazo razonable, a saber: i) la complejidad de la causa; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales; iv) la afectación jurídica al propio interesado. La Corte IDH señaló que durante el procedimiento en cuestión se vio una clara falta por parte de las autoridades judiciales mediante sus peritos, quienes actuaron negligentemente al momento de llevar a cabo las pericias y diligencias a lo largo de la investigación, afectando así el plazo razonable del caso.

Ante lo mencionado, la Corte IDH encontró al Estado brasileño responsable de la violación del artículo 8.1 y 25.1 de la CADH.

2) Derecho a la verdad: durante la evaluación del caso, la Corte IDH resaltó que todas las personas deben ser informados totalmente sobre lo sucedido con relación a las violaciones, incluyendo a los familiares de la víctima quienes deben tener a su disposición el conocimiento de los hechos.

Debido a las pocas diligencias realizadas durante el proceso penal, los familiares de la víctima no pudieron informarse sobre los hechos. En su sentencia la Corte IDH relacionó este supuesto con la visión social de la libertad de expresión,

donde toda persona tiene el derecho a poder buscar y recibir información sin fronteras. La Corte resaltó que, la falta de esclarecimiento de los hechos sucedidos, además de provocar un daño irreversible a la familia, produjo un efecto arremetedor en contra de los trabajadores rurales de la región. En conclusión, la Corte IDH sostuvo que la incertidumbre y la falta de respuestas hacia los familiares y los compañeros de trabajo de la víctima generó un daño irreversible tanto psicológico como moral hacia los mismos, convirtiéndolos así en víctimas indirectas del hecho.

En vista de lo mencionado anteriormente, la Corte IDH condenó al Estado de Brasil por la violación de los artículos 8.1, 13.1 y 25.1 de la CADH.

Para finalizar, la Corte IDH ordenó en su sentencia diversas reparaciones entre los que encontramos: a) brindar tratamiento médico, psicológico y/o psiquiátrico a los familiares; b) realizar publicaciones indicadas; c) realizar un acto público de reconocimiento sobre responsabilidad internacional y disculpas públicas; d) llevar a cabo un diagnóstico sobre violencia dirigido a personas trabajadoras rurales en el estado donde transcurrieron los hechos; e) pagar una suma determinada de dinero por el daño material e inmaterial producido a los familiares, y por el reintegro de costas y gastos.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: RESEÑA DE JURISPRUDENCIA PRIMER SEMESTRE 2025[1]

Sofía Tonelli[2]

Derechos Fundamentales

Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Norma nacional que establece un complemento de pensión para las mujeres que perciban una pensión contributiva de jubilación y hayan tenido uno o más hijos biológicos o adoptados — Discriminación directa por razón de sexo — Medidas de acción positiva

El TJUE entiende que la Directiva 79/7, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que es contraria a una norma nacional en virtud de la cual, con la finalidad de reducir la brecha de género en las prestaciones de seguridad social debida a la educación de los hijos, se reconoce un complemento de pensión a las mujeres que perciban una pensión contributiva de jubilación y hayan tenido uno o más hijos, mientras que el reconocimiento de este complemento a los hombres que se encuentran en una situación idéntica está sujeto a requisitos adicionales relativos a que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos. Asimismo, no se debe considerar contraria a que, en el caso de que se haya denegado una solicitud de complemento de pensión presentada por un padre en virtud de una norma nacional declarada constitutiva de discriminación directa por razón de sexo, a los efectos de esta Directiva, y de que, en consecuencia, deba reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres, tal reconocimiento conlleve la supresión del complemento de pensión ya reconocido a la madre, considerando que, a tenor de esa

[1] Este trabajo no está sujeto a referato

[2] Profesora de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho UBA.

norma, dicho complemento solo puede reconocerse al progenitor que perciba la pensión de jubilación de menor cuantía y tal progenitor es el padre. **(Sentencia del 15 de mayo de 2025, UV, XXX e INSS, C-623/23 y C-626/23, ECLI:EU:C:2025:358).**

En este caso, el TJUE debe interpretar la Directiva 79/7 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Se trata de dos casos en los cuales el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de España se niega a reconocer a dos padres (UV, asunto C-623/23, padre de dos hijos, y, XXX, asunto C-626/23, padre de tres hijos) un complemento de pensión, que se reconoce en el derecho nacional español para hombres y mujeres que hayan tenido uno o más hijos, pero el reconocimiento a los hombres está condicionado al cumplimiento de requisitos adicionales.

Los órganos jurisdiccionales españoles remitentes consultan al TJUE si configura una violación a la Directiva 79/7 y al derecho a la igualdad por el género, consagrado en el ordenamiento europeo, una norma nacional que reconoce un complemento de pensión a las mujeres que perciban una pensión contributiva de jubilación y hayan tenido uno o más hijos, mientras que para el caso de los hombres que se encuentran en igual situación, este complemento depende de la existencia de situaciones adicionales, como por ejemplo que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos.

Si bien la ley española, sancionada con el argumento que son las mujeres quienes realizan las tareas de cuidado de sus hijos en detrimento de sus carreras profesionales, ya había sido modificada con anterior a estos hechos para que éste derecho corresponda también a los hombres y terminar, así, con la desigualdad de género, no es suficiente, y la desigualdad persiste ya que no se pone fin al hecho de que los hombres reciben un trato menos favorable que las mujeres.

La desigualdad se basa en la existencia de condiciones adiciones que deben cumplir los hombres para acceder al beneficio, no siendo suficiente la condición de progenitor, lo que si ocurre en el caso de las mujeres.

Asimismo, indica el TJUE, que la discriminación de trato configura una discriminación directa y que da a los hombres un trato menos favorable que a las mujeres, cuando estas personas pueden encontrarse en situaciones comparables. Aunque la norma tenga la finalidad de reducir la brecha de género en la Seguridad Social y por eso compensa el perjuicio económico que pueden llegar a sufrir las madres en sus carreras profesionales al realizar las tareas de cuidado y educación de sus hijos, no puede obviarse el hecho de que tal situación es comparable con la de los hombres, ya que ambos pueden sufrir iguales desventajas en sus carreras al involucrarse en las tareas de cuidado de sus hijos.

Finalmente, el TJUE analiza si es posible configurar esta diferencia de trato dentro de las medidas que los Estados pueden tomar para favorecer al sexo menos representado, es decir medidas ventajosas concretas en favor de las mujeres, como lo dispone el artículo 23 de la Carta.

Concluye que la norma española no puede ser considerada una medida de acción positiva en favor de las mujeres debido a que la norma solamente se limita a conceder a las mujeres un complemento de pensión en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión sin resolver los problemas que puedan surgir durante el desarrollo de su carrera profesional ya que dicho complemento no compensa las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizando, de esta manera, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Por su parte, la segunda cuestión versa sobre si, determinada la existencia de discriminación directa en la norma nacional, esto significa que el reconocimiento del complemento al pensionista varón determina la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación.

