CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IUDEX IURIS

AÑO I N° 03 agosto 2025

Jueces y Derecho
en el siglo XXI

IUDEX IURIS

Dr. CÉSAR WILLIAM BRAVO LLAQUE

Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

IUDEX IURIS

DIRECTOR:

Dr. Edwin Figueroa Gutarra
Magistrado y Docente (Perú)

COMITÉ EDITORIAL:

Dr. Sergio Díaz Ricci
Magistrado y docente (Argentina)

Dra. Thereza Christina Nahas
Magistrada y docente (Brasil)

Dra. Diana Ramírez Carvajal
Docente (Colombia)

Dr. Nelson Pozo Silva
Exmagistrado y docente (Chile)

Dra. Katerine Muñoz Subía
Magistrada y docente (Ecuador)

Dr. Jorge Jiménez Martin
Magistrado y docente (España)

Dr. Domingo García Belaunde
Docente (Perú)

PALABRAS DEL DIRECTOR

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

La publicación de este tercer número de Iudex Iuris se ve marcada por la súbita partida de nuestro apreciado colega compañero de labores, Dr. Pablo Díaz Piscoya, presidente de la Tercera Laboral de Lambayeque, a quien teníamos en alta estima justamente por compartir responsabilidades jurisdiccionales.

Una partida sin aviso es siempre dolorosa y nos conduce a la idea de lo efímera que puede ser nuestra existencia. Y es justamente ese marco donde vuelve a ocurrir el debate sine die entre la pujanza de la vida, su vivencia de emociones, la espiritualidad que invade nuestro ser, y la noción de término de nuestro tránsito terrenal. Y es a partir de esas ideas que ocurre la contradicción filosófica expresada por el pesimismo de Schopenhauer y el vitalismo de Ortega y Gasset, quien concibe a la sociedad, y por ende al hombre, en constante desarrollo de su vida misma. Coincide con la primera posición un autor de fuste como Miguel de Unamuno quien en “El sentimiento trágico de la vida” ya afirma, en modo insoslayable, que el recién nacido es un hombre que se prepara para morir. Se trata de palabras afiladas, cual estocadas para el sentimiento de vitalidad que suele atravesar muchos momentos de nuestra existencia pero que, sin duda, tienen un arraigo de verdad, de tal forma que la única certeza en nuestra existencia es la muerte en sí misma.

Pablo fue un hombre dedicado al trabajo y como juez tuvo un desempeño notable en varios puestos de la judicatura. Confiamos en la idea común de que todos apreciamos su existencia como una muestra de apego a la vida, de responsabilidad en el trabajo y, sin atenuantes, es también cierta la idea de que nuestras vidas, aún ejemplares y enraizadas en nuestras responsabilidades y familias, no conducen sino al punto cierto de que el ser humano es finito y que la existencia es solo un concepto de tránsito, así como que nuestros años de existencia apenas representan una milésima de fracción de tiempo en el contexto de extensión de existencia de todos los tiempos de la humanidad. Por tanto, he ahí un reto de orden sustantivo: vivir la vida desde una posición de ejemplo, de realizar el bien universal, de real vivencia, y no solo de una plana existencia, representándose así ese imperativo categórico kantiano que instaura un sentido de vida en nuestras vidas, de a ver el bien universal en el tiempo que nos corresponde vivir.

Y es una fortuna sin par que podamos realizarnos personal y profesionalmente en aquello que es nuestra expectativa, en aquello que nos produce satisfacción. Creemos que Pablo se dedicó, sin desmayo, a producir resoluciones en su calidad de juez y que de seguro sintió muchas satisfacciones personales en los casos en los cuales decidió y a través de los cuales impartió justicia. Lo imaginamos hondamente satisfecho espiritualmente en todos aquellos casos en los cuales decidió con sabiduría y espíritu de justicia y que lo abrumaron con la idea máxima del deber cumplido. Lo pensamos contento realizando la máxima de Ulpiano de dar a cada uno lo que le corresponde, sin otra distinción que aquella de la justicia, contradiciendo a Kelsen en cuanto a que la justicia pudiera representar un ideal inalcanzable, una noción de irracionalidad que contradecía, con ínfulas, el Derecho Positivo, esto es, el Derecho predeterminado y establecido.

Gracias, Pablo, por tus innumerables años de dedicación al servicio de la justicia.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

Índice

5 PALABRAS DEL DIRECTOR

7 LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO DERECHO HUMANO. EL DEBER DE PREVENCIÓN.
Edwin Figueroa Gutarra

26 ÉTICA JUDICIAL Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
Manuel Atienza Rodríguez

44 PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA EN PROYECTOS EXTRACTIVOS: EL DEBATE EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LA CONSULTA PREVIA EN PROYECTOS MINEROS, PETROLEROS Y ENERGÉTICOS EN PERÚ. ANÁLISIS DEL CASO BAGUAZO.
Aldo Jorge Hoyos Benavides

LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO DERECHO HUMANO. EL DEBER DE PREVENCIÓN

Edwin Figueroa Gutarra[1]

La búsqueda de seguridad humana debe efectuarse a través del desarrollo y no mediante las armas
PNUD, 1994.

Resumen: La noción de seguridad ciudadana exige una necesaria vinculación con la idea de derechos humanos, pues sin esta deviene aquella insuficiente. A su vez, de esa correlación entre seguridad ciudadana y derechos humanos se desprende una premisa fuerte: el deber de prevención que le asiste no solo al Estado sino a la sociedad en su conjunto para la construcción de políticas públicas sólidas en materia de seguridad ciudadana. Es así que forjamos el concepto de ciudadanía militante.

Palabras clave: Seguridad ciudadana, derechos humanos, deber de prevención, políticas públicas, ciudadanía militante

Abstract: The notion of citizen security requires a necessary link with the idea of human rights, because without it the former becomes insufficient. In turn, from this correlation between citizen security and human rights a strong premise emerges: the duty of prevention that assists not only the State but also society as a whole for the construction of solid public policies on citizen security. This is how we forged the concept of militant citizenship.

Keywords: Citizen security, human rights, duty of prevention, public policies, militant citizenship

Sumario

Introducción. 1. Seguridad ciudadana. Algunas precisiones conceptuales. 2. Seguridad ciudadana y derechos humanos: una relación estrecha. 3. Deber de prevención y seguridad ciudadana. 4. Derechos vinculados a la seguridad ciudadana. Conclusiones.

---

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

Introducción

Gran parte del debate contemporáneo sobre la seguridad ciudadana implica abordar, entre otros temas, la cabal comprensión de su concepto, las dimensiones de la misma, su extensión respecto a cómo debe ser enfocada, sus elementos materiales, y quiénes deben ostentar su titularidad, en cuanto a si ella debería correr solo a cargo de los cuerpos policiales, o también de otros estamentos. Algunas voces proponen una mayor severidad de las medidas represivas ante desbordes contra los bienes jurídicos tutelados por la seguridad ciudadana, otras abogan con énfasis por la intervención de las fuerzas armadas en la lucha contra la delincuencia, y algunas otras incluso reconocen como de suyo valiosas las experiencias de países que han abanderado un combate sin cuartel, y con relativo éxito, contra los elementos patológicos que afectan el perseguido y anhelado orden público.

La propuesta de este estudio no se dirige a un lugar común, esto es, simplemente proponer necesarias políticas públicas sobre seguridad ciudadana. Consideramos necesario añadirle una perspectiva de derechos humanos a esas políticas, debiendo basarse estas en el desarrollo relevante de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y, en ese orden de ideas, asumimos un enfoque multidimensional de la seguridad ciudadana en cuanto a su estrecha relación con varios de estos derechos.

Y aquí surge una interrogante frontal: ¿es la seguridad ciudadana un derecho humano? La respuesta es objetiva: es cierto que no figura como derecho humano en los derechos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y, sin embargo, esta solo es una acotación formal, en cuanto, desde una perspectiva material, el derecho a la seguridad ciudadana no solo se vincula estrechamente a otros derechos, sino que adquiere una autonomía de verdadero derecho humano, y esa debe ser la connotación a ser avalada desde la jurisprudencia interamericana y, por extensión, europea y africana, en cuanto estas zonas geográficas últimas ya cuentan con tribunales supranacionales de tutela de los derechos humanos.

Nos permitimos, de la misma forma, acotar un elemento que consideramos trascendente respecto a la seguridad ciudadana desde la visión de los derechos humanos, y es el denominado deber de prevención, cuyo escenario no solo se circunscribe al Estado, obligación que parte primigeniamente del artículo 1.1. de la CADH. Por la referida cláusula, el Estado asume el rol de garante primigenio de la seguridad ciudadana, en cuanto la estructura política del Estado se apoya en un basamento organizacional de la seguridad ciudadana, y es responsable internacionalmente, en su caso, por aquellas conductas gravosamente violatorias de los derechos humanos.

Pero el acotado deber se extiende, a juicio nuestro, a una noción de participación activa de la ciudadanía. Si el término es ajustable, proponemos una ciudadanía militante de los derechos humanos, más aún en el delicado ámbito de la seguridad ciudadana, en cuanto si esta deviene ostensiblemente afectada por coyunturas determinadas, el goce de los demás derechos estrechamente vinculados a la seguridad se ve gravemente afectado en su ejercicio.

¿Qué habría de hacer una ciudadanía militante del derecho a la seguridad ciudadana? Creemos que, en principio, demandar la seguridad ciudadana a la cual aspiramos, pero dentro de la línea de respeto por los derechos humanos; en esa misma línea, contribuir al debate público sobre medidas de reforzamiento por la seguridad ciudadana, pero bajo los estándares que plantea el DIDH. Adicionalmente, avalar, así lo entendemos, las medidas de lucha contra la delincuencia, pues esta es una prerrogativa de configuración estatal, pero, de la misma forma, exigiendo la no proyección de un Machtstaat, o Estado de la fuerza, entendido este como un ente vertical que solo hace espacio, en la terminología de Jakobs, a un Derecho Penal del Enemigo, es decir, solo más penas, más cárceles y más sanciones.

Los propósitos antes descritos lograrían un fin de valor: un fortalecimiento de la seguridad ciudadana con una perspectiva de derechos humanos, asegurada desde el ejercicio de un deber de prevención, aspectos compatibles con un Estado convencional de derecho, entendido este como un marco de respeto, garantía y observancia de los derechos humanos. En la otra orilla, opuesta al fortalecimiento, por el contrario, nos espera un deterioro significativo de derechos en las democracias, un sombrío panorama de regresividad de los derechos humanos, y hasta la posibilidad no alejada de un Estado fallido, incluso de un marcado autoritarismo como forma de gobierno. Es un escenario que, por imperativo categórico, debemos evitar.

1. Seguridad ciudadana. Algunas precisiones conceptuales

En términos históricos, resulta necesaria una delimitación del surgimiento de la noción de sécurité publique, esto es, de seguridad ciudadana, a efectos de contrastar su génesis con otros conceptos que concurren con matices similares. De esa forma:

> La expresión seguridad ciudadana surgió, fundamentalmente, como un concepto en América Latina en el curso de las transiciones a la democracia, como medio para diferenciar la naturaleza de la seguridad en democracia frente a la seguridad en los regímenes autoritarios. En estos últimos, el concepto de seguridad está asociado a los conceptos de "seguridad nacional", "seguridad interior" o "seguridad pública", los que se utilizan en referencia específica a la seguridad del Estado. En los regímenes democráticos, el concepto de seguridad frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas, se asocia a la "seguridad ciudadana" y se utiliza en referencia a la seguridad primordial de las personas y grupos sociales. Del mismo modo, contrariamente a los conceptos también utilizados en la región de "seguridad urbana" o "ciudad segura", la seguridad ciudadana se refiere a la seguridad de todas las personas y grupos, tanto en las zonas urbanas como rurales. (CIDH, 2009, p. 8)

El concepto de seguridad ciudadana debe ser diferenciado de otras denominaciones como seguridad humana, en tanto aquella constituye una dimensión de esta (CIDH, 2009, p. ix) y, por lo tanto, aborda parte del contenido de la segunda, en cuanto esta última implica un escenario más amplio al implicar la estructura del Estado, la sociedad misma, y los múltiples actores que confluyen en las interrelaciones sociales.

En una investigación de arraigo conceptual el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) alude al concepto de seguridad desde una perspectiva limitada a la defensa del territorio, el poder militar y la función represiva del Estado, bajo la premisa de evitar una serie de amenazas, (Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia IMDHD, 2010. p. 8) a efectos de que las personas puedan vivir en circunstancias compatibles con su dignidad humana. En esta misma línea de ideas, "el concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado." (CIDH, 2009, p. 7)

Por otro lado, la noción de seguridad pública alude al "mantenimiento de la paz y el orden público" lo cual se logra a través de medidas de "control penal y de las acciones de prevención y represión de ciertos delitos y faltas administrativas que la vulneran". (IMDHD, 2010. p. 9) En consecuencia, la seguridad pública se asocia a una "visión del Estado (…) por garantizar el orden por el orden mismo; en cambio, la seguridad ciudadana remite a sistemas en los que se promueven modelos plurales acordes con la participación de la población y la ciudadanía". (IMDHD, 2010. p. 11)

Definir la seguridad ciudadana demanda vincular conceptos asociados, en tanto "en el orden jurídico internacional de los Derechos Humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social". (CIDH, 2009, p. 6)

Ello nos conduce a desprender, extensivamente, la noción de seguridad ciudadana de diversos instrumentos internacionales, entre ellos:

> (del) artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales"; y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales". (CIDH, 2009, p. 7)

De lo antes advertido, podemos afirmar, con suficiencia, que la idea de seguridad ciudadana fluye, con nitidez, a partir de su contraste con diversos derechos enunciados en instrumentos de soft law y hard law, esto es, Declaraciones que vinculan a los Estados desde una perspectiva exhortativa, así como Convenciones cuyo sentido de vinculación puede entenderse en sentido fuerte.

En términos conceptuales también podemos distinguir que "existen tres elementos trascendentes respecto a la seguridad ciudadana: una fuerza policial civil que resguarde a los habitantes, una justicia fortalecida sin corrupción ni impunidad; y un sistema penitenciario que tienda a la verdadera recuperación e inserción social del detenido." (CIDH, 2009, p. 1)

El trinomio que aquí se construye – policía, jueces y sistema penitenciario- resulta un contrapeso de relevancia en la balanza ideal de la seguridad ciudadana, en la medida que constituye un elemento de afianzamiento operativo de una política pública sobre la materia. La policía es un primer eslabón en la ejecución de una política pública sobre seguridad ciudadana. En el sistema de justicia es necesario comprender, a su vez, la labor conjunta de jueces y fiscales, estos últimos en su labor persecutora de conductas que afecten bienes jurídicos, y aquellos en su tarea imparcial de impartir justicia; finalmente, el sistema penitenciario constituye, en esencia, un modelo de resocialización de quienes sufren medidas de reparación por conductas contrarias a bienes jurídicos tutelados.

En relación a las características de la seguridad ciudadana y a propósito de un estudio del PNUD al respecto, tenemos que:

> vale destacar cinco características de la seguridad ciudadana que le dan una centralidad, una urgencia y un cariz muy especiales. En primer lugar, puede decirse que la seguridad ciudadana está en la base de la seguridad humana(...) En segundo lugar que la seguridad ciudadana es la forma principal de la seguridad humana (…) En consecuencia y, en tercer lugar, la seguridad ciudadana garantiza derechos humanos fundamentales. En cuarto lugar (…) la seguridad respecto del crimen es una componente esencial de la ciudadanía (…). Por último, pero de singular importancia, la seguridad ciudadana atañe inmediatamente a la libertad que es la esencia del desarrollo humano ((CIDH, 2009, p. 9).

Podemos inferir, a partir de la reflexión anterior, la importancia de construir conceptualmente la seguridad ciudadana como una exigencia del Estado de derecho contemporáneo, en tanto resulta verdad que los bienes jurídicos afectados, a partir de escenarios de inseguridad, comprometen la misma viabilidad democrática del Estado.

Hemos de graficar infra el desarrollo de la idea anterior, pero resulta de suma preocupación que una noción reducida de la comprensión de la idea de seguridad ciudadana, pueda reducir este tema solo a una acción reactiva y represiva del mismo Estado frente a la delincuencia, el crimen organizado y otras formas de afectación a la seguridad ciudadana. Y esos efectos perniciosos a

causa de la inseguridad no terminan allí, pues una consecuencia extensiva de ese caos, también a trabajar más adelante, es, de un lado, el descrédito que merece la democracia misma como forma de gobierno, si existe inseguridad en diferentes ámbitos de la sociedad.

Por otra parte, el riesgo colateral ante esta situación de resquebrajamiento de la democracia es que, potencialmente, un Estado autoritario surja como opción frente a la democracia, y si ese Estado consagra la lucha frontal contra el crimen, con poca visibilidad de los derechos humanos, y bajo una sola tendencia reactiva, entonces el riesgo relevante es que los ciudadanos piensen que una salida autoritaria resulta de mayor vigencia, como alternativa, frente a las manifestaciones de razonabilidad que propone la democracia, sin valorarse que esta forma de régimen proyecta los derechos humanos como elementos de fortalecimiento de políticas públicas en materia de seguridad ciudadana.

Lo antes afirmado nos conduce a una idea multidimensional de la seguridad ciudadana, en la medida que no solo debe constituir una política pública a consolidar por parte de los Estados, sino resulta necesaria su vinculación material con la viabilidad de las democracias contemporáneas. A este efecto, hemos de examinar, de igual forma, que construir una definición de la seguridad ciudadana pasa también por el examen de algunas variables geográficas, cuyos niveles es necesario considerar aun cuando no sean elementos taxativos. A este respecto, no hemos de negar que América Latina presenta mayores problemas de seguridad ciudadana. De esa forma, una democracia sólida en esta parte del continente exige, diríamos, una ciudadanía militante de los derechos humanos.

En la lógica antes referida, América Latina, como hemos de verificar, presenta, en comparación a otras zonas, algunos estándares de criminalidad considerables que afectan la seguridad ciudadana como bien jurídico relevante, y eso es un factor que no puede ser obviado al construirse una noción de seguridad ciudadana.

La cuestión a plantear es objetiva: ¿es América Latina el lugar más peligroso para vivir en el mundo? Las estadísticas no nos resultan favorables pero la interrogante persiste. ¿cuáles otros baremos deben considerarse para definir una zona como realmente peligrosa? En este aspecto volvemos a considerar la idea de organizar elementos materiales para definir la seguridad ciudadana.

2. Seguridad ciudadana y derechos humanos: una relación estrecha

El afianzamiento del concepto de seguridad ciudadana pasa por un necesario reenfoque de los Menschenrechte, es decir, de derechos humanos, de cuánto estos se vinculan a esa noción, haciéndola integral y omnicomprensiva, dándole un sentido de valor en sí mismo, a efectos de poder perfilar políticas públicas basadas en la observancia y el respeto por los derechos de la persona.

Por el contrario, una visión de la seguridad ciudadana con una escasa percepción de los derechos humanos, nos conduciría a un enfoque solo reactivo de acción del Estado en resguardo de la seguridad ciudadana. En términos históricos, la defensa de la seguridad, en términos abstractos, ha sido simplemente represiva, a fin de combatir el crimen y la delincuencia en función de los grados de estas.

El enfoque en derechos humanos, a propósito de la nueva dimensión que hemos de asignar a la seguridad ciudadana, parte de la noción de obligaciones de los Estados frente a los derechos: respetar y garantizar, siendo pertinente añadirle una nueva arista: un deber de prevención, acápite que merece un desarrollo especial en este estudio líneas infra.

Sobre lo anotado, hay una cuestión medular que puntualizar: en esa visión de la seguridad ciudadana que proponemos, íntimamente vinculada a los derechos humanos, ¿pueden estos significar una rémora? Observemos que "corremos el riesgo de contribuir a la creencia errónea que los derechos humanos son un obstáculo a la promoción de políticas de seguridad eficaces". (CIDH, 2009, p. 2). La respuesta a la interrogante que planteamos merece ciertas precisiones conceptuales.

En rigor, los derechos humanos imponen cargas obligacionales a los Estados, pero en esencia se trata de cargas legítimas, sobre las cuales es importante advertir dos aspectos. En un primer orden, fundamentalmente imponen obligaciones éticas a los Estados. No se trata de meras obligaciones formales respecto a derechos de configuración legal a cargo simplemente del legislador, sino de verdaderas exigencias éticas, que a su vez implican la demanda de políticas públicas basadas en el respeto de la dignidad de la persona.

En un segundo orden, se trata de exigencias legítimas, amparadas en un orden público internacional que vincula activamente a los Estados, a partir del reconocimiento de obligaciones internacionales conforme a la CADH, desde un efecto vinculante directo, y desde las mismas Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, las cuales connotan un efecto vinculante indirecto. Al respecto, las Convenciones obligan a los Estados- son instrumentos de hard law- dado que implican una jurisdicción contenciosa en caso de grave lesión a los derechos humanos. A su vez, las Declaraciones, si bien tienen un efecto exhortativo – son herramientas de soft law- y en propiedad contienen una dimensión de moralidad de los derechos humanos, ámbito que trasciende la mera juridicidad básica de estos derechos.

En línea de lo afirmado, los derechos humanos constituyen cargas legítimas a los Estados y, por lo tanto, no deben ser entendidos como reales obstáculos para la realización del bien común. Lograr este objetivo exige un afianzamiento de las políticas públicas sobre derechos humanos, y estas demandan a juicio nuestro, algunas bases mínimas que es necesario esbozar.

¿De dónde parte la exigencia de una política pública sólida en materia de derechos humamos? De una primera lectura de la realidad de cada Estado. De esa forma, es importante apreciar que.

> América Latina pierde el 21,8% de su desarrollo humano debido a la desigualdad en dimensiones del índice de desarrollo humano. La región afronta desafíos complejos que dificultan la construcción de sociedades justas, inclusivas y pacíficas, tales como la multidimensionalidad de la violencia, la incidencia de los feminicidios, la prevalencia de altos niveles de impunidad y la reducción de espacios para la convivencia ciudadana. (PNUD. 2020, p. 13)

La información que antecede es solo la punta de un iceberg, o bien una puerta de entrada al problema que acusamos respecto a la seguridad ciudadana. Los índices de violencia en nuestro continente son expresivos por sí solos, de tal forma que:

> Con tan sólo el 8% de la población mundial, (América Latina) contabiliza el 33% de todos los homicidios del mundo. 17 de los 20 países con las tasas más altas de homicidios a nivel global, están en ALC; países como El Salvador, Honduras y Jamaica tuvieron tasas de homicidio superiores a 40 homicidios por cada 100.000 habitantes en 2018. Mientras que la Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica 10 homicidios por cada 100.000 habitantes como una epidemia, el promedio en ALC es de 21,6 en 2018. (PNUD. 2020, p. 14).

La afirmación que antecede nos lleva a cuestionarnos sobre el alto nivel de violencia en América Latina, aunque subyace al respecto una importante interrogante: ¿es realmente grave la situación en materia de seguridad ciudadana en esta parte del mundo? Veamos lo siguiente:

> En las Américas se verifican algunos de los índices más altos del mundo de crimen y de violencia. La tasa de homicidios cada 100.000 habitantes, que es un indicador universalmente aceptado para medir el nivel de violencia en una determinada sociedad, sin perjuicio de sus constantes alteraciones, alcanzó el 25.6/100.000 promedio en América Latina. En comparación con esta cifra, la tasa en Europa se registró en 8.9/100.000, mientras que para la región del Pacífico Occidental se ubica en 3.4/100.000, y en Asia Sur-Oriental 5.8/100.000. No obstante, si el análisis se enfoca solamente en los sectores de ingresos medios y bajos de la población, la tasa promedio de homicidios en las Américas se eleva a 27.5/100.000 (CIDH, 2009, p. 10)

Las últimas cifras acotadas supra, si bien corresponden al año 2009, denotan una realidad muy compleja, a tal punto que es en esta parte del mundo, por sobre otras zonas geográficas, donde una mayor exigencia de seguridad ciudadana debería existir. Por tanto, una política pública sobre la materia debe cumplir ciertas condiciones, y una de las primeras es no desvincularse de los derechos humanos, en tanto estos representan deberes éticos para los Estados.

Las políticas públicas no deben constituir simplemente expresiones semánticas o nominales de los Estados, más aún en un tema como la seguridad ciudadana, que demanda acciones de campo, medidas ejecutivas y entornos de acción. Sobre ello es pertinente entender que:

> El diseño, implementación y evaluación de las políticas sobre seguridad ciudadana en la región tienen que estar definidos además por el encuadre que proporcionan los principios internacionales de derechos humanos, especialmente, los principios de participación, rendición de cuentas, y no-discriminación. (CIDH, 2009, p. 21)

A lo antes expresado hemos de sumar varios elementos adicionales, dada la necesidad de identificar los rasgos de una política pública:

> Las políticas públicas se caracterizan por ser: (1) integrales (por abarcar sistemáticamente los derechos humanos en su conjunto); (2) intersectoriales (por comprometer acciones, planes y presupuestos de diferentes actores estatales); (3) participativas (por la intervención permanente de la población involucrada y por favorecer la democratización de la sociedad); (4) universales (por su cobertura sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo); y (5) intergubernamentales (por comprometer entidades de los gobiernos centrales y locales. (CIDH, 2009, p. 22)

El estudio que venimos aludiendo respecto a la CIDH, incorpora una importante experiencia de campo en materia de seguridad ciudadana y la situación de varios países. De esa forma selecciona cinco experiencias de cinco países: Brasil, Costa Rica, El Salvador, México y Uruguay. El examen es de interés pues parte de:

> (…) consideraciones como: la adecuación del enfoque utilizado, la relevancia del problema para la región, la efectividad de la respuesta brindada, la diversidad en el tipo de intervención realizada, y la disponibilidad de información para el análisis. En el análisis de los casos se ponen de relieve aquellas condiciones que tienden a elevar la calidad, efectividad y fortaleza de las políticas públicas en el sector de seguridad ciudadana, como lo son: la rigurosidad, la integralidad, la multisectorialidad, la sostenibilidad y la innovación. (PNUD, 2020, p. 5)

En el diseño de esa política pública, es de interés reforzar el rol de la policía y su necesaria profesionalización para velar por la seguridad ciudadana, premisa que por cierto nos conduce a descartar la participación de las fuerzas armadas en el combate contra la inseguridad ciudadana. ¿La razón? Estas últimas poseen un eje de acción respecto a un enemigo externo y no interno y, por tanto, sus ámbitos de acción son muy diferentes.

Podemos contrastar lo antes acotado con la experiencia de México y su lucha sin cuartel contra el narcotráfico. De esa forma, la lucha contra el crimen arroja en el gobierno de Vicente Fox, en 2001, un total de 1080 muertos, en tanto que hacia 2009, en el gobierno de Felipe Calderón, año 2009, el balance fue de 6575 muertos. (Cortez, 2010, p. 32)

Nuestra recopilación de cifras preocupantes en una lucha abiertamente frontal contra el crimen no termina aquí. De esa forma tenemos que:

> El gobierno federal (…) movilizó durante el pasado año (en referencia a 2009) a 48 mil 750 soldados con la encomienda de realizar tareas de seguridad pública en auxilio de los más de 400 mil policías municipales, estatales y federales. Sin embargo, la violencia criminal, en lugar de disminuir, aumentó en forma extraordinaria. (Pérez, 2010, p. 37)

A lo antes reseñado sobre la compleja lucha sin cuartel contra el crimen, en especial el narcotráfico, Pérez agrega que:

> El balance resulta escalofriante: La guerra declarada por el gobierno mexicano en contra de los cárteles del narcotráfico ha costado más vidas que las drogas mismas. Es una guerra imposible de ganar, sin importar el número de efectivos militares que se envíen a combatir a los cárteles de la droga. (2010, p. 39)

Nuestro balance, a partir de lo afirmado, es puntual: las políticas meramente reactivas y, en consecuencia, fundamentalmente represivas, no arrojan un saldo positivo en materia de derechos humanos, a partir de problemas de seguridad ciudadana. Y el fundamento de esta afirmación, a partir de la experiencia mexicana, reside en un hecho objetivo: la represión solo militar, o solo policial, sin un enfoque de derechos humanos, solo atiza los problemas de seguridad, y no siempre representan la opción más viable en materia de relaciones materiales entre seguridad ciudadana y derechos humanos.

Por consiguiente, el enfoque de derechos humanos deviene en un necesario insumo de relevancia en toda política pública de seguridad ciudadana, y ello nos permite entonces llegar a una valiosa conclusión en el sentido de que “los conceptos de seguridad ciudadana y derechos humanos deben conformar un matrimonio imprescindible y el fruto de esa unión será la paz social.” (Cartagena, 2010, p. 8)

La reflexión antes descrita es de suyo valiosa, en cuanto grafica nuestra propuesta por entender una importante dimensión de los derechos humanos en toda política pública, y de esa consolidación entre derechos humanos y seguridad ciudadana, existen las bases materiales necesarias para una ciudadanía militante de los derechos humanos, entendida como un compromiso ético necesario.

3. Deber de prevención y seguridad ciudadana

La seguridad ciudadana se convierte en una de las anclas para el funcionamiento del Estado de derecho y, por ende, para el sostenimiento de la democracia. Refiere Cartagena que “lograr conciliar libertad con seguridad es un desafío de la democracia”, (2010, p. 8) y ello es de tal relevancia que sin seguridad ciudadana existe el riesgo de serios déficits democráticos.

Un escenario en el cual sea débil la seguridad ciudadana puede producir un alto índice de desconfianza en la democracia e, incluso, existe el riesgo de que, dados bajos índices de seguridad, sea preferible un régimen autoritario.

Un reporte del diario El Comercio de Perú (2022, p. 14) hace referencia al desplome del respal-

do a la democracia en América Latina, de tal forma que esa confianza cae de 63% a 48% entre 2010 y 2023. Y lo más preocupante es que hubiera crecido el respaldo a los autoritarismos, incrementándose esa preferencia de 15% a 17% en 13 años. El informe acota "Latinoamérica es una región vulnerable, abierta a los autoritarismos y regímenes antidemocráticos, con un claro retroceso de las democracias". En ese ranking Uruguay es el país que más apoya la democracia, con un 68%, y cierra la lista Perú con solo 8%.

Es verdad que diferentes factores afectan las democracias contemporáneas, pero no podemos negar el factor de contribución de las falencias en materia de seguridad ciudadana, entorno que impulsa a creer, falsamente, que un régimen autoritario podría estar en la posibilidad de brindar respuestas más eficaces que uno democrático para reducir la inseguridad.

Es esta amenaza a la democracia el elemento que justifica una inclusión de los derechos humamos y el deber de prevención entre los lineamientos de una política pública en materia de seguridad ciudadana. En efecto, una política pública alejada de los derechos humanos se desvincula de la democracia, pues no negaríamos el matiz punitivo que aquella podría representar si ella se aleja de los necesarios estándares que involucran los derechos humanos.

La pregunta a formular sería directa: ¿creemos en la democracia si esta expresa altos índices de falta de seguridad ciudadana? ¿estará cumpliendo cabalmente su rol el Estado si no refuerza la seguridad de los ciudadanos? La respuesta habría de ser tentadora en el sentido de confiar menos en la democracia. Y he aquí, al mismo tiempo, la justificación de un dovere di prevenzione, o deber de prevención.

Ya García esboza un concepto que nos parece de interés, al señalar que "no hay democracia sin respeto a los derechos humanos o, como afirman los expertos en estas materias, cada vez que se quebrantan las garantías, así sean las que tutelan a pequeños sectores, se fractura y se pervierte la democracia." (2010, p. 37)

La premisa referida supra es objetiva: para ser fuerte, una democracia no puede excluir de sus lineamientos una política integral de derechos humanos, y en materia de seguridad ciudadana, uno de los primeros lineamientos al respecto es el deber de prevención.

La antípoda de la afirmación anterior es una democracia débil y esta, entre sus múltiples y posibles expresiones, puede acusar graves problemas sociales. De esa forma:

> una política adecuada de seguridad ciudadana tiene que ser concebida, en primer lugar, como parte del conjunto de los esfuerzos de los Estados por avanzar en la inclusión social y la igualdad de oportunidades y como parte del esfuerzo de fortalecer nuestras aún débiles democracias y garantizar los derechos humanos y libertades públicas. (IMDHD, 2010. p. 19)

A tenor de lo afirmado, la inclusión social, esto es, el favorecimiento de oportunidades de desarrollo para los ciudadanos, así como la igualdad de oportunidades, entendida como un reforzamiento del acceso a diferentes facetas de realización personal, consolidan las democracias en varios de sus niveles. ¿Cómo robustecemos estos elementos? Vuelve aquí a ser patente el deber de prevención del Estado, en primer lugar, y de una ciudadanía militante de los derechos humanos, como segundo nivel de raciocinio en este mismo estándar.

El deber de prevención a que aludimos parte, también, de una necesidad de combatir la criminalidad desde una perspectiva de derechos humanos, siendo necesario este último enfoque pue, en caso contrario, la acción del Estado solo sería reactiva y represiva. En esa lógica de análisis "un riesgo latente es considerar que la criminalidad tiene su base únicamente en el comportamiento individual y que no está relacionada con causas sociales" (IMDHD, 2010, p. 19) Es precisamente

ese escenario social el que nos permite un diagnóstico de campo cuyas patologías deben solucionarse asociando derechos humanos y deber de prevención.

A lo acotado, hay que sumar las contradicciones que se presentan en la lucha contra la criminalidad y, como señala Baratta, es de tener en cuenta que "la espiral de violencia se eleva, con la paradoja de que el control del riesgo aumenta el riesgo y la seguridad de los asegurados se vuelve precaria. En lugar de aumentar la seguridad de pocos, crece la inseguridad de todos". (IMDHD, 2010. p. 20)

Lo afirmado nos pone en un escenario muy complejo: en la lucha por la seguridad, crece la inseguridad. ¿Es esto posible? Si hay precariedad de enfoques, es un riesgo latente que corre toda democracia.

En el mismo razonamiento sobre la complejidad de la inseguridad tenemos que:

> Como señala Cartuyvels "el discurso sobre la inseguridad contribuye finalmente a colonizar las diversas políticas sociales y sanitarias, cuando no las culturales, cuyos objetivos y medios de financiación son cada vez más determinados por una lógica de prevención de la criminalidad." Sin duda alguna, este fenómeno pervierte la propia esencia de lo que deber ser la seguridad en entornos democráticos en donde ni la seguridad puede estar por encima de los derechos fundamentales, ni las políticas sociales puede estar en función de las criminales, sino todo lo contrario. (IMDHD, 2010. p. 21)

Nos queda, como reflexión crítica, si en nombre de la seguridad ciudadana, pueden ser rebasados algunos límites relacionados con los derechos fundamentales. ¿Sería así pertinente, en aras de acabar con la inseguridad, no solo aumentar penas sino reinstaurar la pena de muerte frente a la delincuencia excesiva? Sin duda la solución planteada- la aplicación de la pena más grave- acarrearía, para la mayoría de Estados, problemas de convencionalidad, pues en ese sentido la CADH es taxativa: para países firmantes del pacto de San José, no puede reinstaurarse la pena de muerte, a menos que se denuncie la Convención.

Frente a ese obstáculo acotado ¿sería prudente denunciar la CADH para que un país vuelva a aplicar la pena de muerte? En definitiva, sería un escenario de regresividad de los derechos humanos, tendencia de suyo contraria a la progresividad sustantiva de estos derechos en el mundo contemporáneo. Advirtamos que existen falsos eficientismos sobre este tema, y aquí nos referimos a que la reinstauración de la pena de muerte es, sin duda alguna, un grave retroceso en materia de derechos humanos para toda democracia.

El eficientismo a que aludimos también se expresa en la medición de estándares de personas detenidas como respuesta a la proliferación de la inseguridad ciudadana. La pena de cárcel no debe constituir un fin último del Derecho penal, sino un medio de resocialización. De esa forma ¿son caras las políticas penitenciarias bien conducidas? Por supuesto que sí y es parte de las cargas legítimas en materia de derechos que les asiste a los Estados.

La idea que desarrollamos se puede observar en el planteamiento que consignamos:

> Como parte de la política criminal, las políticas públicas sobre seguridad se encuentran vinculadas con el sistema de justicia penal, vinculación que puede tornarse peligrosa si se reduce al binomio seguridad-castigo; es decir, a la idea de que el incremento en el castigo penal conlleva mayor seguridad. Esta concepción es favorecida por las políticas de corte represivo y mano dura en las cuales el indicador principal sobre la eficacia del combate a la criminalidad consiste en el número de personas recluidas en prisión. (IMDHD, 2010, p. 22)

La sociedad también adolece, en su espacio, de actitudes reactivas, lamentablemente desvinculadas de un verdadero involucramiento con los derechos humanos, y al respecto debemos tener en cuenta que:

> La lógica punitiva prevaleciente ha acarreado algunos efectos que pueden considerarse paradójicos: a pesar de la desconfianza ciudadana frente a la actuación de las instituciones del sistema de justicia, un gran sector de la sociedad parece apoyar ciegamente cualquier iniciativa gubernamental que otorgue mayores atribuciones a los operadores de dicho sistema, principalmente respecto de la investigación y la sanción. Así, de manera contradictoria, en lo referente a la seguridad se generan amplias expectativas sobre los alcances de un sistema en el que, a la vez, casi nadie confía. (IMDHD, 2010, p. 23)

Bajo las pautas descritas, reforzamos el concepto de deber de prevención para proceder a una definición integral de la misma. En ese orden de ideas, hemos de tener en cuenta que:

> El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales (CIDH, 2009, p. 17)

En forma complementaria al deber de prevenir, advertimos la existencia de la obligación de investigar, en la medida que se trata de obligaciones conexas:

La obligación de los Estados de investigar conductas que afectan los derechos protegidos en la Convención Americana deriva de la obligación general de garantía establecida en su artículo 1.1 en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado (CIDH, 2009, p. 18).

A tenor de lo afirmado, entonces, es pertinente plantear una integralidad de la prevención, entendida como una figura que acarrea diversas obligaciones trascendentes, y para ello tenemos que:

> El enfoque de las políticas de prevención de la violencia debe ser integral. (pero) todavía hay muchos que creen, o declaran, erradamente, que el aumento de la violencia estatal puede contrarrestar la violencia criminal. Desde esta postura, se plantea la seguridad en términos de "guerra contra el delito", como si hubiera dos instancias de poder de fuego contrapuestas, y que, por lo tanto, la violencia social debe ser respondida con mayor violencia desde las instituciones judiciales y policiales. No obstante, los circuitos de violencia se retroalimentan: las respuestas violentas de las fuerzas públicas suelen generar mayor violencia social, y además no han demostrado ser eficaces en la reducción de los índices de delitos. En síntesis, creemos que para reducir la violencia social es necesario reducir simultáneamente la violencia que las propias instituciones estatales promueven, y que desde espacios regionales e internacionales como ésta se puede contribuir con la discusión de estrategias y la elaboración de principios de proporcionalidad que sean aplicables a situaciones particulares (…) (Pochak, 2014, p. 3)

Pochak desarrolla, con suficiencia, la idea de construir una institucionalidad pública en materia de seguridad ciudadana, y la opone, con buenos argumentos, a la intervención de las fuerzas policiales en la lucha contra la inseguridad. Entonces tenemos que:

> Las políticas de seguridad ciudadana basadas en un enfoque democrático requieren como condición de posibilidad construir una determinada institucionalidad pública. (…). Estamos convencidos de que es importante fortalecer el gobierno político de la seguridad, como eje contrario a la autonomía de las fuerzas policiales, y también contrario al modelo que se apoya

> en el uso de las fuerzas militares para enfrentar problemas de criminalidad y violencia, como ocurre aún en algunos países de la región. (Pochak, 2014, p. 3)

Pochak alude, de igual forma, a un denominado "punitivismo demagógico o fetichismo de la ley" para señalar que:

> (…) uno de los debates más fuertes de América Latina tiene que ver con la tentación a utilizar el sistema penal como la principal política de seguridad ciudadana. Es común en nuestros países que, en el marco de campañas electorales o ante demandas de seguridad de la población, se recurra a propuestas de endurecimiento de sistemas procesales —en particular, para restringir las excarcelaciones durante la investigación, o limitar las salidas anticipadas al cumplimiento completo de la pena—, el aumento de penas, la tipificación de nuevas conductas, etc. Estas promesas, que muchas veces se combinan con otros "lugares comunes", tales como los discursos políticos dirigidos a cuestionar a los tribunales de justicia por ser demasiado "permisivos" en el tratamiento con los delincuentes, carecen de estudios de impacto. (…) (Pochak, 2014, p. 5)

Por lo tanto, debe ser replicada la idea de que el problema de la inseguridad ciudadana solo puede combatirse desde un agravamiento de las penas respecto a los delitos que conciernen a estos temas. Las leyes tienen un fin instrumental, es decir, constituyen medios para lograr fines, mas no son el fin en sí mismo. Pensar que la ley rigurosa pondrá fin a la inseguridad ciudadana solo implica una visión sesgada del problema que abordamos.

En conclusión, si aludimos a una idea omnicomprensiva del deber de prevención convendríamos en afirmar que este imperativo de prevención alcanza en su forma sustantiva a las políticas públicas de los Estados, en su calidad de órgano directriz del sistema.

De la misma forma, en su forma adjetiva, ese deber también alcanza a la sociedad, y de ahí que sea viable volver a enunciar la idea de una ciudadanía militante de los derechos humanos, en cuanto este recoge, de igual forma, un compromiso ético de respeto por los derechos de las demás personas en la sociedad, más aún cuando nuestro mundo hoy se ha vuelto una aldea global. En cuanto las interrelaciones entre seres humanos cada vez aluden menos a las distancias físicas. Así las realidades se asemejan, y ellas adquieren compromisos éticos con los derechos humanos.

4. Derechos vinculados a la seguridad ciudadana

Un estudio al que hemos hecho continua mención en este análisis ha sido el del Informe de la CIDH en materia de seguridad ciudadana, y en réplica de la metodología de la mecánica de ese diagnóstico (2009, pp. 44-99), consideramos prudente reproducir parte de esa dinámica en relación a la vinculación de la seguridad ciudadana con otros derechos vinculados a la misma.

La razón de esa opción procedimental reside simplemente en la idea de que si bien la seguridad ciudadana no tiene una definición nominal como derecho humano expreso en la CADH, de la misma se desprende un importante entorno de vinculación con otros derechos, los cuales debidamente correlacionados con la seguridad ciudadana como tal, nos conducen a la conclusión directa, una de las varias de este estudio, respecto a que la seguridad ciudadana puede considerarse verdaderamente un derecho humano.

Los derechos a continuación enunciados son consignados, de igual forma, por instrumentos relevantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, entre otros, pero hemos de ceñirnos a la CADH por la naturaleza de su vínculo obligacional directo.