Habiéndose configurado la discriminación directa, dice el TJUE, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfruten las personas incluidas en la otra categoría. Por tanto, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar su derecho nacional y apreciar si ese derecho

permite o no mantener el complemento de pensión ya reconocido a la madre cuando el padre puede reclamar el complemento de pensión controvertido conforme a los mismos requisitos que los aplicables a las madres.

Ciudadanía de la Unión – Libre circulación de personas

Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Artículo 21 TFUE, apartado 1 — Derecho de libre circulación y de libre residencia en el territorio de los Estados miembros — Impuesto sobre la renta — Cálculo de la cuantía de la deducción de base de carácter personal por un hijo a cargo que ha disfrutado de una ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje en el marco del programa Erasmus + — Tributación de las subvenciones destinadas a apoyar la movilidad de las personas contempladas en ese Reglamento — Restricción a la libre circulación — Proporcionalidad

Los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, en relación con el artículo 165 TFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro sancione una norma que, para determinar la cuantía de la deducción de base de carácter personal a la que tiene derecho un progenitor contribuyente por hijo a cargo, tenga en cuenta la ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje de la que ha disfrutado el hijo en el marco del programa Erasmus +, con la consecuencia, en su caso, de la pérdida del derecho a incrementar dicha deducción al calcular el impuesto sobre la renta. **(Sentencia de 16 de enero de 2025, E. P. y Ministarstvo financija Republike Hrvatske, Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak,, C-277/23, ECLI:EU:C:2025:18).**

En el presente caso, el Tribunal de Justicia debe interpretar las normas que integran el estatuto de ciudadanía de la UE, pilar fundamentar del proceso de integración Europeo. Corresponde al TJUE dilucidar si las normas nacionales croatas que, para determinar la cuantía de la deducción de base de carácter personal a la que tiene derecho un progenitor contribuyente por hijo a cargo, tiene en cuenta la ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje del programa Erasmus +, con la

consecuencia, en su caso, de la pérdida del derecho a incrementar dicha deducción al calcular el impuesto sobre la renta.

Una ciudadana croata se encuentra sujeta al impuesto sobre la renta y al recargo del impuesto sobre la renta en concepto de ingresos tributarios especiales de una entidad local y, por el lugar de su domicilio, disfruta de determinadas ventajas fiscales. Hasta el año 2014, disfrutó del derecho a incrementar la deducción de base de carácter personal por un hijo a cargo, el que pierde para el periodo 2014 debido a que había percibido importes superiores al umbral contemplado en las normas nacionales tributarias a causa de que su hijo recibió una ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje en el marco del programa Erasmus + para su estancia de estudios en una Universidad de Finlandia.

Frente a esta decisión, decide reclamar por considerar que se había incurrido en un error al no considerar a la ayuda de movilidad recibida por su hijo como una "ayuda social", la que según la normativa tributaria, no se debía tener en consideración para determinar el derecho al incremento de la deducción de base de carácter personal por hijos a cargo. Luego de ser rechazado en sucesivas instancias por considerar el reclamo infundado, el caso llega al Tribunal Constitucional de Croacia. En el recurso de amparo planteado por la ciudadana, ésta plantea que se han violado derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico europeo, específicamente, el derecho a la no discriminación y el derecho de su hijo de circular y residir libremente en otro Estado miembro, por motivos de aprendizaje.

El Tribunal Constitucional de Croacia plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE consultando si es aplicable en el caso el derecho de la UE y si existe un conflicto entre la normativa tributaria croata y los artículos del TFUE sobre el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, máxime cuando el Defensor del Pueblo de Croacia ya había manifestado en el año 2017 que las universidades croatas habían expresado que había habido una disminución en las candidaturas al programa Erasmus + luego de saber los estudiantes que para la percepción de la ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje en el marco del

programa Erasmus + tenía como consecuencia privar a sus progenitores del derecho a incrementar la deducción de base de carácter personal por hijos a cargo.

El Tribunal de Luxemburgo responde a esta cuestión de forma afirmativa y concluye que las normas croatas que, para determinar la cuantía de la deducción de base de carácter personal a la que tiene derecho un progenitor contribuyente por hijo a cargo, tiene en cuenta la ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje de la que ha disfrutado el hijo en el marco del programa Erasmus +, con la consecuencia, en su caso, de la pérdida del derecho a incrementar dicha deducción al calcular el impuesto sobre la renta, son contrarias a los artículos 20 y 21 del TFUE sobre libre circulación y residencia del que gozan todos los ciudadanos de la UE.

Explica el TJUE que el articulo 20 TFUE confiere a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro el estatuto de ciudadano de la Unión, estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y un nacional de un Estado miembro que ha ejercido su derecho de libertad de circulación y de residencia en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen puede invocar los derechos inherentes a dicha condición y que toda normativa que resulte desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades enumeradas por artículo 21 TFUE.

Respecto del programa Erasmus + dice que su finalidad es la de promover la movilidad de los estudiantes dentro de la Unión y permitirles comenzar o proseguir sus estudios en diferentes Estados miembros, independientemente de su lugar de origen, por lo que el apoyo financiero prestado a través de becas es esencial para cumplir este objetivo ya que éste puede verse impedido por los medios económicos de los estudiantes.

Para que los Estados no interfieran con esta finalidad, y teniendo en cuenta que la fiscalidad directa es una competencia propia de los Estados miembros, la UE alienta a que los Estados eximan las subvenciones destinadas a apoyar la movilidad de las personas de impuestos y cotizaciones sociales. Esto no significa que el ejercicio de la libre circulación sea neutro en materia de tributación, sino que los Estados deben garantizar que las modalidades de concesión y tributación de las

becas destinadas a facilitar la movilidad de los beneficiarios de dicho programa no creen una restricción injustificada del derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros.

El TJUE concluye que en el caso ha habido una restricción a la libre circulación ya que consta que la ayuda a la movilidad por motivos de aprendizaje en el marco del programa Erasmus + es tenida en cuenta a efectos del cálculo del impuesto sobre la renta y, normativas como la presente, pueden disuadir a los nacionales de la Unión de ejercer su libertad de circular y residir en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen.

Asimismo, una norma que restringe un derecho tan fundamental para la UE como lo es la libre circulación y residencia solo puede estar debidamente justificada cuando es proporcional, es decir, cuando es adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo que persigue y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo; y las normas nacionales solo son adecuadas para garantizar la consecución del objetivo alegado cuando responde efectivamente al propósito de lograrlo de forma coherente y sistemática.

En el caso, el tratamiento fiscal de las ayudas por movilidad, no es proporcional por no estar debidamente justificado ya que no tiene en cuenta de manera coherente y sistemática la capacidad contributiva real de los progenitores contribuyentes del impuesto sobre la renta que tienen a su cargo un hijo que ha participado en dicho programa Erasmus +, ya que pueden dar lugar a cargas fiscales más gravosas para los progenitores. Esto es así ya que las subvenciones destinadas a facilitar la movilidad de las personas deben adaptarse a los costes de vida y de subsistencia del país de acogida y no tienen como objetivo reducir los gastos de los progenitores contribuyentes en el marco de su obligación de manutención de los hijos a cargo ni aumenta la capacidad contributiva de dichos progenitores desde el punto de vista fiscal.

Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Artículo 20 TFUE — Derecho de libre circulación y de libre residencia en el territorio de los

Estados miembros — Derecho de residencia derivado de un nacional de un tercer país que asume la manutención de un hijo menor que tiene el estatuto de ciudadano de la Unión — Naturaleza del derecho de residencia derivado — Obligación de obtener a posteriori un visado en un tercer país

El articulo 20 TFUE debe ser interpretado en el sentido que: 1) el derecho de residencia derivado del que disfruta un nacional de un tercer país miembro de una familia de un ciudadano de la Unión dimana directamente del Derecho de la UE, por lo que una autorización de residencia expedida por un Estado miembro no tiene la naturaleza de acto constitutivo de derechos; 2) el derecho de residencia derivado del que disfruta un nacional de un tercer país miembro de una familia de un ciudadano de la Unión nace en el mismo momento en que surge una relación de dependencia entre el nacional del tercer país y el ciudadano de la Unión; 3) se opone a una normativa nacional que supedita el reconocimiento del derecho de residencia derivado del que disfruta un nacional de un tercer país miembro de la familia de un ciudadano de la Unión al requisito de que el referido nacional obtenga a posteriori un visado en ese tercer país. **(Sentencia del 8 de mayo de 2025, YC y Stadt Wuppertal, C-130/24, ECLI:EU:C:2025:340).**

En 2019, la demandante ingresa a Polonia a cursar sus estudios con un visado de larga duración expedido por la Representación Exterior de ese país ubicada en un tercer Estado. Antes de que expire el visado, se traslada a Alemania y se empadrona en el municipio de Wuppertal. Vencido el visado, el ayuntamiento la insta a abandonar Alemania sin demora pero ella no lo hace e incluso abandona su domicilio y ya no es posible localizarla.

Por otra parte, en el año 2021 tiene un hijo, quien por su padre tiene la nacionalidad alemana, pero el niño no tiene contacto con él, solo los fines de semana, y el derecho de custodia es solo de ella. Para poder ejercer la custodia de su hijo menor de edad, en el año 2022 pide se le expida al ayuntamiento de Wuppertal un permiso de residencia. El ayuntamiento no se expide y, por tanto, la demandante

plantea un recurso ante Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf, a fin de obtener una respuesta.

El Ayuntamiento justifica la negativa al pedido de la demandante alegando que no correspondía otorgarle el permiso de residencia ya que ella había pasado a la clandestinidad, lo que configura una infracción a la que le corresponde la expulsión. Asimismo, alegó que la expedición de una autorización de residencia presupone la entrada en el territorio con el visado exigido, lo que no concurre en el caso, y estimaba que se le podría exigir que abandonara el territorio alemán para entablar, a posteriori, en su país de origen, un procedimiento de expedición de visado. Consideraba, también, que no reúne los requisitos para la concesión de un derecho de residencia derivado con arreglo al artículo 20 TFUE.

Ante estos argumentos, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf considera esencial determinar el alcance del derecho de residencia contenido en el artículo 20 TFUE, específicamente, precisa saber si ha nacido un derecho de derecho de residencia derivado y, en caso de que así fuera, si ese derecho nació automáticamente en virtud del Derecho de la Unión y a partir de qué momento lo hizo. Por lo tanto plantea las siguientes cuestiones prejudiciales ante el TJUE: 1) ¿Depende el derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE de que un procedimiento de visado, exigido por la ley para la concesión de una autorización nacional de residencia, pueda razonablemente tramitarse a posteriori en un período breve que pueda acotarse de forma fiable?; 2) ¿Nace el derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE en virtud del Derecho de la Unión, de modo que las autoridades nacionales solo deben certificar su existencia, o han de conceder las autoridades nacionales tal derecho de residencia con carácter constitutivo?; 3) En caso de que el derecho de residencia nazca automáticamente en virtud del Derecho de la Unión, ¿en qué momento nace tal derecho?; y 4) En caso de que el derecho de residencia deba ser concedido por las autoridades nacionales, ¿a qué momento debe retrotraerse la concesión de tal derecho?

El TJUE resuelve la segunda cuestión prejudicial, sobre si el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia derivado del que disfruta un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la

Unión, dimana directamente del Derecho de la Unión, lo que significa que la autorización de residencia expedida por las autoridades nacionales competentes no tiene la naturaleza de un acto constitutivo de derechos, apelando al concepto de efecto útil de la ciudadanía de la Unión.

Explica el TJUE, que hay ciertas situaciones en las que, pese a no ser aplicable el derecho secundario de la Unión en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, debe reconocerse un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano ya que como consecuencia de la denegación de ese derecho, el mismo ciudadano puede verse obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, situación que lo privaría del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión. Para esto debe existir previamente tal relación de dependencia que si el ciudadano de un tercer país tuviera que abandonar el territorio de la Unión deba hacerlo junto con el ciudadano europeo.

Es así que los Estados miembros se encuentran obligados por el artículo 20 TFUE a conceder la residencia derivada al nacional de un tercer país en los casos de que entre aquel nacional y este ciudadano de la Unión exista tal relación de dependencia que esta llevaría a que este último se viera obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto en el supuesto de que se expulsara de él al miembro de su familia, nacional de un tercer país.

Con estos argumentos, el TJUE resuelve que el derecho de residencia derivado a un miembro de la familia de un ciudadano de la UE dimana directamente del artículo 20 TFUE. Es decir que, el derecho de residencia derivado del que disfrutan los nacionales de terceros Estados se adquiere directamente en virtud del derecho de la Unión, independientemente que los Estados expidan una autorización de residencia, ya que éstas no pueden ser consideras actos constitutivos de derechos, sino que son meros actos de reconocimiento por parte de dicho Estado miembro, de la situación individual de un nacional de un tercer país.

En cuanto a la cuestión sobre el momento en el que nace el derecho de residencia derivada de un nacional de un tercer país familiar de un ciudadano de la Unión.

El TJUE es claro al definir que no lo hace en el momento de la presentación de la solicitud que tiene por objeto el reconocimiento de tal derecho de residencia sino en el mismo momento en que surja la relación de dependencia entre el ciudadano del tercer país y el familiar ciudadano de la Unión. Sin embargo, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el momento en el que surge la relación de dependencia, si en el nacimiento o en un momento posterior, según las circunstancias específicas de cada caso.

Finalmente, el TJUE resuelve la primera cuestión prejudicial sobre si es contrario al Derecho de la Unión una norma nacional que supedita el reconocimiento del derecho de residencia derivado del que disfruta un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, al requisito de que el nacional obtenga a posteriori un visado en ese tercer país.