4.1. Con el derecho a la vida

El derecho a la vida se encuentra regulado en el artículo 4[2] de la CADH, y parte del supuesto de protección al bien jurídico que por excelencia, deviene en el valor más importante en materia de derecho humanos en todo ordenamiento jurídico. En un escenario de alta inseguridad ciudadana este es el bien jurídico más afectado.

Advirtamos que gran parte de la jurisprudencia de mayor relevancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a lesiones irreparables al derecho a la vida, muchas veces vinculadas a entornos de violencia por problemas de seguridad ciudadana. De ahí que haya una necesaria construcción de estándares jurisprudenciales en materia de derechos humanos respecto al derecho a la vida. La cuestión es objetiva: algunos derechos afectados son reparables; el derecho a la vida, si esta se pierde, no marca camino de retorno, y eso es un factor gravísimo en materia de derechos humanos.

4.2. Con el derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal se encuentra regulado en el artículo 5[3] de la CADH y su vinculación con la seguridad ciudadana obedece a un segundo nivel de afectación, después del derecho a la vida. Advirtamos dos grados de lesión a la integridad personal: una a nivel físico, propiamente dicho; otra a nivel emocional, en función de los daños psicológicos que puede causar la inseguridad ciudadana.

Son preocupantes, en algunas partes de Latinoamérica, los fenómenos de ajusticiamiento popular, en defensa de la seguridad ciudadana., en tanto estos hechos traducen un quebrantamiento de la fórmula esencial del Estado de derecho, cual es el respeto por la vida. De igual forma, merece destacarse aquí el uso proporcional de la fuerza letal por parte de agentes del Estado. en tanto y en cuanto los excesos en esta cuestión con facilidad se ubican en el ámbito de una especie de ajusticiamiento fuera del marco de la ley.

Hemos de destacar, en este aspecto, que el derecho a no ser torturado es ya un derecho de ius cogens, es decir, de vinculación universal, salvo contadas excepciones en contrario, y por ello nos referimos a los países que no han suscrito la Convención contra la Tortura, poquísimos en realidad.

En este ámbito podemos ubicar, también, el necesario cuestionamiento a los crímenes de lesa

---

2 Convención Americana - Artículo 4. (1) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (2) En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. (3) No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. (4) En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. (5) No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (6) Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

3 Convención Americana - Artículo 5 (1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (3) La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (4) Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. (5) Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. (6) Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. Artículo 7 (1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

humanidad, cuyas variadas modalidades representan afectación a la integridad corporal de las personas. ¿Puede la inseguridad ciudadana recalar en este tipo de crímenes? La relación es perfectamente viable, dado el deterioro simultáneo posible de la integridad física y emocional de las personas.

4.3. Con el derecho a la libertad y la seguridad personales

Este derecho está regulado en el artículo 7[4] de la Convención Americana y considera, en su contenido material, la afectación, por un lado, del derecho de locomoción, en cuanto la inseguridad ciudadana afecta el derecho a un libre tránsito; por otro lado, la seguridad personal es una consecuencia de un escenario de políticas públicas eficaces en materia de seguridad ciudadana.

En este ámbito, la CIDH destaca como modalidades violatorias de este derecho los plagios, secuestros y la trata de personas, (2009, p. 61) fenómenos que han tenido un crecimiento explosivo en los últimos lustros en esta parte del continente. A esto se suma el trabajo esclavo o forzado en algunos países de la región, así como las detenciones de menores de edad, siendo necesario que estos merezcan un tratamiento diferenciado, en el aspecto penitenciario, respecto de los adultos.

4.4. Con el derecho a las garantías procesales y a la protección judicial

El derecho a las garantías procesales[5] debe ser entendido como un mínimo de mínimos de los derechos concernientes al debido proceso, y respecto de los cuales debe asimilarse una idea de mecanismos necesarios legales y legítimos en la lucha contra la inseguridad ciudadana a nivel jurisdiccional. Observemos que las garantías no deben ser entendidas como obstáculos a la labor judicial y, por el contrario, deben ser asumidas como verdaderas salvaguardias de procesamiento.

---

4 Convención Americana - Artículo 7(1). Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

5 Convención Americana - Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Por su parte, la protección judicial[6] implica el derecho a un juzgamiento célere si de derechos fundamentales se trata.

La lucha contra el crimen exige ser eficaz, pero de igual forma, demanda ser respetuosa de los derechos de imputados y víctimas, dentro de parámetros de un juzgamiento ajustado a estándares de protección para todas las partes intervinientes.

4.5. Con el derecho a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad

La protección de la honra y su manifestación directa- la dignidad de la persona[7]- denota que los procedimientos policiales que incluyan registros corporales, tanto a personas privadas de libertad como a familiares de estos, deben realizarse sin abusos, siendo exigible se apliquen estos solo en casos estrictamente necesarios y bajo protocolos policiales preestablecidos.

Estas condiciones se extienden a los bienes personales que las personas lleven consigo, así como extensivamente incorporan la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en sentido amplio. (CIDH, 2009, p. 79)

4.6. Con el derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión[8] y a su vez de pensamiento, puede verse seriamente afectada en contextos de alta inseguridad ciudadana. Como hemos apreciado supra, el caso mexicano es sumamente preocupante, en tanto el asesinato de periodistas por parte del crimen organizado, fenómeno muy recurrente en el país azteca, es una estrategia negativa que afecta la labor periodística.

Por otra parte, sin un adecuado acceso a la información por parte de la sociedad civil, resulta muy difícil construir políticas públicas encaminadas al fortalecimiento de la seguridad ciudadana. La información de calidad resulta un insumo relevante para determinar cuáles ítems de la realidad social necesitan ser reforzados. Desde otro enfoque, las autoridades estatales tienen el

---

6 Convención Americana - Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

7 Convención Americana - Artículo 11. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

8 Convención Americana, artículo 13 - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

deber de informar con transparencia. (CIDH, 2009, p. 84) Y de ahí la importancia del funcionamiento de observatorios sobre violencia y delito en la región, (CIDH, 2009, p. 86) órganos que no funcionan eficazmente si no existe la más amplia libertad de informar.

4.7. Con el derecho de reunión y asociación

No debemos dejar de lado que, frente a contextos de serias crisis sociales y económicas, un aspecto común en la Latinoamérica de los últimos lustros, es que los ciudadanos tienden a manifestarse en protestas sociales, generándose marchas, a veces multitudinarias, en ejercicio del derecho de reunión. Aquí hemos de destacar la importancia de la actuación proporcional de las fuerzas policiales cuando los ciudadanos ejerzan su derecho de reunión, el cual suele expresarse, con frecuencia, en manifestaciones públicas.

Por tanto, son exigibles reglas claras por parte de la autoridad para que los ciudadanos puedan ejercer estos derechos en forma pacífica, debiendo prevenirse, igualmente, que la violencia de los manifestantes, en caso de ocurrir, merezcan respuestas proporcionales por parte de las fuerzas del orden.

4.8. Con el derecho a participar en los asuntos de interés público

La afectación del derecho de participación,[9] también puede manifestarse cuando se impide la participación de la sociedad organizada en la planificación, implementación y evaluación de medidas para la prevención situacional de la violencia y el delito. (CIDH. 2009, p. 96)

En ese orden de ideas, las asociaciones de vecinos, las organizaciones comunitarias, las redes y grupos de interés, al conformar un valioso capital social, resultan elementos de interacción necesaria para expresar posiciones sociales de interés en la construcción de políticas públicas sobre seguridad ciudadana. Igualmente, se erigen en herramientas sustantivas para el ejercicio del control sobre las acciones de las autoridades públicas en un Estado democrático. (CIDH, 2009, p. 97)

4.9. Con el derecho al uso pacífico de los bienes

Finalmente, la inseguridad ciudadana afecta el uso pacífico de los propios bienes,[10] en la medida que puede verse afectado el derecho de propiedad al proliferar la delincuencia en distintos niveles.

Aquí es importante enfatizar la importancia de todos los bienes materiales de los ciudadanos, independientemente de su valor. El derecho de propiedad confiere al propietario el derecho de disposición sobre su bien, y es el Estado el ente llamado a garantizar ese ejercicio. Por consiguiente, hay un llamamiento material a este para garantizar aquel ejercicio enunciado, siendo

---

9 Convención Americana - Artículo 23: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

10 Convención Americana - Artículo 21. "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."

necesario evitar sentimientos de frustración y desprotección, (CIDH, 2009, p. 100) si acaso la inseguridad ciudadana prevaleciera de tal forma que haga inviable el desarrollo del derecho de propiedad.

Ideas a título de conclusión

Los diagnósticos materia de este estudio nos permiten una primera e importante conclusión: la seguridad ciudadana es un verdadero derecho humano, y la objeción formal de que no obre como derecho recogido en forma directa por la CADH, es notoriamente insuficiente, además de denotar un efecto de literalidad que hoy no es parte de la interpretación convencional en materia de derechos humanos.

En ese orden de ideas, la vinculación más que estrecha a otros derechos - derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad y la seguridad personales, a las garantías procesales y a la protección judicial, a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad, a la libertad de expresión, de reunión y asociación, a participar en los asuntos de interés público, y al uso pacífico de los bienes- nos persuaden de la relevancia de considerar a la seguridad ciudadana como un ancla del Estado de derecho.

Hemos abordado, en este análisis algunas definiciones sobre seguridad ciudadana, diferenciándola del concepto abierto de seguridad pública, concepción esta última más vinculada a un entorno más general, que concierne al Estado en forma amplia, incluida la defensa nacional. La seguridad ciudadana, por su lado, concierne a entornos también generales, pero asume una visión más específica de la sociedad.

De la misma forma, hemos afianzado, como concepto central de este estudio, la noción de una estrecha relación entre seguridad ciudadana y derechos humanos, en la medida que aquella sin estos solo implica posiciones reactivas y sesgadas de los Estados,

Una cultura de derechos humanos en materia de seguridad ciudadana es un requerimiento material a todo Estado de derecho, a fin de no apreciar la lucha contra la inseguridad solo como un conjunto de medidas para incrementar las penas, e impulsar solo una tesis de lucha reactiva contra la delincuencia.

De esa vinculación entre seguridad ciudadana y derechos humanos, construimos una concepción fuerte del denominado deber de prevención, entendido como una exigencia tanto al Estado como a la sociedad en sus diferentes estamentos. Precisamente esta última idea nos permite afianzar la tesis de una ciudadanía militante en materia de seguridad ciudadana, en tanto una concepción fuerte por los derechos humanos, irradiará hacia políticas públicas debidamente construidas.

Es de verse, en consecuencia, que es un deber de los Estados prever medidas de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, pero a su vez se trata de un compromiso ético de la ciudadanía por el respeto a los derechos humanos, los cuales tiene un contenido de moralidad del cual debemos estar convencidos. Por tanto, la propuesta de afianzar la idea del gobierno político de seguridad demanda un compromiso de toda la ciudadanía en sus más diversos niveles.

Finalmente, no es una quimera pensar en una ciudadanía militante de los derechos humanos, a partir de una relación conceptual más estrecha entre estos últimos y la seguridad ciudadana. Y es justamente esa íntima correlación entre ambas nociones la premisa de entrada que nos permite proyectar el deber de prevención no solo como una obligación estatal, sino como una exigencia a la sociedad misma, en sus diversos niveles.

Y la forma de involucrar a la sociedad, a juicio nuestro, sería asumir que el nomen ciudadanía

militante se caracteriza por una idea omnicomprensiva de los derechos humanos a nivel de todos los estamentos ciudadanos, definición fuertemente correlacionada con la relevancia de los derechos humanos.

La seguridad ciudadana, finalmente, se verá fortalecida si recogemos las propuestas acotadas. No se trata simplemente de diagnosticar buenos propósitos. Ya Dante reseñaba con maestría literaria los círculos del infierno, y con ello parecía decirnos que ese camino al Averno se encontraba empedrado de buenas intenciones. Trabajemos por un Estado de derecho que permita ese propósito de una seguridad ciudadana que, antes que ostentar solo buenos propósitos, se caracterice por un matiz fuerte y respetuoso de los derechos humanos.

Publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial del Perú.
Vol. 16, Nro. 21, enero-junio, 2024, 203-238

BIBLIOGRAFIA

Cartagena I. (2010). Seguridad ciudadana, un derecho humano
https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26029.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Organización de los Estados Americanos.
https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf

Cortez E. (2010) ¿Seguridad ciudadana inalcanzable? En Seguridad ciudadana y Derechos Humanos. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (2010).
https://imdhd.org/wp-content/uploads/2020/01/Seguridad-Ciudadana-1.pdf

El Comercio (2023, 22 de julio). El respaldo a la democracia se desploma en América Latina. El Comercio. p. 14.

García F. (2010). Seguridad ciudadana y derechos humanos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/3.pdf

Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (2010). Seguridad ciudadana y Derechos Humanos.
https://imdhd.org/wp-content/uploads/2020/01/Seguridad-Ciudadana-1.pdf

Pérez, J (2010). La crisis de la seguridad pública y la participación del ejército. En Seguridad ciudadana y Derechos Humanos. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (2010).
https://imdhd.org/wp-content/uploads/2020/01/Seguridad-Ciudadana-1.pdf

Pochak A. (2014). La seguridad ciudadana con perspectiva de derechos humanos como desafío de la política criminal. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR
https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/08/presentacion_Conversatorio_Peru.pdf

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO PNUD (2020). Análisis sobre innovación en seguridad ciudadana y derechos humanos en América Latina y el Caribe. Una perspectiva desde las políticas públicas y la gestión institucional.
https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/undp-rblac-es-Analisis-innovacion-seguridad-ciudadana-derechos-humanos-VF.pdf

ÉTICA JUDICIAL Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES[1]

Manuel Atienza Rodríguez (España)

Texto preparado para ser leído en la Universidad de León con motivo del nombramiento del autor como doctor honoris causa (2024)

1.

Son varias las razones que explican el interés por la ética judicial que surge a partir de las últimas décadas del siglo pasado. Una es la complejidad creciente de los ordenamientos jurídicos, como consecuencia, al menos en parte, de los procesos de constitucionalización de los Derechos y de la globalización; sobre todo el primero de esos fenómenos ha producido, como bien se sabe, un aumento considerable del poder social de los jueces, lo que, naturalmente, ha repercutido en el interés creciente que la gente tiene hoy por conocer aspectos de una profesión que, anteriormente, se había desenvuelto más bien en el anonimato. Otra razón es la pérdida de homogeneidad de los jueces: en cuanto al origen social (la profesión es, sin duda, hoy mucho más abierta que en el pasado), la ideología (no todos los jueces tienen -ni mucho menos- una misma orientación política) o la incorporación masiva de las mujeres (en muchos países -uno de ellos, España- constituyen, y desde hace años, la mayoría de la profesión). Y como consecuencia, se podría decir, de todo ello (de factores tanto subjetivos como objetivos) lo que parece haberse producido es cierta desorientación, o sea, ya no existe una idea clara (o una misma idea) de en qué consiste el arquetipo de juez: cómo debe comportarse un juez, o qué rasgos de carácter debería tener, para poder ser considerado como un buen juez. Los muchos códigos de ética judicial que se han venido promulgando (en el ámbito nacional y supranacional) en los últimos tiempos obedecen, yo creo, a esa necesidad: la sociedad, y los propios jueces, requieren tener una idea lo más exacta posible de lo que cabe esperar de (y de lo que se debe exigir a) los integrantes de una institución de la que depende aspectos importantes de la vida de la gente: entre otras cosas, la protección de sus derechos.

Como he tenido la oportunidad de ocuparme de esa cuestión -de la ética judicial- en diversos trabajos escritos aproximadamente a lo largo de unos treinta años, presentaré ahora, de manera

---

1 El texto que sigue fue preparado para una conferencia (on line) organizada por la Corte Constitucional del Ecuador el 20 de septiembre de 2024.

muy sintética, los puntos que me parecen más relevantes. Son los siguientes:

Los criterios de ética judicial (como, en general, los de la ética) tienen un carácter final, lo que quiere decir que son las razones últimas a las que se apela en el razonamiento práctico, o sea, las razones últimas que un juez puede -ha de- dar para comportarse de una determinada manera: por ejemplo, para absolver o condenar a un acusado o para decretar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. A diferencia de las razones prudenciales, de conveniencia o estrictamente jurídicas, las de carácter ético son autónomas (valen por sus propios méritos) e imparciales (no pueden basarse en el interés de quienes las esgrimen).

2) Otra característica de la ética es su carácter unitario o universal, o sea, los criterios éticos son los mismos para todos, para todos los agentes morales, cualquiera que sea su posición social, su ubicación geográfica, su profesión… Eso quiere decir que los criterios de la ética judicial no pueden diferir de los de la ética sin más, de los de la ética general; de lo que sí cabe hablar es de una diversa modulación (por razón de la profesión) pero de unos mismos principios morales. Y esos principios no parece que puedan consistir en otra cosa que en el respeto de la igualdad, la dignidad y la autonomía de todos los agentes morales.

3) La ética judicial es necesaria porque la definición de lo que sea un buen juez no puede hacerse coincidir sin más con la de alguien que se comporta de acuerdo con lo que el Derecho requiere, o sea, con alguien que no incurre en comportamientos jurídicamente ilícitos. El centro de la ética judicial es la excelencia, y al juez excelente -al buen juez- le exigimos algo más que eso, que comportarse de manera aceptable; al igual que el buen profesor no es simplemente el que cumple con las normas que reglamentan su actividad: no es lo mismo ser un profesor decente que un buen profesor o un gran profesor. Además, la profesión de juez plantea, al menos en ocasiones, dilemas éticos que no pueden resolverse simplemente “aplicando” el Derecho.

4) La ética judicial es posible si se rechaza el escepticismo moral (el tipo de teoría ética que suele calificarse como no-cognoscitivismo). Lo que esto quiere decir es que existen criterios de corrección ética (aplicables también a la actividad judicial) de carácter objetivo y que no pueden hacerse coincidir con la preferencia que, en relación con tal situación, tal problema, un determinado individuo o un grupo pueda tener. La objetividad de la ética supone, por así decirlo, que hay preferencias que no pueden tenerse y otras que no pueden no tenerse. Pero objetividad, por cierto, no implica absolutismo moral, sino (en mi manera de entender el objetivismo) falibilismo: en nuestros juicios morales erigimos una pretensión de corrección, pero debemos estar abiertos a que resulte derrotada (o, quizás con más frecuencia, modificada o precisada) por informaciones, argumentos, etc. que no habíamos considerado o que habíamos evaluado incorrectamente.

5) Los códigos de ética judicial existentes varían en una serie de aspectos, lo que, sin duda, es una consecuencia de la diversidad de culturas jurídicas existentes (también dentro de lo que solemos entender por el mundo occidental). Pero en todos ellos se recogen dos principios que serían los más básicos: el de independencia y el de imparcialidad. Simplificando: el primero supone que los jueces sólo están sometidos al Derecho: sus decisiones deben basarse exclusivamente en los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico en el que el juez opere; y el segundo, que a la hora de interpretar las normas o de establecer los hechos (y, en general, en toda su actividad), los jueces deben actuar de manera objetiva, evitando todo tipo de sesgos.

6) En el *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* se pone también un gran énfasis en el deber de los jueces de motivar sus decisiones, con el propósito de hacer frente a lo que tradicionalmente ha sido un déficit de la cultura jurídica (judicial) en el mundo latino: no haber prestado la suficiente atención al componente argumentativo del Derecho. Además, el Código incorporaba estos otros principios (diez más): conocimiento y capacitación; justicia y equidad;

responsabilidad institucional; cortesía; integridad; transparencia; secreto profesional; prudencia; diligencia; honestidad profesional.

7) La ética judicial no se agota, sin embargo, en el plano de las normas. Sino que incorpora además elementos (así lo hace también el Código Modelo) de lo que suele entenderse como ética de la virtud, o sea, los rasgos de carácter (valentía, perspicacia, altura de miras, humanidad, autocontención…) que ha de desarrollar un profesional para poder ser considerado un buen juez. Y parece obvio que esos dos planos -el de las normas y el de las virtudes- no deben verse en términos de oposición, sino de complementariedad.

8) Los destinatarios de los códigos de ética judicial (de la ética judicial) no son únicamente los jueces, sino la sociedad en general. Para los jueces, es un instrumento que puede contribuir a guiar y mejorar su práctica; y para los no jueces, la explicitación de los criterios de ética judicial debería servir para ayudar a entender, evaluar y criticar con fundamento la actividad judicial.

9) Los códigos de ética judicial son, por lo general, códigos sin sanciones. Eso se debe, por un lado, a la existencia de normas penales y de otro tipo (en particular, normas disciplinarias) que regulan la conducta judicial, y, por otro lado, a que la excelencia tiene que ver con un tipo de normas o de pautas de conducta (normas ideales) refractarias a las sanciones. Por lo demás, hay sin duda una continuidad (y un solapamiento) entre las normas estrictamente jurídicas y las normas deontológicas, pues lo que cabe entender por comportamiento aceptable de un juez (no cometer delitos o no incurrir en faltas disciplinarias) es una condición necesaria, aunque no sea suficiente, para la excelencia.