Concluye que el derecho nacional es contrario al Derecho de la Unión por cuanto la norma que exige que el ciudadano de un tercer país obtenga un visado en su país de origen para obtener, luego, el reconocimiento de la residencia derivada por cuanto, si bien los Estados miembros pueden sancionar normas de aplicación del derecho de residencia derivado, éstas normas procedimentales no pueden poner en riesgo el efecto útil del estatuto de ciudadanía y conducir a que el ciudadano de la Unión tenga que abandonar el espacio europeo en virtud de la relación de dependencia que lo une con el ciudadano del tercer país. Asimismo, el derecho de residencia no es absoluto, admite excepciones o restricciones pero éstas no pueden ser desproporcionadas con el objetivo perseguido, lo que no sucede con la norma del caso, aunque indique que la salida del espacio europeo debe hacerse por un periodo limitado de tiempo. El requisito de tener que salir del país para el familiar de un ciudadano de la Unión que pretender el reconocimiento del derecho de residencia derivado, cuando debe ser acompañado por el ciudadano de la Unión por la relación de dependencia que los une, aunque el tiempo de salida sea limitado, no es proporcional, por lo tanto, es contrario al derecho de la Unión.

Protección internacional

Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política de asilo — Protección internacional — Directiva 2011/95/UE — Estatuto de refugiado — Revocación o denegación del estatuto de refugiado en caso de peligro para la seguridad del Estado miembro de acogida — Comportamientos y actos anteriores a la entrada del solicitante en el territorio del Estado miembro de acogida — Convención sobre el Estatuto de los Refugiados ("Convención de Ginebra")

El artículo 14, apartados 4, letra a), y 5, de la Directiva 2011/95, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, es entendido por el TJUE en el sentido de que un Estado miembro puede revocar el estatuto de refugiado o decidir que se deniegue cuando los motivos razonables para considerar que el refugiado constituye un peligro para la seguridad de ese Estado miembro se basen en actos o comportamientos de aquel anteriores a su entrada en el territorio de dicho Estado miembro. Carece de incidencia que esos actos o comportamientos no constituyan motivos de exclusión del estatuto de refugiado expresamente contemplados en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Para apreciar, por un lado, el nivel de gravedad del peligro que justifica la revocación del estatuto de refugiado o la denegación de este y, por otro lado, las consecuencias de esa revocación o de esa denegación en la situación del refugiado, no procede referirse a las condiciones aplicables al concepto de «peligro para la seguridad del país» establecidas en la Convención ni a las graves consecuencias que se derivan de ellas para el refugiado. **(Sentencia del 27 de febrero de 2025, K. A. M. y República de Chipre, C-454/23, ECLI:EU:C:2025:114).**

En el presente caso, el TJUE debe interpretar la Directiva 2011/95 sobre las normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, en particular el artículo 14, apartado 4, punto a) que se refiere a la posibilidad de que los Estados revoquen el estatuto concedido a un refugiado por un organismo gubernamental, administrativo, judicial o cuasi judicial, o disponer la finalización de dicho estatuto o negarse a renovarlo cuando existan motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra.

En el caso, un ciudadano marroquí entró ilegalmente a la República de Chipre en el año 2018 y un año después presentó una solicitud de protección internacional ante el Servicio de Asilo.

La solicitud fue denegada debido a que el Servicio de Asilo consideró que el nacional marroquí era una persona peligrosa para la seguridad de Chipre. Previamente, el Servicio de Asilo había recibido una información por parte de la Oficina de Lucha contra el Terrorismo, informando que el ciudadano marroquí actuaba en favor de un grupo terrorista, que había incurrido en contradicciones a la hora de informar los desplazamientos previos a la entrada a Chipre y que había amenazado con poner una bomba en la Embajada de Bélgica en Marruecos.

La Autoridad de Recurso en Materia de Refugiados confirmó la sentencia que había sido apelada y el caso llega al Tribunal Contencioso Administrativo para la Protección Internacional, con el fin que se revoque la resolución anterior.

En el escrito de apelación, el demandante, había solicitado la cuestión a fin de que el TJUE se expida sobre que interpretación corresponde hacer de los motivos que permiten revocar el estatuto de refugiado, según la Directiva 2011/95, si es posible la revocación con motivo de hechos cometidos en el pasado o por hechos cometidos antes de entrar en el país de protección y fuera de este.

El Tribunal Contencioso, decide suspende el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE ya que, si bien el concepto de peligro para la

seguridad del Estado, contenido en la Directiva, ya había sido interpretado en sentencias anteriores, se había interpretado en situaciones análogas, pero no estas cuestiones de forma específica.

En primer lugar, el TJUE determina el alcance del concepto peligro para la seguridad nacional contenido en la Directiva y si este se puede invocar en casos de que un ciudadano de un tercer Estado haya cometido los actos o comportamientos con anterioridad a su entrada en el territorio de dicho Estado miembro y concluye que los Estados pueden revocar el estatuto de refugiado o decidir que se deniegue cuando los motivos razonables para considerar que el refugiado constituye un peligro para la seguridad de ese Estado miembro se fundamentan en estas situaciones.

Explica que el objetivo de esta norma es evitar el riesgo de menoscabo de la seguridad en los Estados miembros que podrían producirse por la presencia del interesado en el territorio de ese Estado y, como se trata de una excepción a la concesión del estatuto de refugiado, debe ser interpretado de forma estricta, por lo tanto, los órganos jurisdiccionales naciones no pueden omitir tomar en consideración actos o comportamientos pasados imputables al refugiado por el mero hecho de que se produjeron antes de la entrada de este en el territorio del Estado miembro, los que pueden ser considerados peligros reales como también peligros potenciales.

Pertenecer a una asociación que apoya el terrorismo configura un acto o acontecimiento que pone en peligro la seguridad de un Estado miembro ya que ésta comprende tanto la seguridad interior como su seguridad exterior y cualquier ataque al funcionamiento de las instituciones, de los servicios públicos esenciales o a la supervivencia de la población, el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o también el ataque a intereses militares pueden afectar a la seguridad pública.

Finalmente, el rechazo de la solicitud por tales motivos no implica, de forma alguna, decidir sobre la expulsión del solicitante del Estado en el que se encuentre a su país de origen, por lo tanto, no hay oposición con lo establecido en la Convencion de Ginebra. Concluye el TJUE que la ponderación entre, por un lado, la apreciación

del peligro que representa el refugiado para la seguridad del Estado miembro en el que reside con el fin de determinar si ese peligro justifica la revocación del estatuto de refugiado o la denegación de este y, por otro lado, las consecuencias de esa revocación o de esa denegación en la situación del refugiado, no procede referirse a un nivel de gravedad del peligro tal que pueda autorizar la devolución del interesado a su país de origen, como lo indica la Convencion.