10) Contar con un código de ética judicial, difundir y tratar de fomentar los valores ahí contenidos es un factor que puede contribuir a mejorar la práctica judicial. Pero nunca debe perderse de vista que su eficacia es, inevitablemente, limitada. La prédica moral no basta y, en ocasiones, puede ser incluso contraproducente, en el sentido de que funciona como una ideología para generar un estado de opinión falso (pensar que las cosas están mejor simplemente porque se dispone de ese texto, se imparten cursos de ética judicial, etc.). Lo más importante, en realidad, es introducir cambios en las instituciones jurídicas (en la organización del ingreso y promoción en la carrera, en asegurar ciertas condiciones de trabajo, etc.) y en las de la sociedad en general (pero de esto no cabe ocuparse aquí) que faciliten que alguien pueda comportarse, efectivamente, como un buen juez.

2.

Todo lo anterior se aplica, como es lógico, a quienes forman parte de un tribunal constitucional, puesto que ellos son también jueces. O sea, ejercen una función jurisdiccional (resuelven casos aplicando normas jurídicas) que, sin embargo, tiene ciertas características distintivas en relación con la actividad profesional del resto de los jueces. Y, por ello, los criterios de ética judicial que antes he mencionado tienen que ser modulados de cierta forma al referirlos a los magistrados constitucionales.

Así, en relación con el principio de independencia, la situación de un magistrado constitucional es sin duda más delicada, más problemática, que la de un juez ordinario. Y la razón para ello es bastante obvia: los casos que llegan a una corte constitucional (al menos, los más connotados) tienen una dimensión política (o político-moral) mucho más acentuada de lo que suele ocurrir en relación con la jurisdicción ordinaria; y en los procedimientos para acceder al puesto de magistrado constitucional suele jugar un papel (mayor o menor, según el ordenamiento jurídico de que se trate) su orientación política, lo que no ocurre (o, en general, no ocurre, o bien ocurre mucho menos) cuando se trata de jueces ordinarios. Esa mayor politización de la justicia constitucional es un dato, cabe decir, inevitable y, por tanto, con el que hay que contar; pero se puede convertir

en patológico (como lamentablemente ocurre en muchas cortes constitucionales) cuando la coloración política del magistrado en cuestión (determinada a su vez por el grupo político que le llevó al cargo) es un indicio prácticamente infalible para conocer de antemano cómo se va a pronunciar en los casos controvertidos (los no rutinarios, los que llegan a la opinión pública). No creo que exista ningún sistema de elección de los magistrados de una corte constitucional que logre evitar del todo ese problema, pero sin duda unos son peores que otros; y seguramente el peor de todos (o uno de los peores) es el de elegirlos mediante votación popular. En todo caso, eso no quita para que debamos exigir a los magistrados constitucionales que actúen de manera independiente, lo que quiere decir, no exactamente que prescindan de cualquier consideración político-moral en su toma de decisiones (sería no sólo imposible, sino también inconveniente, especialmente cuando se trata de interpretar normas constitucionales), sino que lo hagan de manera coherente (coherente con su concepción del Derecho que, a su vez, también tendría que serlo con los materiales jurídicos autoritativos: luego vuelvo sobre esto) y que sean capaces de tomar decisiones que puedan no ser las más satisfactorias desde su perspectiva ideológica, pero sí las que resultan correctas de acuerdo con el Derecho y, por tanto, con la Constitución.

El principio de imparcialidad también tiene sus peculiaridades en relación con la justicia constitucional. Es cierto que aquí no cabría hablar de “partes” en el mismo sentido en el que se usa la expresión, por lo general, en la justicia ordinaria. Al resolver una cuestión abstracta de constitucionalidad (si una determinada ley vulnera o no la Constitución) lo que se ventila no son exactamente intereses de parte, sino más bien cuestiones valorativas (o, si se quiere, cuestiones que tienen que ver con cómo deban entenderse los intereses generales que, en principio, tendría que promover una ley). Pero, claro, en los casos conflictivos (los que llegan a la opinión pública) esos conflictos se ven como conflictos entre partes: por ejemplo, entre las fuerzas políticas que han promovido una determinada ley y las que se oponen a esa regulación. De manera que, también aquí, al resolver conflictos que enfrentan a diversos sectores sociales (la legalización o no del aborto, de la eutanasia, del matrimonio igualitario…) la opinión pública y la opinión jurídica tendría que ver en esas decisiones algo que no pueda interpretarse como un acto partidario, como la traslación a la sentencia de las opiniones -los intereses- característicos de una de las partes. Por lo demás, las peculiaridades de la justicia constitucional hacen que aquí no puedan (no deban) utilizarse exactamente los mismos criterios de recusación (una institución dirigida a preservar la imparcialidad judicial) que rigen en la justicia ordinaria. Si así se hiciera (y así se hizo, por ejemplo, en España recientemente en un supuesto de gran trascendencia: al aceptar la recusación de un magistrado en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, lo que llevó a una decisión que tuvo graves consecuencias políticas) y si el criterio se aplicase de manera coherente, entonces, efectivamente, se dificultaría extraordinariamente el funcionamiento del tribunal. Quiero decir que a un magistrado de un tribunal constitucional no se le podría recusar simplemente porque en algún momento hubiese escrito, por ejemplo, sobre cuestiones constitucionales que tengan algo que ver con el caso a decidir.

Y también la motivación, la argumentación, de las cortes constitucionales tiene características algo distintas en relación con lo que es propio de la jurisdicción ordinaria. Fundamentalmente se trata de la necesidad (mucho mayor que la que existe en los otros niveles jurisdiccionales) de recurrir a la ponderación, como consecuencia del particular relieve que los enunciados de principio y de valor tienen en la Constitución y a la hora de resolver conflictos entre derechos. Se puede decir que en los casos fáciles o rutinarios (los que más abundan en la jurisdicción ordinaria) el razonamiento justificativo se reduce fundamentalmente a la subsunción, mientras que en los casos difíciles (que, casi por definición, son los que llegan -o deberían llegar- a las cortes constitucionales), la subsunción no es suficiente y se requiere (porque no hay una regla o un conjunto de reglas que resuelva satisfactoriamente el caso) acudir a los principios y, por tanto, ponderar. Yo no creo que la ponderación implique en absoluto arbitrariedad; o sea, hay un método ponderativo regido por criterios objetivos. Pero indudablemente la ponderación implica riesgos mayores que la subsunción, y por ello, los tribunales (en particular las cortes constitucionales)

deberían hacer un uso comedido de ese procedimiento, y deberían esforzarse por precisar todos los pasos de su argumentación para facilitar el control racional de sus decisiones.

Pero hay más. La justicia constitucional es, como sabemos, una institución sumamente reciente (si se excluye el caso de los Estados Unidos) y, por así decirlo, bajo sospecha (la sospecha se extiende también a la Supreme Court estadounidense) desde una perspectiva democrática: me refiero, obviamente, a su carácter contramayoritario, al extraordinario poder que se concede a sus integrantes para oponerse a decisiones tomadas en el parlamento, o sea, en la institución que encarna la voluntad popular. Yo creo, por cierto, que está justificado que tengamos cortes constitucionales y creo además que, en general, han jugado un papel positivo y que son órganos indispensables (al menos, en países como los nuestros) para garantizar los derechos de la gente y, en definitiva, la democracia. Pero a esa objeción contramayoritaria debe dársele obviamente un peso, o sea, debe compensarse con la asunción por parte de los magistrados constitucionales de un deber (que, por cierto, no puede ser otra cosa que moral) de ser deferente hacia el legislador y, más todavía, hacia el constituyente.

Finalmente, a las cortes constitucionales llegan, como es obvio, los conflictos sociales de mayor gravedad y, por ello, con mayor potencial también para generar divisiones e inestabilidad social y política. Como algún autor ha escrito, los parlamentos son organismos diseñados para administrar el disenso, pero los tribunales constitucionales tendrían que esforzarse precisamente por alcanzar, en la medida de lo posible, consensos que permitan, si no resolver, al menos apaciguar los conflictos, las diferencias de opinión que, obviamente, caracterizan a una sociedad democrática y pluralista. Una antigua magistrada del Tribunal Constitucional Federal alemán ha escrito recientemente un libro[2] en el que atribuye el prestigio de que goza ese tribunal (lo contrasta con el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos) a un funcionamiento del que destaca el fomento de "una cultura deliberativa y colegiada, orientada al acercamiento de diversos puntos de vista" (p. 14), así como a la existencia de reglas y costumbres que "son propicias para la formación de líneas jurisprudenciales estables, ampliamente consensuadas, coherentes y no extremas" que "han conducido a la formación de un efectivo ethos común de los jueces" (p. 15). En fin, Latinoamérica no es Alemania y, por lo demás, yo creo que, además de procurar el consenso, un tribunal constitucional no puede perder de vista que ha de desempeñar también una función de transformación social, consistente fundamentalmente en proteger los derechos de la gente (mucho más en riesgo, por lo demás, de lo que lo están en países con instituciones democráticas bien afianzadas). Pero me parece indudable que los magistrados constitucionales de nuestros países tienen una particular responsabilidad institucional (de nuevo, de carácter inevitablemente moral) que quizás pudiera sintetizarse en este consejo: esfuérzate por alcanzar el consenso y por no crear divisiones (dentro o fuera del tribunal) que no sean estrictamente necesarias para proteger los derechos de los individuos y la preservación de las instituciones democráticas.

3.

El centro de la ética judicial lo constituye, pues, la noción de buen juez. En abstracto, no parece difícil establecer cuáles son las características definitorias de esa categoría, como lo prueba, por cierto, la existencia de un amplio consenso del que antes hablaba. Y así, si tomamos como referencia el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (vigente desde 2006 y que, me parece, ha inspirado muchos de los aprobados en los países de ese ámbito geográfico -incluido el código de ética judicial español- a partir de esa fecha) cabría decir que el buen juez es el que actúa con independencia, es imparcial, motiva adecuadamente sus decisiones, posee los

2 *Gertrude Lübbe-Wolff, Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán, Palestra, Lima, 2019.*

conocimientos y las capacidades adecuadas, se esfuerza por alcanzar decisiones justas, es institucionalmente responsable, etc. y posee además ciertos rasgos de carácter -las virtudes judiciales- que contribuyen al cumplimento de esos principios. También he dicho que todo eso tiene ciertas peculiaridades (ha de ser modulado) en relación con el juez constitucional. El problema reside entonces en cómo han de interpretarse, en forma más concreta, todas esas características: independencia, imparcialidad, etc. Y la respuesta que, inevitablemente, ha de darse es que eso depende de la teoría del Derecho, de la forma de concebir el Derecho, que cada jurista -cada juez constitucional- tenga. O, dicho de otra manera, cada concepción del Derecho ofrece un modelo distinto de lo que haya de entenderse por buen juez. Veámoslo con un poco de detalle y tratemos de identificar cuáles son las concepciones del Derecho que se le ofrecen hoy a un magistrado constitucional y, quizás, por cuál de ellas debería optar para poder ser considerado como un buen magistrado.

Si nos situáramos en las últimas décadas del siglo XX, esto es, aproximadamente, en el mismo momento en que se produce el gran desarrollo al que hemos asistido de la ética judicial, me parece que podríamos hablar (con referencia a la cultura jurídica occidental) de cinco grandes concepciones del Derecho: el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el iusnaturalismo, el realismo jurídico y las teorías críticas del Derecho. Curiosamente (o no tan curiosamente), yo creo que ninguna de ellas ofrecía las bases para, a partir de ahí, construir una ética judicial.

En el caso del formalismo jurídico (doy por descontada la caracterización de todas esas concepciones en la forma en que normalmente se hace), lo que cabría decir, básicamente, es que su concepción de la jurisdicción es demasiado simple y, por ello, los formalistas no se plantean propiamente el problema. Para un formalista, lo que debe hacer un juez es, simplemente, aplicar el Derecho; en eso consiste, podríamos decir, su moral: en no tenerla, en el sentido de que no la necesita -o debe prescindir de ella- en el ejercicio de su profesión. Las cuestiones morales pertenecen a la esfera de la legislación, de la producción del Derecho, pero no a la de la aplicación. Se trata, si recuerdan el célebre artículo de Fuller sobre los exploradores de cavernas[3], del juez que usa como premisa última de su razonamiento el famoso dictum “la ley es la ley” (Gesetz ist Gesetz): él no ha de entrar a considerar si, en un determinado supuesto, el entendimiento literal de la norma aplicable pueda producir o no consecuencias injustas.

Las razones para poner en cuestión que, a partir de un positivismo normativista como el de Kelsen, se pueda construir una ética judicial son distintas; conviene recordar, por lo demás, que Kelsen estuvo muy lejos de ser un formalista jurídico (desde la perspectiva de la aplicación -y la interpretación- del Derecho). Dejando de lado las insuficiencias de la teoría kelseniana desde una perspectiva, digamos, descriptiva (parece obvio, por ejemplo, que el Derecho -menos aun el Derecho constitucional- no consiste simplemente en un conjunto de normas coactivas), lo que imposibilita de raíz la construcción de una ética judicial desde su planteamiento no es sólo la “pureza” de la teoría (esa supuesta teoría ética no podría ser parte de la teoría del Derecho), sino el fuerte emotivismo (no cognoscitivismo) ético de Kelsen, que tiene consecuencias también en la manera como él concibió los tribunales constitucionales. En su opinión, las constituciones no deberían contener expresiones como “igualdad”, “libertad” o “dignidad humana”, pues, al tratarse de nociones morales, no se podría, a partir de ellas, argumentar en forma racional, de manera que

---

3 Se trata de un texto de 1949 traducido al castellano (por Genaro Carrió -que fue presidente de la Corte Suprema argentina tras la restauración de la democracia- y por L.J. Niilus) : Lon L. Fuller, El caso de los exploradores de cavernas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961. El problema (trágico) que se plantea ahí es un caso ficticio en el que un grupo de espeleólogos queda atrapado en una caverna. Para subsistir, deciden dar muerte a uno de ellos (que se elige mediante un procedimiento azaroso). Al salir, se los juzga y condena a muerte en aplicación de una disposición legal que reza así: “Quienquiera que privare intencionalmente de la vida a otro, será castigado con la muerte”. El caso llega en apelación a la Corte Suprema, la cual confirma (por mayoría) la sentencia condenatoria del anterior tribunal. Y Fuller va indicando el parecer de cada uno de los cinco jueces que componen el tribunal, mostrando cómo sus propuestas de decisión difieren en atención a las diversas concepciones del Derecho que representan.

su inclusión en las constituciones suponía una invitación a que los magistrados constitucionales (que tuvieran que decidir si una determinada ley va o no en contra de esas nociones) actuasen de manera arbitraria. Por esa razón, no dejo de extrañarme cuando me encuentro con algún juez constitucional (y hay unos cuantos, en España y en Latinoamérica) que dicen tener -y ejercer su función jurisdiccional a partir de- una concepción del Derecho fundamentalmente kelseniana.

Tampoco en un positivismo normativista como el de Hart parece tener cabida (al menos, no podría jugar un papel destacado) la ética judicial. Creo que fundamentalmente por dos razones. Una, por su empeño (común a todos los positivistas) en separar tajantemente el Derecho de la moral, negándose a reconocer que, entre esos dos tipos de fenómenos (el Derecho y la moral) puede haber tanto discontinuidades como continuidades. Y la segunda razón (consecuencia de lo anterior) es que Hart, como bien sabemos, distinguió en el Derecho entre casos fáciles y casos difíciles (de la penumbra) y se opuso por ello a los formalistas jurídicos (que, no verían los casos de la penumbra, o los tratarían como si fueran casos claros, fáciles). Pero, en su opinión, cuando surgían ese tipo de casos, el juez no podía decidir ya con criterios jurídicos, sino que tenía que buscarlos fuera del Derecho: tenía que actuar discrecionalmente lo que (como él o Carrió sostuvieron) no es lo mismo que hacerlo de manera arbitraria. Pero el problema es que Hart o Carrió (que no eran en absoluto emotivistas éticos á la Kelsen) consideraban como criterios de discrecionalidad tanto la moral como la prudencia, el sentido común, consideraciones económicas, de conveniencia política… y no establecían una jerarquía entre esas razones, de manera que negaban uno de los requisitos de la ética judicial al que me referí al principio: el carácter último o final de las razones morales. Y eso, por cierto, es lo que le llevó también a Hart a considerar que las razones para obedecer la regla de reconocimiento no tenían por qué ser de naturaleza moral.

El problema del iusnaturalismo es, cabe decir, el opuesto. Si el Derecho es un ordenamiento justo de la conducta, si para poder ser calificada de jurídica, una norma tiene que ser justa (conforme con la moral), entonces parece que tampoco podría hablarse de que en el Derecho -o en el ejercicio de la jurisdicción- puedan plantearse genuinos conflictos morales. Estaríamos ante lo que a García Amado le gusta calificar de iusmoralismo (solo que él incluye aquí a autores, como Alexy o Dworkin, que, en mi opinión, están muy lejos de sostener lo que él supone que sostienen; luego vuelvo sobre ello). Pero, en fin, así entendido, si el Derecho se disuelve en la moral, ninguna necesidad tendríamos de construir una ética judicial. Ahora bien, esa sería una versión ontológica del Derecho natural, pero existe también una (seguramente la más característica de nuestro tiempo) llamada deontológica: el Derecho natural consistiría en una serie de principios (principios, en realidad, morales) que deberían guiar al Derecho positivo, aunque en ocasiones no lo hagan. Así considerada, la concepción iusnaturalista sí que podría dar lugar a una ética judicial, pero ocurre que esa concepción de la ética choca con uno de los requisitos a los que me refería al principio, puesto que el iusnaturalismo es una concepción absolutista de la moral y que niega, por lo tanto, el falibilismo al que también antes me referí. Hay, por lo demás, muchas formas de iusnaturalismo, y es posible que a alguna de ellas -pienso en la de Lon Fuller- no se le pudiera aplicar lo anterior, o no del todo. Pero, en todo caso, el Derecho natural procedimental de Fuller nada tiene que ver, en mi opinión, con lo que entre nosotros (en el mundo latino) se ha entendido en general por iusnaturalismo. Y así, volviendo de nuevo a su famoso artículo sobre los exploradores de cavernas, la tesis defendida por el juez Foster (que era la que Fuller consideraba adecuada) se basaba en dos argumentos: uno apelaba explícitamente al Derecho natural (a la distinción clásica entre estado de naturaleza y estado de sociedad civil, para sostener que los exploradores se habrían situado en una posición equivalente a la del estado de naturaleza, en la que no regirían las normas del Derecho positivo que se les pretendían aplicar), pero no parece que se le pueda otorgar demasiada fuerza (como sugiere el propio Fuller); y el argumento decisivo (interpretar las normas jurídicas considerando que el Derecho persigue fines, propósitos, racionales y que, en un caso trágico como el que ahí se plantea, justifican introducir una excepción en la regla general) puede aceptarse, yo creo, sin

necesidad de suscribir para nada una concepción iusnaturalista. Es, yo diría que avant la lettre, una aplicación del método interpretativo de Dworkin.

Tampoco desde la concepción del realismo jurídico cabe hablar de una ética judicial, simplemente porque el realismo es también una concepción positivista del Derecho, empeñada en la separación tajante entre el Derecho y la moral y cuyos representantes han sostenido, por lo general, una posición no cognoscitivista de la ética semejante a la de Kelsen: recuérdese la célebre frase de Ross ("invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa") o las tesis (de teoría ética) que, en nuestros días, postulan los autores de la escuela genovesa (Guastini, Comanducci, Chiassoni…). Me parece que los realistas de nuestros días siguen suscribiendo el punto de vista del juez Holmes (precursor de esa dirección de pensamiento) que se condensa en la célebre anécdota en la que, ante la exhortación que le hacía un joven jurista para que, en el desempeño de su trabajo en la Corte Suprema, se dedicara a hacer justicia, el célebre juez reaccionó con estas palabras: "mi función no es hacer justicia, sino aplicar el Derecho".

Y, en fin, menos aún cabe hablar de una ética judicial desde la perspectiva de las teorías críticas del Derecho que, en este aspecto, podría decirse que sostienen las mismas tesis de los realistas, pero en forma más extremada. Los "críticos" son escépticos en materia moral (de teoría moral), pero también lo son (en esto se diferencian mucho de la visión del Derecho de un Holmes) en cuanto al papel del Derecho y de los jueces en la transformación social, ya que para ellos (para los "críticos"), como bien se sabe, el Derecho tiende a reducirse a política, a un fenómeno de poder (y la actividad de los jueces, también sería actividad política), de manera que los criterios que han de regir la actividad jurisdiccional no son (no pueden ser) los de la ética. Hay un conocido texto de Duncan Kennedy (quizás el más connotado representante de la corriente denominada "Critical Legal Studies") en el que presenta una tipología de jueces (los llama: el juez activista -restringido-, el juez del término medio y el juez bipolar) sobre la base de que los jueces actúan estratégicamente, de manera que no podría hablarse propiamente de corrección. O sea, el escepticismo ético, la indeterminación radical del Derecho y el carácter político de la administración de justicia que suelen sostener los autores "críticos" cierra las puertas a la posibilidad de una ética judicial.

Ahora bien, el desarrollo del constitucionalismo jurídico (y un aspecto crucial de ese fenómeno son los actuales tribunales constitucionales) ha supuesto, de alguna manera, que esas concepciones "clásicas" del Derecho hayan entrado (por lo menos, parcialmente) en crisis. Las principales concepciones del Derecho que hoy se ofrecen a los juristas (digamos, a un magistrado de un tribunal constitucional), me parece que cabrían dentro de alguno de estos cuatro grupos: 1) Un positivismo jurídico puesto al día, pero continuista en relación con el positivismo clásico, puesto que no piensa que los cambios que se han producido en nuestros Derechos ameriten algo así como la construcción de un "nuevo paradigma jurídico". Los antes recordados autores genoveses o, en España, profesores de la Universidad Autónoma de Madrid (como Laporta, Hierro o Ruiz Miguel; tengo dudas sobre si se podría incluir aquí a Bayón) o García Amado (este último, de la Universidad de León) serían ejemplos de ello. 2) El llamado "positivismo garantista" representado fundamentalmente (a veces uno diría que exclusivamente) por Luigi Ferrajoli, que se distingue de los otros positivistas, porque Ferrajoli entiende que el positivismo de nuestros días no puede ser ya el "paleopositivismo" vinculado al Estado legislativo de Derecho: el nuevo constitucionalismo exige también una nueva teoría del Derecho. 3) El neoconstitucionalismo, una posición teórica que, en Latinoamérica, parece haber sido acogida por no pocos juristas y por varios tribunales constitucionales. 4) El pospositivismo, entendiendo por tal la concepción del Derecho que puede encontrarse en autores como Dworkin, Alexy, Nino o MacCormick; aquí es también donde yo me situaría.

Obviamente, no voy a tratar de exponer aquí todas esas teorías del Derecho. Lo que haré será mostrar (y sin ningún afán de exhaustividad ni de sistematicidad; se trata más bien de una

exploración preliminar por vía de ejemplo) cuál es el modelo de juez que parece defenderse en cada una de esas posiciones y, en particular, cómo se entiende, desde cada una de ellas, el problema del límite del Derecho. Porque me parece que ahí reside la cuestión fundamental de ética profesional que ha de encarar un magistrado constitucional: hasta dónde llega el uso legítimo de su poder, el enorme poder del que es titular.

Una característica de los positivistas de nuestros días (al menos, en el mundo latino) es el recelo con el que contemplan una teoría, y una práctica, del Derecho que les parece es hoy la predominante y en la que los principios, la ponderación y el activismo judicial ocuparían un lugar cada vez más destacado… y peligroso: peligroso para los valores encarnados en el ideal del Estado de Derecho, en particular, en el principio de legalidad - imperio de la ley- y el de separación de poderes. Y, a la hora de mostrar esos riesgos, quizás nadie haya puesto tanto énfasis como Juan Antonio García Amado que, en diversos trabajos e intervenciones recientes[4], ha presentado un panorama casi diría que apocalíptico de la realidad jurisdiccional en el mundo latino; de ese estado de cosas, por lo demás, los tribunales constitucionales habrían sido, en su opinión, particularmente responsables.

La concepción del Derecho que García Amado califica de "iusmoralismo" y que, como decía, sería la hoy predominante en España y en muchos países latinoamericanos se caracteriza porque habría producido una triple disolución: del concepto de Derecho, de la Constitución misma y del método o la técnica jurídica. Lo primero, porque al cuestionar la distinción conceptual entre el Derecho y la moral, el Derecho pasa simplemente a depender de la moral lo que, según él, ocurriría en una concepción como la de Alexy, dada la forma como este autor entiende los principios y las reglas: "la regla que no cuadra con los principios verdaderos no es ni aplicable ni propiamente válida, no satisface la pretensión de corrección" (p. 136). La disolución de la Constitución, porque la verdadera Constitución (que coincidiría con la moral verdadera) "que vincula a los tribunales y que el órgano de control constitucional tiene que aplicar no es una Constitución positiva, sino que es la Constitución verdadera, compuesta por los principios auténticos" (p. 136). Y la disolución del método jurídico porque ahora "no se trata de identificar las normas que son derecho y de interpretarlas…sino que se trata permanentemente de solucionar dilemas éticos"; "todo caso jurídico es susceptible de ser expresamente planteado como un dilema moral, donde lo que se discute es si vence o sale derrotada la regla…o si vence un principio contra legem, de forma que la decisión jurídica correcta es la decisión contra legem o contraria al derecho positivo" (p. 137). García Amado considera que, además de las razones teóricas (las que se acaba de mencionar), para estar en contra de esa concepción del Derecho (y del papel de los jueces), existen también razones políticas y morales: políticas, porque se estaría "reemplazando…la soberanía popular por la voluntad soberana de los jueces, debidamente aleccionados desde las universidades, en apariencia, y desde los partidos, en realidad" (p. 137); y morales, porque en nuestras Constituciones "no hay una moral oficial", el pluralismo supone que "todos los planteamientos morales de cada cual tienen el mismo valor y la misma cabida en la Constitución": "nadie, y menos que nadie los jueces, tienen derecho a imponer una moral que inevitablemente va a ser la suya, frente a la moral que se delibera entre todos, supuestamente, según quieren nuestras Constituciones" (p. 137-8).

El positivismo jurídico de Francisco Laporta comparte, yo diría, los mismos recelos de García Amado ante lo que él también considera la concepción del Derecho que hoy tiende a ser la dominante, pero las conclusiones a las que llega son menos radicales y me parece que, en buena medida, compatibles con lo que sostienen los autores pospositivistas. Laporta piensa que

4 *Las citas que siguen están referidas a un conversatorio que tuvimos en septiembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Está publicado en la revista Pensar en Derecho, nº 23 (2024).*

las nuevas Constituciones no alteran sustancialmente la teoría del Derecho construida a lo largo del siglo XX bajo la inspiración del positivismo jurídico[5]; el constitucionalismo no sería otra cosa que "una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional" (p. 22). Y lo que él ve problemático es que tratemos la Constitución "como un documento moral jurídicamente vigente" (p. 23), porque entonces: "la función del juez es hacer efectivos esos enunciados morales, y como consecuencia de ello la aplicación del derecho no aparece como un caso especial de razonamiento práctico con limitaciones propias que no puede traspasar, sino como un razonamiento práctico tout court, sin limitación alguna. Los jueces obrarán entonces sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho" (p. 23). "Esto -sigue Laporta- me da miedo, por dos razones". Una es que no le parece que los jueces estén preparados para llevar a cabo ese tipo de razonamiento. Y la otra (la más importante y la que le resulta alarmante) es que se "pregona que la protección del ciudadano se incrementa mucho, pero al precio de que algunos poderes, y en particular el del juez, abandone el sometimiento a las normas jurídicas, o se someta a unas normas jurídicas tan abiertas y laxas que prácticamente resultan creadas por ellos (…) se ha dejado de lado demasiado contundentemente la idea de respeto a la ley como emanación de la voluntad popular" (p. 24). Ahora bien, Laporta dice estar en contra del "creativismo judicial" (incluido el de las cortes constitucionales) que constituye una amenaza para el Estado de Derecho, pero acepta que, en caso de laguna en el nivel de las reglas, del Derecho explícitamente establecido[6] los jueces pueden (tienen) que recurrir a lo que llama un "Derecho implícito". Hay varias formas de derivación del Derecho implícito, a partir del Derecho explícito, y una de ellas daría lugar a "reglas que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores". En esos casos (muy excepcionales) acepta la necesidad de recurrir a la ponderación, pero aclara: "el desarrollo de los principios y valores corresponde prioritariamente al poder legislativo, y (…) el derecho implícito inferido presuntamente de principios que se oponga al derecho establecido por el legislador no puede ser utilizado por el juzgador para resolver el caso" (p. 125). De manera que lo que viene a decir Laporta en realidad es que los jueces pueden crear Derecho, pero no pueden hacerlo ex nihilo, como si fueran legisladores. Y para ello se basa en un concepto amplio de Derecho (que incluye tanto normas explícitas como implícitas) que, como antes sugería, no se aparta demasiado, por ejemplo, del de Dworkin: o sea, el Derecho explícito de Laporta viene a equivaler al Derecho en la etapa preinterpretativa de Dworkin y como este último (y a diferencia de lo sostenido por positivistas como Hart), lo que viene a decir Laporta es que el juez, en esos casos difíciles, debe encontrar la solución sin salirse del Derecho, sino recurriendo al "Derecho implícito".

Bastante distinta, sin embargo, es la concepción de la jurisdicción de Luigi Ferrajoli que, en muchos aspectos, está muy próxima a la del formalismo jurídico. Y de ahí, por cierto, la extrañeza que causa el que muchos tribunales latinoamericanos pretendan basarse en el garantismo ferrajoliano cuando toman decisiones activistas o, simplemente, innovadoras. La postura de este último en contra del creacionismo judicial (de que los jueces, en algún caso, puedan crear normas jurídicas) no puede ser más tajante. Ferrajoli considera como un gran error el no darse cuenta de que la jurisdicción es una actividad "tendencialmente cognoscitiva"[7]. El juez, el juez que cumple con su función, interpreta, pero no crea Derecho; elige entre diversas interpretaciones posibles,

---

5 Las citas que siguen están tomadas de un diálogo con Francisco Laporta a propósito de su libro El imperio de la ley. Una visión actual (Madrid, Trotta, 2008). Se publicó en el nº 0 de la revista El Estado social y democrático de Derecho y luego está incorporado en mi libro Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia, Palestra, Lima, 2021.

6 El texto que voy a tener en cuenta ahora es Francisco Laporta, "La creación judicial y el concepto de Derecho implícito", en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 6, 2002, p. 79.

7 Luigi Ferrajoli, "Argumentación interpretativa y argumentación equitativa": contra el creacionismo judicial", en Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 20, 2016. Esta es una idea que el autor recoge en muchos de sus textos.

pero lo hace de manera radicalmente diferente a lo que ocurre en el caso del legislador: “En esta decisión sobre la verdad reside el nexo ineludible de la jurisdicción con la legalidad y la diferencia -estructural, cualitativa y sustancial- entre legislación y jurisdicción, entre argumentación legislativa y argumentación judicial, entre creación del Derecho y su interpretación y aplicación. La diferencia resulta evidente por los diferentes tipos de argumentación que se requieren para su respaldo: las argumentaciones que apoyan las decisiones judiciales, al ser decisiones sobre la verdad, se producen sobre la base de pruebas y calificaciones normativas del hecho probado; en cambio, las argumentaciones que apoyan las decisiones políticas tanto legislativas como de gobierno, son decisiones sobre otros valores: el interés general, la utilidad, la oportunidad, la justicia y similares” (p. 78). Hablar de “interpretación creativa” supone, según Ferrajoli, “una contradicción en los términos: donde hay interpretación no hay creación y donde hay creación no hay interpretación, sino producción ilegítima de nuevo derecho” (p. 78- 79).

Ramiro Ávila es, yo creo, un buen ejemplo de jurista partidario del neoconstitucionalismo jurídico (seguramente el más conocido e influyente en Ecuador y que, además, ha sido miembro de su Corte constitucional) y del activismo judicial. En un libro que ha tenido una considerable difusión[8], plantea el problema del activismo, del rol de la jurisdicción, de la siguiente manera: “La jueza o el juez al aplicar las normas que reconocen derechos tienen que intentar encontrar una regla previamente establecida por el legislador” (p. 220). Pero pueden darse estas cuatro situaciones: 1) que la regla se adecue “perfectamente al caso”, 2) que la regla sea “insuficiente por no encuadrar cabalmente el hecho en el supuesto legal”, 3) que la consecuencia de la regla sea “una respuesta inadecuada a la reparación integral”, y 4) que no exista regla, pero sí un “principio constitucional que reconoce un derecho”. En relación con los supuestos 2), 3) y 4), Ávila afirma que los jueces” son activos y no meros aplicadores de reglas”, pero precisa también que no son legisladores ni pueden reemplazar al legislador: “El legislador tiene legitimidad democrática y competencia exclusiva para dictar reglas…Las juezas y jueces jamás podrían actuar de esa manera porque no tienen mandato específico constitucional, no pueden dictar normas abstractas y generales” (p. 221). Pero, claro, lo que ocurre es que las anteriores afirmaciones resultan claramente contradictorias con lo que el propio Ramiro Ávila afirma prácticamente a continuación. Pues lo que ahí nos dice es que el Tribunal constitucional no puede verse simplemente como un legislador negativo, sino que cumple también roles positivos que se aprecian particularmente en el tratamiento de la omisión (de las omisiones legislativas): “Si la omisión es absoluta, la Corte Constitucional debe establecer reglas temporales hasta que, en el plazo determinado por esta, el Parlamento dicte las reglas adecuadas; si la omisión es relativa, la Corte expide directamente las reglas” (p. 222). Y esa proclividad a desentenderse del principio de no contradicción se observa también en lo que Ávila escribe en relación con la capacidad de los jueces para definir políticas públicas: “El poder judicial jamás tendrá la capacidad de disponer de recursos y peor (sic) de ejecutarlos. No tiene competencias constitucionales y tampoco tiene la capacidad y la posibilidad práctica de hacerlo”. Pero lo que añade a continuación, a propósito de un caso hipotético en el que el Ministerio de la salud hubiera diseñado un programa de vacunación, pero las vacunas no hubieran llegado a una determinada provincia, parece ser claramente un desmentido de lo anterior: “La jueza o juez, que no podría -como el caso del legislador- suplir al ejecutivo, le ordenaría a que, en un plazo razonable y de posible cumplimiento, el Ministerio encargado de la salud corrija las deficiencias en la distribución de las vacunas. Si no se cumple, ordenaría la destitución del funcionario competente. También los jueces y juezas pueden establecer estándares de cumplimiento” (p. 223).

De manera que lo que resulta de todo lo anterior es que, en todas esas situaciones (2, 3 y 4), el juez sí que actúa como legislador: puede (debe) crear normas generales y abstractas; y podría

8 *Ramiro Ávila, Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos (prólogo de Miguel Carbonell), Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.*

hacerlo incluso en el primer supuesto que él distinguía, dado que, según Ávila, el juez debería en tales situaciones "preguntarse -y preguntar a la víctima- si la solución contemplada en la ley es satisfactoria" (p. 220). Es cierto que Ávila parece introducir algún límite al activismo judicial: "Si las juezas o jueces se atribuyen libremente las competencias de legislar sin duda estarían atentando con (sic) el principio de la división de poderes. Las juezas y los jueces son activos por necesidad y siempre excepcionalmente" (. 222). Pero, claro, si no se precisa mínimamente (y él no lo hace) qué hay que entender en la anterior afirmación por "libremente", parece inevitable concluir que viene a ser prácticamente lo mismo que prescindir de cualquier límite; y, por lo demás, tampoco a los legisladores se les atribuye "libremente" la capacidad de legislar: tienen que atenerse a lo dispuesto en la Constitución. Conviene aclarar también que el propósito que anima a nuestro autor para defender el activismo judicial puede estar, digamos en abstracto, moralmente justificado: proteger los derechos fundamentales de la gente. Pero el problema, el problema del activismo judicial, es si un juez puede perseguir ese propósito sin atenerse a los límites consustanciales a su rol institucional.

Y la respuesta a esa pregunta, desde la perspectiva del pospositivismo, sería que no, que el juez tiene que respetar ese límite, porque el Derecho es una empresa autoritativa e interpretar no es lo mismo que inventar el Derecho. La interpretación (en contra de lo supuesto por Ferrajoli) puede implicar creación de Derecho, esto es, dar lugar a una regla que no existía en el Derecho considerado, como diría Dworkin, en el estadio preinterpretativo, o "en su primer estadio" (es una expresión de Schauer: se refiere con ello al conjunto de materiales que incluye leyes, constituciones, precedentes, etc.) o "en el nivel de las reglas" (es una expresión que he utilizado en diversos trabajos escritos conjuntamente con Ruiz Manero), o en el Derecho explícito (Laporta), pero eso no es lo mismo que legislar. O sea, ponderar significa dar lugar a una regla que no existía anteriormente en el ordenamiento jurídico (al menos, no explícitamente), sin que eso pueda llamarse propiamente legislar: Para emplear una feliz expresión de Holmes, la creación judicial de Derecho sólo puede tener lugar en los intersticios del Derecho establecido. Si se quiere, el legislador también pondera, pero su operación, consistente en, a partir de una serie de principios, objetivos sociales, etc., producir una serie de reglas, una ley, apenas tiene restricciones y, en todo caso, no son comparables a las que afectan a la ponderación judicial.

La anterior tesis, como digo, es compartida por todos los autores que he mencionado como representantes del pospositivismo, pero voy a referirme exclusivamente, como ilustración de lo anterior, al caso de Dworkin. Como sabemos, una tesis característica suya es que, en los casos difíciles, los jueces tienen que recurrir a principios y tienen que llevar a cabo una argumentación de tipo moral. Para explicar su concepción recurrió a una figura, la del juez Hércules[9], que ha sido sistemáticamente mal entendida por parte de muchos de sus críticos. Lo que él propuso fue pensar en un "juez filósofo" que concebía como un jurista "dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas" (p. 177) y que imaginaba como un juez de algún tribunal importante de los Estados Unidos que, por lo tanto, aceptaría que estaba sujeto a las fuentes -las normas- vinculantes en su jurisdicción: las leyes y los precedentes judiciales. Para resolver esos casos difíciles, el juez tendría que recurrir a la filosofía moral, o sea, tendría que construir teorías para resolver el caso que podrán ser muy complejas, pero que tendrían que resultar coherentes con la Constitución y el resto de los materiales jurídicos autoritativos (del Derecho explícito). Así, el primer ejemplo que pone cuando introduce la figura del juez Hércules es una ley que establece el transporte gratuito para los niños de las escuelas de una parroquia: ¿va o no en contra de un artículo de la Constitución cuyo tenor literal sería, en principio, compatible con cualquiera de las dos opciones? Y algo parecido ocurre en relación con otros famosos casos de los que él se ocupó. En el caso De Funis se trataba de si una medida de discriminación inversa (en favor de

9 *Ronald Dworkin, Los derechos en serio (cap. 4), Ariel, Barcelona, 1984.*

minorías raciales) establecidas por una universidad (que rechazó el ingreso a una persona judía que, dadas sus calificaciones académicas, habría sido admitida si se tratase "de un negro, un filipino, un chicano o un indio americano" (p. 327]), violaba o no los derechos de la decimocuarta enmienda que expresa que ningún Estado puede negar a persona alguna la igual protección de la ley. En el caso Cruzan[10], lo que se ventilaba era cómo debía entenderse una disposición del Estado de Misuri que exigía, para poder retirar la alimentación asistida a una persona en coma vegetativo, una prueba "clara y convincente" de que ese era el deseo de la persona que se encontraba en esa situación. Y, en el caso Riggs v. Palmer, como es archiconocido, si en el Derecho de Nueva York de la época podía entenderse que existía un principio (implícito), según el cual nadie puede obtener un provecho como consecuencia de un acto ilícito suyo. Se puede estar en contra de las tesis sostenidas al respecto por Dworkin, e incluso estar en desacuerdo con su defensa de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso. Pero veo muy difícil que alguien pudiera sostener que, con sus propuestas, Dworkin estuviera invitando a los jueces a comportarse como si fueran legisladores.

4.

Voy a presentar ahora tres ejemplos (de decisiones de tribunales constitucionales latinoamericanos) en los que, por el contrario, no me parece posible que alguien pueda defender que los jueces no actuaron precisamente como si fueran legisladores (o constituyentes).

El primero es una sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (0084/2017) que declaró "inaplicables" una serie de artículos de la Constitución y anuló varias normas de una ley que desarrollaba la Constitución en ese aspecto. Se trataba de las normas que fijaban un límite para la reelección de diversas autoridades (incluyendo la de presidente de la República) "por una sola vez de manera continua". Para llegar a esa conclusión (modificar la Constitución), el Tribunal recurrió al art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que declaró "de aplicación preferente" (preferente a las normas constitucionales de Bolivia). Ese artículo establece, en su primer párrafo, que todos los ciudadanos tienen derecho de "votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto" (letra b)) y, en el segundo: "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". Se daba la circunstancia además de que poco antes se había celebrado en el país un referéndum para cambiar la Constitución (y permitir que el presidente Evo Morales pudiera presentarse a un nuevo mandato presidencial) cuyo resultado había sido el rechazo de la propuesta.

El siguiente ejemplo proviene de la corte constitucional de Colombia (sentencia C-233/21). La decisión se originó a partir de una demanda de inconstitucionalidad planteada por dos ciudadanos contra el art. 106 del Código penal, que dice así: "El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses". Anteriormente, había habido ya una sentencia de la corte constitucional (C-239 de 1997) que había declarado ese artículo (que tenía entonces la misma redacción, con la única diferencia de que las penas eran inferiores: de 6 a 36 meses) exequible (constitucional) de manera condicionada, en el sentido de que el homicidio por piedad no sería penalizado cuando se dieran estas tres circunstancias: 1) que el sujeto pasivo padezca una enfermedad terminal; 2) que el sujeto activo sea un médico; y 3) que se produzca a petición expresa, reiterada e informada del paciente. Pues bien, ahora, en el 2021, lo que se pide es que la no penalización abarque también los supuestos de personas que

10 Sobre este caso trata Dworkin en su obra La justicia con toga, Marcial Pons, Madrid, 2007. Las referencias a los otros tres pueden encontrarse en el anterior libro citado: Los derechos en serio

padecen graves sufrimientos, aunque no estén en fase terminal. Y la Corte, de nuevo, declara exequible el art. 106, "en el entendido de que no se incurre en el delito de homicidio por piedad, cuando la conducta (i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave o incurable".