Política de asilo — Directiva 2013/32/UE — Procedimientos para la concesión de protección internacional — Prórroga por parte de la autoridad decisoria del plazo de examen de seis meses — Gran número de solicitudes de protección internacional presentadas simultáneamente — Concepto — Consideración de otras circunstancias

El TJUE interpreta la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y establece que su artículo debe interpretarse en el sentido de que la autoridad decisoria puede ampliar nueve meses el plazo de seis meses previamente establecido para el examen de las solicitudes de protección internacional en caso de que se produzca un aumento significativo en un breve período de tiempo del número de solicitudes con respecto a la tendencia habitual y previsible en el Estado miembro en cuestión, lo que excluye la situación en la que se produzca un aumento progresivo del número de solicitudes de protección internacional durante un largo período y su artículo 31 debe interpretarse en el sentido de que la dificultad, en la práctica, de concluir el procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional en el plazo de seis meses no puede tener su origen en circunstancias distintas del gran número de solicitudes presentadas simultáneamente, como la existencia previa de un volumen significativo de solicitudes no tramitadas o la insuficiencia de personal de la autoridad decisoria. **(Sentencia del 8 de mayo de 2025, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid y X, C-662/23, ECLI:EU:C:2025:326)**

X, nacional de Turquía, presentó en el año 2022 una solicitud de protección internacional en los Países Bajos. Mientras, ese mismo año, el Secretario de Estado

de Justicia y Seguridad amplio de seis a nueve meses el plazo para examinar las solicitudes de concesión de permisos de residencia temporal por asilo.

Tras haber pasado el plazo de seis meses y no haber obtenido respuesta, X presentó un requerimiento y, al seguir sin obtener respuesta, inició una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de La Haya.

Este órgano jurisdiccional nacional entendió que la ampliación del plazo no era legal y ordenó que se pronuncie sobre la solicitud de X, por lo que el Secretario de Estado, en 2023, le concedió un permiso de asilo temporal y, a su vez, apela la decisión ante el Consejo de Estado. En su apelación, alegó que la ampliación del plazo se fundamentó en el aumento progresivo de solicitudes de asilo y el plazo se amplia para garantizar un examen adecuado de cada una de las solicitudes de protección internación presentadas.

El Consejo de Estado alberga dudas en relación a la Directiva 2013/32, sobre los procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, que habilita a los Estados, en el artículo 31, apartado 3, en cuanto si la ampliación del plazo para tratar las solicitudes con motivo de haber recibido un gran número de éstas de forma simultánea haciendo imposible concluir el procedimiento en ese plazo es conforme al derecho de la Unión. Por tal motivo, suspende el procedimiento, y plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En primer término, el Tribunal de Luxemburgo entiende que el artículo 31 de la Directiva, apartado 3, párrafo 3, habilita a que los Estados amplíen el plazo establecido para el examen de las solicitudes de protección internacional siempre que se produzca un aumento significativo en un breve período de tiempo del número de solicitudes con respecto a la tendencia habitual y previsible en el Estado miembro pero no cuando se produzca un aumento progresivo del número de solicitudes de protección internacional durante un largo período.

Explica el TJUE que la habilitación a los Estados para ampliar el plazo depende del cumplimiento de tres requisitos que deben darse todos de forma conjunta, pues son de carácter acumulativo y deben interpretarse de manera conjunta: 1) que las solicitudes de protección internacional se presenten de forma simultanea; 2) que las solicitudes sean presentadas por un gran número de

nacionales de terceros países o apátridas; y, 3) que esto haga muy difícil en la práctica para las autoridades del Estado miembro concluir el procedimiento en el plazo de seis meses.

Es decir que solo en los casos que el número de solicitudes de protección internacional haya aumentado significativamente y en un breve período de tiempo la autoridad decisoria puede enfrentarse a un problema de capacidad de tramitación de esas solicitudes durante los seis meses del período de examen. Ampliar el plazo en otras circunstancias, sería ir en contra del objetivo de la Directiva, que es establecer un sistema europeo común de asilo, en el que los Estados deben tomar cuanto antes una decisión sobre las solicitudes de protección internacional. Por lo tanto, no es posible ampliar el plazo de los procedimientos en los casos de aumento progresivo del número de esas solicitudes durante un período prolongado.

En segundo término, el TJUE decide que la dificultad de concluir el procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional en el plazo de seis meses no puede tener su origen en circunstancias distintas del gran número de solicitudes presentadas simultáneamente, como la existencia previa de un volumen significativo de solicitudes no tramitadas o la insuficiencia de personal de la autoridad decisoria.

En definitiva, el TJUE indica que el origen de la dificultad solo puede radicar en la gran cantidad de solicitudes presentadas de forma simultánea y para dar cumplimiento con ello, los Estados deben garantizarán que dicha autoridad cuente con los medios apropiados, incluido personal competente en número suficiente, para llevar a cabo sus tareas. Los Estados deben garantizar las condiciones y poder frente a las fluctuaciones en el número de solicitudes de protección internacional. En cambio, la autorización cabe cuando se producen circunstancias imprevisibles, como un fuerte aumento del número de solicitudes presentadas simultáneamente, no cabe esperar que un Estado miembro cumpla sus obligaciones en el plazo exigido de seis meses, ya que los recursos inicialmente previstos pueden no ser suficientes y dicho Estado miembro puede no estar en condiciones de hacer frente inmediatamente a las necesidades adicionales requeridas por dicho aumento, en particular en materia de personal.

Asilo y migrantes

Espacio de libertad, seguridad y justicia — Protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas — Directiva 2001/55/CE — Solicitudes sucesivas de un permiso de residencia para la concesión de protección temporal en varios Estados miembros — Examen de la solicitud posterior — Derecho a la tutela judicial efectiva

El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2001/55, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, es entendida por el TJUE en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se deniega la concesión de un permiso de residencia a un beneficiario de la protección temporal con arreglo a la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55 y con el efecto de que se inicie la protección temporal, cuando esa persona ya ha solicitado, pero aún no ha obtenido, tal permiso en otro Estado miembro. Asimismo, un beneficiario de protección temporal en virtud de la Directiva tiene derecho a la tutela judicial efectiva contra una resolución por la que se declara inadmisible una solicitud de permiso de residencia. **(Sentencia del 27 de febrero de 2025, A. N. y Ministerstvo vnitra, asunto C-753/23, ECLI:EU:C:2025:133).**

El Tribunal Supremo en lo Contencioso Administrativo de Republica Checa solicitó una cuestión prejudicial a fin de que se interprete el artículo 8 de la Directiva 2001/55. Esta Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida y su artículo 8 apartado

1, refiere a la posibilidad de que los Estados adopten las medidas necesarias para que los beneficiarios dispongan de permisos de residencia durante todo el período de protección temporal.

En el caso, una nacional procedente de Ucrania entro en el territorio de la Unión y solicitó en Alemania la concesión de protección temporal. Meses más tarde, presentó una solicitud análoga en Republica Checa, la que fue denegada por haber presentado una solicitud similar en otro Estado miembro, resolución que, tras ser apelada, llega al Tribunal Contencioso.

Este Tribunal, se pregunta si el artículo 8 de la Directiva se opone a una norma nacional mediante la cual se deniega la concesión del permiso de residencia a un beneficiario de la protección temporal, cuando esa persona ya ha solicitado tal permiso de residencia en otro Estado miembro.

El TJUE resuelve la cuestión diciendo que cuando un beneficiario de protección temporal ha solicitado, en un primer Estado miembro, un permiso de residencia, al amparo del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2001/55, pero aún no lo ha obtenido, y se traslada posteriormente a un segundo Estado miembro y presenta en él una solicitud análoga, este último Estado miembro no puede declarar inadmisible esta última solicitud por la única razón de que se haya presentado ya una solicitud en el primer Estado miembro. Por lo tanto, corresponderá a este último Estado miembro examinar si la solicitud que le ha dirigido es procedente.

Ello es así por cuanto en la UE se encuentra vigente la Decisión de Ejecución 2022/382 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania. Esta tiene por efecto la aplicación de la protección temporal obligatoria en favor los nacionales ucranianos residentes en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022. Asimismo, los ciudadanos ucranianos tienen derecho a circular libremente dentro de la Unión tras ser admitidos en el territorio de esta durante un período de noventa días y pueden elegir el Estado miembro en el que desean disfrutar de los derechos vinculados a la protección temporal. Y corresponde a las autoridades nacionales corroborar que los solicitantes de protección temporal provenientes de Ucrania se encuentran encuadrados dentro del marco establecido en esta Decisión.

Asimismo, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva obliga a los Estados miembros no solo a adoptar las medidas necesarias para permitir que las personas solicitantes dispongan de permisos de residencia durante todo el período de esa protección y a expedirles documentación u otros comprobantes análogos. Es decir que los solicitantes gozan del derecho a obtener un permiso de residencia y la documentación acreditativa.

Por lo tanto, un beneficiario de protección temporal tiene derecho a la tutela judicial efectiva contra una resolución por la que se declara inadmisible una solicitud de permiso de residencia. Es así que el artículo 47 de la Carta sobre el derecho de tutela judicial efectiva exige que una resolución por la que se declara inadmisible una solicitud de permiso de residencia pueda ser objeto de un recurso efectivo ante un tribunal.

Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política común de asilo — Directiva 2011/95/UE — Requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países como beneficiarios del estatuto de refugiado — Motivos de persecución — Concepto de "pertenencia a un determinado grupo social" — Requisito de ser percibido el grupo como diferente por la sociedad que lo rodea en el país de origen — Requisitos para obtener protección subsidiaria — Concepto de "daños graves" — Personas que forman parte de una misma familia y contra las que se dirige una vendetta a causa del vínculo familiar entre estas

El TJUE interpreta la Directiva 2011/95, articulo 10, apartado 1, letra d), por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, en el sentido de que no puede considerarse que un solicitante de protección internacional contra el que se dirige una vendetta en su país de origen debido a su condición de miembro de una familia involucrada en una controversia de carácter patrimonial, por ese único motivo, pertenece a un «determinado grupo social» en el sentido de la

referida disposición. **(Sentencia del 27 de marzo de 2025, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl y A N, C-217/23, ECLI:EU:C:2025:218).**

El Tribunal Supremo en lo Contencioso Administrativo de Austria plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE a fin de que se interprete el artículo 10, apartado 1, letra d) de la Directiva 2011/95 y dilucide si se puede considerar que pertenece a un determinado grupo social un solicitante de protección internacional contra quien se dirige una vendetta en su país de origen por ser miembro de una familia involucrada en una controversia de carácter patrimonial.

Quien, en el año 2017, solicitó la protección internacional en Austria fue un ciudadano de origen afgano. Funda la solicitud en el hecho que estaba amenazado de persecución en Afganistán debido a una vendetta contra personas que tenían un vínculo de parentesco con su padre. Esta vendetta tiene su origen, según afirma, en una controversia patrimonial entre su padre y los primos de este en relación con un terreno agrícola.

La solicitud fue desestimada porque no considero ciertos los dichos del solicitante. La decisión fue apelada y en esta instancia le conceden el estatuto de beneficiario de asilo por considerar acreditados sus dichos y, entonces, poner en riesgo su vida al regresar a su país de origen. Sentencia que fue apelada por el órgano que había desestimado la solicitud, el que entendía que no cabe calificar de pertenencia a un determinado grupo social, en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2011/95, el hecho de ser miembro de una familia contra la que se dirige una vendetta.

El órgano jurisdiccional nacional remitente, pregunta, en esencia, si debe considerarse que el solicitante corre el riesgo de ser perseguido en su país de origen debido a su pertenencia a un determinado grupo social.

Es así que el TJUE define el concepto de "pertenencia a un determinado grupo social" diciendo que para que esto ocurra deben concurrir dos requisitos acumulativos: 1) que los miembros del grupo compartan al menos uno de los siguientes tres rasgos de identificación: una característica innata, unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse o una característica o creencia que resulta tan

fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella: y 2) que dicho grupo posea una identidad diferenciada en el país de origen por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

Respecto del primer requisito, el TJUE lo encuentra acreditado, ya que los miembros de una familia debido a sus vínculos familiares comparten una característica innata o antecedentes comunes que no pueden cambiarse. En cuanto al segundo, no considera que se encuentre presente en el caso porque no se percibe como diferente para la sociedad que rodea al grupo en su conjunto el grupo constituido por los miembros de una familia particular contra los que se dirige una vendetta. Es decir que, el hecho de que un solicitante de protección internacional se vea expuesto, en su país de origen, al riesgo de sufrir actos de violencia física, u homicidio, en cumplimiento de una vendetta no permite concluir que el referido solicitante pertenezca a un determinado grupo social.

El TJUE da las pautas para poder determinar la pertenencia, o no, a un determinado grupo social. Y dice que se trata de un requisito que no debe ser apreciado de manera separada y autónoma respecto de la percepción de la sociedad que lo rodea, sino en conexión con esta.

Corresponderá a los Estados miembros establecer quienes forman parte de la "sociedad que lo rodea" que es pertinente para apreciar la existencia de un grupo social y es esencial que la percepción sea compartida por una parte sustancial de los individuos que forman esa sociedad y no únicamente los autores aislados de actos que cabe calificar de actos de persecución.

Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política de asilo — Estatuto de refugiado o estatuto de protección subsidiaria — Directiva 2011/95/UE — Normas más favorables — Protección subsidiaria — Motivo que no guarda relación con la situación en el país de origen — Lógica de la protección internacional

El artículo 3 de la Directiva 2011/95/UE es entendido por el TJUE en el sentido que es contrario a que se considere una norma más favorable, una normativa nacional

que prevé conceder la protección subsidiaria a un nacional de un tercer país que, si fuera expulsado a su país de origen, correría un riesgo real de sufrir una vulneración de su derecho a la vida privada como consecuencia de la ruptura de sus vínculos con el Estado miembro que examina la solicitud de protección internacional. **(Sentencia del 5 de junio de 2025, *A. B*. y Ministerstvo vnitra, Odbor azylové a migrační politiky, C- 349/24, ECLI:EU:C:2025:397).**

A. B. llegó a la República Checa en julio de 2006. Su estancia en el país fue regular durante la mayor parte del período comprendido entre su entrada en ese territorio y la denegación de una solicitud de prórroga de su permiso de residencia presentada en 2018. Un año más tarde, presentó una solicitud de protección internacional en ese mismo Estado, solicitud que fue denegada y, tras ser apelada, fue anulada.

Cuando el caso retorna al Ministerio, órgano que había rechazado la solicitud en 2019, éste vuelve a rechazarla. Es así que, en el año 2023, el caso llega al Tribunal Regional de Brno, República Checa y anula, nuevamente, la decisión por la que se deniega la solicitud. El motivo de la anulación consiste en el carácter incompleto de la información con la que contaba el Ministerio sobre la vida privada y familiar del solicitante y en que éste órgano no había examinado de manera suficiente determinados elementos relativos a esa vida privada y familiar.

El asunto vuelve al Ministerio y este rechaza, por tercera vez, la solicitud ya que el solicitante no lograba demostrar tener vínculos fuertes sociales o privados en Republica Checa.

Debido a que el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la forma en que debe ser interpretado el artículo tercero de la Directiva 2011/95 y si puede ser entendido en el sentido que permite conceder protección internacional en supuestos que no están comprendidos en el ámbito de la protección subsidiaria, plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE. Es decir que el Tribunal de Luxemburgo debe resolver si es contraria al DUE una norma más favorable que prevé conceder la protección subsidiaria a un nacional de un tercer país que, si fuera expulsado a su país de origen, correría un riesgo real de sufrir una vulneración de

su derecho a la vida privada como consecuencia de la ruptura de sus vínculos con el Estado miembro que examina la solicitud de protección internacional.

La protección subsidiaria se concede a un nacional de un tercer país que no reúne los requisitos para ser refugiado pero hay motivos fundados para creer que si regresa a su país de origen se puede enfrentar a un riesgo real de sufrir un daño grave y al que no se le aplica una cláusula de exclusión y al que no puede, o no quiere, acogerse a la protección del país.

Los daños graves que justifican la concesión de la protección subsidiaria se encuentran enumerados en el artículo 15 de la Directiva y entre ellos no se encuentra el motivo enunciado en el caso, vulneración del derecho a la vida privada. Sin embargo, la misma Directiva prevé que los Estados sancionen normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado o persona con derecho a protección subsidiaria, es decir que se les permite flexibilizar los requisitos para que un nacional de un tercer país disfrute del estatuto de protección subsidiaria, pero siempre cuidando que tales normas nacionales respecto el DUE y, en particular, la Directiva.

Para decidir si corresponde o no la protección subsidiaria hay que determinar si el motivo por el cual el órgano jurisdiccional remitente pretende concederla, vulneración de su derecho a la vida privada como consecuencia de la ruptura de los vínculos entre dicho solicitante y el Estado miembro que examina su solicitud, es conforme al derecho de la Unión. Y, en este sentido, de la interpretación de la Directiva se deprende que esta establece que la protección internacional está vinculada a la situación del solicitante, no en el Estado miembro que examina su solicitud de protección internacional, sino en su país de origen, en caso de que deba regresar a dicho país.

La situación que se debe valorar a la hora de conceder o rechazar una solicitud es la situación en el país de origen del solicitante, su capacidad para garantizar una protección frente a actos de persecución y los órganos competentes deben examinar todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver la solicitud. En suma, la Directiva no habilita a que se conceda un permiso de residencia por un motivo que no se refiera a la situación en el país de

origen del solicitante, de modo que un Estado miembro no puede conceder la protección subsidiaria.

Por tanto, el TJUE resuelve que es contraria al Derecho de la Unión, una norma nacional más favorable que prevé conceder la protección subsidiaria a un nacional de un tercer país que, si fuera expulsado a su país de origen, correría un riesgo real de sufrir una vulneración de su derecho a la vida privada como consecuencia de la ruptura de sus vínculos con el Estado miembro que examina la solicitud de protección internacional.

Independencia judicial – Protección de datos personales

Estado de Derecho — Independencia judicial — Tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión — Órgano judicial competente para proponer la apertura de procedimientos disciplinarios sancionadores contra los jueces y fiscales — Mantenimiento de los miembros del órgano judicial en el cargo tras la finalización de sus mandatos — Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales — Seguridad de los datos — Acceso de un órgano judicial a los datos relativos a las cuentas bancarias de los jueces y fiscales y de los miembros de sus familias — Autorización judicial para la comunicación de datos protegidos por el secreto bancario

El TJUE resuelve que el principio de independencia judicial se opone a la práctica de un Estado miembro conforme a la cual los miembros de un órgano judicial de ese Estado miembro, que son elegidos por el Parlamento para mandatos de duración determinada y que son competentes para controlar la actividad de los jueces y fiscales en el ejercicio de sus funciones, su integridad y la inexistencia de conflictos de intereses por parte de estos, así como para proponer a otro órgano judicial que les incoe un procedimiento disciplinario sancionador, siguen ejerciendo sus funciones tras concluir la duración legal de sus mandatos, fijada por la Constitución de dicho Estado miembro, hasta que el Parlamento elija nuevos miembros, sin que la prórroga de los mandatos caducados tenga, en el Derecho nacional, una base legal expresa con

normas claras y precisas que regulen el ejercicio de esas funciones y sin que se garantice que tal prórroga esté, en la práctica, limitada en el tiempo. Asimismo, respecto del Reglamento 2016/679 sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse que: 1) su artículo 2 en el sentido de que la comunicación a un órgano judicial de datos personales que están protegidos por el secreto bancario y que se refieren a jueces y fiscales y a los miembros de sus familias, para la comprobación de las declaraciones de bienes de esos jueces y fiscales y de los miembros de sus familias, las cuales se publican, constituye un tratamiento de datos personales comprendido en el ámbito de aplicación material de dicho Reglamento; 2) el artículo 4 en el sentido que un órgano jurisdiccional competente para autorizar, a petición de otro órgano judicial, la comunicación, por un banco, a este último órgano de datos relativos a las cuentas bancarias de los jueces y fiscales y de los miembros de sus familias no puede calificarse de responsable del tratamiento en el sentido de esta disposición; 3) si artículo 51 en el sentido de que un órgano jurisdiccional competente para autorizar la comunicación de datos personales a otro órgano judicial no constituye una autoridad de control, en el sentido de dicho artículo, en caso de que el Estado miembro al que pertenece no haya encomendado a dicho órgano jurisdiccional la supervisión de la aplicación de este Reglamento a fin de proteger, en particular, las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales; y, finalmente, el artículo 79, en el sentido de que un órgano jurisdiccional competente para autorizar la comunicación de datos personales a otro órgano judicial no está obligado, en el caso de que no se haya interpuesto ante él recurso al amparo de esa disposición, a garantizar de oficio la protección de las personas de cuyos datos se trate en lo referente a la observancia de las disposiciones de ese Reglamento relativas a la seguridad de los datos personales, aun cuando sea notorio que tal órgano judicial ha infringido estas últimas disposiciones en el pasado. ***(Sentencia del 30 de abril de 2025, Inspektorat kam Visshia sadeben savet, asuntos acumulados C-313/23, C-316/23 y C-332/23, ECLI:EU:C:2025:303).***

El Tribunal de Primera Instancia de Sofía, Bulgaria, tras haber recibido una solicitud por parte de la Inspección (órgano que supervisa las actividades de las autoridades judiciales) para que se le comuniquen los datos de las cuentas bancarias de diversos jueces y fiscales y de los miembros de sus familias, plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo.

La duda del órgano remitente radica en varias cuestiones. La primera, sobre si la Inspección tiene competencia para presentar la solicitud, dado que el órgano está conformado por miembros con sus mandatos vencidos y no se han designado nuevos, y si, en estas condiciones, podrían ejercer influencias indebidas sobre el poder judicial. La siguiente, sobre la función y las obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales cuando éstos tienen que autorizar el acceso de la Inspección a los datos personales de los jueces y fiscales, máxime cuando años antes hubo un grave problema referente a la seguridad de los datos en poder de la Inspección. Y, finalmente, se pregunta sobre la función y obligaciones de los órganos jurisdiccionales cuando deben que autorizar a la Inspección el acceso a los datos personales de jueces y fiscales, y si tal obligación se encuadra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento general de Protección de Datos de la Unión (RGPD).

En cuanto a la primera cuestión, el TJUE decide reformularla para poder brindar una respuesta útil que le permita al órgano jurisdiccional remitente resolver la cuestión de fondo. Por tanto, el TJUE responde sobre la compatibilidad de la situación de los miembros de la Inspección, que, tras haber vencido su mandato, continúan ejerciendo su funcional porque la Asamblea no ha designado a los nuevos miembros, con el DUE, en cuanto este exige que los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva y la imparcialidad de los jueces.

Para resolver la cuestión, el TJUE explica la importancia de la independencia del Poder Judicial en un Estado de Derecho. Dice que el articulo 19 TUE exige a todos los Estados parte de la Unión contener un sistema de vías de recursos y de procedimientos que garantice a los justiciables el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Por lo tanto, para dar cumplimiento con tal exigencia es primordial preservar la independencia

de los jueces, que son quienes pueden tener que pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con la aplicación o la interpretación del DUE.

Es así que las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el DUE obligan a la existencia de reglas que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad del órgano de que se trate frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de este ante los intereses en litigio. Evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales.

Para poder determinar la contrariedad con el DUE y el principio de imparcialidad de los jueces, es necesario analizar las normas referidas a la designación de sus miembros y sus competencias. El TJUE dice que estas normas no pueden suscitar dudas en los ciudadanos acerca de la utilización de las prerrogativas y funciones del citado órgano como instrumento de presión sobre la actividad judicial o de control político de dicha actividad y será función de los órganos jurisdiccionales nacionales corroborar tal situación.

La contrariedad de esta situación con el ordenamiento europeo encuentra basamento en el vacío legal en el ordenamiento jurídico búlgaro ya que no parece incluir ninguna norma relativa a la posible continuación en el cargo de los miembros de la Inspección con el mandato caducado ni incluyen normas que regulen el ejercicio de esas funciones prorrogadas. Los Estados miembros están obligados, a que cuando optan por prorrogar mandatos, velen porque el ejercicio de tales funciones prorrogadas tengan una base legal expresa en el Derecho interno con normas claras y precisas que regulen tal ejercicio. En tal sentido, los Estados deben velar por que las condiciones y el régimen a que se encuentre sujeto tal ejercicio se conciban de manera que los miembros de tal órgano judicial puedan actuar, en el desempeño de sus funciones, con objetividad e imparcialidad y, a tal efecto, estén protegidos frente a toda influencia exterior.

Las siguientes cuestiones se refieren a la interpretación del RGDP de la Unión.

En relación a su ámbito de aplicación y si se aplica a la comunicación a un órgano judicial de datos personales que están protegidos por el secreto bancario y que se refieren a jueces y fiscales y a los miembros de sus familias, para la

comprobación de las declaraciones de bienes de esos jueces y fiscales y de los miembros de sus familias, como indica el considerando 20 del RGDP, se aplica a los tratamientos efectuados tanto por los particulares como por las autoridades públicas, incluidas, las autoridades judiciales. Que la información que constituye el objeto de las disposiciones nacionales verse sobre los jueces y que la circunstancia de que esta información pueda eventualmente presentar ciertos vínculos con el ejercicio de las funciones de estos, puede sustraer estas disposiciones nacionales del ámbito de aplicación del Reglamento.

Asimismo, los considerandos del Reglamento dicen que este no se aplica al tratamiento de datos personales "en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión", es decir que quedaría excluida cualquier actividad dirigida a preservar la seguridad nacional o una actividad que pueda incluirse en la misma categoría, como puede ser proteger las funciones esenciales del Estado y los intereses fundamentales de la sociedad. Así, el mero hecho de que una actividad sea propia del Estado o de una autoridad pública no basta para que tal excepción sea automáticamente aplicable a tal actividad.

Finalmente, en cuanto al órgano responsable del tratamiento de los datos, el TJUE dice el Reglamento define quien es el órgano responsable y lo hace de forma amplia a fin de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, un elevado nivel de protección del derecho de toda persona a la protección de los datos personales que la conciernan y corresponde a los órganos jurisdiccionales naciones determinar si en su ordenamiento se designa al responsable del tratamiento o establece los criterios específicos aplicables a su nombramiento. Asimismo, indica que la normativa nacional aplicable en los asuntos principales determina el círculo de personas y los datos que pueden ser objeto de tratamiento, fija los fines de ese tratamiento y designa al órgano competente —la Inspección— para la consecución de dichos fines. El órgano jurisdiccional ante el que se presenta la solicitud al objeto de que se autorice la comunicación de los datos no interviene sino a instancias de la Inspección a los efectos del ejercicio de las potestades que le atribuye el Derecho nacional y se limita a comprobar si concurren los requisitos de legalidad que ese

Derecho establece. Es la Inspección, quien determina, en función de las normas nacionales aplicables, las personas a cuyos datos pretende acceder a los efectos de ese ejercicio y respecto de las cuales presenta una solicitud de autorización ante dicho órgano jurisdiccional.

Todas nuestras actividades en:
www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-integracion-regional-y-ddhh/