Y el tercer ejemplo lo tomo de la Corte constitucional ecuatoriana, de su reconocimiento de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; lo hace en dos sentencias de la misma fecha (12 de junio de 2019), que planteaban esencialmente un mismo problema: si eran constitucionales el art. 81 del código civil y el 52 de la ley de gestión de la identidad y datos civiles que parecían excluir (así se había entendido hasta entonces) el "matrimonio igualitario", pues, en la definición del matrimonio, ambos artículos incluían la condición de que se trataba de una "unión entre hombre y mujer". Y el art. 67 de la Constitución de ese país establece: "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer. Se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal". Hay alguna diferencia entre las dos sentencias. La 10-18-CN/19 (ponente, Alí Lozada) considera inconstitucionales los artículos mencionados y exhorta a la Asamblea Nacional a que revise la legislación sobre el matrimonio. Y la 11-18-CN/19 (ponente, Ramiro Ávila), no piensa que sea necesaria "una reforma constitucional al art. 67 de la Constitución" ni tampoco reformas a los artículos de las leyes mencionados: todo se queda en cómo hay que interpretar esos artículos: el de la Constitución y los de las leyes. Pero ambas sentencias coinciden en lo esencial: en que el art. 67 de la Constitución que dice que "el matrimonio es la unión entre hombre y mujer" debe entenderse que lo que está diciendo es que "el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, entre hombre y hombre o entre mujer y mujer" (o sea, entre dos personas, con independencia de cuál sea su sexo); y que la razón fundamental para ello es una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC24/17), referida a la interpretación y el alcance de varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde luego, hay una diferencia importante entre el primer caso y los otros dos. Por lo que hace a la sentencia del tribunal boliviano, parece obvio que el propósito del tribunal no es otro (no puede ser otro) que el de favorecer a un determinado dirigente o a un determinado movimiento político[11]; mientras que en relación con las sentencias de la corte colombiana y ecuatoriana se trataba de reconocer derechos (el derecho a la eutanasia o el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo) moralmente justificados: en mi opinión, hay sólidas razones de filosofía moral en favor de los cambios introducidos por esas dos cortes constitucionales. Pero lo que me parece también claro, como decía, es que, en los tres supuestos, los tribunales constitucionales han actuado como si fueran el legislador o el constituyente. O sea, si el poder constituyente o el poder legislativo hubiera efectuado esos cambios, no habría ningún motivo de crítica (en los dos últimos casos habría más bien motivo para elogiarlos). Pero el problema es que quien lo lleva a cabo es el poder judicial, los tribunales constitucionales, lo que les enfrenta a la que, como también decía, es la principal cuestión deontológica de quienes sirven en esos órganos: ¿hasta dónde pueden extender su poder?, ¿es contrario a la ética judicial que un juez actúe como si fuera un legislador o el constituyente?, ¿podría estar justificado en algún caso?, ¿cuándo o hasta dónde?

5.

No creo que sea fácil encontrar una respuesta clara, precisa, para esa cuestión o conjunto de

---

11 Me parece que es interesante, sobre la práctica de ese tribunal, consultar un libro publicado hace unos días: Rafael Vergara, Un 'Tribunal constitucional' al margen de la "Constitución". Cuando los jueces constitucionales son elegidos por voto popular, Palestra, Lima, 2024

cuestiones. En abstracto, no me parece que sea difícil ponerse de acuerdo en que los jueces no deben ser activistas, entendiendo por "activismo" actuar fuera de los límites establecido por el Derecho (Hay una dificultad, por cierto, en el uso de esa expresión que, por ejemplo en un país como España, tiene una connotación claramente peyorativa, lo que -me parece- no ocurre con cómo se usa hoy en muchos países latinoamericanos). Pero esos límites son distintos (más o menos amplios), según la concepción del Derecho que se adopte. Además, donde quiera que se ponga el límite, siempre van a poder existir dudas sobre si en tal caso se ha traspasado o no. Y finalmente, aun aceptando que se haya producido ese rebasamiento, la medida en que haya ocurrido puede haber sido mayor o menor y esa cuestión de grado puede considerarse relevante a la hora de determinar si el comportamiento en cuestión está o no justificado.

Si adoptáramos una concepción pospositivista del Derecho y la usáramos como guía para proyectarla sobre los tres anteriores ejemplos, el resultado, en mi opinión, no ofrecería ninguna duda: ni la teoría de Dworkin ni la de Alexy o la de Nino o MacCormick (menos aún -por supuesto- la de los tres autores positivistas a los que me referí: García Amado, Laporta o Ferrajoli) permiten llegar a las decisiones recordadas. En el caso boliviano, por razones obvias y en las que no hace falta volver a incidir. Los ejemplos de la corte colombiana y ecuatoriana no son ya tan obvios (de hecho, muchos juristas y amplios sectores de la opinión pública han acogido esas decisiones con aprobación), de manera que conviene detenerse un momento en ellos para ver si es así, si está justificada esa aceptación. Yo creo más bien que no.

Para darse cuenta de que se trata de decisiones incompatibles con una teoría del Derecho como la de Dworkin basta, como antes he hecho, con tener en cuenta el tipo de problemas de los que él se ocupó y las soluciones a los mismos que defendió. El equivalente, por ejemplo, a la admisión del matrimonio igualitario o de la eutanasia lo sería una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que interpretara -pongamos por caso- que en la Segunda Enmienda a la Constitución que dice que "el derecho del pueblo a poseer y portar armas no se violará", la expresión "armas" hay que entenderla en un sentido que excluye las armas de fuego; o que "pueblo" a esos efectos son únicamente las fuerzas armadas: el ejército y la policía. Un cambio, por cierto, extremadamente justificado (suprimir un derecho que provoca un número enorme de muertes cada año), pero inimaginable; Dworkin nunca habría sostenido que la Corte Suprema pudiera tomar esa decisión. Y lo mismo, creo yo, habría que decir en relación con la concepción del Derecho de un Alexy, Nino, etc.

Ahora bien, que ese tipo de decisiones sean incompatibles con esa concepción del Derecho (o con muchas otras) no puede considerarse, naturalmente, como un argumento definitivo para adoptar una postura crítica al respecto. Hay que identificar cuáles son las razones en las que se basa el rechazo al activismo judicial y determinar qué peso puede atribuirse a cada una de ellas y a todos ellas en conjunto. A mí me parece que podrían ser estas:

1) El activismo judicial pone en cuestión dos elementos fundamentales del Estado de Derecho: el principio de legalidad (y el término "legalidad" abarca aquí también a la Constitución) y el de división de poderes. Y es importante tener en cuenta que, como de manera particularmente elocuente lo ha mostrado Laporta, se trata de principios que protegen valores que no son simplemente formales. De su cumplimiento depende que podamos gozar de un valor tan sustantivo y fundamental como el de la autonomía: que la gente pueda trazarse planes de vida, controlar sus vidas.

2) El activismo judicial erosiona la democracia, en el sentido de que contribuye al desprestigio del poder legislativo. Lo que importa (o lo que más importa) – es el mensaje que transmite el activismo- no son las normas que promulguen los legisladores, sino lo que hacen con ellas los jueces que se han convertido, para utilizar una expresión conocida, en los nuevos "señores del Derecho". Pero, en un Estado de Derecho, quienes gozan de legitimidad democrática son los

legisladores, no los jueces.

3) Una consecuencia perversa de lo anterior es que lleva también a modificar (o a justificar que se modifique) el sistema de nombramiento de los jueces. O sea, si ellos actúan como si fueran legisladores, entonces no es de extrañar que se proponga que sean elegidos mediante votación popular. Es lo que ha ocurrido (pero sólo en relación con cierta categoría de jueces) en el caso de Bolivia, con consecuencias manifiestamente negativas. Y lo que parece va a ocurrir en México (en este caso, afectaría a todos los jueces) con consecuencias que están por ver pero que -todo lo hace pensar- sumirán a la judicatura de ese país en algo bastante parecido a una pesadilla.

4) La idea de que el "activismo judicial" va en favor de una práctica jurisdiccional progresista, de izquierda, me parece sumamente cuestionable, al menos si la consideramos en una perspectiva de medio o largo plazo. Es posible que haya jugado, o esté jugando, ese papel en algún país, pero me parece bastante plausible pensar que eso puede cambiar (ha cambiado ya en algunos casos) en el transcurso de muy poco tiempo. La existencia de tribunales constitucionales de tendencia progresista y fuertemente activistas bien puede deberse a que las decisiones que ellos toman son meramente simbólicas, esto es, se quedan en el papel y apenas resultan eficaces (de manera que, en realidad, contribuyen a legitimar al poder político: a quienes verdaderamente mandan); y en la medida en que no sea así, esto es, si realmente supusieran un obstáculo, el poder político (que hoy, básicamente, está residenciado en los gobiernos, en el ejecutivo) se encargará de elegir a los jueces apropiados…a los que se les ha facilitado el llevar a cabo un comportamiento activista, pero ahora con otra tendencia política. No se olvide que lo que hoy entendemos por activismo tiene su origen en las decisiones de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos para oponerse (invalidar) la legislación progresista de la época. ¿Y acaso las pulsiones conservadoras han desaparecido entre los integrantes de las judicaturas en nuestros días? Los estudios de sociología empírica no parecen señalar eso, sino más bien lo contrario: la ideología dominante entre los jueces (si no en todos, en la mayoría de los países) parece ser de tipo conservador.

5) Las razones para el no activismo judicial se debilitan o, dicho en positivo, se podrían justificar decisiones activistas (que el juez actuara prácticamente como si fuera un legislador) si se dieran una serie de circunstancias, como las siguientes: a) hay una perentoria necesidad de proteger un derecho de enorme importancia -aquí podría pensarse en las normas de extraordinaria injusticia que motivaron la famosa "cláusula Radbruch"-; b) hay buenas razones para pensar que, sin la intervención judicial (en particular, de la Corte constitucional), el derecho no será protegido; c) hay un consenso social muy amplio en favor de ese derecho, o sea, no se trata de una cuestión socialmente divisiva; d) es razonable pensar que la medida adoptada va a ser eficaz; e) en todo caso, la actividad "legislativa" del juez es la menor posible.

6) El activismo judicial por parte de un tribunal constitucional puede mandar un mensaje equivocado al resto de la jurisdicción. Quiero decir que, por ejemplo, el recurso a la ponderación o a efectuar interpretaciones menos pegadas a la literalidad de las normas está tanto más justificado cuanto más se asciende en la jerarquía judicial. Y por razones que me parecen obvias: porque el Derecho es una práctica autoritativa. Ahora bien, si esos tribunales no hacen un uso comedido de esos instrumentos, si no muestran tener muy en cuenta como criterio interpretativo la deferencia hacia el legislador (mas aun, hacia el constituyente) y, en definitiva, si se prescinde de la virtud de la autocontención, parece inevitable que todo eso se transmita hacia los jueces de rango inferior. Predicar con el ejemplo es también una máxima -yo diría que particularmente importante- de deontología judicial y dirigida, muy en especial, a los jueces de mayor jerarquía.
7) Que los jueces, y especialmente en los casos difíciles -los que llegan a los tribunales constitucionales- no pueden prescindir del razonamiento moral me parece indiscutible. Al igual que me lo parece también la idea de que esa moral no se identifica sin más con la moral positiva;

la moral crítica, justificada, tiene que jugar también (lo juega, inevitablemente) un papel. Pero recuérdese lo que antes decía sobre el objetivismo moral y el falibilismo. El juez (pongámonos en el caso de Dworkin, el juez Hércules) tendrá que construir, para resolver un caso difícil, una teoría moral a la que él atribuye un valor objetivo (por ejemplo, en la manera de concebir la vida o la autonomía personal), pero su pretensión de corrección, como había dicho, no puede ser absoluta y, desde luego, no puede dejar de tomar muy en consideración la falta de consenso existente en una determinada sociedad, en relación con el caso sobre el que ha de decidir. Precisamente, al introducir la figura del juez Hércules, Dworkin ponía el énfasis en que el modelo de juez que él proponía era una forma de combatir el escepticismo ("todo vale" o "no hay criterios de corrección en los casos difíciles") y de incitar a los jueces a que se esforzaran en encontrar la respuesta correcta, pero sin perder de vista que, dada la inevitable falibilidad de los jueces,cualquier juez debería tener muy presente que" ha de decidir con humildad los casos difíciles" (Dworkin, 1984, p. 208).

8) Quienes defienden (en la teoría o en la práctica) el activismo judicial no suele tener muy presente, me parece, que la racionalidad de una decisión (y, en particular, si esta se inserta en el contexto de una institución como la jurisdicción) no puede medirse en términos aislados, sin tener en cuenta los efectos que pueda tener a medio y largo plazo, y si además de los efectos considerados positivos, es razonable pensar que pueden producirse también otros de carácter negativo. O, dicho de otra manera, no basta con considerar que una decisión sea, en abstracto, la mejor, la más justa. Tiene que serlo tomando en consideración todas las circunstancias, el contexto que resulte pertinente. Y aquí merece la pena, me parece, recordar algo que Nino decía: que la racionalidad jurídica es una racionalidad de lo segundo mejor, precisamente por su carácter institucional.

9) Un factor determinante de la ética judicial es, por tanto, su carácter institucional. Cuando a un tribunal constitucional se le pide que conteste a una determinada pregunta, no se le está pidiendo que lo haga en términos personales; no es a Fulano de Tal al que se le hace la pregunta, sino al juez J, a un órgano que tiene que asumir ciertas obligaciones de rol que no tendría en cuanto ciudadano sin más o en cuanto mero razonador moral. Y un aspecto esencial de esos deberes de rol (en el caso de un juez) es aceptar la autoridad de otros órganos (por ejemplo, en el caso del juez constitucional: del legislador -a pesar de que en ciertas circunstancias se le conceda competencia para anular una ley votada en el parlamento; pero eso no significa que pueda situarse sin más por encima del legislador- o del constituyente), lo que no es el caso del individuo que tiene que atender exclusivamente a las razones morales aplicables al caso y que él considere mejor fundadas. Seguir un argumento de autoridad (reconocer la autoridad, en este caso, práctica) de otro supone que, en la toma de una decisión, se posterga el propio juicio, en favor del de otro: el de la autoridad. Sirva como ejemplo el funcionamiento del precedente: el juez que sigue un precedente del tribunal constitucional lo hace porque le reconoce autoridad y aunque pueda pensar (y con buenas razones) que el precedente en cuestión supone una interpretación equivocada del Derecho. Si no fuera así (y esto, por cierto, es lo que defiende Ferrajoli: que los precedentes sólo tienen un valor persuasivo, no autoritativo), el riesgo de erosión en el funcionamiento de la jurisdicción (y del Derecho en general) me parece evidente; sobre todo, donde funciona un sistema difuso de control de constitucionalidad. ¿Siempre se han de seguir las razones de la autoridad? No. Pero, de nuevo, no es lo mismo que el cuestionamiento de la autoridad lo lleve a cabo un individuo o bien un órgano, un órgano judicial. El activismo judicial supone por ello erosionar la idea de que el Derecho es una práctica autoritativa o, si se quiere, reformular esa idea y situar a las autoridades judiciales por encima de las otras. Pero eso, me parece, es un cambio de diseño del modelo del Estado constitucional de Derecho.

10) Pienso que los puntos anteriores (especialmente, los últimos) permiten contestar a la principal dificultad a la que se enfrenta alguien que, como es mi caso, está en contra del activismo judicial: ¿cómo es posible que un juez, teniendo en abstracto buenas razones para pensar que la decisión

más justa en tal asunto sea, pongamos, D (por ejemplo, reconocer la eutanasia o el matrimonio entre personas del mismo sexo), sin embargo, ¿debe optar por no-D? Y la respuesta es que debe hacerlo así porque el Derecho es una práctica institucional de carácter autoritativo, él es un órgano de esa institución, y en la medida en que no haya (buenas) razones para pensar que erosionar esa práctica vaya a tener a medio y largo plazo mejores consecuencias que seguir la práctica: vaya a contribuir a fortalecer la democracia y a proteger mejor los derechos de la gente.

6.

Mi conclusión a partir de todo lo anterior. Es muy difícil ser un buen -un excelente- juez constitucional. No solo se requiere contar con condiciones de tipo intelectual, sino también de carácter práctico: morales y políticas. Y lo es aún más cuando esa función tiene que desempeñarse en un marco institucional y social, digamos, desfavorable. Criticar actuaciones judiciales en ese contexto es por ello problemático y, por tanto, solo puede hacerse con muchas cautelas. En relación con lo que me parece que es el principal desafío que tiene que enfrentar un juez constitucional en tales circunstancias, el activismo judicial, mi consejo creo que sería este: resístete a actuar (o a que parezca que actúas; las apariencias son extremadamente importantes en las deontologías profesionales) como si fueras el legislador o el constituyente; y no dejes de pensar que el acierto o no de tus decisiones se ha de juzgar desde una perspectiva amplia en términos temporales, institucionales y político-morales.

PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA EN PROYECTOS EXTRACTIVOS: EL DEBATE EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LA CONSULTA PREVIA EN PROYECTOS MINEROS, PETROLEROS Y ENERGÉTICOS EN PERÚ. ANÁLISIS DEL CASO BAGUAZO.

Indigenous Peoples and Prior Consultation in Extractive Projects: The Debate on the Effective Implementation of Prior Consultation in Mining, Oil, and Energy Projects in Peru. Analysis of the Baguazo Case.

Aldo Jorge Hoyos Benavides[1]

Juez Mixto de la Corte Superior de Justicia de Amazonas – Poder Judicial
Exjuez penal de las Cortes superiores de Justicia de Lambayeque, Pasco y Piura
Exfiscal contra el crimen organizado de la FECCOR-sede Bagua-DF Amazonas
Exabogado de la Procuraduría Pública de SUNAT – IR Lambayeque
Abogado y maestro en ciencias penales por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
aldohoyosbenavides@gmail.com
Código de investigador ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0481-9705

RESUMEN

El presente estudio aborda la compleja problemática de la implementación efectiva de la consulta previa en el Perú, focalizándose en su aplicación a proyectos extractivos mineros, petroleros y energéticos. Se describe el marco normativo nacional e internacional que sustenta este derecho fundamental de los pueblos indígenas, destacando la Ley N° 29785 y el Convenio 169 de la OIT. Asimismo, se analizan los desafíos y las deficiencias persistentes en su puesta en práctica, identificando la falta de confianza, la asimetría de información y la criminalización de la protesta como obstáculos significativos. Se examina el trágico caso del Baguazo de 2009, ofreciendo una breve descripción de los eventos y las consecuencias sociales y políticas que desencadenó, enfatizando cómo la ausencia de un diálogo genuino y la vulneración del derecho a la consulta previa fueron factores clave en el conflicto. Finalmente, se presentan los resultados de la investigación y se concluye sobre la necesidad imperante de fortalecer los mecanismos de consulta previa, promoviendo una participación intercultural, inclusiva y transparente que garantice el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y la sostenibilidad de los proyectos extractivos.
Palabras clave: consulta previa; pueblos indígenas; proyectos extractivos; Baguazo; Perú.

ABSTRACT

This study addresses the complex issue of effective prior consultation implementation in Peru, focusing on its application to mining, oil, and energy extractive projects. The national and international normative framework supporting this fundamental right of indigenous peoples is described, highlighting Law N° 29785 and ILO Convention 169. Furthermore, the persistent challenges and deficiencies in its practical application are analyzed, identifying lack of trust, information asymmetry, and criminalization of protest as significant obstacles. The tragic Baguazo case of 2009 is examined, providing a brief description of the events and the social and political consequences it unleashed, emphasizing how the absence of genuine dialogue and the violation of the right to prior consultation were key factors in the conflict. Finally, the research results are presented, concluding on the imperative need to strengthen prior consultation mechanisms, promoting intercultural, inclusive, and transparent participation that guarantees respect for the rights of indigenous

peoples and the sustainability of extractive projects.
Keywords: prior consultation; indigenous peoples; extractive projects; Baguazo; Peru.

Introducción

La expansión de proyectos extractivos en territorios ancestrales de pueblos indígenas ha generado, a nivel global y de manera particularmente aguda en Perú, una compleja dinámica de tensiones y conflictos socioambientales. Estos proyectos, a menudo considerados pilares para el desarrollo económico del país, frecuentemente chocan con los derechos colectivos y la cosmovisión de las comunidades indígenas, quienes históricamente han sido marginadas de los procesos de toma de decisiones que impactan directamente en sus vidas y entornos. Esta situación ha llevado a una confrontación entre la visión de progreso económico y la protección de los derechos fundamentales, una dicotomía que el discurso estatal a menudo utiliza para justificar la elusión de un diálogo significativo. Al presentar el desarrollo extractivista como una necesidad ineludible, se construye una narrativa que posiciona los derechos indígenas como un obstáculo, en lugar de reconocer que el respeto a estos derechos es una condición indispensable para un desarrollo verdaderamente sostenible e inclusivo.

En este contexto, el derecho a la consulta previa, libre e informada (CLPI) ha emergido como un instrumento fundamental para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y asegurar un desarrollo más justo y equitativo. Este derecho está reconocido en diversos instrumentos internacionales. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Perú en 1994, exige que los Estados consulten a los pueblos interesados "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Estas consultas deben llevarse a cabo "de buena fe" con la finalidad de "llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) también refuerza este derecho. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido crucial en la interpretación y el alcance de este derecho, estableciendo que la consulta no es un mero trámite, sino un proceso de diálogo de buena fe que, en ciertos casos, debe buscar el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas, especialmente cuando se trata de proyectos que impactan sus territorios ancestrales y recursos naturales.

En el Perú, la implementación de la consulta previa ha sido un proceso arduo y lleno de desafíos. A pesar de la promulgación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 2011 y su reglamento en 2012, la aplicación efectiva de este derecho ha generado un intenso debate y recurrentes conflictos. La promulgación de esta ley, posterior a conflictos emblemáticos como el Baguazo, fue percibida por muchos pueblos indígenas como insuficiente, ya que no actuó como una herramienta preventiva. Este patrón de respuesta legislativa, donde las leyes se promulgan después de que las crisis estallan en lugar de anticiparlas, perpetúa un ciclo de violencia y respuestas legales tardías, sin abordar las causas estructurales subyacentes. El presente estudio busca contribuir al entendimiento de esta problemática, analizando la implementación efectiva de la consulta previa en el contexto de proyectos extractivos en Perú. Se abordará de manera particular el caso del "Baguazo" ocurrido en 2009, un trágico suceso que puso de manifiesto las graves consecuencias de la ineficaz gestión de los derechos de los pueblos indígenas y la ausencia de una consulta previa significativa. Este evento no solo dejó un doloroso saldo de vidas humanas, sino que también evidenció la profunda brecha entre la normativa y la realidad en el terreno, impulsando la necesidad de una reflexión profunda sobre el modelo de desarrollo y la relación del Estado con sus pueblos originarios. El valor de esta investigación radica en la integración de un análisis jurídico, social y político que no solo describe

la problemática, sino que también propone reflexiones críticas sobre los mecanismos actuales y las posibles vías para una implementación más justa y efectiva de la consulta previa, con el fin de evitar futuros conflictos y construir un verdadero puente entre el desarrollo y el respeto a la diversidad cultural.

1. El Marco Legal y Normativo de la Consulta Previa en Perú

1.1. Estándares y Compromisos Internacionales

El Perú ha asumido importantes compromisos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, siendo la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1994 un hito fundamental que estableció una obligación vinculante. Este Convenio es explícito al requerir que los gobiernos "consulten a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Además, subraya que las consultas deben realizarse "de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Un aspecto crucial del Convenio 169 es el derecho de los pueblos indígenas a "decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar". La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) complementa y refuerza este derecho.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desempeñado un papel fundamental en la interpretación y el alcance de la consulta previa. La Corte IDH ha establecido de manera consistente que la consulta no es un mero trámite, sino un proceso de diálogo de buena fe que, en ciertos casos, debe buscar el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas, especialmente cuando se trata de proyectos que impactan sus territorios ancestrales y recursos naturales. Casos emblemáticos como Saramaka vs. Surinam (2007), Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), y Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020) han consolidado esta doctrina. La postura de la Corte IDH es considerada más "garantista" que la del Tribunal Constitucional peruano, al afirmar que la mera concesión de un derecho extractivo implica una restricción a los derechos de propiedad y, por lo tanto, requiere consulta.

Un elemento crítico en la jurisprudencia de la Corte IDH es su énfasis en los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). La Corte ha dictaminado que los EIA deben ser realizados por "entidades independientes y técnicamente capaces bajo supervisión estatal", deben evaluar los impactos "acumulados" y considerar los impactos "sociales, culturales y espirituales". Además, deben llevarse a cabo en "cooperación con los pueblos indígenas afectados" y, crucialmente, antes de que se otorguen las concesiones y antes de que comience el proceso de consulta. Esto asegura que las comunidades tengan información completa y oportuna para tomar decisiones informadas.

1.2. Marco Nacional: Ley N° 29785 y sus Desafíos de Implementación

En Perú, la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (2011), y su reglamento (2012) representaron un avance normativo. Sin embargo, su promulgación posterior a conflictos significativos como el Baguazo llevó a que muchos pueblos indígenas la percibieran como insuficiente para la prevención de futuros conflictos. La implementación de esta ley ha estado marcada por un intenso debate y recurrentes conflictos [main article, Introduction].
Críticos como Alberto Chirif (2012) y Carlos Iván Degregori (2010) señalan que la reglamen-

tación y las interpretaciones posteriores de la ley por parte del Estado han tendido a limitar el alcance de la consulta, reduciéndola a un mero trámite administrativo en lugar de un proceso de diálogo intercultural y de buena fe orientado a obtener el consentimiento libre, previo e informado. Juan Carlos Ruiz Molleda (2011) ha descrito esta tendencia como una "domesticación" de la ley por parte del Estado, que busca encajarla en sus propios marcos burocráticos y económicos, despojándola de su potencial transformador. Esta situación se agrava por la asimetría de poder e información, donde el Estado y las empresas extractivas a menudo presentan proyectos como hechos consumados, sin proporcionar información completa, accesible y culturalmente pertinente a las comunidades.

El Ministerio de Cultura, a través de su Viceministerio de Interculturalidad, es el órgano técnico especializado en la materia, encargado de concertar, articular y coordinar la política de implementación de la consulta previa. Este ministerio ha reconocido que la consulta previa es una "oportunidad de prevención de conflictos sociales". Sin embargo, la efectividad de su rol se ve limitada por la percepción de que la consulta es un "mecanismo incómodo" dentro del aparato estatal. Esta resistencia inherente a una implementación plena sugiere que la normativa es susceptible a una "captura regulatoria", donde los intereses extractivistas influyen en la interpretación y aplicación de la ley para minimizar su impacto protector y priorizar la inversión sobre los derechos indígenas.

1.3. Interpretaciones Judiciales y su Impacto (Tribunal Constitucional, Corte Suprema)

La jurisprudencia peruana ha reflejado las tensiones en la aplicación de la consulta previa. El Tribunal Constitucional (TC), si bien ha reconocido la importancia de este derecho, en ocasiones ha adoptado interpretaciones que no siempre favorecen su aplicación plena. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0022-2009-PI/TC, aunque no abordó directamente el Baguazo, analizó la constitucionalidad de decretos legislativos relacionados con la Amazonía, subrayando la necesidad de un equilibrio entre el desarrollo y los derechos indígenas, sin llegar a una condena explícita de la falta de consulta en casos previos.

Una inconsistencia crucial en la postura del TC, señalada por Juan Carlos Ruiz Molleda, es que mientras exige una prueba concreta de "afectación directa" para las concesiones mineras, considera que la simple concesión definitiva en el sector eléctrico es suficiente para requerir consulta, incluso si el proyecto aún no se ejecuta. Esto crea un escenario de "prueba prohibida" para las concesiones mineras, donde resulta casi imposible demostrar la afectación antes de que comience la exploración y explotación, lo que en la práctica exime a una parte significativa del sector extractivo de la consulta previa obligatoria. El TC, no obstante, afirma la obligatoriedad del Convenio 169 de la OIT desde 1995, buscando erradicar políticas de asimilación y reconocer la multiculturalidad peruana. También ha enfatizado que la consulta no implica un derecho de veto, sino que busca asegurar que las políticas públicas y los proyectos de desarrollo no sean perjudiciales para los intereses indígenas. A pesar de esto, el Informe de diagnóstico y línea de base del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025 identifica deficiencias en la jurisprudencia del TC respecto a la distinción entre "pueblo" y "comunidad" como titulares de derechos, y el alcance de la consulta previa en concesiones mineras y producción normativa que afecta derechos indígenas.

Por otro lado, la Corte Suprema ha emitido fallos significativos que buscan corregir las limitaciones en la aplicación de la consulta previa. En enero de 2015 (notificada en enero de 2020), la Corte Suprema dictaminó la anulación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de Consulta Previa (Decreto Supremo N°

001-2012-MC) y una Resolución Viceministerial relacionada (RV N° 013 - 2016 - VMI/MC). Esta decisión histórica corrigió la regulación al establecer que la mera entrega de información es insuficiente y que la consulta requiere "diálogo intercultural, acuerdos vinculantes y consentimiento libre e informado". La Corte Suprema enfatizó que las "coordinaciones" no pueden reemplazar la consulta formal, incluso si las medidas buscan beneficiar a las poblaciones, ya que esto vulnera el derecho a la identidad cultural y a la autodeterminación. Juan Carlos Ruiz Molleda también destaca que el Poder Judicial ha fallado consistentemente a favor de la consulta previa para concesiones mineras, con seis sentencias firmes que la ordenan, basándose en que la mera emisión de una concesión constituye una afectación directa. Más recientemente, en enero de 2024, la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. Nº 08243-2017-0-1801-JR-CI-10) reafirmó el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa de leyes que puedan afectarles, específicamente en relación con una propuesta de modificación a la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

La necesidad de recurrir a los tribunales para hacer valer el derecho a la consulta previa es un claro indicio de la ineficacia de las ramas ejecutiva y administrativa del Estado. Esta "judicialización de la consulta fallida" demuestra que el mecanismo, en lugar de ser un espacio primario de diálogo y acuerdo, se ha convertido en un campo de batalla legal, transfiriendo la carga de la garantía de derechos al sistema judicial y evidenciando una falla fundamental en la capacidad o voluntad del Estado para cumplir proactivamente sus obligaciones.

2. La Tragedia del Baguazo (2009): Un Análisis Crítico de las Fallas Sistémicas

2.1. Orígenes del Conflicto: El "Paquetazo Amazónico" y la Legislación Inconsulta

El Baguazo, ocurrido en junio de 2009, representa el punto más álgido de la conflictividad socioambiental en Perú y un doloroso ejemplo de la vulneración sistemática del derecho a la consulta previa. El conflicto se originó por la emisión de una serie de Decretos Legislativos en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos. Estos decretos, conocidos como el "Paquetazo Amazónico" (DD.LL. 1090, 1064, 1089, entre otros), buscaban "facilitar las inversiones en la Amazonía, incluyendo la flexibilización de normativas ambientales y la entrega de vastos territorios a empresas extractivas sin la debida consulta a los pueblos indígenas".

Para las comunidades awajún y wampís, entre otras, estos decretos fueron percibidos como una amenaza directa a sus territorios ancestrales, su forma de vida y su identidad cultural, al permitir la privatización de tierras comunales y la explotación de recursos sin su consentimiento. Esta imposición legislativa, sin un diálogo genuino, reveló una mentalidad estatal que consideraba ciertos territorios indígenas como zonas de sacrificio, es decir, áreas que podían ser explotadas para el beneficio económico nacional sin considerar plenamente los derechos y la cosmovisión de sus habitantes. Esta ideología subyacente sentó las bases para el conflicto, al deslegitimar la resistencia indígena como un obstáculo al "desarrollo". La Defensoría del Pueblo (2010) había advertido previamente sobre el riesgo de conflictos debido a la falta de consulta y la imposición de estas normas.

2.2. La Escalada Violenta y el Costo Humano

La respuesta del Estado a la protesta indígena fue la criminalización y la represión. En lugar de abrir espacios de diálogo y escuchar las demandas de los pueblos indígenas, el gobierno de entonces optó por una estrategia de fuerza. El 5 de junio de 2009, tras más de 50 días de bloqueo de la carretera Fernando Belaúnde Terry en el denominado "Curva del Diablo", la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas intervinieron violentamente para desalojar a los manifestantes.

Los resultados de esta intervención fueron devastadores, dejando un saldo doloroso de vidas humanas y un trauma profundo en las comunidades afectadas, exacerbando la desconfianza hacia el Estado. La tragedia del Baguazo fue una espiral de violencia donde la falta de diálogo y el uso desproporcionado de la fuerza se cobraron vidas de ambos lados, dejando un legado de dolor y un profundo llamado a la reflexión sobre cómo el Estado peruano se relaciona con sus ciudadanos.

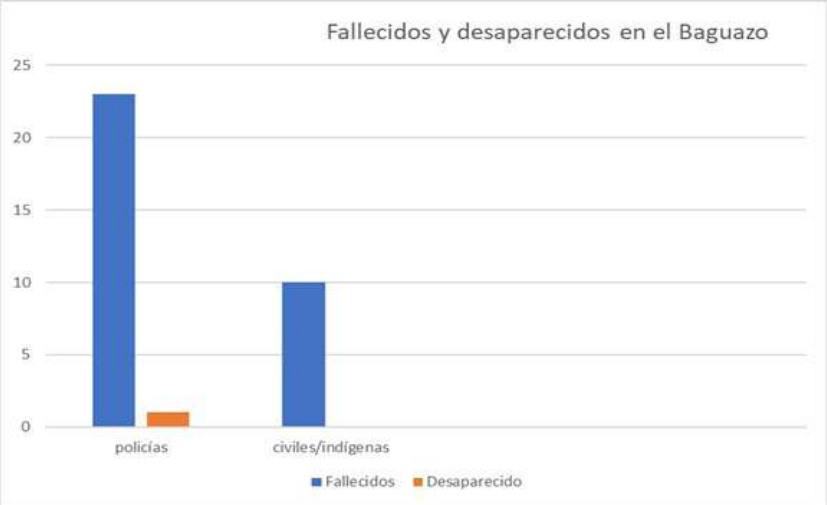
A continuación, se presenta un resumen de las víctimas oficiales del Baguazo:

Tabla 1: Víctimas Oficiales del Baguazo (junio 2009)

CATEGORÍA	NÚMERO DE FALLECIDOS (OFICIAL)
POLICÍAS	23
CIVILES/INDÍGENAS	10
TOTAL, OFICIAL	33

*Las tablas pueden tener notas al pie

Figure 1



Nota. Organizaciones indígenas y de derechos humanos, como AIDESEP (2009) y CNDDHH (2010), sostienen que la cifra de víctimas indígenas fue significativamente mayor que la oficial. Un número indeterminado de personas, predominantemente indígenas, también fueron reportadas como desaparecidas, sus cuerpos nunca recuperados, lo que ha generado un drama doloroso e irresuelto para sus familias. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2010) expresó su profunda preocupación por estas desapariciones y la falta de investigación efectiva.

2.3. Responsabilidad Estatal, Impunidad y la Búsqueda de Justicia

El Baguazo expuso con crudeza el abuso de poder por parte del Estado peruano. La imposi-

ción de leyes sin consulta, la militarización de la protesta social y la falta de voluntad política para el diálogo fueron factores determinantes. La responsabilidad estatal no solo radicó en la represión, sino también en la desatención histórica de los derechos indígenas y en la persistente lógica de desarrollo extractivista que prioriza la inversión sobre los derechos humanos y ambientales.

Lo más doloroso de este caso ha sido la impunidad que ha rodeado a los responsables de alto nivel. Años de procesos judiciales no han logrado establecer la responsabilidad de los altos funcionarios políticos y militares que tomaron las decisiones que condujeron a la masacre. Si bien algunos efectivos policiales de menor rango fueron procesados, la cadena de mando superior ha quedado, en gran medida, sin rendir cuentas.

En cuanto a los resultados judiciales, la sentencia de 2016 que absolvió a la mayoría de los acusados por los crímenes del Baguazo fue un golpe devastador para las víctimas y sus familias, y un claro mensaje de la falta de justicia en el país. La Corte Suprema de Justicia del Perú, en el Expediente N° 00049-2009-0-1701-JR-PE-01 (2016), si bien absolvió a los acusados de alto perfil, no eximió al Estado de su responsabilidad en la generación del conflicto. En un fallo posterior, en febrero de 2020, la Corte Suprema confirmó la absolución de 53 líderes indígenas acusados en el caso Baguazo, incluyendo a Alberto Pizango. La ex magistrada Susana Castañeda Otsu, en su decisión, valoró la interculturalidad, la consulta previa y el derecho a la protesta, señalando explícitamente que los derechos de los indígenas a la tierra y a la consulta previa fueron vulnerados con la emisión de los decretos legislativos, y que "no existía una vía menos lesiva que la protesta realizada".

En contraste, en noviembre de 2023, la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora Transitoria de Bagua condenó a los generales de la Policía Nacional del Perú, José Armando Sánchez Farfán y Luis Elías Muguruza Delgado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el delito de homicidio simple. Se les ordenó pagar, junto al Estado peruano, más de un millón de soles de reparación civil a las víctimas, destacando que, en su calidad de directores, tenían la "posición de garante" de la seguridad de las personas.

Esta disparidad en los resultados judiciales, donde los líderes indígenas son absueltos por la violación de sus derechos mientras los altos funcionarios responsables de las decisiones políticas y operativas enfrentan consecuencias limitadas, revela un sistema de justicia con dos niveles. Esta situación no solo niega la justicia a las víctimas, sino que también consolida la percepción de un sesgo estatal, refuerza los desequilibrios de poder existentes y envía la señal de que ciertos actores están por encima de la ley, haciendo más probables futuros conflictos y violaciones de derechos.

La impunidad en el Baguazo contrasta con los estándares internacionales establecidos por la Corte IDH, que ha sido clara en la obligación de los Estados de garantizar la consulta previa y de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos en el contexto de proyectos extractivos. La criminalización de la protesta, como ha analizado Rocío Silva Santisteban (2018), es una estrategia recurrente del Estado peruano para deslegitimar las demandas sociales y justificar el uso de la fuerza, lo que agrava la situación de los defensores de derechos humanos. Esta estrategia se extiende a la "criminalización de la disidencia", donde incluso la simple expresión de una opinión contraria al modelo extractivista neoliberal lleva a la estigmatización y descalificación de los defensores de derechos humanos como "antimineros". La falta de rendición de cuentas por los abusos estatales crea un entorno permisivo que fomenta la continuidad de estas tácticas represivas, lo que a su vez sofoca la disidencia legítima y hace que la consulta previa genuina sea aún más difícil de lograr.

3. Dinámicas Amplias: Extractivismo, Criminalización y Autodeterminación Indígena

3.1. El Modelo Extractivista Dominante y el Conflicto Socioambiental

El Baguazo no fue un hecho aislado, sino la culminación de una serie de decisiones políticas que privilegiaron la inversión por encima del diálogo y el respeto a la diversidad cultural. La confrontación entre un modelo de desarrollo extractivista, impulsado por una fuerte demanda global de recursos, y la cosmovisión y derechos territoriales de los pueblos indígenas, es una constante en la realidad peruana. Este "consenso extractivista" ha permeado las políticas públicas peruanas, relegando los derechos indígenas a un segundo plano y generando conflictos recurrentes, tal como lo ha documentado Carlos Monge (2011).

La demanda insaciable por recursos naturales choca directamente con la vulnerabilidad de los ecosistemas y la profunda dependencia de las comunidades indígenas de sus territorios para su subsistencia y desarrollo cultural. Esta situación se agrava por la "superposición caótica de derechos", donde las tierras comunales a menudo se solapan con concesiones forestales, mineras o petroleras, o con áreas naturales protegidas, sin directrices claras para la resolución de conflictos.

Los pueblos indígenas enfrentan tasas de pobreza desproporcionadamente altas (32.3% para aquellos cuya lengua materna es indígena, con un 5.4% en pobreza extrema) y un acceso limitado a servicios básicos esenciales (solo el 67.3% tiene acceso a agua potable, el 48% a desagüe y el 78% a electricidad, significativamente más bajo que la población no indígena). Estas brechas sociales profundas a menudo "condicionan el ejercicio adecuado de la consulta previa", ya que la vulnerabilidad extrema puede limitar la capacidad de las comunidades para participar en igualdad de condiciones. Además, la prevalencia de una economía informal generalizada (70% a nivel nacional) y actividades ilegales como la tala y la minería ilegal representan amenazas significativas para los derechos indígenas, complican la gobernanza y exacerban la degradación ambiental en sus territorios. Este modelo extractivista, al priorizar la explotación de recursos sobre el bienestar humano y ambiental, constituye una forma de violencia estructural, enraizada en patrones históricos de colonialidad y racismo, que sistemáticamente despoja y margina a los pueblos indígenas.

3.2. Criminalización de la Protesta Social y la Disidencia

La respuesta del Estado ante la protesta social, caracterizada por la criminalización y el uso desproporcionado de la fuerza, es un patrón recurrente que se observa no solo en el Baguazo sino en otros conflictos socioambientales en el país. La militarización de las zonas de conflicto y la falta de protocolos adecuados para el manejo de multitudes, sumado a la ausencia de un diálogo intercultural real, transformaron una protesta legítima en una masacre.

La criminalización se extiende más allá de las acciones de protesta para abarcar la "criminalización de la disidencia", donde la mera expresión de una posición política diferente al enfoque neoliberal extractivista es estigmatizada. Esto ha llevado a que los defensores de derechos humanos sean etiquetados como "antimineros" y a campañas mediáticas que deslegitiman las demandas sociales. La impunidad de los responsables de alto nivel en conflictos socioambientales crea un ciclo peligroso: la falta de rendición de cuentas alienta la criminalización, que a su vez silencia la disidencia legítima, debilita a las comunidades indígenas y hace aún más difícil la implementación de una consulta previa efectiva, funcionando como un mecanismo de control social para mantener el statu quo extractivista.

3.3. Vulnerabilidades Persistentes y Desafíos Territoriales para los Pueblos Indígenas

La Constitución peruana, al utilizar los términos "comunidades campesinas y comunidades

nativas" en lugar de "pueblos indígenas", genera problemas persistentes en el reconocimiento pleno de los derechos territoriales colectivos y la autodeterminación. Los líderes indígenas abogan por el uso del término "pueblos indígenas" para un reconocimiento territorial integral.

La consulta previa a menudo opera dentro de un "marco débil de diálogo intercultural e institucional", donde es frecuentemente percibida por los actores estatales como un "mecanismo incómodo" en lugar de un derecho fundamental. Además, la ausencia de una política pública específica sobre conducta empresarial responsable deja un vacío crítico en la regulación del comportamiento corporativo y la garantía de los derechos humanos en las operaciones extractivas.

Las deficiencias en la titulación de tierras son otro desafío importante. Marcos legales desactualizados, la falta de un registro comunitario unificado y la ausencia de georreferenciación para muchas comunidades obstaculizan los procesos de titulación, contribuyendo a la inseguridad jurídica, la informalidad y abusos como la tala ilegal y el trabajo forzoso. Un porcentaje significativo de comunidades campesinas y nativas siguen sin título de propiedad.

Las mujeres indígenas, que representan el 51.4% de la población indígena, enfrentan una vulnerabilidad aún mayor que los hombres indígenas. Presentan altas tasas de indocumentación, son víctimas de violencia física, psicológica y sexual (caso de las niñas abusadas sexualmente en la provincia de Condorcanqui – Amazonas), tienen acceso limitado a los mecanismos de protección estatal y enfrentan barreras significativas para acceder a servicios de salud y educación. Su limitada participación política y sus escasas oportunidades económicas son también problemas críticos. Una demanda clave es su reconocimiento como "comuneras calificadas" en los registros comunales, independientemente de su estado civil o maternidad, para asegurar su participación plena en los procesos de consulta y toma de decisiones.

Finalmente, la contaminación del suelo, el aire y el agua (por ejemplo, por mercurio de la minería informal y derrames de petróleo) representa una amenaza importante para la salud indígena. La capacidad limitada del Estado para abordar estos impactos ha llevado a demandas de mejora en la atención sanitaria y respuestas culturalmente relevantes. La efectividad de la consulta previa no puede abordarse de forma aislada; está intrínsecamente ligada a un espectro más amplio de derechos indígenas. Las deficiencias en un área, como la inseguridad de la tenencia de la tierra o la falta de servicios básicos, socavan directamente la posibilidad de una consulta genuina, informada y equitativa en otras, lo que exige un marco político integrado.

3.4. Protocolos Autónomos: Respuestas Indígenas a las Deficiencias de la Consulta

En respuesta al "vaciamiento" de la consulta previa por las prácticas estatales, los pueblos indígenas están desarrollando cada vez más sus propios "protocolos autónomos" de consulta y consentimiento. Estos protocolos no son meros documentos procedimentales; son expresiones profundas de autodeterminación y derecho consuetudinario, representando un enfoque "de abajo hacia arriba" del pluralismo jurídico, o "jusdiversidad".

El propósito y la función de estos protocolos son múltiples: articulan las visiones indígenas, reafirman el derecho consuetudinario, fortalecen la autoorganización y establecen nuevas relaciones más equitativas con los actores externos. Sirven como una herramienta proactiva para la resolución de conflictos y para asegurar que las consultas se lleven a cabo de acuerdo con las normas y procedimientos indígenas. Al afirmar sus propios sistemas normativos y definir los términos de su compromiso, los pueblos indígenas están recuperando

activamente su autonomía y desafiando la imposición histórica y continua de modelos de desarrollo y de interpretaciones legales por parte del Estado.

El estudio de IWGIA (2020) proporciona estudios de caso de toda América Latina, incluyendo a los pueblos Wajãpi, Munduruku y Juruna en Brasil; Arhuaco y Nasa en Colombia; Nahua y Miskitu en Honduras; y la Nación Wampis en Perú. Estos ejemplos demuestran diversos enfoques para el desarrollo y la aplicación de protocolos, que van desde la regulación de las interacciones con el mundo exterior hasta la protección del patrimonio biocultural y la afirmación de la autodeterminación.

A pesar de su creciente importancia, el reconocimiento oficial de estos protocolos por parte de las instituciones gubernamentales sigue siendo limitado en muchos países, y a menudo entran en conflicto con las normas estatales. Su eficacia depende de diversos factores, incluidos los procesos de autonomía indígena, los sistemas jurídicos estatales y el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la adopción y el apoyo a estos protocolos ofrecen una vía transformadora para la resolución de conflictos y el desarrollo sostenible en Perú, al fomentar un diálogo intercultural genuino y aprovechar el conocimiento y las estructuras de gobernanza indígenas para obtener resultados más equitativos y respetuosos de los derechos.

4. Discusión

Los resultados obtenidos refuerzan la tesis central de este estudio: la implementación de la consulta previa en el Perú, especialmente en el ámbito de los proyectos extractivos, dista mucho de ser efectiva y, en casos extremos como el Baguazo, las deficiencias en su aplicación han conducido a tragedias humanas y a la profundización de la desconfianza entre el Estado y los pueblos indígenas.

La confrontación entre un modelo de desarrollo extractivista, impulsado por una fuerte demanda global de recursos, y la cosmovisión y derechos territoriales de los pueblos indígenas, es una constante en la realidad peruana. El Baguazo no fue un hecho aislado, sino la culminación de una serie de decisiones políticas que privilegiaron la inversión por encima del diálogo y el respeto a la diversidad cultural. La aprobación de decretos legislativos que afectaban directamente los derechos territoriales y ambientales de las comunidades, sin un proceso de consulta genuino, evidencia una visión sesgada del desarrollo, donde los derechos colectivos son considerados un obstáculo en lugar de un pilar para la sostenibilidad.

La respuesta del Estado ante la protesta social, caracterizada por la criminalización y el uso desproporcionado de la fuerza, es un patrón recurrente que se observa no solo en el Baguazo sino en otros conflictos socioambientales en el país (Defensoría del Pueblo, 2021). La militarización de las zonas de conflicto y la falta de protocolos adecuados para el manejo de multitudes, sumado a la ausencia de un diálogo intercultural real, transformaron una protesta legítima en una masacre. La persistencia de la impunidad para los responsables de las decisiones políticas y operativas de alto nivel en el Baguazo envía un mensaje preocupante sobre la justicia en el Perú y perpetúa un ciclo de vulneración de derechos sin rendición de cuentas. Esta falta de justicia no solo revictimiza a los afectados, sino que también socava la credibilidad en las instituciones estatales y en el propio sistema de justicia.

La Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785), si bien representa un avance normativo, ha demostrado ser insuficiente en su aplicación práctica. La reglamentación y la interpretación restrictiva de sus alcances por parte de las entidades estatales han permitido que la consulta sea, en muchos casos, un proceso meramente formal, alejado de los principios de buena fe, interculturalidad y consentimiento. La falta de capacidad institucional, la asimetría

de información y la ausencia de mecanismos efectivos de monitoreo y evaluación de los procesos de consulta previa son desafíos que persisten y que requieren atención urgente.

Comparando los hallazgos con estudios previos, se observa una continuidad en las problemáticas. Valdivia (2015), por ejemplo, ha documentado cómo la lógica extractivista ha dominado la política pública en Perú, generando conflictos recurrentes. Stavenhagen (2007), en su análisis sobre los derechos de los pueblos indígenas, ya advertía sobre los peligros de la falta de reconocimiento y respeto de la autodeterminación y el consentimiento. Lo que el Baguazo añade, con su brutalidad, es la demostración extrema de las consecuencias de ignorar estos principios.

4.1. Hallazgos Clave y el Legado Duradero del Baguazo

La tragedia del Baguazo de 2009 y los desafíos persistentes en la implementación de la consulta previa en el Perú revelan una profunda crisis en la relación entre el Estado, el modelo de desarrollo extractivista y los derechos de los pueblos indígenas. El Baguazo es un símbolo elocuente de la vulnerabilidad sistémica de la consulta previa en Perú, destacando la profunda desconexión entre el reconocimiento legal de los derechos indígenas y la realidad práctica de su implementación. Esta brecha es impulsada por un modelo de desarrollo extractivista dominante, junto con un enfoque estatal reactivo, a menudo represivo y formalista, hacia los derechos indígenas y los conflictos sociales.

El costo humano de estas fallas es devastador, y el efecto corrosivo de la impunidad persistente socava la confianza, la cohesión social y el estado de derecho. La falta de rendición de cuentas para los altos funcionarios implicados en la tragedia del Baguazo significa que las lecciones de tales violaciones graves de los derechos humanos no son plenamente internalizadas por el aparato estatal. Si no hay consecuencias significativas para las fallas sistémicas, en particular las que implican violencia sancionada por el Estado, hay pocos incentivos para cambios fundamentales en la política o la práctica. Sin embargo, es fundamental reconocer la resiliencia, la agencia y la autodeterminación de los pueblos indígenas, como lo demuestran su continua defensa y el surgimiento de iniciativas de base como los protocolos autónomos.

4.2. Recomendaciones para el Fortalecimiento de los Mecanismos de Consulta Previa

Para superar los desafíos actuales y avanzar hacia una implementación efectiva de la consulta previa, se proponen las siguientes recomendaciones:

4.2.1. Reformas Legislativas y de Políticas Integrales:

- Integración Explícita del CLPI: Es imperativo que la legislación nacional y sus reglamentos integren explícitamente el principio de Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) como el objetivo final de la consulta para todos los proyectos con impactos significativos en los territorios y formas de vida indígenas, en plena consonancia con la jurisprudencia de la Corte IDH.

- Eliminación de Interpretaciones Restrictivas: Se debe llevar a cabo una revisión sistemática para eliminar todas las interpretaciones restrictivas y las "supuestas exenciones" dentro de la Ley N° 29785 y sus reglamentos que socavan el espíritu y el alcance del Convenio 169 de la OIT.

- Consulta Obligatoria para Concesiones: Se recomienda revertir y fortalecer la postura regulatoria anterior del Ministerio de Energía y Minas (D.S. 023-2011-MINEM)

que exigía la consulta para la mera emisión de concesiones mineras, reconociendo que el otorgamiento de tales derechos constituye una afectación directa de los derechos territoriales indígenas.

- Estudios de Impacto Ambiental (EIA) Pre-Consulta: Se debe establecer legalmente que los EIA exhaustivos se completen antes de que comience el proceso de consulta y antes de que se otorguen las concesiones. Estos EIA deben ser realizados por entidades verdaderamente independientes y técnicamente capaces, evaluar los impactos acumulados, sociales, culturales y espirituales, y desarrollarse en colaboración genuina con los pueblos indígenas afectados, asegurando que dispongan de información completa, accesible y culturalmente pertinente.

4.2.2. Fortalecimiento de la Capacidad Institucional y la Gobernanza:

- **Empoderamiento del Viceministerio de Interculturalidad:** Dotar al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura de una autonomía significativamente mayor, recursos financieros dedicados y respaldo político para supervisar, facilitar y monitorear eficazmente procesos de consulta genuinos, protegiéndolo de injerencias políticas o económicas indebidas.

- **Desarrollo de una Política Nacional de Conducta Empresarial responsable:** Implementar una política pública integral que establezca directrices claras, requisitos de debida diligencia y mecanismos de rendición de cuentas para las empresas privadas que operan en territorios indígenas, garantizando su adhesión a los estándares internacionales de derechos humanos y los principios de consulta previa.

- **Mejora de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI):** Invertir en la mejora de la precisión, exhaustividad y actualización regular de la BDPI, asegurando una coordinación fluida con las entidades de titulación de tierras para proporcionar información etnográfica y territorial fiable y completa, crucial para procesos de consulta efectivos.

- **Fortalecimiento de los Mecanismos de Diálogo Intercultural:** Establecer e institucionalizar espacios permanentes y culturalmente apropiados para un diálogo y negociación genuinos entre el Estado (en todos sus niveles), las organizaciones indígenas y el sector privado, fomentando un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

4.2.3. Garantía de Rendición de Cuentas, Justicia y Reparación:

- **Investigaciones Independientes e Imparciales:** Garantizar investigaciones exhaustivas, imparciales y oportunas sobre todas las violaciones de derechos humanos derivadas de conflictos socioambientales, especialmente aquellas que involucran a agentes estatales. Priorizar la rendición de cuentas de los altos funcionarios políticos y militares por sus decisiones y acciones, asegurando que la cadena de mando sea investigada a fondo.

- **Independencia y Coherencia Judicial:** Fortalecer la independencia y capacidad del poder judicial para aplicar consistentemente el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, superando las inconsistencias internas en las interpretaciones judiciales nacionales que socavan los derechos indígenas.

- **Reparación Integral a las Víctimas:** Implementar mecanismos de reparación integrales y culturalmente apropiados para las víctimas de conflictos como el Baguazo, abordando no solo los daños materiales, sino también los derechos a la verdad, la memoria, la no repetición y el apoyo psicosocial.

4.2.4. Fomento de la Autodeterminación Indígena y el Desarrollo Holístico:

- **Reconocimiento e Integración de Protocolos Autónomos:** Reconocer y apoyar formalmente los protocolos autónomos liderados por indígenas como expresiones legítimas de autodeterminación y derecho consuetudinario. Explorar mecanismos para su integración en los marcos de consulta estatales, respetando la diversidad de los sistemas de gobernanza indígena.

- **Aceleración de la Titulación y Demarcación de Tierras:** Priorizar y agilizar el reconocimiento formal, la demarcación y la titulación de los territorios ancestrales indígenas, lo cual es fundamental para el ejercicio de sus derechos colectivos, la auto gobernanza y la supervivencia cultural.

- **Abordaje de las Causas Profundas de la Vulnerabilidad:** Implementar políticas públicas específicas y culturalmente pertinentes para cerrar las brechas sociales persistentes en los territorios indígenas (por ejemplo, acceso a servicios de salud, educación y servicios básicos de calidad), asegurando que el ejercicio de la consulta previa no esté condicionado o socavado por la extrema vulnerabilidad y marginación.

4.3. Caminos hacia la Rendición de Cuentas, la Justicia y la No Repetición

La implementación efectiva de la consulta previa no es solo una obligación legal, sino una condición indispensable para la paz social, la justicia y un desarrollo sostenible en el Perú. El Baguazo y los desafíos persistentes revelan la necesidad urgente de un cambio de paradigma fundamental en el modelo de desarrollo de Perú, alejándose de un enfoque centrado en el extractivismo para adoptar uno que genuinamente priorice e integre el respeto por los derechos indígenas, la diversidad cultural y la sostenibilidad ambiental como principios fundamentales.

Lograr una paz social genuina y fomentar la confianza entre el Estado y los pueblos indígenas depende de abordar las injusticias históricas, garantizar la rendición de cuentas por los abusos del pasado y demostrar consistentemente un compromiso de buena fe en todas las interacciones futuras. Esto implica una aproximación proactiva y preventiva a la gestión de conflictos, donde la consulta previa se entienda e implemente como un componente integral y temprano de toda planificación de proyectos y formulación de políticas, en lugar de una medida reactiva o una mera formalidad después de que las tensiones escalen.

La persistente falta de rendición de cuentas por la violencia estatal y las violaciones de derechos en los conflictos socioambientales actúa como una barrera profunda para el cambio sistémico. Sin que los responsables de alto nivel rindan cuentas, la cultura institucional que prioriza el extractivismo sobre los derechos humanos y la represión sobre el diálogo permanece arraigada. Por ello, un enfoque verdaderamente efectivo y sostenible para fortalecer la consulta previa debe ser holístico, abarcando reformas integrales que aborden la interconexión de los derechos indígenas. Las deficiencias en un área, como la tenencia insegura de la tierra o la falta de servicios básicos, socavan directamente la posibilidad de una consulta genuina, informada y equitativa en otras, lo que exige un marco político integrado.

Finalmente, reconocer y formalmente integrar el pluralismo jurídico, particularmente a tra-

vés del apoyo a los protocolos autónomos indígenas, ofrece un camino transformador para la resolución de conflictos y el desarrollo sostenible en Perú. En lugar de ver los sistemas jurídicos indígenas como subordinados o un obstáculo, el reconocimiento de su fuerza normativa puede fomentar un diálogo intercultural genuino, construir confianza y crear acuerdos más legítimos, equitativos y sostenibles. Este enfoque trasciende el paradigma confrontacional actual y aprovecha el conocimiento y las estructuras de gobernanza indígenas para lograr resultados más efectivos y respetuosos de los derechos.

5. Comentarios a manera de conclusiones

La tragedia del Baguazo y los desafíos persistentes en la implementación de la consulta previa en el Perú, tal como se ha anticipado en la "Introducción" y desarrollado en los "Resultados" y la "Discusión", revelan una profunda crisis en la relación entre el Estado, el modelo de desarrollo extractivista y los derechos de los pueblos indígenas.

El caso Baguazo es la manifestación más trágica de una práctica recurrente en el Perú: la imposición de proyectos y políticas que afectan a los pueblos indígenas sin un proceso de consulta previa, libre e informada genuino. La Ley N° 29785, si bien existe, ha sido limitada en su aplicación por interpretaciones restrictivas y una falta de voluntad política para entender la consulta como un proceso de diálogo intercultural y de buena fe, orientado al consentimiento.

El Estado peruano exhibió un patrón de abuso de poder en el Baguazo, caracterizado por la emisión de normativas sin consenso, la desatención de las demandas indígenas y el uso desproporcionado de la fuerza para reprimir la protesta social. La militarización de conflictos y la criminalización de defensores de derechos humanos son estrategias que perpetúan la confrontación en lugar de promover soluciones pacíficas.

Una de las consecuencias más dolorosas del Baguazo ha sido la casi total impunidad de los responsables de alto nivel político y militar. La falta de rendición de cuentas por las muertes de awajún y policías socava la confianza en el sistema de justicia, revictimiza a los afectados y perpetúa un ciclo de violencia sin consecuencias para quienes detentan el poder.

Las muertes de comuneros indígenas y de policías en el Baguazo son el lamentable resultado de una escalada de violencia evitable. Esta tragedia ha dejado una huella profunda de desconfianza entre los pueblos indígenas y el Estado, haciendo aún más compleja la construcción de puentes de diálogo para futuros proyectos.

La implementación efectiva de la consulta previa no es solo una obligación legal, sino una condición indispensable para la paz social, la justicia y un desarrollo sostenible en el Perú. Solo mediante un diálogo intercultural genuino, el respeto irrestricto de los derechos de los pueblos indígenas y la rendición de cuentas por los abusos del pasado, se podrá evitar que tragedias como el Baguazo se repitan y construir una sociedad más inclusiva y equitativa.

Referencias

- Artículos de revista

Chirif, A. (2012). La consulta previa en el Perú: ¿Un derecho o un trámite? Debates en Sociología, (37), 133-148.

Ghezzi, R. (2019). Colaboración eficaz y derecho penal premial: ¿Un camino hacia la impunidad? Revista de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, (12), 87-105.

Monge, C. (2011). Minería y conflicto social en el Perú. Debate Agrario, (42), 1-28.

Ruiz Molleda, J. C. (2011). La domesticación del derecho a la consulta previa en el Perú. Diálogo con la Jurisprudencia, (157), 183-199.

Ruiz Molleda, J. C. (2015). La jurisprudencia de la Corte Suprema en el derecho a la consulta previa: Avances y retrocesos. Actualidad Jurídica, (258), 11-23.

Silva Santisteban, R. (2018). La criminalización de la protesta social en el Perú. Revista Quehacer, (206), 70-79.

Stavenhagen, R. (2007). Los derechos de los pueblos indígenas: Un desafío para el siglo XXI. Revista Internacional de Ciencias Sociales, 59(194), 187-198.

Tapia, J. (2021). La colaboración eficaz y la impunidad en casos de corrupción: Un dilema para el Estado de derecho. Ius et Praxis, 27(1), 235-256.

Valdivia, G. (2015). La lógica extractivista y los conflictos socioambientales en el Perú. Anthropologica, 33(35), 7-34.

- Libro y capítulo de libro

Degregori, C. I. (2010). El "paquetazo amazónico" y el conflicto de Bagua: Los demonios del bicentenario. IEP.

Durand, F. (2020). Odebrecht: La empresa que capturaba gobiernos. Fondo Editorial PUCP.

Mazzocchi, J. (2018). El rol del "arrepentido" en la lucha contra la mafia italiana. Revista de Derecho Penal y Criminología, (1), 45-62.

Monge, C. (2011). El consenso extractivista: Problemas y desafíos de la minería en el Perú. Oxfam.

Uprimny, R. (2019). La colaboración con la justicia en el derecho penal: Un análisis comparado. Editorial Temis.

Velásquez, R. (2018). Colaboración eficaz y prueba en el proceso penal peruano. Palestra Editores.

Zúñiga, L. (2020). La lucha contra la corrupción en el Perú: Retos y perspectivas. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

- Normas legales

Ley N° 29785. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Diario Oficial El Peruano (7 de septiembre de 2011).

Decreto Supremo N° 023-2011-MINEM. (2011). Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ministerio de Energía y Minas.

Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Aprueba el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho

a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Diario Oficial El Peruano (3 de abril de 2012).

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1989).
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP). (2007).

Código Procesal Penal. (2004). Decreto Legislativo N° 957.

- Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Tribunal Constitucional. (2011). Sentencia Exp. N° 0022-2009-PI/TC. Diario Oficial El Peruano (12 de mayo de 2011).

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2016). Sentencia Expediente N° 00049-2009-0-1701-JR-PE-01. (Caso Baguazo).

Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente N° 08243-2017-0-1801-JR-CI-10. (Sentencia de enero de 2024 sobre Ley Forestal y de Fauna Silvestre).

- Página Web

Defensoría del Pueblo. (2010). Informe de la Defensoría del Pueblo sobre los hechos de Bagua. Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe.

Defensoría del Pueblo. (2021). Reporte de conflictos sociales N° 207. Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-207-%E2%80%93-Mayo-de-2021.pdf

Monge, C. (2011). Las venas abiertas de América Latina y los extractivismos en el siglo XXI. OXFAM Internacional. Recuperado de https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/114971/bn-veins-open-latin-america-extractivism-020511-es.pdf

Stavenhagen, R. (2007). Los derechos de los pueblos indígenas: Un acercamiento desde el derecho internacional. IWGIA - Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Recuperado de https://www.iwgia.org/images/publications/0034_Stavenhagen_web.pdf

Valdivia, G. (2015). Extractivismo y derechos humanos en Perú: La lógica de la acumulación por despojo. Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente (CEDAL). Recuperado de https://www.cedal.org.pe/publicaciones/extractivismo-y-derechos-humanos-en-peru-la-logica-de-la-acumulacion-por-despojo/

IUDEX IURIS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE