

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO



La diferencia. Ramiro Llona, óleo sobre tela, 2006.

Dossier | Inteligencia artificial y Derecho | Relaciones peligrosas
Ensayo: La soberanía internacional en los Estados de Emergencia. Análisis: Sociedad,
cultura y política en el Perú. Homenaje: Centenario de Vicente Ugarte del Pino: 1923-2023.
Entrevista: El pintor y sus fantasmas. Crónica: Por la ruta de la lengua española



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora

Dra. Felícita Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico

Dr. Luis Antonio Cerna Bazán

Vicerrector de Investigación

Dr. Julio Luis Chang Lam

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Raúl Yván Lozano Peralta

DIRECTOR

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS

Ms. Raúl Yván Lozano Peralta
Ms. Domingo Varas Loli

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Miguel Ayuso Torres
mayuso@icade.comillas.edu
Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez
mariaVictoriadelasheras@pdi.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
jniqued@yahoo.es
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores
faltuve@ugartedelpino.pe
Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna
oscarmurilloserna@yahoo.com
*Instituto de Gobierno de la
Universidad de San Martín de Porres*

Dr. Renzo Raphael Honores Gonzáles
rhonoresg@gmail.com
*Doctor of Philosophy in History
Florida International University - Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú*

Dr. José Antonio Benito Rodríguez
Joseantonibenito1@gmail.com
Universidadde Valladolid, España

Alejandro Patricio Maraniello
patriciomaraniello@hotmail.com
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Martín Acevedo Miño
martin_acevedo@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina

IURA, revista académica interdisciplinaria
de información e investigación jurídica.

ISSN N° 2312-1645

Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2014 - 05941

VOL. 8, N° 1, ENERO - JUNIO 2023 - Trujillo , Perú

Publicación semestral
Título abreviado: IURA

Dirección

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Av. América Sur N° 3145
Urb. Monserrate, Trujillo, Perú
Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087
www.upao.edu.pe

Los artículos de esta revista expresan el pensamiento
personal de sus autores, no de la institución.



La diferencia.
Ramiro Llona, óleo
sobre tela, 2006.

Preprensa

Fondo Editorial UP AO
Diagramación: Jorge Arévalo

ÍNDICE

EDITORIAL	7
EL CAMBIO CONTINUO	
LA INFLUENCIA DE LA SOBERANÍA INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA <i>Pamela Granda Yovera</i>	9
EL PROCESO HISTÓRICO DE FORMACIÓN Y DESARROLLO DE LOS ESTADOS <i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	25
TRANSFORMACIONES	37
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO	
INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO. PROBLEMAS, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES. <i>Darío Parra Sepúlveda</i> <i>Ricardo Concha Machuca</i>	39
INTRODUCCIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO <i>Miguel Luis Jara</i>	77
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES <i>Jackeline Granados Ferreira</i>	101
LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL PERUANO <i>Edgardo Bagate Quispe Villanueva</i>	123

DELITO DE FALSA DECLARACIÓN EN PROCESO ADMINISTRATIVO REGULADO EN EL ARTÍCULO 411 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO <i>Víctor Antonio Castillo Jiménez</i>	139
SOCIEDAD, CULTURA Y POLÍTICA EN EL PERÚ <i>Oscar Murillo Serna</i>	157
HOMENAJE CENTENARIO DE JUAN VICENTE UGARTE DEL PINO <i>Víctor Hugo Chanduví</i>	169
IMPACTO DEL PENSAMIENTO DE JOSÉ JOAQUÍN OLMEDO EN LAS CORTES DE CÁDIZ <i>Rocío Rosero Jácome</i>	217
EL CIUDADANO INDIO Y EL CIUDADANO CRIOLLO. REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LOS INDIOS DE CIUDAD DE MÉXICO. 1827-1840 <i>Ileana Schimdt Díaz de León y Carmen Cebada Contreras</i>	231
LA PROPAGANDA CONSERVADORA A TRAVÉS DE LA PRENSA DURANTE LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA <i>Eduardo Flores Clair</i>	239

SECCIÓN CULTURALES	255
DETRÁS DEL LIENZO ENTREVISTA DE JEREMÍAS GAMBOA CON RAMIRO LLONA	257
CRÓNICA LOS PRIMEROS RASTROS DE NUESTRA LENGUA <i>Domingo Varas Loli</i>	265
BRONCA DE GENIOS <i>Jaime Bayly</i>	269
GUILLERMO NIÑO DE GUZMÁN “LOS LIBROS SON UNA PASIÓN INCONMENSURABLE” <i>Pedro Escribano</i>	271
LA HISTORIA REVISITADA <i>Reinaldo Rojas</i>	277
PÁGINAS LIBRES	281
CHURCHILL LA BIOGRAFÍA <i>Andrew Roberts</i>	282

EDITORIAL

EL CAMBIO CONTINUO

Nuestra revista ha cumplido su meta de publicar diez ediciones continuas en los últimos cinco años. Esta noticia nos satisface porque la publicación de una revista académica no es una tarea sencilla y requiere de un equipo de colaboradores comprometidos con la investigación científica y la convicción de que las universidades tienen su razón de ser en la búsqueda y hallazgo de nuevos conocimientos. En este contexto se vuelve necesario contar con un órgano de expresión propio que sirva de vocero de la comunidad académica.

Cada vez es más evidente que vivimos una era transicional en la que el cambio es el mayor desafío que debemos afrontar. Los avances son de tal magnitud que algunos observadores han comparado los cambios científicos y tecnológicos actuales con la invención de la imprenta de Gutenberg, que cambió la faz de la historia y abrió las puertas de la modernidad. El debate está en curso y como una contribución desde la perspectiva de las ciencias jurídicas hemos decidido publicar un dossier dedicado para tratar sobre los efectos de la inteligencia artificial en el Derecho. Coincidimos con el genial escritor francés Víctor Hugo, quien afirmó en una ocasión que *“El pensamiento no es otra cosa que un simple soplo. Pero un soplo que hace estremecer al mundo”*.

Creemos que el abogado es fundamentalmente un humanista y que debe aspirar a convertirse en un jurista. En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAO aspiramos a formar no solo operadores del Derecho sino profesionales reflexivos capaces de generar soluciones creativas y justas en los procesos y situaciones jurídicas. Por eso nuestra sección cultural ha aumentado su presencia incluyendo un apartado denominado “Páginas libres” que en este número publica el primer capítulo de una última biografía del estadista británico Winston Churchill. Incluimos, además, una crónica a los orígenes de nuestra lengua española y una reveladora entrevista al pintor Ramiro Llona.

Continuaremos editando esta publicación académica con el apoyo de propios y extraños, de los miembros del Fondo Editorial de la UPAO, de profesores de nuestra Facultad de Derecho y la valiosa colaboración de colegas de universidades extranjeras.



Utopía. Ramiro Llona. Óleo sobre tela, 2014.

LA INFLUENCIA DE LA SOBERANÍA INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA

Pamela Granda Yovera

RESUMEN

El objetivo general de esta tesis consiste en determinar cómo, de acuerdo con el artículo 137 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, la soberanía internacional influye en la reforma del estado de emergencia. Mediante la recopilación de información en libros, revistas, códigos, leyes, a fin de determinar y analizar el criterio de los expertos, así como el uso de métodos empíricos y teórico buscamos validar la hipótesis planteada en el título.

En esta investigación utilizamos la técnica del análisis documental, la técnica del grupo de discusión y la entrevista. La pertinencia del grupo de discusión se fundamentó en la necesidad de recolectar información relevante de especialistas en el tema materia de investigación. La conclusión a la que arribamos es que la soberanía internacional tal como es concebida en la Constitución Política del nuevo constitucionalismo influye en la regulación del estado de emergencia. La Constitución Política de 1993 establece que se puede ceder soberanía a organismos internacionales, a fin de que cuenten con poderes supranacionales para luchar contra los problemas de carácter mundial. Existe la posibilidad de crear un modelo común de regulación del estado de emergencia para hacer frente a una situación imprevista o a una contingencia. En estos casos se debe contar con medidas definidas, sobre todo en la asignación de responsabilidades a nivel de funcionarios para dictaminar medidas urgentes en un contexto adverso y excepcional.

ABSTRACT

This Thesis, which we have titled: “International Sovereignty and its influence on the regulation of the state of emergency in the Political Constitution of Peru of 1993” has as its general objective: To determine how International Sovereignty influences the reform of the State of Emergency regulated in Article 137 inc 1 of the Political Constitution of Peru of 1993, for this purpose empirical and theoretical methods were used, through the collection of information in books, codes, laws, in order to determine and analyze the criteria of experts on the influence of the concept of International Sovereignty in the regulation of the state of emergency in the Political Constitution of the Peru 1993. Likewise, the technique of documentary analysis, the technique of the discussion group and the interview were used. The relevance of the discussion group was based on the need to collect relevant information from specialists in the field of research, reaching the conclusion that International Sovereignty as a fundamental element of the new constitutionalism influences the regulation of State of Emergency in the Political Constitution of Peru of 1993, by allowing international organizations to be endowed with sovereignty so that they have supranational powers, in the struggles against problems of a global nature that guarantee universal fundamental rights. Likewise, there is the possibility of creating a common model of regulation of the state of emergency, which is possible dealing with an unforeseen situation or contingency and as such must have duly defined measures, especially in the allocation of responsibilities at the level of officials to dictate urgent measures in an adverse and exceptional context.



Durante el Estado de Emergencia se fortalece el dominio del Estado frente al constitucionalismo de los derechos, así como el dominio del poder ejecutivo sobre los poderes legislativo y judicial.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, con ocasión del riesgo que soporta la salud pública de todo el mundo provocada por la COVID-19 y que ha sido considerada por la Organización Mundial de la Salud como pandemia, los teóricos y organizaciones internacionales han comenzado a reformular el Derecho, generando normas e instituciones para la gobernanza del mundo. Además de la pandemia otros fenómenos de carácter global, como el medio ambiente y el cambio climático están planteando nuevos retos a las situaciones excepcionales antes reguladas por las constituciones de cada Estado. Estos últimos sucesos han puesto a los teóricos a repensar la noción limitada de soberanía estatal debido a que la pandemia mundial ha desnudado las debilidades de los Estados que no han podido prevenir los graves daños, ni garantizar el bienestar general de las víctimas y sobrevivientes. Aparte de limitar los derechos a la libertad y seguridad personal, a la libertad de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio, el vigente estado de emergencia limita en la práctica otros derechos fundamentales como el derecho a la salud, a la libertad de religión, al trabajo, a la empresa, al consumidor, entre otros.

Durante muchos años, el Derecho Internacional se ha fundamentado en la hipótesis que la soberanía estatal constituía una de sus bases fundamentales. Este paradigma ha variado en un mundo tan interconectado como el actual, por ello la colectividad internacional cada vez más consciente de dicha situación se ha provisto de mecanismos eficientes para intervenir gradualmente en lo que acontece dentro de los límites de cada Estado. En este contexto surge el concepto de soberanía Internacional, el que debemos entender como el poder absoluto e insubordinado que se otorga a organizaciones internacionales para que promulguen normas de carácter general y de obligatorio cumplimiento para los Estados del mundo con políticas globales de protección y convivencia.

Es interesante anotar que Kant en su escrito sobre “La paz perpetua” ya nos hablaba de la formación de una sociedad de naciones diferenciándolo de un estado de naciones; en razón a que para él hablar de un estado de naciones implicaría una relación de un superior (el que legisla) y de un inferior (que obedece), el pueblo, muchos pueblos reunidos en un Estado, situación que terminaría siendo contradictoria con la hipótesis de un solo Estado. Por ello habla de una sociedad de naciones donde debe tomarse en cuenta “el derecho de los pueblos” (Kant, 1795).

En igual sentido, Hans Kelsen en su obra titulada “El Problema de la soberanía y la teoría del derecho de los pueblos” propone la fundación de un nuevo estado cosmopolita, que asegure una ciudadanía mundial, capaz de garantizar la paz entre todos los pueblos. El citado autor propone eliminar las soberanías nacionales, identidades religiosas y culturales, por ser desfavorables para el entendimiento de los pueblos. Asimismo diseña un nuevo modelo jurídico denominado el “neoconstitucionalismo” en el que todo el orden jurídico se debería reducir a la Constitución interpretada por medio de los pactos internacionales. No se puede negar que existen críticas a los planteamientos teóricos de estos pensadores, sin embargo, es necesario reconocer el gran valor histórico tanto de Kelsen, como de Kant que ofrecieron a la formación del Derecho Internacional una orientación decisiva que nos ha conducido

a superar la perspectiva del iuspositivismo estatal y a plantearnos el inconveniente del orden mundial en palabras más interesantes. Al parecer estos pensadores lograron prever varios de las dificultades jurídicas que plantea el nuevo orden mundial.

Es cierto que el clásico Estado de Derecho concibió Estados de Excepción, pero solo para las graves alteraciones del orden interno, la paz internacional y apenas las catástrofes. En nuestro marco constitucional se han regulado dos modalidades de regímenes de excepción: Estado de Emergencia y Estado de Sitio. El Estado de Emergencia ha sido previsto en caso de perturbación de la paz o del orden interno, así como de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación y el Estado de Sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan.

En el derecho comparado, como en España se ha podido advertir la incorporación de otra modalidad denominada el estado de alarma en los siguientes supuestos: Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, crisis sanitarias, como las epidemias y circunstancias de contaminación graves, entre otros supuestos.

Hay que considerar que el tratamiento jurídico de estos regímenes de excepción regulados en las constituciones de los diversos países del mundo debe concordar no solo con los tratados internacionales de derechos humanos, sino que tiene que considerar necesidades extraordinarias y/o excepcionales y las premisas constitucionales que disponen las pautas para adaptarse a las nuevas realidades. En este sentido, las dudas y retos deben abordarse teniendo en cuenta los Derechos Humanos y los compromisos internacionales. Así, en nuestro país debemos aspirar a un texto constitucional más progresista que incluya valores superiores con carácter normativo y que no representen solo un ideal o una orientación, sino que sean obligatorios para todos los destinatarios de las normas, principalmente para los operadores jurídicos.

Por otro lado, no se debe perder de vista que de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional uno de los deberes del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Por ello es importante precisar que las bases sobre las que debe descansar la regulación de estos regímenes excepcionales deben tener en cuenta el pleno respeto a la dignidad de la persona humana, lo que implica partir de una idea, cómo debería vivir el ser humano para realizarse plenamente como tal.

En este escenario surge la interrogante ¿De qué manera la soberanía internacional como elemento fundamental del nuevo constitucionalismo influye en la reforma del Estado de Emergencia regulado en la Constitución Política del Perú de 1993? La regulación constitucional de los regímenes de excepción es limitada y requiere atención, más aún cuando el Derecho Internacional moderno ha conseguido uniformizar principios, reglas y criterios en torno a esta problemática. Esa es la misión sustancial del Derecho Internacional Público: influir en las legislaciones internas a fin de que se integren principios y reglas, teniendo en consideración la norma internacional.

Finalmente, consideramos que es urgente dotar de soberanía a organismos internacionales para que cuenten con poderes supranacionales, capaces de superponerse a la soberanía de los Estados nacionales a fin de que asuman responsabilidades ejecutivas en las luchas contra problemas de carácter mundial que no solo garanticen los derechos fundamentales universales, sino que tengan los medios para financiarlos global y localmente.

Los objetivos de la presente investigación abarcan dos niveles. Como objetivo general la presente investigación se orienta a determinar cómo influye la soberanía internacional en la reforma del Estado de Emergencia regulado en el artículo 137 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993. Entre los objetivos específicos planteados se han considerado: a) Explicar el nuevo concepto de Derecho Constitucional mundial en el marco de la soberanía internacional y los derechos fundamentales universales. b) Analizar el estado de emergencia en el Derecho comparado y C) Analizar la naturaleza jurídica del estado de emergencia regulado en la Constitución Política del Perú.

1.1 La soberanía internacional como elemento fundamental del nuevo constitucionalismo

Autores contemporáneos como Gordillo, A. (1998) señalan que el formar parte de una colectividad implica reconocer el respeto a sus reglas mínimas de convivencia en el plano interno, pero sin aislarse del mundo, abandonando así la creencia del poder interno e ilimitado de cada país, pues considera que no se puede hablar de poderes ilimitados en mundo interconectado como el de hoy.

El concepto de soberanía ha ido evolucionando, hemos pasado de un “Estado-ciudadano” a un “Estado-nación”, producto de las grandes transformaciones sociales, económicas y culturales, lo que ha determinado nuevos retos para los Estados. Así, el Estado ya no sólo es considerado como un monopolizador de la fuerza dentro de sus fronteras; sino que también se le reconoce capacidad para mantener el orden interno. El concepto de soberanía también se vio afectado y ahora hablar de soberanía en esta nueva coyuntura implica dotar a los Estados de un orden jurídico que regule el uso de la fuerza y garantice un sistema de coexistencia más armonioso.

Actualmente se discute si el Estado Nación tiene futuro y alternativas de subsistencia, pues ya se habla de un Estado mundial, que trae un concepto nuevo de soberanía internacional en el que la capacidad de decisión de los Estados se ve cada vez más restringida, los Estados se ven obligados a ceder poder en el ámbito externo, en aspectos relativos al medio ambiente, la economía, el cambio climático, entre otros.

En el ámbito económico, las normas que regulan la economía han otorgado poder a instituciones internacionales como la Organización Mundial de Comercio, el Banco Mundial, entre otros, provocando una disminución de la autonomía estatal y abriendo una grieta entre la imagen de un estado soberano y la existencia de un mundo globalizado; lo que hace que cada día sea más difícil mantener la noción del Estado como único protector del “interés general”. Esta situación pone en evidencia que el núcleo de ese nuevo orden mundial lo van a constituir las instituciones transnacionales y no los Estados.

Coincidimos con la posición del profesor español Gurutz Iáuregui, quien citando a Castells considera que se debe buscar una alternativa en la que los Estados sigan teniendo vigencia y poder, donde los Estados compartan funciones con las organizaciones transnacionales. Esto implicará modificar el concepto de soberanía, uno de los pilares fundamentales de la legitimidad de los estados.

Así, se debería erigir un concepto de Derecho que faculte las interrelaciones entre múltiples sistemas jurídicos, sin que suponga la subordinación o jerarquización entre ellos. Consideramos que la adaptación de los Estados a un nuevo orden mundial o cuando menos regional se debe realizar a través de un proceso de integración, vinculando elementos que admitan la elaboración de una identidad fuera de sus límites, creación de normas semejantes y una intención política resuelta a edificar un nuevo concepto de soberanía mundial capaz de quebrar la tradición del “Estado nación”.

Es importante que esta visión pluralista pueda sostener una conexión entre sistemas que interactúan de forma recíproca haciendo viable la convivencia entre derecho comunitario y derecho interno fundamentados en una relación de equiordenación y no de supra o subordinación. En ese sentido, no tiene lógica mantener una separación tan rígida entre lo interno y lo externo y por ello, cualquier posición que haga predominar la soberanía nacional por encima del respeto a la dignidad humana debe considerarse contraria a la justicia. Por eso los juristas han asumido el desafío de asumir la construcción gradual de un constitucionalismo mundial.

Lo cierto es que las posiciones están divididas. Para algunos autores como el jurista alemán Von Bogdandy debería ser viable, cuando menos en países con democracias liberales, fijar dentro del precepto jurídico de cada Estado límites legales que evidencien que los principios constitucionales priman sobre cualquier interés. Ante una norma o un acto de Derecho Internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales se debería dar mayor prevalencia a la Constitución. Diferente posición asume el profesor alemán Schmitt, pues para el citado autor no podría pensarse en un Estado mundial porque el mundo no puede considerarse como un concepto político a menos que se soporte alguna irrupción extraterrestre (Schmitt, 2005, p. 83).

Para Hernando Nieto (2020) la globalización no se puede desplazar al universo jurídico, no podemos hablar de constitucionalismo global, de internacionalización del Derecho Constitucional porque el orden internacional genera desconfianza y se podrían generar enormes espacios autárquicos. Los sistemas de salud deben estar en aptitud de contestar ipso facto a cualquier evento y no tener que esperar ayuda de otros estados, porque cuando está en juego la supervivencia la cooperación se acaba. Con la pandemia de la COVID 19 se ha evidenciado muchos problemas como la limitada cooperación de los organismos internacionales con los Estados más perjudicados y la profunda interconexión entre los seres humanos y su vulnerabilidad recíproca. Por ello consideramos urgente y obligatorio ejercer la práctica de los principios de solidaridad y cooperación internacionales entre países si queremos mejorar el ejercicio de los derechos humanos en todo el mundo. Es importante que los países asuman el principio de solidaridad internacional en su esfuerzo por hacer valer los derechos humanos en todos los lugares del mundo.

En el plano económico se ha evidenciado que con la clausura de fronteras los Estados autónomos, autosuficientes que no han necesitado de otros Estados para sobrevivir se han encontrado en una posición superior que aquellos países que necesitan del comercio internacional para subsistir. Así los ciudadanos o residentes de países calificados para producir respiradores, mascarillas o pruebas moleculares tuvieron mayor oportunidad de sobrevivencia.

En el ámbito de los derechos, si bien durante la vigencia del estado de emergencia los derechos se relativizan; lo primordial es ratificar que en esta coyuntura la justicia debe ceder paso al bienestar, es decir, los derechos de las mayorías deben prevalecer por encima de los derechos de las minorías, porque en un estado de emergencia su existencia está en juego.

Nos queda claro, entonces, que durante un Estado de Emergencia se fortalece el dominio del Estado frente al constitucionalismo de los derechos, así como el dominio del poder ejecutivo sobre los poderes legislativo y judicial porque sus acciones son lentas y carecen de poder inmediato. Por ejemplo, no podría emitir una Corte la exigencia de proveer un respirador a un enfermo cuando no hay ninguno disponible, finalmente la ficción jurídica de las normas no puede esconder la realidad que ha sido desnudada por la epidemia.



En Perú, el estado de emergencia simboliza un gran desafío al Estado constitucional y democrático de Derecho por las formas abusivas y distorsionadas en las que ha sido aplicada y por sus consecuencias devastadoras para el orden institucional del país.

1.2 Estado de Emergencia en el Perú y el Derecho Comparado

En nuestro país se decretó la emergencia sanitaria el 6 de marzo del 2020, poco después que la COVID 19 fuera declarada como pandemia por Organización Mundial de la Salud. Entre las medidas más importantes decretadas destacan la suspensión de clases tanto a nivel escolar como universitario, la privación de reuniones y la cuarentena obligatoria para todas las personas que procedían de Europa y Asia. Por ello, ante el acrecentamiento de pacientes con COVID-19, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el 15 de marzo el presidente Martín Vizcarra Cornejo decretó por quince días el estado de emergencia en todo el país suspendiendo los derechos a la libertad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio y el derecho de reunión en concordancia con el artículo 137-1 de nuestra carta magna.

Entre estas medidas destacan el cierre de fronteras aéreas, terrestres y marítimas; así como, el “toque de queda” que consistía en el impedimento de transitar por vías públicas entre las 8:00 p. m. y 5:00 a. m. Este horario fue variando por regiones, salvo para aquellas personas que realizaban actividades esenciales.

Este decreto se extendió de manera sucesiva en varias oportunidades hasta que el gobierno puso fin al estado de emergencia a través del Decreto Supremo N° 130-2022-PCM mediante el cual puso fin al estado de emergencia nacional después de evaluar el descenso de la positividad, el progreso en la vacunación y la reducción de los pacientes ingresados en las unidades de cuidados intensivos y de las muertes por la covid-19.

En el Derecho comparado podemos advertir que los Estados que forman parte de la Unión Europea no tienen un modelo común que regule los estados de anormalidad en sus respectivas constituciones. Asimismo se advierte la falta de uniformidad respecto de las condiciones y supuestos que legitiman la declaratoria de los Estados de Excepción, toda vez, que algunos Estados consignan dichos supuestos en sus Constituciones y otros lo hacen en una ley excepcional.

Entre los países de la Unión Europea que han regulado en sus cartas magnas un auténtico “Derecho de Excepción” se encuentran Alemania, España y Hungría. Estos países han considerado los supuestos que legitiman los estados de excepción, el procedimiento para su declaración y los instrumentos que garantizan los derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso de Alemania, pese a que la Constitución Alemana de 1949, denominada Ley Fundamental para la República Federal de Alemania incluye normas que prevén un estado de emergencia, se ha servido de una ley, la Ley de Protección de Infecciones, para combatir la pandemia.

En Alemania se ha discutido mucho sobre la proporcionalidad de las medidas tomadas en la pandemia. Alemania no suprimió totalmente el disfrute y ejercicio de la libertad de circulación, por ello se dice que las medidas fueron equilibradas y justas para proteger la salud; sin embargo, muchos juristas han opinado que en caso de que el gobierno hubiera decretado un toque de queda general en el país hubiera sido inconstitucional por no tener asidero legal.

En España, la Constitución española regula dicha institución en su artículo 116 en el que distingue tres supuestos: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. En este país el estado de alarma comprende las circunstancias en las cuales se suscita una grave alteración de la normalidad, como crisis sanitarias, catástrofes naturales, entre otras.

El presidente de España, Pedro Sánchez, determinó en marzo de 2020 el inicio del estado de alarma. El Tribunal Constitucional español, sin embargo, declaró como inconstitucional el artículo del decreto de alarma que impuso un internamiento domiciliario.

Desde esta perspectiva diversos juristas han realizado sendos análisis respecto a si el confinamiento estricto declarado en marzo de 2020 afectó la libertad personal, la libertad de circulación, y si los decretos de alarma expedidos a la luz de la legislación resultarían constitucionales. En ese contexto, sostienen que el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio no determina cuáles serían los casos cuando la libertad de circulación está suspendida.

El Tribunal Constitucional español ha fundamentado mediante una primera sentencia que los derechos fundamentales no pueden ser suspendidos dentro de la vigencia de un estado de alarma, sino que la suspensión de derechos sólo procede dentro de un estado de excepción. En cuanto al segundo estado de alarma decretado en España, el tribunal estimó que, a pesar de ser una medida excepcional apropiada, debió existir un control del congreso de Diputados.

Consideramos importante la postura del Dr. Francisco Javier Díaz Revorio, jurista y docente de la Universidad de Castilla de La Mancha, quien considera necesaria una reforma de la ley española en materia de sanidad, que sirva de sustento legal para que puedan dictarse medidas ponderadas sin que se requiera dictaminar estados de excepción. Así, estima que España cuenta con leyes de Sanidad dispersas y por ello es urgente elaborar una ley de pandemias que contenga disposiciones excepcionales pero que no restrinjan derechos fundamentales.

Respecto a Hungría, resaltamos que dicho país contiene una regulación constitucional pormenorizada de los estados excepcionales disponiendo hasta 5 supuestos, dentro de ellos ha regulado el “Estado de Emergencia”. Así en dicho país, con fecha 4 de noviembre de 2020 se declaró el estado de emergencia como resultado de la pandemia generada por la COVID 19 y a partir del día siguiente se impuso en todo el territorio del país un toque de queda entre las 12:00 horas de la noche y las 5:00 horas de la mañana.

Finalmente, podemos distinguir a países como Italia, Austria, Bélgica, países que no han regulado de forma expresa los estados excepcionales, salvo el estado de guerra y en algunos casos han previsto una regulación mínima de dichos supuestos.

Italia, por ejemplo, cuenta con un modelo único, pues su Constitución no ha definido, ni ha legislado de manera expresa los estados excepcionales, sólo ha contemplado el estado de guerra y de manera general en su artículo 77,2 de su Constitución hace mención a “casos extraordinarios de necesidad y

de urgencia” en los que el gobierno puede decretar medidas transitorias con fuerza de ley, las mismas que obligatoriamente deben ser presentadas a las Cámaras para su conversión el mismo día, bajo su responsabilidad.

La Constitución de Austria no ha contemplado los estados de excepción, sólo ha previsto cláusulas excepcionales que facultan adoptar medidas temporales a fin de prevenir el desorden durante una crisis. Austria para hacer frente a la crisis sanitaria recurrió a la Ley de Epidemias de 1950 (EpG), pero fue más que evidente que las medidas previstas no eran suficientes para eludir la propagación del virus, por ello se aprobó poco tiempo después la Ley de Medidas COVID-19.

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional austriaco ha opinado respecto a la proporcionalidad de las medidas adoptadas durante la pandemia de la COVID 19, medidas que restringían o limitaban derechos fundamentales. En ese sentido ha sido claro en expresar que el interés por preservar la salud pública podría justificar la conculcación de derechos fundamentales siempre que las medidas adoptadas sean proporcionadas; por ello ha considerado que las restricciones adoptadas como impedimento de salida, cierre de comercios contribuyeron al interés público, esto es contribuyeron a preservar la salud de la población. Sin embargo, explica con acierto que la tarea más difícil es determinar si las medidas se consideran adecuadas y necesarias durante una crisis sanitaria, por ejemplo, al inicio de la pandemia se ignoraba el nivel de amenaza del virus, se consideraba que los impedimentos de salida y los cierres de locales o comercios eran medidas necesarias, pero más adelante se objetó dicha necesidad al quedar claro que bastaba con el uso de la mascarilla y el distanciamiento social para eludir los contagios.

Por otro lado, respecto a la regulación de los estados excepcionales en el sistema constitucional de los estados que forman parte la Comunidad Andina de Naciones (CAN) podemos decir que la situación es compleja, pues no se han determinado las causas por las que procede decretar estado de excepción. Esta situación podría generar un uso inapropiado de los estados excepcionales por parte de los gobernantes. En esa línea, el jurista Diego Valadés considera que el propósito de los estados excepcionales debe ser la defensa del Estado, de los derechos constitucionales y del sistema democrático; sin embargo, considera que las facultades discrecionales otorgadas al poder ejecutivo en sus constituciones son arriesgadas porque en definitiva es el poder ejecutivo el que va a ejercer el control sobre el decreto que el mismo expidió. Esta situación implicaría no sólo una intromisión con el poder legislativo, sino que algunos gobernantes podrían aprovecharse del estado excepcional para consolidarse en el poder.

Los estados que conforman la Comunidad Andina de Naciones han regulado el régimen excepcional en sus respectivas constituciones, salvo el caso de Colombia, país que además de regular los estados de excepción en su Constitución, cuenta con una ley especial que complementa dicha regulación. Perú, Bolivia y Ecuador no cuentan con una ley especial complementaria que regule las facultades excepcionales asignadas al poder ejecutivo en circunstancias emergentes y que garantice la plena vigencia de los derechos constitucionales.

1.3 Naturaleza jurídica del Estado de Emergencia regulado en la Constitución Política del Perú

Antes de ingresar a estudiar la naturaleza jurídica de esta importante institución jurídica se hace necesario revisar sus antecedentes. El antecedente más lejano de los estados excepcionales lo encontramos en la dictadura romana. A decir de J. Bodin (1992), la dictadura fue una institución que surge como una invención de la República Romana. Suprimida la monarquía surge la república cuyo origen fue tirante por las pugnas entre los patricios y plebeyos. En esta situación los romanos creyeron necesario designar un dictador para encauzar la guerra. Para evitar que el poder se concentrara en una sola persona conforme a la monarquía, previeron una magistratura temporal y soberana para situaciones graves y extraordinarias.

En estas circunstancias difíciles para la subsistencia de la república, la Constitución republicana preveía la designación de un dictador por un período máximo de 6 meses, tiempo que disminuía en caso de que cumpliera su encargo antes de dicho término. Entre las características más relevantes de esta institución tenemos: La designación del dictador se realizaba conforme a las normas constitucionales, el dictador no tenía autorización para decretar el estado de emergencia ni legislar a sola voluntad y era necesario cumplir con el tiempo previsto para alcanzar el fin perseguido. La prórroga de la situación de emergencia exigía la elección de un nuevo dictador.

Otro antecedente del Estado de Excepción lo encontramos en el *senatus consultum ultimum*, institución que nace a finales de la república. Esta institución servía para que en situaciones graves y extremas se pudiera dotar a los cónsules con poderes excepcionales para que aprueben medidas indispensables a fin de hacer frente al estado de emergencia en el que se encontraba la República.

Según Locke, J. (1982) El *senatus consultum ultimum* es considerado por sus autores como una institución indispensable para sostener la función estatal, en cambio para sus críticos representa la institucionalización de una política coercitiva.

El problema de esta institución - como ha sido advertido por diversos autores -es que el decreto que la instituía no establecía los límites del poder de los cónsules, y estos podían violar los derechos de los ciudadanos romanos.

En Perú, el estado de emergencia simboliza un gran desafío al Estado constitucional y democrático de Derecho, no sólo por la naturaleza contradictoria de la institución o por las deficiencias en la normativa vigente o en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sino principalmente por las formas abusivas y distorsionadas como fue aplicada y por sus consecuencias devastadoras para el orden institucional del país.

La naturaleza *erga omnes* de los estados de excepción se desprende de la urgencia de amparo de los derechos fundamentales, el Estado de derecho y los derechos constitucionales de las personas, siempre que existan eventos que los amenacen.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 00002-2008-AI/TC ha señalado:

“(..) el estado de excepción, por su propia naturaleza, es una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado”

De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano la decisión para decretar un régimen de excepción es de naturaleza política pero su control es tanto jurídico como político.

Para Siles, Abraham (2017) la Constitución Política peruana de 1979 reguló el estado de emergencia por primera vez como una respuesta represiva a la violencia generada por el grupo terrorista Sendero Luminoso. Esta situación, sin embargo, generó constantes violaciones de los derechos humanos pese a que la constitución de 1979 sólo admitía la restricción o suspensión del ejercicio de algunos derechos humanos, tales como el derecho a la libertad, a la seguridad personal, a la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y a la libertad de tránsito.

Uno de los inconvenientes del régimen de excepción regulado por la Constitución Política de 1993 fue su duración prolongada. A pesar de que se consagró un control jurisdiccional dentro del *régimen de excepción* y se obtuvo la detención de los principales cabecillas de los grupos terroristas, el país mantuvo este régimen en diversas partes del suelo patrio, siempre como medida para hacer frente a los grupos terroristas.

En nuestro país es preocupante el uso abusivo de esta institución, pues el estado de emergencia se ha seguido aplicando en algunos departamentos donde sigue actuando el grupo terrorista Sendero Luminoso, en lugares como el VRAEM, el Alto Huallaga. Asimismo, se ha sumado el empleo del régimen de emergencia para el caso de catástrofes naturales y hasta para combatir ciertas formas de delincuencia común, práctica que plantea serias dudas de constitucionalidad.

II. CONCLUSIONES

1. La soberanía internacional es una cualidad que hace que los Estados sean actores iguales dentro de la comunidad internacional, subordinándose a normas internacionales; sin que esto implique que cada Estado pierda sus derechos exclusivos y supremos dentro de su propio territorio.
2. Los Estados en la actualidad se están viendo obligados a ceder poder en el ámbito externo, situación que estaría generando un fuerte impacto desterritorializador, obligándonos a tener una visión más global y menos ligada a las normas particulares de cada Estado.
3. Se hace necesario construir un concepto de derecho que permita que los diversos sistemas jurídicos se interrelacionen, sin que ello suponga la subordinación o jerarquización entre ellos. Consideramos

importante que la adaptación de los Estados a un nuevo orden mundial o cuando menos regional se debe realizar a través de un proceso de integración, conjugando factores que autoricen la edificación de una identidad fuera de sus límites, el establecimiento de normas uniformes y una decisión política resuelta a diseñar un concepto actual de soberanía mundial capaz de destruir el mito del “Estado nación”.

4. La naturaleza *erga omnes* de los regímenes jurídicos especiales de los estados de excepción se desprende de la urgencia de amparo de los derechos fundamentales, el Estado de derecho y los derechos constitucionales de las personas. Para el Tribunal Constitucional peruano la decisión de decretar un régimen de excepción es de naturaleza política, pero su control es tanto jurídico como político.
5. La regulación jurídica del estado de emergencia en nuestra carta magna contiene conceptos indeterminados, pues no se ha logrado determinar qué comprende la perturbación de la paz interna, o a qué tipo de graves circunstancias hace mención nuestra Constitución, pudiendo dar lugar a un régimen dictatorial injustificado, por lo que es necesario contar con un marco normativo especial que regule los estados de excepción.
6. La regulación del estado de emergencia en otros países se encuentra en leyes de desarrollo constitucional donde se contemplan mayores escenarios, individualizando las causales para precisar mejor sus alcances y efectos, como es el caso de España, que tiene una regulación más precisa.
7. Es posible tener un modelo común de regulación del estado de emergencia, toda vez que sea posible hacer frente ante una situación imprevista o ante una contingencia que no podría evitarse y como tal se debe tener medidas definidas, sobre todo en la asignación de responsabilidades a nivel de funcionarios para dictaminar medidas urgentes ante un contexto adverso y excepcional.
8. En Perú, el estado de emergencia simboliza un gran desafío al Estado constitucional y democrático de Derecho, no sólo por la naturaleza contradictoria de la institución o por las deficiencias en la normativa vigente o en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sino principalmente por las formas abusivas y distorsionadas en las que ha sido aplicada y por sus consecuencias devastadoras para el orden institucional del país.

III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arbuet-Vignali, H., & Barrios, L. (2001). *El estado, la soberanía y el marco internacional*. Revista De La Facultad De Derecho. Universidad de la República -Uruguay, 20, 11-46. <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/218>
- Bavaresco, A. (2003). Una filosofía comprometida con su tiempo. La crisis del Estado-Nación y la teoría de la soberanía en Hegel. *Revista de Pensament I Anàlisi RECERCA*. Universitat Jaume I de Castellón. 55-80. <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/recerca/article/view/266>

- Bignotto, N. (2008). Soberanía e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion: Revista de Filosofia*, 49 (118), 401-415. <https://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2008000200007>
- Bodin, J. (1992). *Los seis libros de la República*, trad. de P. Bravo Gala, 2ª ed., Tecnos, Madrid, I, VIII, pp. 48-49.
- Calleja, R. (2014, octubre-diciembre). Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Núm. 166. págs. 13-40.
- Campderrich, R. (2006). Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente. *RC Bravo - Anuario de Filosofía del derecho*.
- Cotino Hueso, L. (2021). La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid. Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0004>
- Espinoza, E. () Antropología Filosófica Idea de una Historia universal en sentido cosmopolita. https://www.academia.edu/839508/Resumen_Idea_para_una_historia_en_sentido_cosmopolita_Immanuel_Kant
- Hermosa, A. (2017). El problema de la paz en Kant. *Revista IUS*, 11(40), 29-50. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000200029
- Kant, I. (2003). La paz perpetua. (Traducción de F. Rivera Pastor). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. (Original publicado en 1795). <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmchd7r6>
- Kelsen, H. () The Problem of Sovereignty and the Theory of International Law: A Contribution to a Pure Theory of Law. (Original publicado en 1920).
- Landa, C. (2020, 13 de abril). *El constitucionalismo mundial en épocas de Coronavirus*. Enfoque Derecho. <http://www.enfoquederecho.com/2020/04/13/el-constitucionalismo-mundial-en-epocas-de-coronavirus/>
- Luzzati, C. (1999) Más allá de Kelsen: monismo y pluralismo en el derecho internacional. *Doxa*. N. 22. pp. 135-170. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1999.22.05>
- Locke, J. (1982) *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. de E. O'Gorman, 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D.F., Libro segundo, cap. XXI, parágrafo 29, p. 230.
- Puppo, A. (2015) El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 18. pp. 35-66 <http://www.rtfed.es/numero18/02-18.pdf>

- Turégano, I. (2013, marzo -agosto). Soberanía. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad. Volumen N° 4.* pp 154 a 162. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/5572/1426613003-soberania%20eunomia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Velasco, J.C (1997). Ayer y hoy del cosmopolitismo kantiano. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. 16.* pp 91-117. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/185/185>
- Vita, L. (2012, Enero - Junio) Soberanía y derecho internacional en el pensamiento jurídico de Weimar. *EAFIT Journal of International Law.* Volumen 03. pp. 7-24. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-soberania-y-derecho-internacional-en-el-pensamiento-juridico-de-weimar.pdf>
- Ylarri, J. S. (2020). Los estados de excepción y las situaciones que habilitan su declaración. Un estudio desde el derecho comparado. *Revista Jurídica Austral, 1(1)*, 219-273. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.yla>
- Zolo, D. (2002). Una crítica realista del globalismo jurídico desde kant a kelsen y Habermas. *Revista de Filosofía Jurídica y Política. Anales de la cátedra Francisco Suarez ACFS. 36.* pp 197-218.

Tesis:

- Apaza Sucasaca, B. M. (2019). *Control de constitucionalidad del Estado de Emergencia.* [Tesis presentada en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/10192>
- León Zaa, J.C. (2014). *El Estado de Excepción en el Constitucionalismo Andino: Especial consideración de Chile y Perú.* [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España]. Repositorio institucional. <https://eprints.ucm.es/24605/1/T35116.pdf>
- Meléndez Padilla, F. (1997). *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España]. Repositorio institucional. <https://eprints.ucm.es/2213/>
- Moreno García, S. (2007). La concepción y el concepto de soberanía, particular referencial al artículo 1.2 de la constitución española de 1978. [Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia]. <http://www.soberania.es/Pagina-de-inicio/>
- Norberto Medina, R. (2013). *Más allá del Leviatán: en búsqueda de una Democracia Cosmopolita para Hacer las Paces en el Siglo XXI.* [Tesis presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador]. Repositorio institucional. http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/74290/TFM_%20%20Ricardo%20Medina.pdf?sequence=1&isAllowed=y

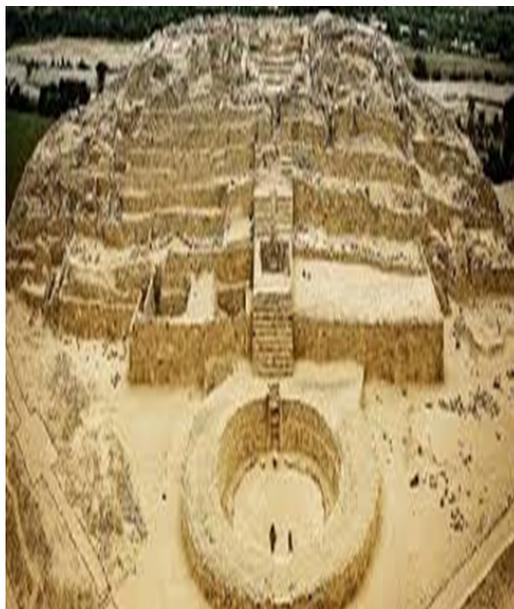
- Pachas Serrano, M.A. (2016). *El control jurisdiccional de la declaración de los regímenes de excepción en la Constitución de 1993*. [Tesis presentada en la Universitat Jaume I]. Repositorio institucional. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/11294>
- Tobón Tobón y Mendieta González (2017). *Los Estados de Excepción en el régimen constitucional colombiano*. Revista Jurídica Opinión Científica. Vol. 16 (31), 67-88 . <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>
- Tobón Tobón M. L. (2017). *La imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción en Colombia: análisis desde el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos*. [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Repositorio Institucional [En línea]. Disponible en <https://eprints.ucm.es/43195/>
- Vera Terrones (2018). *La insuficiente regulación del Estado de Emergencia en el ordenamiento jurídico peruano y las consecuencias atentatorias contra los derechos fundamentales*. [Tesis presentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/11294>

Textos Legales

- Constitución Política del Perú. (1993). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).
- http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Const-peru-oficial.pdf

EL PROCESO HISTÓRICO DE FORMACIÓN Y DESARROLLO DE LOS ESTADOS

Manuel Bermúdez Tapia¹



El descubrimiento de la ciudadela de Caral modificó la datación del desarrollo histórico de los Estados.

¹ Abogado graduado con la mención de *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Master en derechos fundamentales por la Universidad Carlos III de España. Estudios de especialización en la Universidad de Valencia, en la Universidad de Salamanca y en Castilla La Mancha (España), Universidad de Bolonia y Pisa (Italia). Registrado en RENACYT PO140233 y en Min Ciencias en Colombia. Scopus ID 57278125300. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

RESUMEN

En el Derecho Constitucional, el estudio de la formación y desarrollo de los Estados se restringe a elementos puntuales que no logran vincularse a un proceso histórico universal. Una situación negativa debido a la amplitud de elementos teóricos y referenciales que deben ser evaluados. Por eso se cometen algunos errores e imprecisiones cuando se identifican algunos procesos de desarrollo de los tipos de gobierno y de las relaciones internacionales o se evalúa el impacto económico, político, militar o socio-cultural-religioso de la interacción entre diferentes culturas, naciones y países respecto de determinados procesos que inciden en cada etapa de la historia de la humanidad.

Palabras clave: Estados. Derecho Internacional. Derecho de Guerra. Derecho Constitucional.

ABSTRACT

In Constitutional Law, the study of the formation and development of States is restricted to specific elements that cannot be linked to a universal historical process. A negative situation due to the breadth of theoretical and referential elements that must be evaluated. That is why some errors and inaccuracies are made when some development processes of the types of government and international relations are identified or the economic, political, military or socio-cultural-religious impact of the interaction between different cultures, nations and countries is evaluated. countries with respect to certain processes that affect each stage of the history of humanity.

Keywords: State. International right. Law of war. Constitutional right ✓

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional se basa en el estudio de tres elementos significativos: la población, el territorio y el Estado. La interacción de estos tres elementos ha sido evaluada desde la época de los egipcios cuando los faraones ejercieron el dominio del territorio. Esta referencia histórica acaba de ser modificada por el descubrimiento de Caral que confirmó un segundo modelo de desarrollo de Estados en función al comercio. Este modelo ha permitido comprender el modo de desarrollo de Petra en la actual Jordania. Hasta entonces no se había comprendido este modo de desarrollo porque la guerra por el acceso a recursos en un determinado territorio había sido el principal motor o causante de la interacción entre los Estados.

El estudio del proceso de desarrollo de los Estados en función a las condiciones temporales, sociales, económicas, culturales, religiosas y/o militares ha provocado que el estudio del proceso de formación y determinación de características se limite a elementos focalizados que no logran tener correlación con otros factores cuando se ejecutan estudios interdisciplinarios con las ciencias políticas, la teoría del Estado, la sociología, la antropología o el estudio de las diferentes especialidades en el ámbito jurídico.

Ante esta situación se propone un esquema teórico basado en el estudio histórico sistemático de un proceso de transformación de las características y tipos de Estado para así poder definir el modo y las condiciones en las cuales se establece una dinámica en el ámbito mundial, sobre todo en función a sus intereses y expectativas de desarrollo, autonomía y dependencia.



Zona de acceso a la ciudadela que confirmó un segundo modelo de desarrollo de los estados en función al comercio.

1. El surgimiento del Estado y las relaciones con otros Estados

Durante el desarrollo de la humanidad se han sucedido una serie de situaciones que han sido periodificadas en función a determinadas características históricas, políticas, comerciales y económicas, como también sociales, culturales y filosóficas-morales, todo en función al modo en el cual la consciencia humana se iba desarrollando (Roze, 2000: 56).

El paso de cada etapa no sólo ha provocado un cambio de perspectiva en la humanidad sino que además se ha relacionado con el surgimiento del Estado y como este se ha ido modelando hasta alcanzar un estándar general que se conoce en la actualidad.

Para comprender cómo es que ha surgido el Estado, se requiere hacer un esquema de desarrollo sobre el proceso evolutivo de las relaciones entre los estados.

Antes del surgimiento de la civilización, se pueden observar situaciones muy particulares que han preservado la historia de la humanidad:

- a) El incremento poblacional en las hordas permitió la generación de “comunidades” que desarrollaron modos culturales y el establecimiento de la *identidad* de los pueblos que se transforman en *naciones* (Jaramillo, 2004:35).

La interacción positiva o negativa con otros pueblos permitió el desarrollo del comercio, de las alianzas político y/o militares y las condiciones de antagonismo. Esta dinámica provocó el desarrollo de las *relaciones internacionales* y del Derecho de Guerra (Fonseca-Ortiz et al, 2022:5).

- b) El tránsito de la sociedad matriarcal al sistema de dominio de recursos de la comunidad (red familiar) generó la sociedad patriarcal (Estudio teológico de San Ildefonso, 1981:61) y la percepción de la *propiedad* y su conservación configuraron un ideal universal hasta la actualidad.

La determinación de relaciones vinculadas a la preservación de recursos, inicialmente alimenticios, a favor de la comunidad que condicionaba la búsqueda de mejores zonas de caza y recolección inicialmente y que mutó en el momento en el que se generó el período de sedentarización (Martínez, 2013), donde se desarrolló la agricultura y posteriormente la ganadería.

- c) La generación de un sistema de relaciones tanto “internas” como “externas” en la comunidad generó los mecanismos de manejo del poder de dirección y de manejo de la fuerza en forma general, en un territorio (Argullol, 1985: 189).

En el ámbito externo, la comunidad establecía sus propias condiciones frente a toda amenaza o situación provocada por otras comunidades, por cuanto el manejo de su propia supervivencia los obligaba a manejar una única línea de acción a cargo del líder de la comunidad.

Nótese que estos elementos se manifiestan en la sociedad contemporánea y es porque son elementos que históricamente se han preservado, sobre todo en la sociedad occidental.

2. El surgimiento del Estado en la Era Antigua

En función al crecimiento poblacional de las comunidades debido al impacto de los procesos de producción de alimentos por la agricultura y a la necesidad de configurar un orden interno que pudiera garantizar la supervivencia de la comunidad, a nivel histórico se registra el surgimiento de las naciones más antiguas en Egipto, Irak y China (Childe, 1992) y en Caral en lo que actualmente es la zona central de Perú (Shady, 2007).

En esta situación surgen dos modos en los cuales los Estados han modelado su propio desarrollo permitiendo evaluar el modo en el cual han podido manejar sus propios recursos a fin de proteger a su propia población y así preservar su territorio.

a) El surgimiento del Estado a fin de preservar los recursos de la población en el territorio.

El modo tradicional de surgimiento del Estado se produce cuando se hizo necesaria la aparición de una administración que ejerza el gobierno tanto a nivel interno como externo (a) que evalúe los “recursos” que dispone la población (b) en un territorio (c).

De este modo, los principales recursos que tenía la población y el Estado en su territorio eran: los alimentos (i), los recursos minerales (ii), la posición estratégica del territorio para el acceso a otros recursos, como por ejemplo el comercio. Estos recursos debían ser protegidos a toda costa y bajo cualquier situación porque ello implicaba la propia supervivencia de la población que los poseía (Lara, 1973: 31).

Una referencia que ha ido evolucionando en toda la historia de la humanidad conforme los tres períodos revolucionarios registrados por Vere Gordon Childe en su evolución multilineal: La revolución neolítica con la aparición de la agricultura (i), la revolución urbana (ii) y la revolución devenida del desarrollo del conocimiento humano y la ciencia (iii) (Childe, 2002), reproducido por Manuel María Marzal (Marzal, 1996: 151).

Los Estados, desde su creación, tomaron en cuenta la gran importancia que tiene el manejo de los recursos en su territorio y la importancia que tiene la población para la preservación de los mismos y por ello es que la primera forma de gobierno en el Estado es la monarquía teocrática.

Así, los Estados no sólo buscaban “preservar” los recursos bajo sus dominios sino también acceder a otros recursos que estaban en otros territorios y para ello se establecieron niveles de vinculación con otros pueblos y Estados, sobre las cuales se establecieron lineamientos económicos, políticos, religiosos y militares que se mantienen hasta la actualidad (Bermúdez-Tapia, 2020: 292).

La historia detalla una referencia común que se ha mantenido desde los estados monárquicos teocráticos hasta las democracias modernas: el manejo de los tributos para el sostenimiento del aparato público (García, 1977: 247).

Consecuentemente en el ámbito externo surge el origen de las “relaciones entre los pueblos”, bajo la referencia de los gobiernos que dirigen el destino de sus Estados, donde era posible identificar: relaciones de afinidad que generaban alianzas (i), situaciones de violencia y conflicto (ii), donde el resultado podía desencadenar situaciones disímiles entre sí.

i. El exterminio de la comunidad vencida por parte del pueblo vencedor es la referencia histórica más recurrente en la historia de la humanidad.

Sucedió con los indígenas en América Latina por parte de los españoles (Roitman, 2005: 173); situación idéntica con los indígenas australianos por los ingleses, el exterminio de Cartago por Roma.

El fin de estos actos se produjo recién al finalizar la II Guerra Mundial cuando se comprendió el verdadero alcance de los actos de genocidio, identificándose así el término que lo identificaba porque previa a esta situación, estos crímenes “no tenían nombre”, como expresaba Winston Churchill (1941).

- ii. La diáspora, consistente en el acto de despojo del territorio a una población, permite identificar la tragedia judía provocada por Roma en el año 63 a.C., como la referencia más conocida (Paul, 1982: 99).

Corresponde detallar la diferenciación de la diáspora con el exilio de una comunidad, principalmente porque la titularidad de los territorios varía. En el primer término el pueblo expulsado no accede a ninguna forma de soberanía sobre su territorio y en el segundo se genera una condición temporal y usualmente limitada a un conjunto de personas en forma limitada.

- iii. La esclavitud

De referencia conocida y registrada en la mayor parte de la humanidad a excepción de la Edad Media, principalmente por acción de la Iglesia Católica que consideraba a todos los individuos “hijos de Dios”, fundamento que excluía toda situación de esclavitud pero no limitaba el vasallaje.

- iv. El pago de tributos

Que se establecía en contra del pueblo vencido a cambio de que se conserve el territorio y no se merme el número de su población.

Como se puede apreciar, la mayor parte de estas referencias se han mantenido en la historia universal, sancionándose en la actualidad de modo severo la ejecución de actos como el genocidio o crímenes de lesa humanidad en mérito a la defensa de los Derechos Humanos por parte de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional (Ridder, 1957: 31).

- b) El surgimiento del Estado a fin de garantizar la accesibilidad a recursos de la población.

Cuando se descubrió la ciudadela de Caral (Shady, 2006: 59), en el norte de Lima en Perú, los estudios antropológicos que registraban el origen del Estado se alteraron radicalmente.

La historia de la humanidad estaba apreciando una segunda referencia de desarrollo histórico donde la violencia no había sido factor provocador de las relaciones entre pueblos.

Este descubrimiento permitió validar el registro en Petra, Jordania que detallaba un segundo modo en el cual los Estados podían surgir, el cual no registra el uso de mecanismos de violencia para relacionarse con otras poblaciones y pueblos o Estados (Echanove, 2008, p. 362). De este modo los

nabateos en Petra, actual Jordania, generaron un comercio como referencia más importante y esto se deducía de la complementación de estos factores:

- i. Tanto Petra como Caral se ubican en regiones geográficas que no constituyen una referencia geopolítica de importancia para los Estados vecinos (en sus regiones y en sus tiempos históricos), razón por la cual el establecimiento de un mercado que abastecía de recursos a poblaciones tanto locales como externas provocó el auge de ambos pueblos.
- ii. El registro de escasa actividad militar en ambos sitios refrenda la importancia del carácter pacífico y comercial de los gobiernos en ambos pueblos, porque habían relacionado que el único modo de sobrevivir se focalizaba en el hecho de tener un mercado que pueda ser punto de interacción entre diferentes pueblos.

Estos modos en los cuales ha surgido el Estado constituyen una referencia muy especial y excepcional, factor que a nivel histórico ha sido mantenido sólo por Petra (como ciudad), la cual ha sobrevivido desde hace 70,000 años hasta la actualidad (Frösén, 2004: 141).

- c) El establecimiento de las relaciones internacionales entre los pueblos.

El Tratado de Qadesh, suscrito entre Ramsés II y el Rey Hattusili III en el año 1259 a.C., constituye la referencia histórica excluyente en este punto (Marco, y Santos, 1980: 120).

A través de dicho acuerdo, el “período de paz” entre dos pueblos, enemigos históricos, se constituía y el faraón hizo pública dicha acción como un elemento referencial de su gobierno porque daba “paz” a Egipto cuando en esencia no había logrado sus objetivos militares.

Consecuentemente con esta referencia, los pueblos asumen una condición especial, particular y excluyente de sus propias condiciones, modos de vida-cultura-sociedad y tipo de gobierno ante otros pueblos.

Como referencia final, la Edad Antigua se ubica entre el surgimiento de los primeros Estados con gobiernos monárquicos teocráticos hasta la caída de Roma en el año 476 por parte de los hérulos bajo el mando de Odoacro.

3. La caída de los Estados en la Edad Media

Al caer el Imperio Romano se destruyó toda forma de Estado en la Europa de entonces, porque las tribus germanas, en múltiples oportunidades, no tenían por objetivo reemplazar la administración del territorio y de la población vencida y muestra de ello es que al pasar por Roma se dirigieron a varias zonas de Europa para establecerse definitivamente (Campderrich, 2007: 613).

Ante un vacío de poder la Iglesia Católica asumió el rol de dirigir a la población y administrar el territorio europeo sobre la base de un credo, el cual reemplazó a la *ley*, como representación del Estado (Bermúdez-Tapia, 2018: 167). Así se reemplaza la figura del ciudadano por la de laico (Mitre, 1991: 157), quien sostenía a la Iglesia Católica.

Los valores culturales, sociales y morales impuestos por la Iglesia Católica en este período son tan referenciales que estos se mantienen hasta la actualidad y han permitido algunas referencias que han marcado las relaciones internacionales hasta la actualidad:

- a) Los Estados en la actualidad se vinculan preferentemente en el ámbito de una identidad religiosa característica que los diferencia entre sí. Los Estados occidentales asumen en forma casi unánime una misma posición² frente a los Estados vinculados a la religión musulmana.
- b) Los Estados vinculan el contexto religioso nacional con la línea de tutela de los Derechos Humanos y por ello los países occidentales son mucho más críticos de las situaciones limitativas de derechos que se registran en países de tradición religiosa musulmana.

Este período finaliza con la caída de Constantinopla, pero fue complementada por varios factores:

- a) Con el resurgimiento de la actividad comercial, los pueblos europeos comenzaron a formar ciudades (burgos) y estos a su vez provocaron el Renacimiento, como movimiento cultural.
- b) El feudalismo va cediendo paso al fortalecimiento de los gobiernos de algunos reyes europeos que van consolidando una única forma de gobierno en un territorio cada vez más amplio.

Para dar una referencia histórica se puede citar el caso del matrimonio de los reyes católicos, Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla que materializaron una única forma de gobierno en la península ibérica, la cual fue consolidada con Carlos I, quien funda España como Estado para diferenciarlo de los reinos medievales preexistentes (Folgado, 2018: 69).

- c) En Inglaterra se desarrolla un nuevo esquema en el cual surge la administración del territorio y de los recursos de la población por parte del Estado.

Con la Carta Magna de 1215 se establece el sistema parlamentario de manejo del poder estatal, por medio del cual el cobro de tributos debía ser regulado por ley, limitándose al Rey a una forma de representación del Estado (Molina, 2006: 301).

4. El resurgimiento de los Estados en la Edad Moderna

En esta etapa resurgen los Estados europeos que consolidan el poder en un único nivel de representación (Delgado, 2005: 49), tanto en el ámbito interno como a nivel internacional.

Un período temporal que permite observar algunas referencias importantes que subsisten hasta la actualidad:

- a) La ampliación de las fronteras continentales, donde el descubrimiento de América provocó el decaimiento del poder de la Iglesia Católica sobre los Estados, de los pensamientos medievales,

2 En occidente se registran tres Iglesias derivadas de la Católica pero que se han mantenido diferentes entre sí: la romana, la ortodoxa y la ortodoxa basándose en elementos políticos más que ideológicos-religiosos.

sobre todo a nivel de influencia de la Iglesia Católica a nivel de manejo de las relaciones políticas, económicas y militares de los Estados (Nieto, 2009: 12).

- b) El surgimiento de un nuevo orden político, económico y militar mundial (Flórez, 1999: 113).

El imperialismo desarrollado por España, Inglaterra y Francia resulta excluyente frente a las otras realidades europeas (Italia y Alemania, sobre todo) y configura el patrón internacional referencial.

El capitalismo como sistema económico es difundido por los Estados europeos generando un sistema político-económico universal.

- c) El colonialismo (Mellino, 2008: 25) va configurando las realidades tanto de los países dominantes como de los pueblos bajo dominio de otro Estado, estableciéndose mecanismos de vinculación entre ambos tanto en lo cultural, en lo económico, en lo comercial y en lo ideológico.
- d) El poder consolidado en las monarquías europeas va consolidando dos formas de gobierno: Las monarquías liberales y las monarquías absolutistas (Segovia, 2015: 425).

Dado que los Estados van configurando la nueva forma de desarrollo del poder en un territorio, la adecuación de las formas de gobierno en dicho ámbito determinan cuatro niveles de Estados:

- a) Los países colonialistas que mantienen sus condiciones de dominación, reemplazando el colonialismo con las acciones derivadas de la revolución industrial (Vidaurreta, 2010).
- b) Países que se van adaptando a las nuevas condiciones en las cuales se vinculan con los demás países. Los Países Bajos lidera una nueva fórmula que permite a los Estados ejercer actividades a nivel mundial.
- c) Países que asumen su autonomía frente al Estado colonizador, principalmente en las diferentes regiones de América durante el siglo XIX.
- d) Países con gobiernos nacionales que asumen un excesivo control del poder (Arno, 2014), que provocaron las dos revoluciones modernas: la francesa (1789) y la rusa (1917), que en el tiempo generó las condiciones para el desarrollo de las guerras mundiales porque de por medio estaba la preservación de un sistema de dominación del escenario mundial (Bosemberg, 2006: 289).

Nótese que la característica principal en esta etapa histórica es la unificación del poder en manos de una autoridad nacional, donde se identifican a las monarquías (i) y al nuevo modelo de gobierno democrático desarrollado en los Estados Unidos de América (ii), denominado presidencialismo.

5. La legitimidad del pueblo en la gestión del Estado en la Edad Contemporánea

La consecuencia más importante de la Revolución Francesa está vinculada al traslado de la soberanía del rey al pueblo, el cual se configura de modo diferente a la referencia “histórica” de *población* y al modelo ideológico y político del Antiguo Régimen (Gutiérrez, 1991: 105).

En esta etapa también es posible registrar elementos referenciales que subsisten hasta la actualidad:

- a) Se consolida el sistema capitalista como sistema económico dominante a nivel mundial, el cual incluye a China, conforme el estudio de su política económica e internacional (Aguirre, 2000).
- b) Se consolida el desarrollo industrial, el mismo que va generando el movimiento de liderazgo mundial.
- c) Se consolida la democracia en el ámbito internacional como la mejor representación política en la cual el pueblo decide soberanamente el modo de desarrollo de su propio destino.
- d) Surgen nuevos Estados en diferentes regiones en el mundo: América Latina, Asia y África, los cuales interactúan bajo el liderazgo de los países europeos (al inicio) y bajo influencia norteamericana en la actualidad.

El proceso de globalización permite la estandarización de estándares políticos, ideológicos, económicos y comerciales de una manera mucho más vinculante a la gestión que desarrollan los gobiernos nacionales en sus territorios.

CONCLUSIONES

La necesidad de establecer un mecanismo metodológico, histórico y referencial en el proceso de desarrollo de los diferentes tipos y modelos de Estado en la historia universal permite identificar, ampliar y desarrollar elementos significativos que logran asociar el proceso de desarrollo de la humanidad desde épocas previas a la Edad Antigua hasta la actualidad.

El objetivo de este artículo se centra en plantear algunos puntos referenciales comunes en todo este proceso de desarrollo histórico que se sustenta en el Derecho Internacional y el Derecho de Guerra que actualmente es el *Derecho Internacional Humanitario* y sobre el cual se establece la política internacional que adopta un país ante los países de su región y el contexto global, en función a la protección de sus propios recursos o en función a lineamientos económicos, políticos, religiosos y/o militares, los mismos que no han sufrido una mayor transformación durante toda la civilización humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre, M. (2000) *China, capitalismo rojo: los desafíos del viaje a la riqueza*. Flor del Viento.
- Argullol, R. (1985) *Tres miradas sobre el arte*. Icaria
- Arno, J. (2014). *Las Furias. Violencia y terror en las revoluciones francesa y rusa* (Vol. 99). Prensas de la Universidad de Zaragoza.

- Bermúdez-Tapia, M. (2018) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, pp. 167-186, en Martínez Lazcano, A. J. e Islas Colín, A. (Eds.) *Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica
- Bermúdez-Tapia, M. (2020). La influencia de la capacidad bélica sobre la soberanía nacional en las relaciones internacionales. *Revista Científica General José María Córdova*, 18(30), 291-306. <https://doi.org/10.21830/19006586.568>
- Boserberg, L. E. (2006). Las guerras mundiales: Problemas y controversias en torno a los orígenes. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, (33), 289-309.
- Campderrich Bravo, R. (2007). Ward-Perkins, Bryan: La caída de Roma y el fin de la civilización. *Studia Historica. Historia Antigua*, (25), 613-617.
- Childe, V. (1992) *Los orígenes de la civilización*. Fondo de Cultura Económica
- Churchill, W. (1941) *Discurso ante la BBC de 1941*. BBC
- Echanove, J. (2008) *Ecos del desierto: el origen histórico del monoteísmo*. Central Books Supply
- Estudio Teológico De San Ildefonso (1981) *Estudios sobre la familia: conversaciones de Toledo, octubre 1980*. Toledo El Estudio
- Flórez, G. C. (1999). De la sociedad feudal a la génesis del estado moderno en Europa occidental. *Agenda Internacional*, 6(12), 113-122.
- Folgado García, J. (2018) *La llegada de Carlos I a España. Los inicios de un nuevo imperio*. Instituto Teológico San Ildefonso
- Fonseca-Ortiz, T. L., Sierra-Zamora, P. A., Bermúdez-Tapia, M., & Seminario-Hurtado, N. (2022). La percepción de los pueblos indígenas amazónicos sobre los derechos humanos y la ley. *Vniversitas*, (71), 1-15.
- Frösén, J. (2004). Archaeological information from the Petra papyri. *Studies in the History and Archaeology of Jordan*, (8), 141-144.
- Garcia Moreno, L. A. (1977). Composición y estructura de la fuerza del trabajo humana en la Península Ibérica durante la Antigüedad tardía. *Memorias de historia antigua*, (1), 247-256.
- Gutierrez Castañeda, G. (1991) *La revolución francesa: doscientos años después*. UNAM
- Jaramillo Antillón, J. (2004) *La evolución de la cultura: de las cavernas a la globalización del conocimiento*. Editorial de la Universidad de Costa Rica
- Lara Velado, R. (1973) *Estudio histórico de la evolución política de la humanidad*. Ministerio de Educación

- Marco, F. y Santos, N. (1980) *Textos para la historia del próximo Oriente antiguo*. Universidad de Oviedo
- Martínez Veiga, U. (2013) *Historia de la antropología. Formaciones socioeconómicas y praxis antropológicas, teorías e ideologías*. UNED
- Marzal, M. (1996) *La antropología cultural*. Ediciones Abya-Yala
- Mellino, M. (2008) *La crítica poscolonial: desconcolización, capitalismo y cosmopolismo en los estudios poscoloniales*. Paidós
- Mitre Fernández, E. (1991) *Iglesia y vida religiosa en la edad media*. Istmo
- Molina Betancur, C. (2006) *Derecho Constitucional General*. Universidad de Medellín.
- Nieto Olarte, M. (2009). Ciencia, imperio, modernidad y eurocentrismo: el mundo atlántico del siglo XVI y la comprensión del Nuevo Mundo. *Historia Crítica*, (39E), 12-32.
- Paul, A. (1982) *El mundo judío en tiempos de Jesús: historia política*. Cristiandad
- Ridder, H. (1957). La guerra y el derecho de guerra en el derecho internacional y en la doctrina internacionalista. *Revista de estudios políticos*, (92), 31-50.
- Roitman Rosenmann, M. (2005) *Las razones de la democracia en América Latina*. Siglo XXI
- Roze, J. (2000) *Evolución y magia. El camino del hombre*. Editorial Kier
- Segovia, J. F. (2015). La monarquía parlamentaria.: Orígenes y causas de la desnaturalización de la monarquía. *Verbo (Madrid): Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, (535), 425-448.
- Shady, R. (2006). La civilización Caral: sistema social y manejo del territorio y sus recursos. Su trascendencia en el proceso cultural andino. *Boletín de Arqueología PUCP*, (10), 59-89.
- Shady, R. (2007) *Los valores sociales y culturales de Caral-Supe, la civilización más antigua del Perú y América y su rol en el Desarrollo Integral y Sostenible*. Instituto Nacional de Cultura
- Vidaurreta, G. E. (2010). *De cómo el criterio utilitarista de justificación primó en los albores del sistema de patentes: estudio de casos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia: desde el medioevo a la primera revolución industrial*. Tesis de Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO, Buenos Aires. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3318/2/TFLACSO-2011GEV.pdf>

TRANSFORMACIONES

LA INTELIGENCIA

ARTIFICIAL Y

EL DERECHO



▪

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO. PROBLEMAS, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

Darío Parra Sepúlveda¹
Ricardo Concha Machuca²



-
- 1 Universidad Austral de Chile, Chile
dario.parra@uach.cl
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4024-570X>
- 2 Universidad de Concepción, Chile
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6431-2535>

RESUMEN

El desarrollo tecnológico está dando lugar a una profunda transformación de nuestra sociedad. Y una de las tecnologías más determinantes en la actualidad es la inteligencia artificial. El uso intensivo de esta tecnología, tanto en actividades complejas como en situaciones cotidianas, ha dado lugar a relaciones jurídicas no contempladas en nuestros marcos normativos. En este contexto, se estudian los principales problemas que plantea la inteligencia artificial a los sistemas jurídicos. La revisión se hace por medio de tres casos prácticos. Finalmente, se analizan los desafíos que se presentan al derecho, con la expansión de la inteligencia artificial.

Palabras clave: inteligencia artificial, cambio social, derecho, tecnología.

ABSTRACT

Technological development is leading to a profound transformation of our society. And one of the most determining technologies today is artificial intelligence. The intensive use of this technology, both in complex activities and in everyday situations, has given rise to legal relationships not contemplated in our normative frameworks. In this context, the main problems posed by artificial intelligence to legal systems are studied. The review is done through three practical cases. Finally, the challenges presented to the Law are analyzed, with the expansion of artificial intelligence.

Keywords: artificial intelligence, social change, law, technology.

INTRODUCCIÓN

Históricamente ha existido una compleja relación entre el derecho y el cambio social¹. La adaptación de los ordenamientos jurídicos a la realidad social, intrínsecamente cambiante, es uno de los más importantes desafíos que han enfrentado desde siempre quienes crean, interpretan o aplican el derecho².

Aunque en algunas ocasiones la norma ha forjado la transformación de la sociedad, como ocurre cuando la ley establece incentivos para lograr determinadas conductas de los ciudadanos, la regla general es que sea necesaria la adaptación del derecho, ante los desafíos que plantea la constante evolución de las sociedades humanas³. De esta forma, es común caracterizar a la norma jurídica con una cierta rigidez e inmovilidad, y constatar que muchas veces esta se muestra “impotente para seguir de cerca la incesante evolución de las necesidades jurídicas”⁴.

Los avances de la ciencia y la tecnología han acelerado los procesos de transformación social, exigiendo al máximo la adaptabilidad de los sistemas normativos⁵. Somos una sociedad cada vez más dinámica,

cambiante, que ha ido asumiendo nuevos riesgos e incorporando nuevos valores⁶. La globalización, el cambio climático, internet, las redes sociales, el uso cotidiano de la tecnología, entre otros fenómenos, han sido fuente de nuevas formas de relaciones jurídicas, que parecen superar las posibilidades del derecho.

Así, por ejemplo, los tribunales de justicia han debido dotar de nuevos contenidos a los derechos a la honra, a la intimidad y a la propia imagen, frente al escrache que sufren las personas en las redes sociales, utilizado como mecanismo de autotutela⁷. Los adelantos científicos y tecnológicos en medicina han dado lugar a nuevos paradigmas éticos y jurídicos en torno a la vida y la manipulación genética⁸. El uso generalizado de internet en el comercio ha obligado a regular la utilización de bases de datos con información relativa a la vida privada de las personas, adaptar las reglas tributarias, establecer nuevas modalidades de contratación o ampliar el catálogo de derechos del consumidor⁹.

La ascensión de una sociedad que comienza a relacionarse intensamente con la tecnología, ha dado lugar a problemas jurídicos complejos y globales, que parecen aumentar la brecha entre cambio social y derecho¹⁰. Bennet, haciendo un símil con la fábula de la liebre y la tortuga, señala que la norma se presenta como la eterna perdedora en la carrera sin fin contra la tecnología. Mientras esta da lugar a importantes transformaciones sociales, que involucran nuevas formas de conducta de las personas, el derecho continúa siendo dirigido a resolver viejos problemas, incapaz de mantenerse al día con el mundo moderno¹¹.

En este marco de relaciones entre derecho y cambio social, nos centramos en el cambio tecnológico. Como advierte Bennet, se trata de un tipo de cambio social, referido a lo que la sociedad es técnicamente capaz de hacer en un momento concreto¹². Por tanto, nos interesan las interacciones del derecho con las transformaciones de las estructuras sociales relacionadas con el desarrollo de la ciencia y la técnica.

Si bien es cierto, el ordenamiento jurídico ha intentado adaptarse al cambio tecnológico, como sucede con la legislación relativa a protección de datos o la contratación electrónica, es necesario llevar a cabo un proceso general de adaptación del derecho a la sociedad de hoy, tecnológica, digitalizada, virtual. El sistema normativo debe integrar los nuevos desafíos que nos proponen la ciencia y la técnica, acomodándose a sus contenidos y a sus tiempos. Entender las nuevas relaciones sociales, ajustarse a ellas y proponer soluciones innovadoras y creativas, dando lugar a sistemas jurídicos flexibles y dinámicos. En definitiva, repensar el derecho, desde una perspectiva sustancial y formal, para dar respuestas coherentes a los requerimientos de la vida actual y proyectar las transformaciones futuras.

En este contexto, el objeto del presente trabajo es revisar algunos de los principales retos que enfrenta el derecho, como ciencia, ante el progreso científico y tecnológico. En concreto, se abordan las dificultades y los desafíos que se presentan a los sistemas jurídicos, con el uso de la inteligencia artificial (IA), que se ha expandido a casi todos los aspectos de nuestra vida.

El estudio se inicia con una aproximación al concepto de *inteligencia artificial* (IA), desde una perspectiva jurídica. A continuación, se revisan algunos de los principales problemas que se han presentado con el uso de este tipo de inteligencia, mediante la revisión de tres casos concretos. Finalmente, se identifican los principales desafíos normativos que los sistemas de inteligencia artificial plantean y las diversas iniciativas que promueven el diseño de una normativa base que oriente la regulación relativa a la IA.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Se suele apuntar como inicio de la IA, la celebración de la Conferencia de Dartmouth, organizada por Minsky, McCarthy y Shanon, en 1956¹³. No obstante, hubo importantes avances previos en una primera etapa de configuración de una ciencia dedicada al desarrollo de una inteligencia no biológica y que constituyen las bases de la IA. En 1943, Wiener, Rosenbluth y Bigelow formularon los principios de la cibernética¹⁴. En 1949, Hebb presentaba un trabajo sobre los mecanismos de aprendizaje, dando vida al paradigma conexionista¹⁵. En 1950, Turing presenta un test de caracterización basado en la capacidad de replicar el comportamiento humano (test de Turing).

Disponemos a un humano y una máquina en habitaciones diferentes. Un observador, les hace una serie de preguntas a uno y a otro a través de la puerta. Si pasado un cierto tiempo el observador no es capaz de distinguir quién es el humano y quién la máquina, podemos concluir diciendo que la máquina posee inteligencia.¹⁶

Dos modelos fundamentales surgieron en esta primera fase de la IA: el simbólico y el neural o conexionista. El primero busca simular las capacidades cognitivas de los seres humanos mediante el procesamiento de fórmulas sintácticas, que reflejan la estructura del lenguaje. El modelo conexionista, en cambio, pretende replicar las operaciones cognitivas a través de la imitación de la actividad inteligente del cerebro y sus conexiones neuronales, elaborando redes de conexiones entre unidades simples¹⁷.

La teoría conexionista fue cuestionada en 1969 por Minsky y Papert, por la dificultad de que los modelos neuronales pudieran llegar a simular alguna vez habilidades cognitivas mínimamente complejas. A partir de esta crítica, que en ese momento fue considerada insalvable, el estudio de la IA se centró en el modelo simbólico. No obstante, en los años de 1980, el modelo conexionista vuelve a escena, con nuevas teorías que buscan dar explicaciones a las zonas grises del modelo simbolista, retomándose la dualidad simbolismo-conexionismo en el desarrollo de la IA¹⁸.

En esta progresión, uno de los avances relevantes en inteligencia artificial ha sido el desarrollo de los sistemas expertos, programas informáticos que, a partir de un conocimiento base —proporcionado por la codificación del conocimiento de especialistas en alguna materia—, resuelven problemas de forma rápida y efectiva, emulando a una persona experta en un ámbito concreto¹⁹. La creación de los sistemas expertos significó un impulso importante a la IA, pues expandió el uso de esta tecnología a

múltiples industrias y en diversas funciones, como la atención de clientes, los servicios financieros, las telecomunicaciones, los videojuegos o el derecho.

En la actualidad, la IA está cada vez más presente en nuestras actividades cotidianas, como cuando consultamos en nuestros teléfonos móviles la ruta más corta o el medio de transporte óptimo para llegar a un destino, recibimos correos electrónicos que contienen publicidad relacionada con búsquedas que hemos realizado recientemente en Google, o vamos a un restaurante atendido por robots en China²⁰.

Como contrapartida a los innumerables logros en distintas áreas de la IA, todavía hoy su análisis teórico resulta complejo. Como señala Escolano, a pesar de la progresión que se ha mostrado desde su aparición en los años de 1950, sigue pendiente la elaboración de una teoría unificada de la inteligencia y, derivado de ello, de la IA²¹.

Por tanto, no existe consenso en la comunidad científica sobre un concepto unívoco de *inteligencia artificial*²². Amador señala dos motivos que pueden explicar la dificultad para concordar una definición: “Primero, el continuo recelo y rechazo del hombre a admitir que una máquina pueda incorporar capacidades mentales [...]. En segundo lugar, la inteligencia. En sí misma suele ser un concepto mal definido y poco comprendido”²³.

Algunas de las definiciones de IA son: i) “disciplina académica relacionada con la teoría de la computación cuyo objetivo es emular algunas de las facultades intelectuales humanas en sistemas artificiales”²⁴; ii) “ciencia de construir máquinas para que hagan cosas que, si las hicieran los humanos, requerirían inteligencia”²⁵.

El objetivo principal de esta disciplina “no son tanto los programas o el propio ordenador sino la conducta inteligente y, en particular, la conducta humana”²⁶. Asimismo, Sloman señala que se pueden identificar tres finalidades principales de la IA: (1) el análisis teórico de posibles explicaciones efectivas del comportamiento inteligente; (2) descripción de las habilidades humanas; (3) construcción de artefactos inteligentes²⁷.

Podemos ver que, con la IA se estudia, en primer lugar, la inteligencia humana y los procesos cognitivos, intentando descifrar su funcionamiento para, en segundo lugar, aplicar dichos conocimientos al desarrollo de comportamiento inteligente, por medio de unos artefactos creados para dicho fin.

El estudio de la inteligencia artificial se realiza principalmente desde dos áreas disciplinarias: i) las ciencias cognitivas, que analizan la inteligencia y las funciones cognitivas, y ii) las ciencias formales e ingenierías, centradas en los sistemas lógicos.

Las ciencias cognitivas —filosofía, fisiología, neurociencia, lingüística o psicología, entre otras— estudian la mente, la inteligencia y los procesos cognitivos, relativos a la memoria, el aprendizaje, el lenguaje, o la resolución de problemas, y así determinar si es físicamente posible que una máquina

presente capacidad de abstracción similar a la inteligencia humana²⁸. Es decir, entregan el marco teórico para que las ciencias técnicas puedan crear máquinas dotadas de IA.

En cambio, las ciencias formales e ingenierías ponen acento en que los problemas no son tanto conceptuales como tecnológicos. El impacto del concepto de IA es indirecto, y lo relevante es que la IA está constituida por cualquier técnica que permita a las personas que trabajan en esta área, sintetizar IA para sus diversos usos. En este sentido, Chrisley coincide con Newell en que existe un sesgo de ingeniería cuando se considera a la filosofía de la mente como un asunto periférico, y que son los avances tecnológicos, y no los desarrollos conceptuales, los que permitieron el avance real de la IA²⁹.

Se centran estas disciplinas técnicas, por tanto, en el desarrollo de tecnología de la IA autónoma, propiamente tal³⁰, restando importancia a los avances en el conocimiento de la inteligencia humana y sus diversas actividades cognitivas.

En estos años ha primado el desarrollo práctico de la tecnología IA. Como expresa Escolano, se ha cedido en la búsqueda de una teoría general de la inteligencia artificial para centrarse en la resolución de problemas concretos, con avances tecnológicos en sistemas inteligentes transferibles fácilmente a la industria, permitiendo el progreso en campos afines —biotecnología, nanotecnología y otras disciplinas—³¹.

En el estado actual de esta tecnología, como advierte la Comisión Europea, la IA ha dejado de ser ciencia ficción para formar parte de nuestras vidas;

Está transformando nuestro mundo, nuestra sociedad y nuestra industria. El crecimiento de la capacidad informática y la disponibilidad de datos, así como los avances en los algoritmos, han convertido la IA en una de las tecnologías más estratégicas del siglo XXI.³²

Los cambios profundos que estamos viviendo como sociedad, de la mano del desarrollo científico y tecnológico, y especialmente de la IA, están forzando a algunos Estados y organizaciones como la Unión Europea, a asumir un rol activo en la propuesta de un sistema normativo sensible con el estadio actual de desarrollo de la IA. En este marco, los siguientes apartados centrarán en análisis en la IA desde una perspectiva jurídica, apoyándonos en tres casos de estudio.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y EL DERECHO

De acuerdo con Casanovas, la inteligencia artificial no tiene por finalidad replicar las funciones cognitivas, tal como el cerebro humano las realiza. En realidad, con la IA se busca entender la estructura y el funcionamiento de estas operaciones —información, memoria, comprensión, entendimiento, lenguaje, expresión y razonamiento—, mejorarlas por procesos computacionales e insertarlas posteriormente en máquinas para su aplicación en contextos reales³³.

Por otra parte, se nos previene sobre una diferencia fundamental entre la inteligencia humana y la artificial, y que hasta ahora no ha podido ser vencida por la ciencia: “Para alcanzar el nivel de la inteligencia humana, se requiere la propiedad de la autoconsciencia”³⁴. Y aunque se han creado estructuras y programas de datos que han avanzado en niveles de autonomía, “todavía las decisiones principales sobre qué hacer se toman por razonamiento lógico, a partir de oraciones presentes explícitamente en la memoria del robot”. Por tanto, la IA no ha logrado aún que sus programas “sean conscientes de sus propios procesos mentales en curso”. Cuando esto suceda, los dispositivos dotados de IA “alcanzarán el nivel de inteligencia necesario para hacer muchas de las tareas que los humanos querrán darles”³⁵.

El trabajo de McCarthy, considerado el padre de la IA, en realidad apuntaba a la creatividad de las máquinas, avanzar en el desarrollo de un libre albedrío mecánico³⁶. De esta forma, y al hilo de la reflexión anterior de Casanovas, esta ciencia no se limita a replicar la inteligencia humana y los procesos cognitivos, sino que pretende producir, en última instancia, máquinas dotadas de autonomía y consciencia. No consciencia humana, sino una desarrollada por la IA, a partir del estudio de nuestra mente.

Estas reflexiones, realizadas desde la ciencia, marcan el punto de inicio de este estudio sobre IA, entendido aquí como una “disciplina tendente a utilizar las tecnologías digitales para crear sistemas capaces de reproducir de forma autónoma las funciones cognitivas humanas, incluida la captación de datos y formas de comprensión y adaptación (solución de problemas, razonamiento y aprendizaje automáticos)”³⁷.

El desarrollo exponencial que está teniendo la IA, expandida a casi todos los ámbitos de nuestra vida ordinaria —no solo para actividades complejas y especializadas, como la medicina, la nanotecnología o la robótica, sino también a situaciones cotidianas, como conducir un automóvil o utilizar el teléfono móvil—, está generando incertidumbre y riesgos; características de nuestra época tecnológica³⁸. La búsqueda de una inteligencia no biológica, que pueda superar las funciones cognitivas del cerebro humano, para poder desarrollar tareas que requieren de algún tipo de operaciones cognitivas, abre la puerta a nuevas relaciones jurídicas, no concebidas en los sistemas normativos vigentes.

En este sentido, la posibilidad cada vez más real de disponer de máquinas provistas de niveles avanzados de autonomía y consciencia constituye el desafío filosófico jurídico de fondo que la inteligencia artificial plantea al derecho. Cómo se aborda, desde la teoría del derecho, la integración de máquinas con una inteligencia igual o superior a la humana y dotadas de algunas propiedades de autonomía y autoconsciencia, que les permite tomar, en determinadas circunstancias, decisiones independientes, con consecuencias jurídicas.

Tal como sucede con la IA, en la que el avance tecnológico casuístico se ha impuesto al análisis teórico, también en el Derecho ha habido un acercamiento a la inteligencia artificial, desde una perspectiva práctica, antes de realizar disquisiciones relativas a una teoría del derecho para la IA.

De esta forma, los diversos problemas de carácter jurídico, que se han ido presentando con la expansión de la IA, han comenzado a ser resueltas de una forma pragmática, desde las distintas áreas del ordenamiento jurídico —civil, penal, laboral, ambiental, etc.—, atendiendo a un criterio de especialidad. No se ha logrado todavía mostrar un proceso de sistematización en torno a la relación derecho-IA, que apunten a una teoría general del derecho ante la inteligencia artificial, con principios, criterios y normas propias³⁹.

Sin embargo, incluso esta solución funcional resulta compleja ante la disrupción tecnológica que estamos viviendo⁴⁰. Las respuestas de un derecho dúctil, flexible, pragmático, a los problemas que está generando el uso masivo de la IA, están dando lugar a una importante casuística que marca cada vez más distancia con las normas. De esta forma, la obsolescencia normativa que se está produciendo naturalmente con la IA, se ve acentuada por una interpretación extensiva, realizada por los jueces, en la resolución de los casos que conocen.

En este contexto, el cambio tecnológico nos presenta el desafío de cómo abordar la cuestión de la IA desde el derecho. Aunque, a primera vista, Bennet señala, resulta lógico proponer una teoría general del derecho para los temas relativos a la tecnología, la cuestión en realidad no es de tan fácil solución. Por una parte, cabe advertir que el desarrollo técnico, en general —y la IA en particular—, incluye problemáticas tan disímiles como las que plantea el uso de bases de datos para predecir o inducir conductas de las personas, la telemedicina o la nanotecnología. Y, por otra, se corre el riesgo de deificar la tecnología, situación que puede dar como resultado la dificultad para que el legislador pueda poner supuestos de prohibición de desarrollo de IA⁴¹.

Si, en cambio, optamos por primar un desarrollo normativo casuístico, a medida que se vayan presentando los problemas jurídicos relativos a la utilización de la IA, estaríamos eternizando la cuestión antes planteada relativa a la permanente carrera en que parecen estar el cambio tecnológico y el derecho, en el que este último, se presenta como el gran derrotado.

Por tanto, la solución que adoptemos para abordar, desde una perspectiva jurídica, el mundo que se nos presenta con la IA no es baladí⁴². Aun cuando parece imponerse el avance pragmático de normas de derecho civil, penal, laboral, etc., con contenido referido a la inteligencia artificial, estimamos que debe avanzarse en ambos sentidos.

La conexión regulatoria entre la norma y el cambio tecnológico, centrado en este caso por la IA,⁴³ debe ser abordada en las dos dimensiones descritas. Por una parte, deben forjarse cambios normativos sectoriales para dar respuesta a los diversos problemas que van surgiendo a medida que la IA se va expandiendo. De esta forma, el sistema jurídico va adaptándose progresivamente al nuevo mundo. Y, por otra, se debe reflexionar desde la teoría del derecho, sobre la inteligencia artificial, a fin de identificar principios, criterios y normas que doten de flexibilidad al sistema jurídico, y que sirvan de marco general al desarrollo normativo que la IA requiere.

Esta es la posición que parece haber adoptado la Unión Europea en su Comunicación sobre inteligencia artificial, de 2018⁴⁴. Por una parte, insta a avanzar en una política europea para la IA, que incluya nuevas normas de derecho civil, laboral, etc., que se adecuen a las transformaciones socioeconómicas que origina la IA. Por otra, incentiva a los Estados miembro a “garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado, basado en los valores de la UE y en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”⁴⁵.

Como puede verse, la Unión Europea pone en relieve uno de los grandes retos que enfrenta el derecho, cuando hablamos de IA: la adaptación de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión teórica como práctica, ante el proceso de digitalización y automatización a que nos ha abocado la disrupción tecnológica que estamos viviendo. En los siguientes apartados abordaremos esta cuestión como parte de los problemas y desafíos que enfrenta el derecho ante el avance de la IA.

PROBLEMAS DERIVADOS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Como hemos señalado, la IA ha traído múltiples beneficios, en distintos ámbitos de nuestra vida. Entre estas, destacan las diversas aplicaciones en medicina, la mejora de la eficiencia de los sistemas de producción en general, la contribución a la mitigación del cambio global, o el aumento de la seguridad de las personas⁴⁶. De esta forma, la IA —incluida la IA incorporada en robótica y técnicas del aprendizaje automático— está aumentando los estándares de nuestro bienestar social y económico, y ayudando en el ejercicio de los derechos humanos, dando lugar a una mayor calidad de vida de las personas⁴⁷.

No obstante, tal como sucede con cualquier otra herramienta o tecnología, la IA conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en los procesos de toma de decisiones, el sesgo y las discriminaciones de todo tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas, o su uso con fines delictivos⁴⁸. De la misma manera, los artefactos con IA, a medida que avanza su autonomía, podrían tener comportamientos impredecibles o potencialmente dañinos⁴⁹.

En este sentido, Verheij señala que los distintos campos de investigación en IA tienen tres desafíos comunes para disminuir los riesgos que tiene su desarrollo: (i) la IA debe ser social, permitiendo una interacción sensata con los humanos; ii) la IA debería ser explicable, de manera que los algoritmos entrenados en datos se vuelvan transparentes al proporcionar explicaciones justificadas, y iii) la IA debe ser responsable; es decir, guiarse por las reglas, normas y leyes de la sociedad⁵⁰.

Como suele suceder con las nuevas industrias, que desarrollan productos o servicios que antes no existían y que rápidamente pasan a ser esenciales para la sociedad, en una primera etapa su funcionamiento es entregado a la autorregulación de la actividad. Cuando aparecen los primeros problemas de naturaleza jurídica, que no pueden ser corregidos con las reglas de comportamiento que se ha dado el propio

sector, los países buscan en la legislación vigente soluciones creadas para situaciones análogas. Y una vez que las nuevas relaciones jurídicas desbordan el marco normativo existente, se inicia un proceso de regulación de la actividad, con nuevas normas y también una nueva institucionalidad, incluidos órganos reguladores especializados⁵¹.

Es la etapa en que nos encontramos actualmente. La autorregulación de la actividad y la adaptación del marco normativo existente a las nuevas cuestiones jurídicas que propone la IA, principalmente a través de la labor jurisdiccional, comienza a dar paso a un proceso de regulación de su industria. Diversas instancias internacionales y nacionales han comenzado a surgir para diseñar una institucionalidad y legislación marco, que permita desarrollar una regulación de la actividad relacionada con la IA, con normas adecuadas para resolver los problemas jurídicos que se vienen planteando, moderar su impredecibilidad, morigerar los riesgos asociados, y proyectar su desarrollo futuro⁵².

A continuación, revisaremos los principales problemas a que nos hemos enfrentado en el tráfico jurídico con el uso cada vez más intenso de la tecnología IA. El ejercicio se hará por medio de tres ejemplos prácticos.

El despido de una trabajadora para ser sustituida por un robot

En septiembre de 2019, la prensa española daba cuenta de una innovadora sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria. Declaraba improcedente el despido de una administrativa contable que había sido reemplazada por un robot. La trabajadora prestaba servicios a la empresa desde 2006, hasta que esta adquirió en 2019 la licencia de Jidoka, un *Robotic Process Automation* (RPA), momento en que la despide⁵³.

La trabajadora estima que el despido era improcedente, por lo que interpone una demanda laboral, dando lugar al juicio sobre despido N° 470/2019. El principal argumento de la actora es que los hechos contemplados en la carta de despido no son ciertos, y que la situación productiva de la empresa se basa en previsiones o suposiciones no constatadas al tiempo del despido. La demandada sostiene la veracidad de los datos contenidos en la carta y, por ende, la procedencia del despido objetivo, por causas productivas, técnicas y organizativas (fundamento de derecho 2 de la sentencia).

El tribunal fundó su sentencia en que las causas productivas, técnicas y organizativas alegadas por el demandado no fueron probadas para resolver la improcedencia del despido y obligar al empleador a optar entre la readmisión de la actora, o pagar una indemnización que estima en € 28.305,49⁵⁴.

En lo que aquí interesa, la resolución realiza unas reflexiones interesantes, referidas a la automatización del trabajo como causal objetiva de despido, que se exponen a continuación. En primer lugar, la sentencia hace referencia a las razones estrictamente económicas que llevaron al despido. Señala que “los costes asociados a la implantación del RPA (licencia de servidor, nodo de producción y configuración) ascienden

a un total de 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de mantenimiento del puesto de trabajo de la actora representa para la Empresa 28.412,44 euros anuales” (fundamento de derecho quinto). Además “el ‘bot’ trabaja de 17:30 a 06:00 horas entre semana (12 horas y media) y 24 horas los fines de semana y festivos”⁵⁵. Teniendo esto en cuenta —razona el tribunal— el ‘bot’ trabaja 392 horas mensuales por € 12.900 anuales, mientras que la actora lo hace 160 horas al mes, por € 28.412,44 anuales. Es decir, que el ‘bot’ realiza el trabajo de 2,5 personas, y a un coste inferior a la mitad de los tres trabajadores despedidos con la adquisición del RPA —la demandante y otros dos trabajadores cesados con ella— (fundamento de derecho quinto).

Sin embargo, el Tribunal da por no acreditado la mejora de eficiencia con la automatización, alegada por la demandada. Es decir, aun cuando se señala que la actora destinaba 15 minutos para la atención de un cliente, en las labores de su responsabilidad, que con el sistema de RPA esa actividad se realizaría en 55 segundos, y una empresa externa acreditó que ello era razonable, el tribunal exigió que la prueba pericial diera fe de la efectividad de esa eficiencia, y no de su razonabilidad en abstracto.

Otro argumento que esgrime el tribunal para rechazar el despido por las causas productivas, técnicas y organizativas alegadas, es que el *software* no realizaba las mismas funciones que la actora. De los quinientos clientes que llevaba esta, el RPA atendería solo a siete, los que más facturaban. Y tampoco asumía el 100% de las tareas relacionadas con dichos clientes prioritarios, sino que el 70% de ellas. Y con todo, ello tampoco estaba acreditado de manera fehaciente.

Finalmente, y creemos lo más relevante de la sentencia, el Tribunal hace una valoración en torno a los dos derechos fundamentales que entrarían en colisión en esta causa, y en la generalidad de los casos en que la automatización de las funciones y los procesos signifique el despido de trabajadores: la libertad de empresa y el derecho al trabajo. Al ser ambos “dignos por igual de protección jurídica”, para determinar el interés prevalente, debe recurrirse a un juicio de proporcionalidad (fundamento de derecho sexto).

Y en el examen de ponderación que realiza el tribunal, señala que, encima de la libertad de empresa y el derecho al trabajo, se encuentra “el interés público en el mantenimiento del empleo”, que nace de la esencia misma del Estado social, que reconoce derechos y entrega una serie de garantías. En este sentido, “la automatización de labores repetitivas que no ofrece un valor añadido” supera a la libertad de empresa, alcanzando la estabilidad del empleo en su conjunto (fundamento de derecho sexto).

En el mismo fundamento sexto, la resolución explica que la automatización del trabajo a 2035 crecerá en orden a 77% en China, 69% en India, 47% en Estados Unidos y 43% en España. De esta forma, la automatización de los procesos significará una destrucción de empleo superior al 35% de la población activa, y en gran parte el reemplazo no conlleva un *plus* de innovación para las empresas, sino que se limita a la mera optimización de costes.

Con la automatización tampoco opera un cambio de medios o instrumentos de producción, como sucedió con el paso de las cámaras fotográficas analógicas a la digital, que llevó a la desaparición de

actividades relacionadas —fotógrafo manual, técnico de revelado, etc.—. Con la automatización se produce la sustitución de un trabajador por un instrumento, que además realiza tareas repetitivas y sencillas (fundamento de derecho sexto).

En consecuencia, cuando chocan los derechos relativos a la libertad de la empresa y el derecho al trabajo, además de tener en consideración el interés público en el mantenimiento del empleo, debe estimarse que el despido objetivo —fundamentado en causas productiva, técnicas y organizativas, que reduce el monto de la indemnización y facilita el despido—, no puede amparar el aumento de la competitividad de la empresa, fundada exclusivamente en el reemplazo del trabajador.

En este sentido —volviendo a la sentencia—, de permitirse el despido de un trabajador motivado exclusivamente en el reemplazo por una máquina o un *software*,

se erige la mejora de la competitividad como elemento único que justifique el despido, mediante la introducción de “bots” que automaticen el trabajo, desplazando a la masa laboral humana. Definitivamente, esto no puede ser tenido en cuenta como una causa justa para un despido objetivo procedente, por cuanto lo contrario implicaría favorecer, so pretexto de la competitividad, la subestimación y minimización del derecho al trabajo (fundamento de derecho sexto).

Como vemos, la destrucción de empleo, con la automatización de las funciones administrativas y los procesos industriales realizados por robots y *software*, es uno de los principales problemas que la IA está generando. En este sentido, el Parlamento Europeo, en Resolución de 2017, expresó su preocupación sobre la evolución del trabajo a medio y largo plazo, poniendo especial atención en la deslocalización y pérdida de puestos de trabajo como consecuencia de la mayor utilización de robots⁵⁶.

De la misma manera, el Comité Económico y Social Europeo insta a que los procesos de transformación económica, derivados de la IA y sus efectos en el empleo y el trabajo, sean socialmente sostenibles⁵⁷. Una de las características de la IA es que nos trae incertidumbre, y esto se traslada también a la evolución del empleo y las características del trabajo en el futuro.

El uso de bots en redes sociales puede influir en los resultados de procesos electorarios y en las crisis sociales de los países

En 2018, la prensa mundial daba cuenta de un estudio que afirmaba que “los ‘bots’⁵⁸ de Twitter influyeron en los resultados del Referendo del *Brexit* y las elecciones presidenciales de EE.UU.”, ambas de 2016. De esta forma, las cuentas automatizadas de esta red social habrían desempeñado un papel importante en estos dos procesos electorales, que dieron la victoria por estrecho margen a la opción de que Reino Unido abandonase la Unión Europea, y a Donald Trump, respectivamente⁵⁹.

El estudio de Gorodnichenko, Pham y Talavera comenzaba resaltando que el auge de internet ha cambiado la manera en que nos comunicamos e informamos. El consumo de los medios de comunicación

tradicionales ha disminuido, y las redes sociales se han convertido en una fuente de información cada vez más importante para muchas personas. Estas dan acceso instantáneo y abierto a noticias y narrativas, permitiendo además opinar de manera instantánea, lo que implica una verdadera revolución en el ámbito de las comunicaciones⁶⁰. En este contexto, el estudio buscaba responder a la pregunta de cómo esta nueva forma de comunicarnos ha influido en los flujos de información entre las personas y cómo se puede influir en esos flujos. El caso práctico utilizado para el análisis son estos dos procesos electorales que tuvieron un perfil extremadamente alto — Brexit y elección presidenciales EE.UU. 2016—. Se revisaron dos tipos de agentes de redes sociales: personas humanas y bots sociales; estos últimos son “algoritmos informáticos utilizados para producir contenido automatizado”. Asimismo, el trabajo se centró en Twitter, que en 2016 contaba con unos 15,8 millones de usuarios en Reino Unido y 67 millones en EE.UU.⁶¹

En el caso de las elecciones de EE.UU. 2016, la particular campaña electoral de Donald Trump hizo muy visible un cambio en las dinámicas tradicionales de cómo se llevaban a cabo las campañas en democracias occidentales.

Ciertos límites que antes eran claros eran ahora difíciles de determinar; por ejemplo, saber quiénes son parte de la campaña y quienes no [...]. También se pudo evidenciar el uso estratégico de la generación de tuits para determinar la agenda de los medios tradicionales; cuando el candidato tenía menos cobertura tuiteaba en mayor cantidad que cuando recibía mayor cobertura.⁶²

Así, la campaña digital de 2016 ha sido muy diferente a lo conocido, y obligó a repensar las campañas electorales futuras, de cualquier país. La mayor parte de la historia de las elecciones de 2016 gira en torno a la explosión en línea de la comunicación relevante para la campaña desde todos los rincones del ciberespacio⁶³. Un ejemplo de esto lo presentan Howard, Woolley y Calo, en los momentos en que Trump más necesitaba del apoyo latino, aparecieron seguidores con nombres como “Pepe Luis López, Francisco Palma o Alberto Contreras, que tuiteaban en favor del candidato. El problema es que estos no eran votantes, ni son personas reales, eran bots diseñados para hacerse pasar por votantes latinos en un momento en que Trump más los necesitaba”⁶⁴

El estudio de Gorodnichenko, Pham y Talavera concluyó que el uso de bots en Twitter para difundir y amplificar mensajes en un sentido u otro, a modo de información, había influido en las personas, especialmente en las que tienen ideas afines y que, por tanto, pudieron servir para “dinamizar a los votantes, influyendo marginalmente en los resultados de ambos procesos eleccionarios”⁶⁵. De esta forma, los autores señalan que las acciones de tuits pro Trump sugieren que el 3,23% de los votos reales podrían racionalizarse con la influencia de los bots. De la misma manera, en el caso del Brexit, este porcentaje se sitúa en el 1,76% de la participación real en el voto a favor de la salida de la UE. Ello es relevante, si tenemos en consideración los porcentajes de diferencia de las opciones ganadoras y perdedoras fue mínima, y por tanto, la actividad de los bots pudo ser determinante en los resultados de ambos procesos⁶⁶.

En este sentido, Santana y Huerta expresan:

Parece ser que ciertas dinámicas que suceden en las redes sociales, tanto a partir de las características no digitales de los individuos, como de las características cambiantes de las plataformas, son propicias para generar condiciones que cambian la forma y distorsionan la legitimidad de la participación y el debate público, aumentando la vulnerabilidad de la democracia en occidente.⁶⁷

Veamos ahora un caso de uso de bots y redes sociales en el contexto de una crisis social. Nos situamos en el estallido social chileno, iniciado el 18 de octubre de 2019⁶⁸. En el contexto de los graves incidentes que estaban teniendo lugar, el Ministerio del Interior anunciaba, el 19 de diciembre de 2019, que había entregado al Ministerio Público un informe de 112 páginas, en que se resume el comportamiento de las redes sociales durante el estallido social⁶⁹. En este, señaló el ministro del Interior, Gonzalo Blumel, existía “información extraordinariamente sofisticada a partir de análisis de *big data*, con tecnologías de la información, que dan cuenta de antecedentes que son importantes para la investigación penal”, refiriéndose a las causas abiertas por el Ministerio Público, ante los graves incidentes, que incluía el incendio de autobuses, edificios, hoteles, iglesias, saqueos a supermercados y locales comerciales, pero especialmente por la destrucción de 78 estaciones de metro en un espacio de tiempo de 48 horas, en Santiago, en los primeros días de la crisis social⁷⁰. En dicho informe, según el Ministerio del Interior chileno, se analizaron sesenta millones de comentarios, publicados en Twitter por cinco millones de usuarios, muchos de ellos de cuentas extranjeras. Asimismo, el informe destacaba que había identificado la participación de más de 11.000 usuarios considerados bots o usuarios con actividad anómala, cuyas cuentas fueron creadas después de 18 de octubre de 2019, es decir, una vez iniciadas las protestas sociales. Por este motivo, el gobierno chileno propuso una teoría conspirativa para la crisis social, organizada por grupos antisistema, radicales y apoyados por terceros países, como Venezuela o Cuba, y presentaba el informe como prueba de ello.

Sin embargo, el fiscal Nacional rápidamente ponía en duda la seriedad de este informe, señalando que no se trataba de un informe de inteligencia, sino de un informe de fuentes abiertas, y fundado en el análisis de redes sociales y de la prensa nacional y extranjera. Asimismo, expresaba no haber encontrado “ningún valor en la información que contenía”, y que aportaba pocos antecedentes que pudieran “hacer valer en juicio”⁷¹.

Este caso nos presenta un problema complejo, derivado del uso de las redes sociales y la tecnología IA, para convocar, organizar, promover o dirigir crisis sociales, pero también como herramienta para investigaciones de los gobiernos que, a través de análisis de *big data*, y justificados en razones de seguridad y orden público, juegan en las fronteras de la libertad de expresión de las personas y el derecho a la protesta pacífica.

Un último ejemplo sobre la incidencia de la IA en las nuevas formas de ejercicio de derechos relacionados con la democracia. El 20 de abril de 2020, la prensa española se hacía eco de una denuncia del gobierno

de Pedro Sánchez, que afirmaba ser víctima de una actividad fraudulenta de bots que viralizaban las publicaciones de Sanidad en Facebook⁷². Ello en plena crisis sanitaria de España que ha costado la vida a varias decenas de miles de personas en el país. El ataque cibernético consistía en “difundir los mensajes del Ministerio de Sanidad y elogiar la gestión del Gobierno” a través de cuentas falsas de Facebook. Se trataría de un “ataque de falsa bandera (procedente de sus rivales políticos, para incriminar a los socialistas en la creación de perfiles falsos)”⁷³. En este caso, los bots de redes sociales han sido utilizados, supuestamente, para desestabilizar un gobierno, en momentos en que está siendo fuertemente cuestionado por su manejo en una crisis sanitaria grave, como la que estamos viviendo con la covid-19. De esta forma, se lograría crear una opinión pública adversa al gobierno, como respuesta a las congratulaciones que bots, simulando ser adherentes, hacen de la acción del gobierno ante la crisis social.

Como puede observarse en estos ejemplos, el objetivo del uso de bots en redes sociales, durante las campañas electorales es influir en el electorado, entregando información —verdadera o falsa— que parece relevante en clave política. Tal como advierten Gorodnichenko, Pham y Talavera, el uso de bots en redes sociales, especialmente en Twitter, puede crear una sensación de consenso y apoyo público, afectando las opiniones públicas de nuevas maneras⁷⁴.

Asimismo, en el caso de las crisis sociales —y sanitarias—, las redes sociales y los bots pueden ser usados para desestabilizar a un Gobierno, a fin de lograr su caída. De la misma manera, pueden ser utilizados por los gobiernos para justificar labores de inteligencia policial en las actividades de los ciudadanos en las redes sociales, debilitando el contenido de los derechos fundamentales de naturaleza política.

En cualquier caso, estamos hablando de un cambio en el ejercicio de los derechos y deberes relacionados con la democracia.

[La actual] infraestructura tecno-social que permiten las tecnologías digitales recibe, además de los actores ya conocidos, el intercambio de ciudadanos individuales e incluso agentes anónimos que se conectan e intercambian contenidos entre ellos, generando una esfera pública híbrida en red, en parte digital y en parte análoga. Esta nueva esfera pública ha facilitado la circulación de ideas políticas públicas, y por lo tanto influye en la opinión pública y en los resultados de ciertos procesos políticos.⁷⁵

Si a esto sumamos que la IA nos permite enviar de manera masiva y reiterativa mensajes en redes sociales, por medio de “cuentas de *spam* que publican de forma autónomo utilizando *scripts* preprogramados”⁷⁶ —los bots—, la probabilidad de influir en la opinión pública por medios no convencionales es mayor.

Evidentemente, el fenómeno de buscar manipular la opinión pública para fines políticos no es nueva. Lo novedoso es que las redes sociales permitan el diálogo de personas con “fragmentos de códigos fugaces conocidos como bots”, y, por tanto, algunas de las personalidades que nos encontramos en el

ciberespacio, con quienes debatimos y con quienes estamos de acuerdo o en desacuerdo, no son quiénes o qué pretenden ser⁷⁷. Esta nueva situación está generando dificultades a los sistemas electorales y sus legislaciones, así como a las formas de participación política de los ciudadanos, al ejercicio de los derechos fundamentales —como la libertad de expresión o el derecho a la protesta pacífica—, y a los límites de las campañas políticas. La democracia y su régimen jurídico también deben adaptarse a la revolución tecnológica en marcha.

Un vehículo autónomo atropella a una persona, con resultado de muerte

El 19 de marzo de 2018 un accidente automovilístico llamó la atención de la comunidad mundial. Era protagonizado por un coche autónomo operado por Uber y una mujer que cruzaba una carretera de Tempe, fuera del paso de peatones. El vehículo circulaba en modo autónomo, sin conductor, aunque había una persona en su interior tras el volante. La mujer, que caminaba junto a su bicicleta, fue atropellada por el automóvil que circulaba de manera autónoma, con resultado de muerte. Después de este lamentable accidente, Uber anunciaba que suspendía las pruebas de sus vehículos sin conductor en EE.UU.⁷⁸ No obstante, resulta lógico pensar que estas pruebas igual continuarán en un futuro próximo.

El hecho de que la víctima haya cruzado la carretera lejos de un paso de peatones facilita en parte la reflexión que se pueda hacer sobre la responsabilidad penal y civil. Pero ¿qué hubiera pasado si la persona hubiese sido atropellada por el coche autónomo en el paso de peatones?

De acuerdo con Elizalde, si proyectamos un parque automotriz integrado solo por vehículos autónomos, estaríamos en un escenario en que se asume que “todos los accidentes que ocurran serán consecuencia de un defecto del producto o de un defecto en la infraestructura vial”. Si nos centramos en el defecto del producto, la autora explica que:

Se presume que la tecnología es perfecta y que debería detectar, prever y evitar cualquier accidente. Consecuencialmente, en caso de producirse un accidente, el único responsable del accidente sería el fabricante al considerar que el vehículo autónomo es defectuoso por no haber detectado, previsto y evitado la causa del accidente.⁷⁹

Como vemos, la IA nos permite pensar en una realidad de vehículos autónomos⁸⁰. Ello nos llevará a que las reglas de la responsabilidad civil del conductor y propietario se desplacen a un sistema de responsabilidad centrada en dos supuestos básicos: i) la responsabilidad del fabricante de vehículos autónomos, por defecto en el vehículo, y ii) la responsabilidad de la Administración Pública por defectos de la infraestructura vial⁸¹. Junto con esto, habrá que elaborar nuevas acciones, reglas y procedimientos para determinar la responsabilidad para casos de accidentes de circulación; también nuevos sistemas de seguros para esta categoría de vehículos. Asimismo, se profundizará en las reglas sobre la responsabilidad del fabricante del vehículo y del desarrollador del *software*⁸².

Podemos observar que el tema de fondo para este caso expuesto es la *responsabilidad*. Esta temática es una de las que mayor interés ha concitado por la doctrina y el legislador, en torno a la IA, por su relevancia⁸³. Debe observarse, en este sentido, que el derecho civil en general y el régimen relativo a la responsabilidad civil en particular, se caracterizan por la naturaleza especialmente abierta y abstracta de sus normas y, por tanto, flexible, que les ha permitido una adaptación aceptable a los problemas que se han generado en torno a la responsabilidad derivada del uso de la IA.

De esta forma, por ejemplo, la teoría del producto defectuoso y la consecuente responsabilidad del fabricante, que han acogido la mayoría de los ordenamientos, han dado respuesta a gran parte de los supuestos en los que las máquinas dotadas de IA han dado lugar a hechos en que se han producido daños⁸⁴. No obstante, debe reconocerse también que la IA ha impactado estructuralmente en el derecho y que también el derecho civil debe sumarse a la reflexión general que se ha iniciado sobre la relación derecho-IA.

En este sentido, una de las modificaciones de fondo de los regímenes jurídicos relativos a la responsabilidad, cuando hablamos de IA, está referida a la posibilidad de dotar de algunos atributos de la personalidad a robots, cuando estos tomen decisiones autónomas inteligentes⁸⁵. Sobre esta idea, profundizaremos en el siguiente apartado.

En relación con la responsabilidad y la IA, el Parlamento Europeo advierte que Considerando que, gracias a los impresionantes avances tecnológicos de la última década, los robots ya no solo pueden realizar actividades que antes eran típica y exclusivamente humanas, sino que el desarrollo de determinados rasgos cognitivos y autónomos —como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes— ha hecho que estos robots se asimilen cada vez más a agentes que interactúan con su entorno y pueden modificarlo de forma significativa; que, en este contexto, es crucial la cuestión de la responsabilidad jurídica por los daños que pueda ocasionar la actuación de los robots.⁸⁶

La IA ha cambiado la actitud hacia el intelecto, que hasta hace poco se consideró una característica exclusiva de los seres biológicos. Si bien la idea de unos sistemas artificiales que piensan y actúan racionalmente siempre fue el objetivo inicial de la IA, esto era visto como ciencia ficción. Hasta que los avances tecnológicos comenzaron a dar mayor autonomía y se avanzó en dotar de ciertos niveles de consciencia a las máquinas⁸⁷.

Estos progresos han permitido que estos sistemas puedan entrenarse a sí mismos, permitiendo a la IA actuar de manera diferente en las mismas situaciones. La capacidad de acumular experiencia y aprender de ella, actuar de manera independiente y tomar decisiones independientes crea condiciones previas para el daño. De esta forma, con sus acciones, la IA puede causar daño y ello debe ser resuelto con los ordenamientos vigentes. Pero de nuevo volvemos a la idea que en el esquema normativo de responsabilidad actual, los responsables de este tipo de daño somos, en última instancia, las personas⁸⁸. Y sobre ello, debe reflexionarse desde la teoría del derecho.

Como vemos, los problemas que nacen con el desarrollo de IA autónoma y con niveles avanzado de algún tipo de consciencia obligan a revisar el régimen jurídico sobre responsabilidad de los países, para poder responder de manera clara a supuestos en que los problemas no se generan entre personas, naturales o jurídicas, sino que involucran a máquinas dotadas de IA. Aun cuando el régimen vigente ha salvado la situación, remitiendo a la responsabilidad del creador del software, esta solución resulta cada vez más difícil de sostener, en la medida que interactuamos con tecnología avanzada de IA, donde las máquinas, aprenden de sus errores y, por tanto, comienzan a actuar de manera impredecible y, como consecuencia, a generar riesgos para las personas.

Desafíos para el derecho ante el avance de la inteligencia artificial (IA)

Los riesgos relacionados con la IA han sido observados primero como dilemas éticos, antes de ser pensados desde una perspectiva jurídica. Se parte del supuesto de que la tecnología IA no ha logrado niveles avanzados de autonomía y consciencia, y, por tanto, es éticamente neutra. De esta forma, su eventual uso malicioso dependería de la voluntad de las personas que la manipulan, del error humano o de un defecto de producción. Sin embargo, el aumento de controversias de naturaleza jurídica, en la medida que se avanza en los niveles de autonomía y consciencia de la IA, ha trasladado la preocupación hacia la esfera del derecho, dejando de ser observados —los problemas derivados del uso de IA—, como una cuestión puramente ética⁸⁹.

Esta visión ha primado en las primeras reuniones que han sostenido la Unión Europea, EE.UU. y Reino Unido, a partir de octubre de 2016, para acordar una legislación marco, bajo unos principios éticos universales, que rijan las actividades relacionadas con la IA, entre ellas la legislativa. La idea central de los documentos elaborados a partir de estas reuniones de trabajo es que debe generarse un entorno amigable para la IA⁹⁰.

De esta forma, la identificación de principios y valores éticos sobre IA constituye la base de una incipiente “buena sociedad de inteligencia artificial”, que incluye políticas públicas, desarrollo regulatorio, y una gobernanza que incluya la colaboración del sector privado y la comunidad científica⁹¹.

En este sentido, el Parlamento Europeo, en su propuesta de legislación sobre desarrollo, despliegue y uso de IA, robótica y tecnologías asociadas, de 2020, ha identificado los principios éticos que deben guiar a un marco jurídico de referencia para la IA, como se puede observar en el artículo 4 de la propuesta legislativa, antes de comenzar con el diseño legislativo en los países miembros. Estos son los siguientes:

Toda IA, robótica y tecnologías relacionadas, incluidos el *software*, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías, se desarrollarán, implementarán y utilizarán de conformidad con los principios éticos;

El desarrollo despliegue y uso de la IA, robótica y tecnologías relacionadas, se llevarán a cabo de manera que garantice la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas;

El desarrollo despliegue y uso de la IA, robótica y tecnología relacionadas, se llevarán a cabo en el mejor interés de los ciudadanos, protegiendo y fomentando el bienestar social, ambiental y económico de la sociedad⁹².

Al hilo de estos principios éticos, abordaremos los principales desafíos que la IA plantea al derecho.

Desarrollo de una regulación para la IA

Siguiendo las ideas que se han ido desarrollando en los apartados anteriores, el primer desafío es de naturaleza normativa. Se hace necesario elaborar normas que respondan a las relaciones jurídicas propias de la sociedad tecnológica que hemos construido.

Este desarrollo, de una regulación para la IA, debe abordarse en una doble dimensión. En primer lugar, es necesario desarrollar un marco jurídico general que oriente el diseño de toda la legislación específica para la actividad relativa a la IA. De acuerdo con la Comisión Europea, para abordar los retos y aprovechar las oportunidades que ofrece la IA debe avanzarse en un marco jurídico apropiado, centrado en el ser humano, que potencie la capacidad tecnológica e industrial de los países y que impulse la adopción de la IA en todos los ámbitos de la economía⁹³.

Como vemos, subyace bajo esta idea, la necesidad de reflexionar en torno a una teoría jurídica para la IA, que permita una adaptación del derecho, sustantiva y formal, a los desafíos que propone la sociedad tecnológica, que convive con la IA.

Este marco jurídico base, integrado por principios, legislación básica y normas especiales de naturaleza sectorial, debe tener por finalidad el desarrollo de una IA fiable, que genere un entorno adecuado para la innovación en IA y su uso provechoso. Para que ello sea posible, deben impulsarse mecanismos de gobernanza con enfoque en la participación humana (*human-in-the-loop*), la supervisión humana (*human-on-the-loop*), o el control humano (*human in-command*). De esta forma, el ordenamiento debe dotar de competencia a los órganos generales de la Administración Pública y crear órganos e instrumentos para la supervisión de la actividad relacionada con la IA⁹⁴.

Asimismo, el Parlamento Europeo señala que la regulación de la IA debe tener en cuenta las siguientes orientaciones: (i) los problemas y riesgos derivados del uso de la IA deben ser evaluados detenidamente a la luz de la seguridad y la salud humana; la libertad, la intimidad, la integridad y la dignidad; la autodeterminación y la no discriminación, y la protección de los datos personales; (ii) los marcos normativos deben actualizarse y complementarse por medio de directrices éticas que reflejen la complejidad de la robótica y sus implicaciones sociales, médicas y bioéticas. De la misma manera, un marco ético claro debe orientar el desarrollo, diseño, uso y modificación de los robots; (iii) igualmente, debe atenderse al principio de transparencia, en cuya virtud siempre ha de ser posible justificar cualquier decisión que se haya adoptado con ayuda de la IA y que pueda tener un impacto significativo sobre la

vida de las personas. En este sentido, siempre debe ser posible reducir los cálculos del sistema de IA a una forma comprensible para los humanos, los robots avanzados deberían estar siempre equipados con una caja negra que registre los datos de todas las operaciones realizadas por la máquina, incluidos los pasos lógicos que han conducido a la formulación de sus decisiones; (iv) que el marco de orientaciones éticas del ordenamiento jurídico debe basarse en los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, respeto a los valores, principios y derechos de los sistemas internacionales de derechos humanos, la responsabilidad individual y la responsabilidad social; (v) se debe prestar especial atención a la IA que representa una amenaza significativa para la privacidad, debido a su ubicación en espacios tradicionalmente protegidos y privados, y a su capacidad de obtener y transmitir información y datos personales y sensibles⁹⁵.

Como vemos, se trata de un conjunto de principios que sirven de nexo entre lo ético y lo jurídico, y que deben ser tenidos en cuenta en cualquier diseño regulatorio que se pueda hacer sobre IA.

En segundo lugar, deben promulgarse leyes sectoriales, para las distintas áreas de influencia la IA, y que entreguen respuestas a problemáticas concretas, como el régimen de responsabilidad, la automatización del trabajo y la destrucción del empleo, o la protección de nuestros datos personales.

En este sentido, Bennet expresa que existen cuatro razones para que el cambio tecnológico pueda dar lugar a nuevas normas: (1) cuando se necesite regular nuevas conductas; (2) cuando esa nueva conducta genere incertidumbre en las reglas existentes. No queda claro si dicha conducta está ordenada, prohibida o autorizada; (3) cuando las nuevas tecnologías exceden el alcance de las reglas existentes. Las normas no fueron formuladas teniendo en mente las nuevas tecnologías; (4) cuando las reglas se basan en premisas que ya no existen, y, por lo tanto, no están justificadas, no son importantes o no son rentables⁹⁶.

La IA ha dado lugar a situaciones contempladas en los cuatro supuestos antes referidos. El uso redes sociales, la utilización de bots con fines políticos, la contratación electrónica, la automatización del empleo, los coches autónomos, la telemedicina, los bancos comerciales virtuales, las bases de datos avanzadas, el blockchain, las aplicaciones para teléfonos celulares, son algunas actividades habituales en que recurrimos a sistemas inteligentes, y que exceden las posibilidades de respuesta de los marcos jurídicos vigentes.

La regulación de la IA es inminente, y cuando ocurra —expresan Cath et al. para referirse a la legislación estadounidense—, “debe apuntar a adaptarse a la IA en esquemas regulatorios existentes, por ejemplo, la automoción y la aviación”. De esta forma, el giro no será tan brusco⁹⁷. Disentimos de esta propuesta, pues los esquemas regulatorios existentes, incluso aquellos modernos como los de automoción y aviación, están desarrollados sobre una lógica de avances tecnológicos distintos a la tecnología IA que, como hemos reiterado, se dirige rápidamente a la autonomía y la consciencia de las máquinas. Por tanto, esta metodología para la regulación de la IA, generaría marcos normativos de escasa proyección en el tiempo y obligaría a sucesivas reformas.

En definitiva, el estado del arte en IA, y los conflictos que se han suscitado con su uso —que aumenta exponencialmente—, ha obligado al derecho a dar respuestas a partir de las normas existentes y con un importante esfuerzo jurisprudencial. No obstante, el ordenamiento vigente sigue respondiendo a estructuras y lógicas extemporáneas. Se hace necesaria una profunda reflexión en torno al derecho de hoy, y a partir de ahí diseñar un sistema jurídico normativo, flexible y que se adapte a nuevas relaciones jurídicas tributarias de la sociedad tecnológica.

Promover una IA centrada en la persona humana

Un segundo desafío que se presenta al derecho es la promoción de una IA centrada en la persona humana. En este sentido, la Comisión Europea señala que:

Los sistemas de IA deben ayudar a las personas a elegir mejor y con más conocimiento de causa en función de sus objetivos. Deben actuar como facilitadores de una sociedad floreciente y equitativa, apoyando la intervención humana y los derechos fundamentales y no disminuir, limitar o desorientar la autonomía humana. El bienestar global del usuario debe ser primordial en la funcionalidad del sistema.⁹⁸

Esto significa que la regulación de la IA debe ser respetuosa con los derechos fundamentales. Especialmente, el uso de IA predictiva está siendo cuestionada por vulneraciones a los principios de igualdad y de no discriminación. Algunas bases de datos y algoritmos de sistemas inteligentes utilizados para actividades de seguridad estarían provocando casos inadmisibles de “discriminación algorítmica”⁹⁹. Por ejemplo, diversas noticias alertaron que el programa de evaluación de riesgos COMPAS, utilizado por los jueces de EE.

#UU. para predecir la tasa de reincidencia, cuando decidían sobre libertades condicionales o permisos penitenciarios, atribuía tasas de reincidencia mucho mayores (77%) a las personas negras que a las blancas, siendo sus resultados inexactos en el 80% de los casos¹⁰⁰.

Podemos ver que la IA, especialmente cuando es usada para reconocimiento facial o predicción de comportamientos (tasas de reincidencia), parece arrastrar las situaciones de discriminación histórica de determinados colectivos. De esta forma, es necesario que las tecnologías con IA respeten la dignidad humana y los derechos fundamentales como requisito esencial para su desarrollo. En este sentido, el Parlamento Europeo advierte que las actividades de investigación en materia de robótica deben respetar los derechos fundamentales; y por su parte, las actividades de concepción, ejecución, difusión y explotación, por su parte, han de estar al servicio del bienestar y la autodeterminación de las personas y de la sociedad en general. La dignidad y la autonomía humanas —tanto físicas como psicológicas— siempre tienen que respetarse.¹⁰¹

En esta línea, dos de los casos prácticos revisados en el apartado anterior —la destrucción de empleo por la automatización de los procesos y el uso de bots para influir en los procesos electorarios—, en

el fondo son problemas de derechos fundamentales. Lo mismo sucede con la gestión de datos y los problemas de privacidad que ello ha generado. Detrás de todas las controversias que han suscitado las mayores dudas sobre la fortaleza del derecho vigente frente a la IA hay un conflicto de derechos fundamentales.

Estamos, por tanto, ante la máxima preocupación que genera el uso intensivo de la IA, desde una perspectiva jurídica. Y la solución debe provenir del fortalecimiento de los derechos fundamentales frente a la IA, y su adaptación teórica y práctica a las relaciones jurídicas que ha generado el desarrollo de esta tecnología. Se hace necesaria una reconstrucción de la teoría de los derechos fundamentales, a la luz de las tecnologías de IA.

Pero, de acuerdo con la muy interesante propuesta de Krausová, se trata de una cuestión de ida y vuelta cuando hablamos de derechos fundamentales e IA. La cada vez mayor capacidad de la IA para comunicarse con los humanos en un lenguaje natural, y ante la posibilidad de que esta tecnología comience a producir contenidos originales por sí misma, cabría preguntarse si ¿podría dar lugar a que sus expresiones estén protegidas por la doctrina de la libertad de expresión?¹⁰²

Asimismo, el incentivo de una IA centrada en las personas obliga a generar normas relativas a la responsabilidad, la transparencia y la rendición de cuentas, que permita garantizar el uso responsable de la IA. Esto significa que se “debe garantizarse la trazabilidad de los sistemas de IA”. Es decir, registrar y documentar las decisiones tomadas por los sistemas y los procesos que permitieron esa decisión. Se busca en definitiva que, las decisiones de un sistema de IA, cuenten con mecanismos de explicabilidad suficientes. Asimismo, se debe “comunicar adecuadamente las capacidades y limitaciones del sistema de IA a las distintas partes interesadas”. Finalmente, los sistemas de IA deben ser “identificados como tales, garantizando que los usuarios sepan que están interactuando con un sistema de IA y qué personas son responsables del mismo”¹⁰³.

Finalmente, el tema que parece más espectacular, cuando hablamos de la necesidad de promover una IA centrada en las personas. Como hemos visto, el progreso que ha habido en autonomía y determinados niveles de consciencia de las máquinas dotadas de IA, nos obliga a replantear el régimen relativo a la responsabilidad. La idea que haya robots u otros dispositivos con IA que, actuando de manera autónoma, puedan generar daños, ha llevado a la Unión Europea a plantear abiertamente la incorporación de la persona electrónica. De esta forma, se avanzaría hacia una teoría de la personalidad que abarque a las personas humanas o naturales, las personas jurídicas y personas electrónicas. En este sentido, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 2017, solicita a la Comisión, que la futura legislación, explore, analice y considere las implicancias de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como: [...] f) Crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.¹⁰⁴

Como podemos suponer, de avanzarse en la idea de desarrollar un régimen de la personalidad electrónica para robots que adopten decisiones autónomas inteligentes, a fin que puedan asumir la responsabilidad de sus actos, rompe absolutamente los esquemas de las estructuras tradicionales del derecho y nos lleva a una dimensión desconocida difícil de proyectar. No obstante, el derecho debe prepararse para avanzar también por esa vía que, visto el avance logrado en IA en los últimos años, parece ser la adecuada.

REGULAR SIN ENTORPECER LA INNOVACIÓN

Por último, un desafío que guarda relación con el equilibrio normativo. Esto es, que la protección efectiva los derechos fundamentales de la persona, y las normas que promuevan un uso responsable de la IA (responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas), no dé lugar a un marco jurídico que desincentive o entorpezca la innovación en IA.

Sobre este tema, el Comité Económico y Social Europeo ha expresado que: la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, andróides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial —que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad—, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación.¹⁰⁵

En el mismo sentido, el Parlamento Europeo señala: que es necesario disponer de una serie de normas en materia de responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas que reflejen los valores humanistas intrínsecamente europeos y universales que caracterizan la contribución de Europa a la sociedad; que esas normas no deben afectar al proceso de investigación, innovación y desarrollo en el ámbito de la robótica.¹⁰⁶

Hacia esta idea apunta la noción de entorno amigable para la IA, que se enunciaba antes. La transformación digital está en marcha, y por tanto, se hace necesario un marco normativo que genere incentivos para que todas las industrias estén en condiciones de adoptar la IA, aumentando la competitividad de los países.

Estimamos que estos tres son los principales desafíos sobre los que se deben articular los regímenes jurídicos para la IA, que deberán comenzar a elaborar los países para intentar adecuar el derecho a esta tecnología, que está comenzando a producir importantes transformaciones sociales, marcando una distancia contraproducente con nuestros sistemas jurídicos.

CONCLUSIONES

La IA está transformando nuestro mundo. En sus diversas manifestaciones comienza a estar presente en nuestras vidas, sin que siquiera nos percatemos. Concebida como una herramienta para facilitar la vida a las personas, los avances deslumbrantes que ha tenido esta ciencia, desde su creación, en la década de 1950, han comenzado a dar lugar también a algunos problemas, de relevancia jurídicas, derivados de los riesgos que su uso está implicando.

La progresión en autonomía y determinados niveles de consciencia de los sistemas de IA ha llevado a situaciones en que estos toman decisiones inteligentes y, por tanto, son capaces de producir daño a las personas o a sus bienes.

Desde esta perspectiva, los problemas que se han generado con el uso de IA han dejado de ser conflictos éticos para situarse en la esfera del derecho. Diversos problemas de carácter jurídico se han comenzado a suscitar y las respuestas se han buscado en los marcos normativos existentes.

No obstante, las características de las relaciones jurídicas que han nacido en torno a esta tecnología han dado lugar a problemas complejos que exceden, con creces, las posibilidades del derecho vigente de buena parte de los ordenamientos jurídicos más avanzados.

En este sentido, se propone en este estudio la necesidad de avanzar en un marco normativo que pueda dar respuesta a las diversas problemáticas que plantea la IA. Para lograr este objetivo, se identifican tres grandes desafíos para el Derecho.

En primer lugar, avanzar en un desarrollo normativo en dos dimensiones. Por una parte, desarrollar una teoría jurídica propia para la IA que permita la adaptación del derecho a las particularidades de la IA. Esto implica elaborar, por una parte, un marco normativo que contenga normas generales, principios éticos y jurídicos, estándares y criterios que orienten el diseño regulatorio para esta tecnología. Por otra parte, se requiere avanzar en normas sectoriales para ir dando respuesta a las diversas temáticas que van surgiendo, especialmente en derecho civil, penal, ambiental, laboral, etc.

Un segundo desafío es la promoción de una IA centrada en la persona humana. Todas las actividades relativas a la IA, incluida la legislativa, deben poner el foco en que la IA está al servicio de la persona humana. Ello implica desarrollar una IA respetuosa de los derechos fundamentales, y con normas claras sobre responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas, a fin de garantizar el uso responsable de la IA. Asimismo, significa adecuar las normas de responsabilidad al estadio actual de la ciencia sobre IA, que incluya integrar, eventualmente, a la persona electrónica, proyectando una teoría de la personalidad con personas humanas o naturales, personas jurídicas y personas electrónicas.

Finalmente, el tercer desafío es que la regulación que se genere no desincentive o entorpezca la innovación en IA. Deberán los legisladores buscar un equilibrio entre la protección de los

derechos fundamentales y el desarrollo de reglas efectivas de responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas con los incentivos suficientes para que se siga progresando en IA, para que esta tecnología se pueda adaptar en todas las actividades industriales. Desde esta perspectiva, debe primar una regulación amistosa con la IA, que permita la transformación digital de las empresas, haciéndolas competitivas en los mercados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Antonio-Enrique Pérez Luño, *Vitorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica*, *Informática e diritto* 18, 1, 101-112 (1992).
- Arantzazu Vicandi, *El contrato de seguro de automóvil ente a los coches autónomos: luces y sombras de los smart cars*, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* 14, 101-109 (2019).
- Aubrey Milunsky & George Annas, eds., *Genetics and the Law* (Springer, 2012).
- Bart Verheij, *Artificial Intelligence as Law*, *Artificial Intelligence and Law* 28, 181-206 (2020).
- Camilo Narváez, *La inteligencia artificial entre la culpa, la responsabilidad objetiva y la responsabilidad absoluta en los sistemas jurídicos del Derecho continental y anglosajón*, en Jhoel Chipana, coord., *Derecho y nuevas tecnologías. El impacto de una nueva Era* 211-227 (Têmis, 2019).
- Comisión Europea, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, COM (2019) 168 final, 8 de abril de 2019.
- Comisión Europea, *Inteligencia artificial para Europa*, COM (2018) 237 final, de 25 de abril de 2018. DOUE SWD (2018) 137 Final.
- Comisión Europea, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, 19 de febrero de 2020, 1.
- Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa”* (2018/C 440/01).
- Corinne Cath et al., *Artificial Intelligence and the “Good Society.: the US, EU, and UK approach, Science and Engineering Ethics* 24, 505-528 (2018).
- Corinne Cath, *Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges*, *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 237, 2133, 1-8 (2018).
- D. Vosoughi Roy & S. Aral, *spread of true and false news online*, *Science* 359, 6380, 1146-1151 (2018).

- David Baumer, Julia Earp & J. C. Poindexter, *Internet privacy law: a comparison between the United States and the European Union*, *Computers & Security* 23, 5, 400-412 (2004).
- David Wilkinson, *Environment and Law* (Routledge, 2002).
- Eduardo Carrasco, *Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la “elasticidad de la ley”*, *Ius et Praxis* 23, 1, 555-578 (2017).
- Eduardo Novoa, *El derecho como obstáculo al cambio social* (5. ed., Siglo XXI Eds., 1981).
- Emilio García et al., *Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano* (Universidad Pontificia de Comillas, 2007).
- European Parliament, *Dra. Report with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies. Proposal for a Regulation of the European Parliament on ethical principles for the development, deployment and use of artificial intelligence robotics and related technologies, 2020/2012 (INL)*, 21 de abril de 2020.
- Fernando Galindo, *¿Inteligencia artificial y derecho? Sí, pero ¿cómo?*, *Revista Democracia Digital e Gobierno Electrónico* 1, 18, 36-57 (2019).
- Francisca Ramón Fernández, *Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿cómo encajar la responsabilidad civil?* *Diario La Ley* 9365, 1-13 (2019).
- Francisco Escolano, Miguel Cazorla, María Alfonso, Otto Colomina & Miguel Lozano, *Modelos, técnicas y áreas de aplicación* (Thomson, 2003)
- G. Cole, *Tort liability for artificial intelligence and expert systems*, *Computer/Law Journal* 10, 2, 127-232 (2000). [http:// heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jmjcala10&start_page=127&collection=journals&id=131](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jmjcala10&start_page=127&collection=journals&id=131).
- George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1, 3-21 (1971).
- Germà Bel, Joan Calzada & Alejandro Estruch, *Economía y regulación de los servicios de red*, en Santiago Muñoz Machado et al., *Derecho de la regulación económica* 707-758 (vol. I, Iustel, 2009).
- Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. de M. Gascón) (5. ed., Trotta, 2003).
- Herbert Simon, *Studying Human Intelligence by Creating Artificial Intelligence. When considered as a physical symbol system, the human brain can be beautifully studied by computer simulation of its processes*, *American Scientist* 69, 3, 300-309 (1981).
- Idoia Elizalde, *Vehículos autónomos. Desplazamiento de las reglas de responsabilidad civil del propietario al fabricante. Críticas a la propuesta. El riesgo de la circulación seguirá existiendo*,

- en María José Santos, Pedro Del Olmo & Jesús Mercader, Dir., *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica. I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad Civil*, 841-858 (Tirant lo Blanch, 2020).
- J. Feldmann, *Connectionist models and their application: Introduction*, *Cognitive Science* 6, 205-254 (1985).
 - Javier Cremades, Miguel Fernández-Ordóñez & Rafael Illescas, coords., *Régimen Jurídico de Internet* (La Ley, 2002).
 - John McCarthy, *Making Robots Conscious of their Mental States* 1-39 (2002), <http://www-formal.stanford.edu/jmc/consciousness.ps>.
 - Jorge Torres, *Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales*, *Pensamiento Americano* 10, 19, 221-227 (2017).
 - José Beltrán, *Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales*, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2, 61-90 (2014).
 - José Luis Serrano, *Ecología y derecho. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica* (Trotta, 1992). Josep Corbí & Josep Prades, *El conexionismo y su impacto en la filosofía de la mente*, en F. Brocano, ed., *La mente humana* 151-174 (Trotta, 1995).
 - L. M. Gonzalo, *Inteligencia humana e inteligencia artificial*, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* XXXIX, 4, 273-274 (1985).
 - Lawrence Friedman & J. Landinski, *El derecho como instrumento de cambio social incremental*, *Revista de Derecho PUCP* 27, 22-34 (1969).
 - Lorenzo Cotino, *Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho*, *Revista Catalana de dret públic* 58, 29-48 (2019).
 - Lorenzo Cotino, *Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoque modelos y principios de la respuesta del derecho*, *Revista General del Derecho Administrativo* 50, 1-37 (2019).
 - Lotte Asveld & Sabine Roeser, ed., *The Ethics of Technological Risk* (Routledge, 2009). Luis Amador, *Inteligencia artificial y sistemas expertos* (Universidad de Córdoba, 1996).
 - Luis Santana & Gonzalo Huerta, *¿Son bots? Automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017*, *cuadernos.info* 44, 61-77 (2019).
 - Lyria Bennet, *Agents of Change. How the Law 'Copes' With Technological Change*, *Griffith Law Review* 20, 763-794 (2014).

- Lyria Bennet, *Why Have a theory of Law and Technological Change?*, Minnesota Journal of Law Science & Technology 8, 2, 589-606 (2007).
- M. Carmen Núñez, *Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad por los daños causados por la inteligencia artificial*, Revista Española de Derecho Europeo 66, 9-53 (2018).
- Manuel Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social* (Trotta, 2017).
- María del Pilar Álvarez, *Desafíos legales ante la circulación de los coches autónomos. Implicancias éticas, responsabilidad por accidente y ciberseguridad*, Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal 2, 129-138 (2017).
- María José Santos, *Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro*, Revista Jurídica de la Universidad de León 4, 25-50 (2017).
- Marina Pietrangelo, *La società dell'informazione tra realtà e norma* (Dott. A. Guifré Editore, 2007).
- Natalie Persily, *the 2016 U.S. Election: ¿Can Democracy Survive the Internet?*, Journal of Democracy 28, 2, 63-76 (2017).
- Oriol Mir, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo* (Civitas, 2004).
- Parlamento Europeo, Resolución de 17 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. P8_TA (2017) 0051.
- Paul Agard, *La mente. Introducción a las ciencias cognitivas* (trad. de Silvia Jawerbaum & Julieta Barba, Katz Eds., 2008).
- Paulius Cerka, Jurgita Grigienė & Gintarė Sirbikytė, *Liability for damages caused by artificial intelligence*, Computer Law & Security Review 31,3, 376-389 (2015).
- Phillip Howard, Samuel Woolley & Ryan Calo, *Algorithms, bots, and political communication in the US 2016 election:*
- *The challenge of automated political communication for election law and administration*, Journal of Information Technology & Politics 15, 2, 81 (2016).
- Pompeu Casanovas, *Derecho tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno*, en
- J. L. Fabra, ed., *Enciclopedia de filosofía del derecho y teoría del derecho* 825 (UNAM, serie Doctrina Jurídica, 172, vol. I, 2015).
- Pompeu Casanovas, *Inteligencia artificial y derecho: a vuelapluma*, Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico 7, 203-221 (2010).

- Raúl Benítez, Gerard Escudero, Samir Kanaan & David Masip, *Inteligencia artificial avanzada* (Ed. UOC, 2013). Roger Brownsword, *Rights, Regulation and the Technological Revolution* (Oxford University Press, 2008).
- Ronald Chrisley, *Artificial Intelligence. Critical Concepts* (vol. I, Routledge, 2000).
- Ronald Chrisley, *The Development of the Concept of Artificial Intelligence. Historical Overviews and Milestones*, en Ronald Chrisley, *Artificial Intelligence. Critical Concepts* 7-24 (vol. I, Routledge, 2000).
- S. Andersen, *John McCarthy: father of AI*, *IEEE Intelligent Systems* 17, 5, 84-85 (2002).
- Salvador Contreras, *La protección del honor, la intimidada y la propia imagen en internet* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012).
- Sonja Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific rationalization of Discrimination*, *Stanford Law Review* 66, 803-872 (2014).
- Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (Paidós, 2006).
- Valentina Manzur, *Responsabilidad por daños causados por robots: ¿responsabilidad objetiva o gestión de riesgos?*, en María José Santos, Pedro Del Olmo & Jesús Mercader, Dir., *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica. I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad Civil* 879-898 (Tirant lo Blanch, 2020).
- Vittorio Frosini, *Cibernética, derecho, internet y sociedad* (Olejnik, 2019).
- Vittorio Frosini, *L'uomo artificiale. Etica e dirigo nell'era planetaria* 122 y ss. (Spirali, 1986).
- W. Bechtel & A. Abrahamsen, *Connectionism as the mind* (Blackwell, 1991).
- W. Price, S. Gerke & I. Cohen, *Potential Liability for physicians using artificial intelligence*, *JAMA* 322, 18, 1765-1766 (2019).
- World Commission on Environment Development, *Our Common Future* (Oxford University Press, 1987).
- Yochai Benkler, *The wealth of networks: How social production transforms markets and theodrom* (Yale University Press, 2006).
- Yuriy Gorodnichenko, Pham & Oleksandr Talavera, *Social Media, Sentiment and Public Opinions: Evidence form #BREXIT and #USELECTION*, BER Working Paper Series, Working Paper 2463, 3 (2018)

Notas

- 1 Seguiremos en este estudio la definición de cambio social dada por Friedman y Landinski: “cualquier alteración irrepetible en los modos de conducta establecidos en sociedad”. Lawrence Friedman & J. Landinski, *El derecho como instrumento de cambio social incremental*, Revista de Derecho PUCP, 27, 22 (1969).
- 2 Para profundizar el estudio de esta cuestión, véase Eduardo Carrasco, *Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la “elasticidad de la ley”*, Ius et Praxis 23, 1, 555-578 (2017).
- 3 Sobre esta temática, véase Manuel Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social* (Trotta, 2017). También, Eduardo Novoa, *El derecho como obstáculo al cambio social* (Siglo XXI Eds., 1981).
- 4 François Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* 7 (2.a ed., Reus, 1925).
- 5 Zagrebelsky habla de Derecho dúctil o fluido, para proponer nuevas formas en que debe operar el derecho en este mundo globalizado. En Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. M. Gascón) (5.a ed., Trotta, 2003).
- 6 El desarrollo científico y tecnológico ha traído consigo un conjunto de riesgos inimaginables hasta hace no muchos años. Sobre esta cuestión, véase Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva Modernidad* (Paidós, 2006). De la misma forma, y relacionado también con la evolución de la ciencia y la tecnología, podemos ver que se ha ido configurando en la sociedad un nuevo valor en torno a la sostenibilidad. Sobre este tema, véase World Commission on Environment Development, *Our Common Future* (Oxford University Press, 1987).
- 7 Para revisar los avances de la jurisprudencia en estas cuestiones, véase José Beltrán, *Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales*, Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos 2, 61-90 (2014); Salvador Contreras, *La protección del honor, la intimidada y la propia imagen en internet* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012).
- 8 Véase Aubrey Milunsky & George Annas, edit., *Genetics and the Law* (Springer, 2012).
- 9 Véase David Baumer, Julia Earp & J. C. Poindexter, *Internet privacy law: a comparison between the United States and the European Union*, Computers & Security 23,5, 400-412 (2004); Javier Cremades, Miguel Fernández-Ordóñez & Rafael Illescas, coords., *Régimen jurídico de internet* (La Ley, 2002).
- 10 Para profundizar en estos temas, véase Vittorio FROSINI, *Cibernética, derecho, internet y sociedad* (Olejnik, 2019); Marina Pietrangelo, *La società dell’informazione tra realtà e norma* (Dott. A. Guifré Editore, 2007).

- 11 Lyria Bennet, *Agents of Change. How the Law 'Copes' With Technological Change*, Griffith Law Review 20, 763 (2014).
- 12 Lyria Bennet, *¿Why Have a Theory of Law and Technological Change?*, Minnesota Journal of Law Science & Technology 8, 2, 598 (2007).
- 13 La Conferencia de Darmouth (*Darmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*), celebrada en el *Darmouth College*, EE.UU., en 1956, fue la primera reunión científica en que se discutió acerca de los incipientes trabajos que se estaban realizando en el campo de lo que denominaron inteligencia artificial. Para una revisión del concepto y la evolución de la inteligencia artificial (IA), véase Ronald Chrisley, *Artificial Intelligence. Critical Concepts* (vol. I, Routledge, 2000), Luis Amador, *Inteligencia artificial y sistemas expertos* (Universidad de Córdoba, 1996).
- 14 Francisco Escolano, Miguel Cazorla, María Alfonso, Otto Colomina & Miguel Lozano, *Modelos, técnicas y áreas de aplicación* 5 (Thomson, 2003).
- 15 Para revisar los fundamentos del conexionismo, véase W. Bechtel & A. Abrahamsen, *Connectionism as the mind* (Blackwell, 1991). También, J. Feldmann, *Connectionist models and their application: Introduction. Cognitive Science* 6, 205-254 (1985).
- 16 Francisco Escolano et al., *supranota* 14.
- 17 Josep Corbí & Josep Prades, *El conexionismo y su impacto en la filosofía de la mente*, en F. Brocano, ed., *La mente humana* 151 (Trotta, 1995).
- 18 Josep Corbí & Josep Prades, *El conexionismo y su impacto en la filosofía de la mente*, en F. Brocano, ed., *La mente humana* 151-152 (Trotta, 1995).
- 19 Pompeu Casanovas, *Inteligencia artificial y derecho: a vuelapluma*, Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico 206 (2010).
- 20 Distintos medios de comunicación recogían en 2013 la noticia referida a la inauguración en China del primer restaurante atendido exclusivamente pro robots. Por todas, véase la nota de prensa de National Geographic de 2013: <https://www.ngenespanol.com/traveler/restaurante-futurista-atendido-por-robots-en-china/>
- 21 Francisco Escolano et al., *supra* nota 14, pág. 8.
- 22 Sobre esta idea, véase Camilo Narváez, *La inteligencia artificial entre la culpa, la responsabilidad objetiva y la responsabilidad absoluta en los sistemas jurídicos del derecho continental y anglosajón*, en Jhoel Chipana, coord., *Derecho y nuevas tecnologías. El impacto de una nueva Era* 211-213 (Thémis, 2019).
- 23 Luis Amador, *supra* nota 13, págs. 15-16.
- 24 Raúl Benítez, Gerard Escudero, Samir Kanaan & David Masip, *Inteligencia artificial avanzada* 10 (Ed. UOC, 2013).

- 25 Francisco Escolano et al., *supra* nota 14, pág. 4.
- 26 P. J. Hayes, *Some comments on Sir James Lighthill's Report on Artificial Intelligence AISB (Artificial Intelligence and Simulation of Behaviour)*, Study Group European Newsletter 14, 40 (1973).
- 27 Luis Amador, *supra* nota 13, pág. 19.
- 28 Véase Paul Agard, *La mente. Introducción a las ciencias cognitivas* (trad. de Silvia Jawerbaum & Julieta Barba) (Katz Ed., 2008); Emilio García et al., *Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano* (Universidad Pontificia De Comillas, 2007) y Raúl Benítez, Gerard Escudero, Samir Kanaan & David Masip, *supra* nota 24, pág. 9.
- 29 Ronald Chrisley, *The Development of the Concept of Artificial Intelligence. Historical Overviews and Milestones 7*, en R. Chrisley, *Artificial Intelligence. Critical Concepts* (vol. I, Routledge, 2000).
- 30 Id., pág. 9.
- 31 Francisco Escolano et al., *supra* nota 14, pág. 8.
- 32 Comisión Europea, *Inteligencia artificial para Europa*, COM (2018) 237 final, 25 de abril de 2018.
- 33 Pompeu Casanovas, *supra* nota 19, pág. 205.
- 34 Id., pág. 205.
- 35 John McCarthy, *Making Robots Conscious of their Mental States 4* (trad. propia) (2002), <http://www-formal.stanford.edu/jmc/consciousness.ps>.
- 36 Sobre esta idea, véase, S. Andersen, *John McCarthy: father of AI*, *IEEE Intelligent Systems* 17, 5, 84-85 (2002).
- 37 Comité Económico y Social Europeo. *Dictamen sobre "Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa"* (2018/C 440/01).
- 38 Sobre estas ideas, véase Rosario Solá et al., *Confianza, incertidumbre y percepción social de las tecnologías avanzadas, un caso de estudio*, *Revista Internacional de Sociología* 67, 1, 161-175 (2009). También, Lotte Asveld & Sabine Roeser, ed., *The Ethics of Technological Risk* (Routledge, 2009).
- 39 Sobre esta idea, Pérez Luño y Frosini han expuesto la idea de una transición desde los derechos naturales de mujeres y hombres hacia los derechos de mujeres y hombres artificiales para designar a los derechos relativos a los aspectos de nuestra vida en el mundo artificial en que estamos — cada vez más— inmersos. Ello ha obligado a replantearnos si el derecho y los derechos de los que ahora comenzamos a hablar, son la misma cosa de la que hasta hace poco hablábamos. Si bien

- ambos autores hacen referencia al uso de las tecnologías que nos trasladan a la vida virtual que tenemos, con nuestros perfiles en Whatsapp, Facebook, Instagram, Twitter, Telegram y otras redes sociales, nos sirve para ilustrar de igual manera lo que está sucediendo con la IA. Cabe preguntarnos si el derecho de hoy, inmerso en una sociedad tecnológica, es el mismo que el conocíamos hasta hace poco. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Vitorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica*, *Informática e diritto* 18, 1, 105 (1992); V. Frosini, *L'uomo artificiale. Etica e dirigo nell'era planetaria* 122 y ss. (Spirali, 1986). Sobre esta temática, también, véase Lorenzo Cotino, *Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoque modelos y principios de la respuesta del derecho*. *Revista General del Derecho Administrativo* 50, 1-37 (2019).
- 40 La idea de disrupción tecnológica fue propuesta por Mercader, para hacer referencia a “la tecnología que altera el *status quo* que existe e innova radicalmente la realidad productiva”. Valentina Manzur, *Responsabilidad por daños causados por robots: ¿responsabilidad objetiva o gestión de riesgos?*, en María José Santos; Pedro Del Olmo y, Jesús Mercader, Dir., *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica*. I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad Civil 881 (Tirant lo Blanch, 2020).
- 41 Lyria Bennet, *supra* nota 12.
- 42 Así, por ejemplo, en la Unión Europea se comienza a discutir sobre la posibilidad de atribuir alguna categoría de sujetos de derecho a los robots inteligentes, ante los avances registrados en los grados de autonomía y rasgos cognitivos de estos, así como su capacidad de aprender y tomar decisiones independientes. De concretarse esta idea, estaríamos ante una verdadera revolución en la ciencia del derecho. En relación con este tema, véase , M. Carmen Núñez, *Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad por los daños causados por la inteligencia artificial*, *Revista Española de Derecho Europeo* 66, 9-53 (2018).
- 43 De acuerdo con Bennet, el problema de desajuste entre el cambio tecnológico y la norma ha sido objeto de análisis por distintos autores, quienes se han referido el con distintos nombres. Entre ellos, Brownsword lo ha calificado como “el desafío de la conexión regulatoria”. Roger Brownsword, *Rights, Regulation and the Technological Revolution* (Oxford University Press, 2008).
- 44 Comisión Europea, *supra* nota 32.
- 45 Id.
- 46 Comisión Europea, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) de 19 de febrero de 2020, 1.
- 47 Corinne Cath, *Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges*, *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 237, 2133, 2 (2018).

- 48 Comisión Europea, *supra* nota 46; Comisión Europea, *supra* nota 32, pág. 17.
- 49 Corinne Cath, *supra* nota 47.
- 50 Bart Verheij, *Artificial Intelligence as Law. Artificial Intelligence and Law* 28, 184 (2020).
- 51 Sobre esta idea, véase Germà Bel, Joan Calzada y Alejandro Estruch, *Economía y regulación de los servicios de red*, en Santiago Muñoz Machado et al., *Derecho de la regulación económica* 707-758 (vol. I, Iustel, 2009); Oriol Mir, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo* (Civitas, 2004); George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1, 3-21 (1971).
- 52 Sobre las diversas iniciativas surgidas para acordar un marco ético y jurídico base para diseñar la regulación de la IA, Corinne Cath et al., *Artificial Intelligence and the “Good Society”: the US, EU, and UK approach*, *Science and Engineering Ethics* 24, 505-528 (2018).
- 53 La noticia referida puede verse en blog de la web de Ágora, escrito por Helena Ancos, ¿Se puede despedir a un trabajador para sustituirlo por un robot?, <https://www.agorarsc.org/se-puede-despedir-a-un-trabajador-para-sustituirlo-por-un-robot/>
- 54 Puede revisarse la sentencia del 23 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Social N° 10 de Las Palmas de Gran Canaria, en el siguiente enlace: <https://documentacion.eu/documentos/sentencia-del-juzgado-de-lo-social-no-10-de-las-palmas-de-gran-canaria-de-23-de-septiembre-de-2019/>.
- 55 Expresa el Tribunal en su sentencia que, debe distinguirse el uso de robots, como señalaba la empresa, del uso de bots. Para la robotización de las funciones administrativas, así como de los procesos industriales, se requiere de “la forma del soporte físico del robot” (en los que se inserta IA), que realicen dichas funciones o procesos. En cambio, cuando la automatización se realiza a través de un *software* instalaba en cualquier servidor generalista, cabe hablar de bot (fundamento jurídico quinto).
- 56 Parlamento Europeo, Resolución de 17 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica. P8_TA (2017) 0051, párr. 43.
- 57 Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa” (2018/C 440/01), apdo. 2.5.
- 58 Entendemos por bots a aquellos programas informáticos autónomos, creados para ejecutar tareas simples y repetitivas, a través de internet, con cierta inteligencia. Luis Santana & Gonzalo Huerta, ¿Son bots? *Automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017*, *cuadernos.info* 44, 62 (2019). También, Diego Rodríguez, ¿Qué es un bot y para qué sirve?, Blog de Raiola Networks. <https://raiolanetworks.es/blog/que-es-un-bot/>.
- 59 Véase la nota periodística publicada en el portal electrónico de Europapress. <https://www.europapress.es/portaltic/social/media/noticia-bots-twitter-influyeron-resultados-brexit-elecciones-presidenciales-eeuu-estudio-20180522150442.html>.

- 60 Yuriy Gorodnichenko, Pham & Oleksandr Talavera, *Social Media, Sentiment and Public Opinions: Evidence form #BREXIT and #USELECTION*, BER Working Paper Series, Working Paper 2463, 2 (2018).
- 61 Id.
- 62 Luis Santana & Gonzalo Huerta, *supra* nota 58, pág. 63.
- 63 Natalie Persily, *The 2016 U.S. Election: ¿Can Democracy Survive the Internet?*, *Journal of Democracy*, 28, 2, 63 (2017).
- 64 Phillip Howard, Samuel Woolley & Ryan Calo, *Algorithms, bots, and political communication in the US 2016 election: the challenge of automated political communication for election law and administration*, *Journal of Information Technology & Politics* 15, 2, 81-82 (trad. propia) (2016).
- 65 Yuriy Gorodnichenko, Pham & Oleksandr Talavera, *supra* nota 60, pág. 20.
- 66 Id, págs. 19-21.
- 67 Luis Santana & Gonzalo Huerta, *supra* nota 58, pág. 63. En el mismo sentido, Roy, D. Vosoughi & S. Aral, *the spread of true and false news online*. *Science*, 359, 6380, 1146-1151 (2018). También, Natalie Persily, *supra* nota 63, págs. 64-66 (2017).
- 68 Por todas las notas periodísticas que informan de la crisis social en Chile, véase la publicada en Time: “18 Killed as Hundreds of thousands of Protestors Take the Streets in Chile. Here’s What to Know”. <https://time.com/5710268/chile-protests/>.
- 69 Sobre este tema, véase la nota publicada en el periódico chileno La Tercera: “El big data del Gobierno: Los detalles del informe por el estallido social que entregó a la Fiscalía”. <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/big-data-del-gobierno-los-detalles-del-informe-estallido-social-entrego-la-fiscalia/947967/>.
- 70 Véase la siguiente nota “Gobierno de Chile entrega detalles de grupos que influenciaron la protesta violenta y el estallido social”, que recoge esta información. https://es.theepochtimes.com/gobierno-de-chile-entrega-detalles-de-grupos-que-influenciaron-la-protesta-violenta-y-el-estallido-social_582688.html.
- 71 Nota de prensa del portal web de Radio Bio Bio, biobiochile.cl, “No hemos encontrado ningún valor: Fiscal Abbott desecha informe Big Data entregado por La Moneda”, 15 de enero de 2020. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/01/15/no-hemos-encontrado-ningun-valor-fiscal-abbott-deshecha-informe-big-data-entregado-por-la-moneda.shtml>.
- 72 Véase la nota periodística de Vozpopuli, “El Gobierno denuncia ser víctima de ‘bots’ que viralizan las publicaciones de Sanidad en Facebook”, 20 de abril de 2020. https://www.vozpopuli.com/espana/Gobierno-denuncia-bots-viralizan-publicaciones-Sanidad-Facebook-cuentas-falsas_0_1347766570.html.

- 73 Notaperiodística de La Vanguardia, “El Gobierno investiga perfiles falsos en redes sociales que apoyan su gestión”, 21 de abril de 2020. <https://www.lavanguardia.com/politica/20200421/48651813739/gobierno-investiga-cuentas-falsas-facebook-coronavirus.html>.
- 74 Yuriy Gorodnichenko, Pham & Oleksandr Talavera, *supra* nota 60, pág. 21.
- 75 Luis Santana & Gonzalo Huerta, *supra* nota 58, pág. 62. Sobre esta misma idea, Yoichai Benkler, *the wealth of networks: How social production transforms markets and Freedom* (Yale University Press, 2006).
- 76 Phillip Howard, Samuel Woolley & Ryan Calo, *supra* nota 64, pág. 81.
- 77 *Id.*, págs. 82-83.
- 78 Diario El País. https://elpais.com/tecnologia/2018/03/19/actualidad/1521479089_032894.html.
- 79 Idoia Elizalde, *Vehículos autónomos. Desplazamiento de las reglas de responsabilidad civil del propietario al fabricante. Críticas a la propuesta. El riesgo de la circulación seguirá existiendo*, en María José Santos, Pedro Del Olmo & Jesús Mercader, Dir., *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica. I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad Civil 855* (Tirant lo Blanch, 2020). Sobre esta idea, también, véase María del Pilar Álvarez, *Desafíos legales ante la circulación de los coches autónomos. Implicancias éticas, responsabilidad por accidente y ciberseguridad*, *Aranzadi civil-mercantil*, Revista doctrinal 2, 129-138 (2017).
- 80 De acuerdo con Vicandi, los coches autónomos son aquellos que no requieren de un conductor para circular por las calles. Se excluye, por tanto, las tecnologías que facilitan la conducción humana, por requerir la presencia activa de un chofer. Arantzazu Vicandi, *El contrato de seguro de automóvil frente a los coches autónomos: luces y sombras de los smart cars*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad 14, 101- 109 (2019).
- 81 Un análisis de esta cuestión, véase Idoia Elizalde, *supra* nota 79, págs. 841-858.
- 82 Arantzazu Vicandi, *supra* nota 80, págs. 104-107 (2019); Idoia Elizalde, *supra* nota 79, págs. 855-856.
- 83 Para profundizar en esta temática, véase W. Price, S. Gerke & I. Cohen, *Potential Liability for physicians using artificial intelligence*. JAMA, 322, 18, 1765-1766 (2019); Francisca Ramón Fernández, *Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?* Diario La Ley, 9365, 1-13 (2019); G. Cole, *Tort liability for artificial intelligence and expert systems*, Computer/Law Journal, 10, 2, 127-232 (2000). http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jmjcila10&start_page=127&collection=journals&id=131.
- 84 Parlamento Europeo, *supra* nota 56.
- 85 *Id.*; Francisca Ramón Fernández, *supra* nota 83.

- 86 Parlamento Europeo, *supra* nota 56.
- 87 Véase Paulius Cerka, Jurgita Grigienė & Gintarė Sirbikytė, *Liability for damages caused by artificial intelligence*, *Computer Law & Security Review* 31, 3, 376-389 (2015).
- 88 Id.
- 89 Sobre esta cuestión, véase Lorenzo Cotino, *Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho*, *Revista Catalana de dret públic* 58, 29-48. (2019). También, María José Santos, *Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro*, *Revista Jurídica de la Universidad de León* 4, 25-50 (2017).
- 90 Tal como señalan Corinne Cath et al., en octubre de 2016 la Casa Blanca, el Parlamento Europeo y la Cámara de los Comunes del Reino Unido, comenzaron a trabajar para acordar una visión común sobre cómo preparar a la sociedad para el uso generalizado de la IA., Corinne Cath et al., *supra* nota 52, págs. 505-506.
- 91 Sobre esta idea, véase Corinne Cath et al., *supra* nota 52, págs. 505-528.
- 92 European Parliament, Dra. Report with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies. Proposal for a Regulation of the European Parliament on ethical principles for the development, deployment and use of artificial intelligence robotics and related technologies, 2020/2012(INL), 21 de abril de 2020.
- 93 Comisión Europea, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, COM (2019) 8 de abril de 2019.
- 94 Id.
- 95 Parlamento Europeo, *supra* nota 56.
- 96 Lyria Bennet, *supra* nota 12, págs. 589-590.
- 97 Corinne Cath et al., *supra* nota 52, pág. 509 (trad. propia).
- 98 Comisión Europea, *supra* nota 93.
- 99 Jorge Torres, *Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales*. *Pensamiento Americano* 10, 19, 221 (2017).
- 100 Véase la noticia: “Racismo tecnológico: cuando es la IA quien discrimina”, de larazon.es. <https://innovadores.larazon.es/es/racismo-tecnologico-cuando-es-la-ia-quien-discrimina/>. Asimismo, un análisis sobre el tema, se realiza en Sonja Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific rationalization of Discrimination*, *Stanford Law Review* 66, 803-872 (2014).

- Darío Parra Sepúlveda y Ricardo Concha Machuca

101 Parlamento Europeo, *supra* nota 56.

102 Alzbeta Karusová, *Intersectons between law and Artificial Intelligence*, *International Journal of Computer* 27, 1, 55-68 (2017).

103 Comisión Europea, *supra* nota 93.

104 Parlamento Europeo, *supra* nota 56.

105 Comité Económico y Social Europeo, *supra* nota 57, apdo. 1-2.

106 Parlamento Europeo, *supra* nota 56.

INTRODUCCIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO

Miguel Luis Jara¹



“Los matemáticos quieren tratar los asuntos de la percepción matemáticamente y, con ello, se ridiculizan a sí mismos. ... La mente lo hace todo tácita, naturalmente, y sin reglas técnicas”.

Blaise Pascal, Pensées

¹ Miembro de la Comisión de Administración de Justicia y la Comisión de Derecho Informático del CALZ; miembro de la Comisión de Administración de Justicia y la Comisión de Derecho Informático del COLPROBA; miembro de la Comisión de incumbencias profesionales y situación ocupacional de FACA; miembro de la comisión de Informática jurídica inteligencia artificial de la FACA; docente de la UNLZ. Doctorando en Derecho UCES

RESUMEN

La sociedad se encuentra atravesando por uno de los más grandes cambios: la revolución exponencial de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Estas tecnologías innovadoras basadas en datos digitales pueden beneficiar tanto a nivel individual como a la sociedad en general, así como potencialmente impulsar la economía, la productividad, promover la sustentabilidad y promover grandes avances en términos de progreso científico, social y en el derecho. Se está ante un punto de inflexión en la historia y —como no podía ser de otra manera en el derecho— este creciente impacto de las nuevas tecnologías disruptivas exige trabajar en nuevos mecanismos para garantizar los principios constitucionales, principios en materia de derechos humanos y democráticos.

Palabras clave: Inteligencia artificial — jurisprudencia argentina — ética — datos

ABSTRACT

Society is going through one of the biggest changes: the exponential revolution of new information and communication technologies. These innovative digital data-based technologies can benefit both individuals and society at large, potentially boosting the economy, productivity, promoting sustainability, and promoting breakthroughs in terms of scientific, legal, and social progress. We are facing a turning point in history and —as it could not be otherwise in law— this growing impact of new disruptive technologies requires working on new mechanisms to guarantee constitutional principles, human rights and democratic principles.

Keywords: Artificial intelligence, Argentine jurisprudence. ethics, data.

INTRODUCCIÓN

La sociedad se encuentra atravesando por uno de los más grandes cambios ocasionados por la cuarta revolución industrial, la revolución exponencial de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Todo ello sumado a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Estas tecnologías innovadoras basadas en datos digitales pueden beneficiar tanto a nivel individual como a la sociedad en general, a todos los estratos sociales, así como potencialmente impulsar la economía, la productividad, promover la sustentabilidad y promover grandes avances en términos de progreso científico, social y en el derecho.

La significativa evolución de las herramientas digitales en todos los ámbitos (inclusive en el derecho) ya es un hecho. Y dentro de estas nuevas tecnologías hay una que destaca por el impacto que tiene con

las personas, tal como lo vienen haciendo las Tecnologías de Información y Comunicaciones en la vida diaria con la simple apertura de un navegador o la apertura de nuestro correo electrónico.²

Previa continuación con el avance de este artículo, se tratarán conceptos que serán vitales para el desarrollo del presente. Más adelante se analizarán en profundidad en cada apartado ya que la inteligencia artificial (IA), al ser tan novedosa, presenta el problema en cuanto a su definición.

En este caso en particular se tratará a la IA, una de las tecnologías emergentes más importantes de los últimos tiempos.

En este momento, la IA es una de las tecnologías que más puede influir en muchísimos aspectos de la sociedad. Por lo que es necesario el desarrollo de muchas estrategias de investigación, desarrollo tecnológico e innovación que contribuya a la generación de beneficios económicos y sociales.

Al mismo tiempo, se puede establecer que la IA plantea riesgos para los derechos y libertades fundamentales. La IA plantea una amplia gama de cuestiones éticas y legales centradas en dos cuestiones: el papel que queremos que desempeñen estas nuevas tecnologías y su diseño. Si queremos asegurarnos de que la transformación digital sirva al bien de la sociedad en su conjunto, tanto la propia sociedad y sus representantes políticos electos deben participar en un debate sobre cómo utilizar y dar forma a los datos y a la IA.

Por ejemplo, esta cuestión fue planteada en la Unión Europea, pero antes de ello, en Alemania se trabajó en desarrollar la ética en la IA, en puntos de referencia y directrices, así como recomendaciones específicas para la acción, con el objetivo de proteger al individuo, preservar la cohesión social y salvaguardar y promover la prosperidad en la era de la información que estamos viviendo.

En el ámbito privado, incluso empresas como Google ha establecido estándares concretos denominados *Los siete mandamientos de la IA de Google*, a partir de los que evaluará los proyectos de IA en base en los objetivos establecidos.

Como punto de partida, el gobierno alemán presentó la Comisión de Ética de Datos³ con una serie de preguntas clave agrupadas en torno a tres temas principales: toma de decisiones basadas en algoritmos (ADM), IA y datos.

La IA es simplemente una entre muchas variantes posibles de un sistema algorítmico y tiene mucho en común con otros sistemas similares en cuestiones éticas y legales planteadas. Con este en mente,

2 Por ejemplo, Google en Gmail usa la inteligencia artificial (IA) a través de *Smart Compose* que sirve a la hora de redactar un correo electrónico y predecir lo que estos quieren poner antes de que lleguen a hacerlo en base al contexto. Y Outlook muestra los correos más importantes a través de la IA.

3 El gobierno de Alemania estableció en el año 2018 la “Comisión de Ética de Datos”, esta publicó una opinión sobre la ética de los datos que cubre tanto los datos como los sistemas algorítmicos. Esta opinión es previsor y tiene en cuenta muchos aspectos, especialmente en relación con la IA, que no están regulados aun hoy en día.

la Comisión de Ética de Datos ha estructurado su trabajo bajo dos ejes diferentes: datos y sistemas de algoritmos (en el sentido más amplio).

Por lo tanto, se dice que la Unión Europea cuenta con avances bastante enriquecedores de los países miembros y del bloque en materia de IA y de ética, preparando así el terreno para una posible legislación.

1. Introducción a la IA

En algún momento todos vamos a tener que comenzar a hablar de esta nueva tecnología disruptiva, la IA.

El uso de algoritmos y de inteligencia artificial —así como el manejo de datos digitales— tienen y van a terminar teniendo en todos los países un potencial enorme. Pero al mismo tiempo los usos de esta plantean numerosas cuestiones éticas y legales.

Las nuevas tecnologías que trabajen con datos ofrecen importantes oportunidades para las personas y pueden generar beneficios socioeconómicos en su conjunto. No obstante, también se percibe que la digitalización conlleva ciertos riesgos y nuevas cuestiones: ¿qué papel queremos que asuman las nuevas tecnologías en el futuro? ¿Es posible una estrategia para identificar y reducir la presencia e influencia de sesgos humanos en algoritmos y modelos de inteligencia artificial? ¿Qué límites éticos se aplican al uso de sistemas algorítmicos y sistemas de toma de decisiones?

Las respuestas a estas cuestiones deben tener en cuenta numerosas cuestiones, incluidos los aspectos técnicos, éticos, legales y sociológicos. Con el fin de garantizar que todos estos diferentes puntos de vista estén adecuadamente representados dentro de una discusión inclusiva sobre nuestro futuro.

A nivel internacional los gobiernos se encuentran tratando de actualizarse al cambio de paradigma existente con las nuevas tecnologías. Enfrentan el reto de impulsar y facilitar el desarrollo social y el crecimiento económico basado en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), y de proporcionar a sus ciudadanos una efectiva y transparente protección de sus derechos y obligaciones.

En el Mercosur y en nuestro país todavía queda mucho camino por recorrer en materia de IA. Actualmente se encuentran rezagados en la materia, no cuentan con el tratamiento específico que está siendo dedicado a la IA, como por ejemplo lo hacen Estados Unidos, China o la Unión Europea.

Previo a continuar se debe realizar un análisis de la experiencia científica, técnica y legal para poder llegar a las cuestiones éticas en esta materia. En esta cuestión la Unión Europea tiene más camino andado en materia de IA que el Mercosur. En Alemania la Comisión de Ética de Datos⁴, que inició su

4 La Comisión de Ética de Datos del Gobierno Federal (Datenethikkommission) tiene como tarea aprovechar la experiencia científica y técnica en el desarrollo de directrices éticas para la protección de las personas, la preservación de la cohesión social y la salvaguardia y promoción de la prosperidad en la información. Para más información: <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/it-internet-policy/data-ethics-commission/data-ethics-commission-node.html>

labor el 4 de septiembre de 2018, fue establecida para elaborar un marco sobre cómo desarrollar una política de datos y abordar los algoritmos, la inteligencia artificial y la innovación digital. Resolver las cuestiones de ética de los datos puede dar impulso al proceso de la evolución digital y puede ayudar a definir un enfoque para superar los conflictos sociales en el ámbito de la política de datos y la regulación probable de estos.

Tampoco se puede pasar por alto a la importantísima labor de la Comisión Europea, llevada a cabo por la Comisión sobre IA⁵. La misma ha lanzado la nueva estrategia de la Unión Europea en esta materia; primero con una guía ética para el uso responsable de inteligencia artificial denominado *Borrador de pautas de ética para una IA confiable*⁶ y dos años después con la comunicación de la Estrategia Digital Europea y *El libro Blanco de la IA*⁷, el que formula alternativas políticas para alcanzar estos objetivos y convertirse así en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones. Esto lo busca conseguir a través de dos bloques: el desarrollo de un ecosistema de excelencia y el desarrollo de un ecosistema de confianza. Se trata de un enfoque común en torno a la IA, a fin de alcanzar la envergadura suficiente y de evitar la fragmentación del mercado único.

2. La inteligencia artificial

“Quien llegue a ser líder en esta esfera será el que domine el mundo”, esto dijo el presidente de Rusia, Vladímir Putin refiriendo a la IA. más información: <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/it-internet-policy/data-ethics-commission/data-ethics-commission-node.html>

“La IA es una de las cosas más profundas en las que estamos trabajando la humanidad. Es más profunda que el fuego o la electricidad”, dijo el líder ejecutivo de Alphabet Inc. (Google), Sundar Pichai.

Esta es probablemente la disciplina técnico-científica con más potencial de los últimos años, la que plantea una revolución sin parangón en nuestro mundo. Andrew Ng⁸, una de las personalidades más conocidas en este ámbito, la llama “la electricidad del siglo XXI”. Y sin embargo es difícil dar una definición concisa y clara de qué es la inteligencia artificial.

5 Comisión de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, para más información: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

6 Para más información: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai>

7 *El libro Blanco de la IA* fue elaborado por una comisión sobre inteligencia artificial de la Unión Europea. Busca un enfoque europeo coordinado en torno a las implicaciones éticas y humanas de la inteligencia artificial basado en la regulación y en la inversión, y dirigido a asegurar un ecosistema de excelencia y un ecosistema de confianza. Para más información: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf

8 Andrew Ng comenzó a destacar como experto en inteligencia artificial en la Universidad de Stanford, donde se convirtió en profesor asociado en Aprendizaje Automático. Aquella labor le sirvió para fichar por Google, donde aplicó esta disciplina y también el Aprendizaje Profundo (*Deep learning*) en diversas plataformas desarrolladas por la empresa de Mountain View. Como si fuera poco, fue también principal responsable del desarrollo de ROS (Robot Operating System) una plataforma software Open Source para el impulso de la robótica.

En este sentido, Alan Turing⁹, padre de la informática, también trató de dar respuesta a esa pregunta y esquivó responderla directamente. En lugar de eso inventó un examen para tratar de determinar si algo poseía o no inteligencia artificial. Así nació el Test de Turing¹⁰ utilizado para comprobar el comportamiento inteligente de una máquina.

No hay una definición exacta sobre lo que significa, la inteligencia artificial es el nombre que se le asigna a una serie de tecnologías que imitan o emulan el pensamiento humano. Otro concepto popular es la capacidad de que las máquinas piensen y razonen por su cuenta.

En esta materia, John McCarthy¹¹ ya en el año 1956 definió la inteligencia artificial como: “la ciencia e ingeniería de hacer máquinas que se comporten de una forma que llamaríamos inteligente si el humano tuviese ese comportamiento”.

La IA es definida en el diccionario de Oxford como el uso de computadoras para tareas que normalmente necesitan de la inteligencia humana. Tal como se puede ver, la IA es un área de la informática y comparte algunas técnicas con otras disciplinas, como la informática, la matemática, la estadística, la ciencia cognitiva e incluso, tal como se desarrollará en el presente, con la ética y la filosofía.

Muchas han sido las definiciones que se han ido dando a lo largo del tiempo, pero entre una de las más populares en los últimos tiempos también existe la de Robert Sternberg, psicólogo de la Universidad de Yale. Este académico define inteligencia como: “la actividad mental que sirve para adaptar o conformar entornos relevantes para nuestra vida personal”.

Por lo dicho, se puede decir que la misma se basa en el uso de algoritmos y de datos. Los algoritmos se pueden definir como: “el procedimiento para encontrar la solución a un problema mediante la reducción del mismo a un conjunto de reglas”¹². Por otra parte, en el 2017 el Parlamento Europeo estableció que los algoritmos pueden definirse como: “conjuntos bien definidos de pasos para lograr una determinada meta”

9 Alan Turing, matemático de origen británico, fue el padre teórico del ordenador y el precursor de la inteligencia artificial. Él fue quien diseñó el primer programa de ajedrez por computadora.

10 El test de Turing es un examen de la capacidad de una máquina para exhibir un comportamiento inteligente similar al de un ser humano o indistinguible de este. Alan Turing propuso que un humano evaluara conversaciones en lenguaje natural entre un humano y una máquina diseñada para generar respuestas similares a las de un humano. El evaluador sabría que uno de los participantes de la conversación es una máquina y los intervinientes serían separados unos de otros. La conversación estaría limitada a un medio únicamente textual como un teclado de computadora y un monitor por lo que sería irrelevante la capacidad de la máquina de transformar texto en habla. En el caso de que el evaluador no pueda distinguir entre el humano y la máquina acertadamente la máquina habría pasado la prueba.

11 John McCarthy, también conocido como *Tío John McCarthy*, fue un prominente informático que recibió el Premio Turing en 1971 por sus importantes contribuciones en el campo de la inteligencia artificial. De

12 Benítez, Escudero, Kanaan, & Masip Rodó, 2013, 13.

3. Historia de la IA

El artículo “Números Calculables” publicado en el año 1936 por Alan Turing tuvo una fuerte repercusión en todo el ámbito académico. Se considera que en este texto se establecen las bases teóricas de las ciencias de la computación.

También en esta obra diseñó una máquina capaz de implementar cualquier cálculo que hubiera sido formalmente definido, pilar esencial para que un dispositivo pueda adaptarse a distintos escenarios y razonamientos. Las ideas expuestas en la publicación son consideradas como precursoras de las computadoras digitales.

Un logro extraordinario gestado por Alan Turing en los orígenes de la inteligencia artificial es la construcción del primer computador electromecánico en el año 1940.

Hecho, fue el responsable de introducir el término “inteligencia artificial”, concepto que acuñó en la Conferencia de Dartmouth en 1956. También se le atribuye el concepto de *cloud computing*.

En el año 1950, tras descifrar la máquina enigma¹³ durante la Segunda Guerra Mundial y sentar las bases de la informática actual, Turing plantea en un artículo académico el ensayo *Computing Machinery and Intelligence*, realizado mientras trabajaba en la Universidad de Mánchester. En él plantea si las máquinas pueden pensar y presenta el Test de Turing, un examen de la capacidad de una máquina para exhibir un comportamiento inteligente similar al de un ser humano o indistinguible de este.

En el año 1956, Allen Newell, Herbert Simon, Marvin Minsky, Arthur Samuel y John McCarthy (cuya definición de IA ya ha sido compartida en párrafos anteriores) se reunieron en Dartmouth College, una universidad privada ubicada en Hanover, Nuevo Hampshire. En esa reunión se crea y se trata por primera vez a la IA. Además, cabe remarcar que estos estudiosos creyeron que desarrollar esa capacidad y dotar a las máquinas de la capacidad de pensar sería tarea fácil, cuestión que recién en los últimos años de la década de 1950 y los primeros de la de 1960 la inteligencia artificial vivió una era esplendorosa en la que las máquinas lograban jugar a las damas mejor que muchos seres humanos, resolvían problemas algebraicos y lógicos e incluso aprendían a hablar inglés. La inversión en proyectos de IA era enorme y los creadores creían que ese reto pronto se superaría. Herbert Simon predijo que en 20 años desde ese momento: “las máquinas serían capaces de realizar el trabajo de cualquier hombre”, mientras que Marvin Minsky afirmó: “el problema de crear

„inteligencia artificial“ estará sustancialmente solucionado en esta generación”. Pero se equivocaron, los creadores del campo vieron cómo a pesar de esos avances, los retos de esa IA equiparable a la inteligencia natural de los seres humanos eran difícilmente alcanzables.

¹³ *Enigma* era el nombre de una máquina de rotores la empresa alemana Scherbius & Ritter que permitía usarla tanto para cifrar como para descifrar mensajes.

En el año 1965 fueron desarrollados los “sistemas expertos”. Este término fue usado por primera vez en la Universidad de Stanford por el doctor Edward A. Feigenbaum. En este periodo de investigación en el campo de la IA se creía que con la suma de unas pocas reglas de razonamiento y potentes ordenadores se podía emular el razonamiento humano actuando tal y como lo haría un experto en un área de conocimiento.

En 1966 Joseph Weizenbaum desarrolla en el MIT la IA Eliza, el primer *chatbot*¹⁴ en procesar lenguaje natural.

Al optimismo desmesurado que se venía teniendo en la materia le siguió un “invierno de la IA¹⁵” a partir del año 1970. Las expectativas en cuanto a IA no fueron cumplidas, cosa que paralizó las fuentes de inversión y la investigación durante años.

En 1972 Hubert Dreyfus, filósofo estadounidense y profesor de filosofía en la Universidad de California, Berkeley, realizó una profunda crítica a la IA en su obra *Lo que las computadoras todavía no pueden hacer*¹⁶ donde establece una serie de limitaciones a esta.

En la década de 1980 surge también el concepto de base de datos inteligentes. Es un concepto renovador que trasciende al simple almacenamiento de información.

Aparece “el invierno de la IA”, clara analogía a la idea del invierno nuclear. Hubo dos grandes “inviernos” o períodos. Uno entre 1974 y 1980 y luego otro entre 1987 y 1993, hasta que finalmente comenzaron a haber inversiones nuevamente, como la realizada por el gobierno de Japón y la quinta generación de computadoras¹⁷, donde los beneficios de las IA avivan el interés en esta materia.

En 1994 dos vehículos robots gemelos VaMP y Vita-2 de Daimler-Benz y Ernst Dickmans, condujeron solos más de mil kilómetros en una autopista de París con tres carriles, en días habituales y con tráfico intenso a velocidades de 130 km/h.

En 1997 IBM presentó un programa informático capaz de vencer en el ajedrez a un humano, puntualmente

14 Los bot de charla, *chatbot* o bot conversacional, son programas de software que simulan mantener una conversación con una persona al proveer respuestas automáticas, las cuales son previamente establecidas.

15 En la historia de la inteligencia artificial, un “invierno IA” es un período de reducción de fondos e interés en la investigación de inteligencia artificial. El término apareció por primera vez en 1984 como el tema central de un debate público en la conferencia anual de la AAAI. Es una reacción en cadena que comienza con el pesimismo de la comunidad de IA, seguido por el pesimismo en la prensa, seguido de un severo recorte en la financiación, seguido por el final de la investigación seria.

16 What Computers Can't Do: The Limits of Artificial Intelligence

17 La quinta generación de computadoras fue un proyecto elaborado por Japón. Su objetivo era la creación de una nueva clase de computadoras que utilizarían técnicas y tecnologías de inteligencia artificial.

al campeón del mundo Gari Kaspárov. Se llamaba *Deep Blue*¹⁸ y sirvió de base para que la industria tecnológica y la sociedad en general cobrara conciencia de la relevancia y las posibilidades de las IA.

En el 2008 Google lanza la primera aplicación con reconocimiento de voz¹⁹.

En el 2011 IBM crea Watson: un sistema basado en inteligencia artificial capaz de responder a preguntas formuladas en lenguaje natural. Forma parte del proyecto del equipo de investigación *DeepQA*, liderado por el investigador principal David Ferrucci. Se le asignó este nombre en honor del fundador y primer presidente de IBM, Thomas J. Watson.

Watson responde a las preguntas gracias a una base de datos almacenada localmente. La información contenida en esa base de datos proviene de multitud de fuentes, incluyendo enciclopedias, artículos de noticias y obras literarias, al igual que bases de datos externos, taxonomías y ontologías.

Del 14 al 16 de febrero de 2011, para probar sus capacidades reales, participó en Jeopardy, un concurso de televisión de Estados Unidos, derrotando a sus dos oponentes humanos al mayor ganador de dinero en toda la historia del programa, y también al poseedor del récord por la racha más larga de campeonatos.

Desde entonces, IBM Watson se ha convertido en el estandarte de los sistemas cognitivos, procesamiento de lenguajes naturales y el razonamiento y el aprendizaje automático.

En el año 2014 se crea *ROSS Intelligence* “el primer abogado Robot”, y en el 2016 se lanza públicamente. Esta IA creada por una *start-up* canadiense de la Universidad de Toronto utiliza la tecnología y la IA de Watson con el objetivo de convertirse en un asistente ultra cualificado que procesa el lenguaje humano o más técnicamente el procesamiento del lenguaje natural²⁰. Conocido entonces como la versión jurídica de Watson de IBM, Ross es quien realiza la búsqueda de sentencias o documentación legal aplicables al caso que lo ocupa²¹.

En 2017, el robot Sophia obtiene por primera vez la ciudadanía de un país, en este caso ciudadana de Arabia Saudita. Sophia es un robot humanoide (ginoide) desarrollado por la empresa Hanson Robotics, con sede en Hong Kong.

18 *Deep Blue* fue una supercomputadora desarrollada por IBM para poder jugar al ajedrez. Fue la primera que venció a un campeón del mundo vigente, Gary Kaspárov, con un ritmo de juego lento el 10 de febrero de 1996. Kaspárov ganó 3 y empató 2 de las siguientes partidas, derrotando a *Deep Blue* por 4-2. El encuentro concluyó el 17 de febrero de 1996. Una nueva versión, llamada *Deeper Blue* jugó nuevamente contra Kaspárov en mayo de 1997, ganando el encuentro a 6 partidas por 3½-2½, lo que lo convirtió en la primera computadora en derrotar a un campeón del mundo vigente, en un encuentro con ritmo de juego de torneo estándar.

19 *Google Voice Search* es un producto que permite a los usuarios usar el servicio de Google a través de voz en el *smartphone* o computadora.

20 El procesamiento del lenguaje natural, es un campo de las ciencias de la computación, de la inteligencia artificial y de la lingüística que estudia las interacciones entre las computadoras y el lenguaje humano.

21 Jara Miguel L. Incumbencias y nuevas tecnologías. La Ley. Bs. As. 2019. Cita en línea: AR/DOC/3920/2019

En ese mismo año, DeepMind crea a AlphaZero, una IA que es capaz de aprender a jugar desde cero al ajedrez, shogi y Go, y terminar ganando a todas las IA que se habían proclamado campeonas en cada uno de esos juegos.

En los últimos años Baidu²², las cinco “*big tech*” (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft), y otras empresas que implementan las IA aprovecharon el aprendizaje automático por sus incuestionables ventajas. Además del procesamiento de datos del usuario para comprender el comportamiento del consumidor y las personas, las empresas alrededor del globo e incluso naciones han continuado trabajando en el *big data*, el procesamiento en lenguaje natural, el *machine learning* y una gran cantidad de otras aplicaciones de IA.

4. Inteligencia en sentido amplio

En este punto del trabajo de investigación, previo a continuar y establecer qué es la inteligencia artificial, primero se debe definir qué es la inteligencia y sus tipos.

La inteligencia, de acuerdo con una de las acepciones propuestas por la Real Academia Española (RAE), es la facultad o habilidad que tienen las personas para resolver problemas.

Ahora bien, esa inteligencia está a su vez compuesta de tres tipos de inteligencia distintas:

La inteligencia componencial (nuestra capacidad de análisis): esta es la dirección consciente de nuestros procesos mentales para analizar y evaluar ideas, resolver problemas y tomar decisiones.

La inteligencia experiencial (nuestra creatividad): la capacidad de afrontar tareas novedosas, formular nuevas ideas y combinar experiencias. Es la inteligencia propia de los artistas, de esas personas excéntricas que no suelen hacer lo que todos los demás y que tienen muchísima tolerancia a los cambios.

La inteligencia práctica (la capacidad de adaptación al medio): la adaptación, selección o modificación del ambiente individual. Es considerada la inteligencia más importante y depende de las otras dos mencionadas, ya que el éxito o fracaso vital de la persona dependerá de ella.

Esa acepción podría ser planteada también para definir IA, pero es que el alcance de la inteligencia artificial ha hecho que desde hace tiempo se diferencie también entre las llamadas inteligencias artificiales fuertes, generales y débiles.

5. Distintos niveles de inteligencia artificial

Se enuncia entonces que los logros y avances en los campos de la IA han hecho que esa definición sea especialmente confusa y que pocas personas puedan estar 100% seguros de ella.

²² Baidu es un motor de búsqueda en idioma chino fundado a finales de 1999 por Robin Li y Eric Xu. Su diseño es similar al de Google e incluye la posibilidad de búsqueda de noticias, imágenes y canciones, entre otras funciones.

Lo antes mencionado ha hecho que aparezcan tres grandes categorías para clasificar la IA, según su alcance y su ámbito de aplicación:

A. Inteligencia artificial débil o estrecha

Este tipo de sistemas algorítmicos son capaces de resolver problemas muy bien definidos y acotados. La IA débil es la que ha provocado la verdadera explosión de esta disciplina en los últimos tiempos: se han aplicado distintas técnicas como para lograr resolver problemas específicos y los resultados han sido excepcionales.

Los logros alcanzados con Deep Blue de IBM son un ejemplo perfecto de inteligencia artificial débil: estos desarrollos se dedican a resolver un problema concreto y delimitado, y permiten ser resueltos de forma que esos sistemas acaban realizando esas tareas mucho mejor que un ser humano.

Actualmente las IA débiles son las que podemos encontrar en más ámbitos y tareas y son los desarrollos de IA que más popularidad han logrado en los últimos tiempos porque han demostrado cómo es posible programar una máquina y entrenarla para resolver todo tipo de tareas.

Los asistentes de voz son un buen ejemplo de esos casos de débil, asistentes virtuales²³, incluso esos *chatbots* que se incluyen en los videojuegos y que juegan contra nosotros para plantearnos un reto con el que nos sintamos motivados y disfrutemos. La aplicación de este tipo de sistemas es extensa y de hecho todos los desarrollos prácticos completados hasta la fecha podrían englobarse dentro de esas inteligencias artificiales débiles. Están bien delimitadas y resuelven ciertos problemas de forma ejemplar, pero no son capaces de adaptarse a su entorno y lo importante aquí es dejar claro que la inteligencia artificial resuelve problemas muy concretos y delimitados. Fuera de esos límites nos encontramos ante un enorme vacío, por ejemplo, no pueden realizar el Test de Turing porque su ámbito era muy concreto.

Dentro de esta IA se puede incluir al *Machine Learning*, su uso más básico es la práctica de usar algoritmos para almacenar datos, aprender de ellos y luego ser capaces de hacer una predicción o sugerencia sobre algo. Los programadores deben perfeccionar algoritmos que especifiquen un conjunto de variables para ser lo más precisos posibles en una tarea en concreto. La máquina es entrenada utilizando una gran cantidad de datos dando la oportunidad a los algoritmos a ser perfeccionados.

Por definición *deep learning* es un subconjunto dentro del campo del *machine learning*, el cual predica con la idea del aprendizaje desde el ejemplo.

En *deep learning*, en lugar de enseñarle a ordenador una lista enorme de reglas para solventar un problema, se le da un modelo que pueda evaluar ejemplos y una pequeña colección de instrucciones para modificar el modelo cuando se produzcan errores. Con el tiempo se espera que esos modelos sean capaces de solucionar el problema de forma extremadamente precisa, gracias a que el sistema es capaz de extraer patrones.

²³ Como por ejemplo Asistente de Google de Google, Siri de Apple, Alexa de Amazon o Bixby de Samsung.

Aunque existen distintas técnicas para implementar *deep learning*, una de las más comunes es simular un sistema de redes artificiales de neuronas dentro del software de análisis de datos.

La red artificial de neuronas está compuesta por distintas capas, conexiones y una dirección en la que se propaga los datos atravesando cada capa con una tarea en concreto de análisis.

Se trata de proporcionar la suficiente cantidad de datos a las capas de neuronas para que puedan reconocer patrones, clasificarlos y categorizar. Una de las grandes ventajas es trabajar a partir de datos no etiquetado y analizar sus patrones de comportamiento y ocurrencia.

El *machine learning* —o también llamado aprendizaje automático— está en pleno auge gracias a su aplicación en internet y del *big data*. Dentro de esta corriente, en los últimos años fue adquiriendo mayor relevancia el aprendizaje profundo o *deep learning*. Según el que es posible programar un sistema de forma tal que al brindarle un modelo particular puede extraer patrones, evaluar ejemplos y, de esta manera, a través de una determinada cantidad de instrucciones, adquirir la capacidad de realizar modificaciones cuando se produzcan anomalías en el mismo.

Una de las técnicas implementadas en el *deep learning* simula las características del sistema nervioso humano, es decir, un sistema de redes artificiales de neuronas (o redes neuronales) dentro de un software de análisis de datos que imita al pensamiento humano. Esta red artificial de neuronas está compuesta por distintas capas y conexiones. Los datos se propagan atravesando cada capa con una tarea en concreto de análisis, entonces, por ejemplo, para obtener información de una imagen la misma es particionada en miles de fragmentos que cada capa de neuronas analiza de manera particular: colores, formas, rasgos, etc. Así, de cada análisis, se obtiene un dato específico que recopila la capa final y ofrece un resultado.

B. Inteligencia artificial general

La inteligencia artificial general es la que permitiría resolver cualquier tarea intelectual resoluble por un ser humano. Esta inteligencia artificial sería multitarea y podría hacer cientos o miles de cosas distintas bien.

Esta inteligencia artificial general no sería una especie de gran unión de inteligencias artificiales débiles, cada una para resolver un problema: dicha inteligencia artificial general sería capaz de realizar juicios y razonar ante una situación de incertidumbre además de comunicarse en lenguaje natural, planificar o aprender.

La inteligencia artificial general superaría sin problemas tanto el Test de Turing como el de Winograd²⁴,

24 La prueba de esquemas de Winograd también Test de esquemas de Winograd, es una prueba de inteligencia artificial propuesta por Hector Levesque, científico computacional de la Universidad de Toronto, en 2014. Esta prueba fue diseñada como una mejora al Test de Turing y consiste en un cuestionario de preguntas con múltiples respuestas provenientes de los esquemas ideados por Terry Winograd, también científico computacional, de la Universidad de Stanford. A primera vista, las preguntas de los esquemas de Winograd parecen requerir, simplemente, de la resolución de anáforas; de esta manera, la máquina debe identificar el antecedente de un pronombre ambiguo en una declaración. Esto lo hace una tarea de procesamiento de lenguaje natural, pero Levesque asegura que para resolver los esquemas de Winograd hace falta, también, emplear conocimiento y sentido común.

por ejemplo, que como hemos comentado demostrarían que la máquina poseería esa capacidad, pero en realidad dicho logro sería tan solo parte de la capacidad de esa inteligencia artificial general.

C. Inteligencia artificial fuerte

La inteligencia artificial fuerte posee los llamados “estados mentales” y, además, es consciente de sí misma. La IA fuerte la menciona por primera vez por John Searle en su artículo “Minds, Brains and Programs” del año 1980. Según este en la IA existen dos posturas a que lidian precisamente con el rol de la computadora o máquina en la comprensión de la mente. La primera, catalogada como inteligencia artificial débil, considera a la IA como una “herramienta” que nos permite acceder a los procesos mentales a través de la simulación o implementación de estos últimos. Por otro lado, la IA fuerte plantea que al modelar una mente se está, efectivamente, creando una nueva mente. Es decir, una IA que modela un proceso mental no es un modelo, sino más bien, una mente como tal.

Es la IA de la que tanto trata el cine como por ejemplo en películas como *Blade Runner*²⁵ y en los videojuegos como *Detroit Become Human*²⁶.

6. La inteligencia artificial en el mundo

La tecnología puede borrar los límites entre la inteligencia humana y la de un sistema algorítmico, poniendo en peligro las cuestiones éticas que antes parecían imposibles en este ámbito. Actualmente, líderes mundiales y personas alrededor del mundo consideran que la carrera armamentista está siendo reemplazada por la carrera de la IA.

Desde el campo científico se están midiendo los impactos y resultados conseguidos en IA en los distintos continentes. Así, según el último ranking elaborado por *SCImago Journal & Country Rank*²⁷, portal público que analiza la información contenida en la base de datos Scopus, los países del mundo que están a la vanguardia en IA son: China, Estados Unidos de América e India; en América Latina el primer lugar es ocupado por Brasil.

China planea ser el país líder en inteligencia artificial para 2030 y ya ha realizado grandes avances en

25 *Blade Runner* es una película neo-noir y de ciencia ficción estadounidense dirigida por Ridley Scott, estrenada en 1982. Fue escrita por Hampton Fancher y David Webb Peoples, y el reparto se compone de Harrison Ford, Rutger Hauer, Sean Young, Edward James Olmos, M. Emmet Walsh, Daryl Hannah, William Sanderson, Brion James, Joe Turkel y Joanna Cassidy. Está basada parcialmente en la novela de Philip K. Dick

¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas? (1968).

26 *Detroit: Become Human* es un videojuego de aventura gráfica, desarrollado por Quantic Dream y publicado por Sony Interactive Entertainment. La fecha de lanzamiento para PlayStation 4 fue el 25 de mayo de 2018, mientras que en PC fue lanzado el 12 de diciembre de 2019. El argumento del videojuego se sitúa en un mundo futurista donde los androides, con auténtica apariencia humana, comienzan a desarrollar sentimientos y emociones humanas, lo que deriva en un problema para los humanos.

27 Para más información: <https://www.scimagojr.com/>

investigación y desarrollo sobre la inteligencia artificial. Las *big tech*²⁸ echan mano de esta tecnología para sus dispositivos y las universidades más prestigiosas publican estudios de nuevas aplicaciones. Sin embargo, China es el país que se está posicionando como líder en IA.

China anunció en el 2017 su plan para sobrepasar a los rivales tecnológicos y ser el líder mundial para el año 2030, una industria con ganancias de 150 mil millones dólares. El plan buscó la inversión multimillonaria a la investigación y desarrollo académico y empresarial hacia la IA.

Los Estados Unidos de América invertirá un total de 625 millones de dólares durante los próximos cinco años en centros de investigación sobre inteligencia artificial y computación cuántica. Este país invierte más de 500 millones de dólares por año en investigación sobre inteligencia artificial y busca de esa forma hacer “avanzar la competitividad” del país.

El Departamento de Energía de ese país informó que el sector privado e instituciones académicas aportarán 340 millones al proyecto, por lo que se llegará a una inversión aproximada de 1.000 millones, según resaltó el comunicado.

Los indicadores más importantes muestran que este país todavía tiene una clara ventaja con respecto a China. En concreto existen más de 1.000 empresas nacionales de IA, muchas de ellas con un gran número de patentes. Entre ellas se encuentran nombres reconocidos internacionalmente como Google, Facebook, Salesforce y Microsoft, pero también numerosas *start-ups* conocidas como Nuro, UiPath y Avant.

Según un estudio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), IBM es la empresa informática que ha presentado la mayor cantidad de patentes de IA en todo el mundo, con 8.290. En segundo lugar, a nivel mundial, se encuentra el gigante de software Microsoft con 5.930 inventos.

Además se debe tener en cuenta que, para poder funcionar, el software de IA debe ser capaz de analizar grandes cantidades de datos en un periodo de tiempo muy corto y, por tanto, requiere de un hardware muy potente. También en este caso Estados Unidos sigue siendo líder con empresas como Nvidia²⁹ e Intel³⁰ que fabrican procesadores rápidos y tecnología de almacenamiento.

28 *Big techs* también conocidos como los *tech giants* o coloquialmente *The Four Horsemen* o *Big Five* son las empresas más grandes y con mayor dominio en la industria de las TIC, especialmente Amazon, Apple, Alphabet, Facebook y Microsoft. Desde finales de la década de 2010 estas cinco han sido, además de Saudi Aramco, las empresas públicas más valiosas a nivel mundial, y cada una ha tenido una capitalización de mercado máxima que oscila entre \$500 mil millones y alrededor de \$ 2 billones de dólares en varios momentos.

29 Nvidia Corporation es una empresa multinacional especializada en el desarrollo de unidades de procesamiento gráfico y tecnologías de circuitos integrados para estaciones de trabajo, computadoras y dispositivos móviles.

30 Intel Corporation es el mayor fabricante de circuitos integrados del mundo según su cifra de negocio anual. La compañía estadounidense es la creadora de la serie de procesadores x86, los procesadores más comúnmente encontrados en la mayoría de las computadoras personales.

7. IA y derecho en Argentina

La República Argentina en vista del escenario mundial y en cuanto a proyectos, inversiones y planificación en lo que a IA refiere creó el Plan Nacional de Inteligencia Artificial: ARGENIA.

Este plan establece la necesidad de una estrategia nacional para impulsar el desarrollo de la IA en nuestro país en base a dos iniciativas: la Agenda Digital Argentina 2030 y la Estrategia Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTI) Argentina Innovadora 2030. Todo ello en miras de posicionarse como líder regional de IA para el año 2030.

ARGENIA tiene como objetivos maximizar el potencial impacto económico y de crecimiento del país, impulsar el desarrollo de una IA inclusiva y sustentable para generar una mejor calidad de vida de las personas, minimizar los riesgos que pueda traer la implementación de dicha IA, favorecer el desarrollo del talento asociado con la IA y promover a nivel federal la implementación de la IA.

Más allá del Plan Nacional de IA, en Argentina hay grandes proyectos en materia de IA y el derecho, que se desarrollarán a continuación.

A. Prometea. Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho de la UBA)

Prometea³¹ es una inteligencia artificial argentina desarrollada en conjunto por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con el objetivo de agilizar la justicia y permitir un mejor uso de los recursos. Prometea es una inteligencia artificial predictiva que combina reconocimiento de lenguaje natural, automatización y predicción, bajo la técnica de aprendizaje automático supervisado. Funciona a partir de una pantalla integrada, elimina clics y la apertura de múltiples ventanas.

En su faceta predictiva logra obtener la solución aplicable a un caso en menos de 20 segundos, a partir de ingresar solamente el número de caso a resolver. Esta tarea la lleva a cabo a partir de la lectura y el reconocimiento de patrones de las decisiones judiciales de las anteriores instancias que se encuentran disponibles en la web.

Algunos de los logros de Prometea en el marco del trabajo conjunto del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad son los que se enumeran a continuación.

- **Experiencia Prometea en la justicia**
 - Predice la solución de un caso judicial en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto del 96%. En solo 45 días elabora 1.000 dictámenes jurídicos en expedientes relativos al derecho a la vivienda. Sin Prometea el tiempo empleado para la obtención de estos resultados es de 174 días.

31 Para más información acceder a: <https://ialab.com.ar/justicia-ministerio-publico-fiscal-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>

- En materia contravencional, el sistema se encuentra en desarrollo para ser aplicado a los casos por conducción en estado de ebriedad. Ya se ha realizado una primera prueba de concepto con grandes resultados. Si se implementara el sistema en estas investigaciones, se podrían generar 1.000 resoluciones de suspensión de juicio a prueba en 26 días de trabajo, lo que manualmente se realiza en 110 días.
 - En el caso de los expedientes de ejecuciones fiscales, con el sistema de gestión utilizado en lote, actualmente se pueden realizar 255 sentencias de trance y remate en un mes. Con Prometea, de acuerdo a las estimaciones, se podrían realizar 1.440 en el mismo período.
 - En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Prometea fue entrenada como un asistente virtual para la creación de resoluciones y notificaciones en distintos idiomas, y como herramienta de búsqueda avanzada.
 - La Corte Constitucional de Colombia recibe miles de expedientes al año. Con intervención humana, Prometea fue capaz de leer, analizar, detectar y sugerir casos prioritarios sobre derecho a la salud en menos de 2 minutos. A una persona le hubiera llevado 96 días hábiles de trabajo, todo a partir de la técnica “aprendizaje automático supervisado”.
- **Experiencia Prometea en la Administración Pública**
 - En el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, las 6.000 rectificatorias de partidas administrativas que aproximadamente ingresan en un año, se realizan en 2 meses con Prometea. Antes se demoraba 8 meses.
 - En el ámbito de contrataciones públicas permite realizar un pliego de bases y condiciones particulares en segundos e incorpora una herramienta de control de precios públicos y privados sobre los bienes a adquirir. El resultado es que con Prometea se puede confeccionar un pliego en tan solo 1 minuto, mientras que manualmente la redacción del documento ocupa 2 horas.
 - Por último, cabe destacar que en todos los casos Prometea reduce la cantidad de errores de tipeo en un 99% y que permite hacer un control exhaustivo de aspectos formales de los documentos involucrados.

B. Experticia. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y Universidad Nacional de La Matanza (UNLAM)

Por otro lado, tenemos el trabajo en conjunto entre la SCBA y la Universidad de la Matanza, el cual se denomina Experticia. El texto del Acta de Implementación Específica N.º 1, en el ámbito del Convenio Marco de Colaboración Recíproca con la Universidad Nacional de La Matanza, aprobado por Resolución SC N.º 855/19³².

32 Para más información: <http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Convenio%20de%20colaboraci%F3n%20tecnol%F3gic%20a%20con%20la%20Universidad%20Nacional%20de%20La%20Matanza.&veradjuntos=no>

El acta referida tiene como objeto el desarrollo de un aplicativo informático denominado Experticia, el cual funcionará como complemento del sistema Augusta para la automatización de diferentes procesos dentro del expediente judicial.

Estas dos entidades aunaron esfuerzos con el objetivo de desarrollar un aplicativo informático denominado Experticia, el cual funcionará como complemento del sistema Augusta para la automatización de diferentes procesos dentro del expediente judicial, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires firmó un convenio con la Universidad Nacional de La Matanza. Este convenio apunta a “la formación y perfeccionamiento de recursos humanos constante y el intercambio de información científica y técnica”.

El acuerdo detalla: “Experticia funcionará como complemento del sistema Augusta para la automatización de diferentes procesos dentro del expediente judicial basado en la confección de árboles binarios, los cuales recibirán como parámetros de entrada referencias almacenadas en el sistema Augusta y entregarán como resultado uno o más trámites con los documentos electrónicos correspondientes, permitiendo automatizar el proceso de decisión en función del estado y datos del expediente electrónico”.

Para ello, tanto la Suprema Corte como la Universidad “intercambiarán entre sí todo tipo de datos, observaciones, memorias, publicaciones y toda otra documentación” que pudiera estar relacionada con el desarrollo del software. Además, las partes se comprometen a no revelar el contenido sin la expresa autorización de la otra parte.

El acuerdo, que tiene duración de dos años, establece que el resultado del trabajo será propiedad intelectual de la Suprema Corte, reservando a la Universidad el derecho de difundir y publicar los logros con fines docentes o de investigación.

Respecto de las personas involucradas en el desarrollo del proyecto, no podrán hacer uso por sí mismos de los elementos ni darlos a conocer. Sólo podrán usarlos en los casos que sean invocados como antecedentes de su actividad o en congresos y otros eventos académicos y/o científicos.

En la actualidad, Experticia funciona a modo de prueba piloto en el juzgado de Ejecución Penal N° 2 de Morón, a cargo de Laura Conti, para estandarizar procesos de trámites simples y cotidianos que no requieren mayor complejidad y, de esta manera, reducir tiempo en la producción y minimizando errores.

8. La inteligencia artificial, el *big data* y el derecho

Se dice que la IA y sobre todo los asistentes virtuales que aparecieron hace ya 50 años y que se mencionaron en apartados anteriores pueden traer conflictos con la ética y por consiguiente con el derecho. Las primeras conversaciones con una IA fueron con Eliza (primer *chatbot* de la historia) y datan del año 1966. Eliza fue un programa informático pionero capaz de procesar el lenguaje natural empleando oraciones que previamente se habían recogido en su base de datos, como frases hechas,

frases de confort y de continuidad para invitar al interlocutor a que siguiera con su conversación, y frases para generar empatía. Este tipo de oraciones se intercalaban con el análisis de las palabras clave que utilizaban los usuarios al expresarse.

Posteriormente, en la década de 1980, se continuaron desarrollando sencillos *chatbots* basados en el lenguaje de programación Python, pero no fue hasta la década de 1990 cuando empezaron a despuntar los *chatbots* como A.L.I.C.E. (Artificial Linguistic Internet Computer Entity), un programa inteligente de conversación desarrollado en 1995 que simulaba una charla real con los usuarios.

En la actualidad los *bots* conversacionales son mucho más complejos y utilizan potentes algoritmos para el procesamiento del lenguaje natural, con el fin de ofrecer respuestas mucho más precisas y aproximadas a lo que busca una persona.

Por su parte, el análisis de datos también existe desde hace tiempo y no supone una novedad en sí mismo. Sin embargo, la aparición de nuevas tecnologías y sobre todo la revolución de las TIC, del internet y de la utilización masiva de este a través de computadoras y celulares, y los programas de software con capacidad de almacenar, procesar y analizar una gran cantidad de datos estructurados y no estructurados (es decir, la irrupción del *big data*) ha abierto las puertas a casos de uso basados en IA.

El *big data*³³ o datos masivos (aunque en español también se utiliza esta expresión inglesa) se utiliza para referirse al proceso de recolección de datos en grandes cantidades producto de la era digital, la expansión de internet y el almacenamiento en la nube, cuyo análisis se efectúa por medios no tradicionales.

La expresión *big data* se debe al trabajo de Schönberger y Cukier³⁴. En cambio, el Parlamento Europeo desde su origen hace referencia a macrodatos y no tanto a datos masivos.

A medida que aumenta el uso y el potencial del *big data*, crece el debate sobre la ética de los datos. La ética de la IA es una cuestión que está ahora en una fase incipiente de desarrollo y tendrá que afrontar importantes desafíos.

El *big data* atraviesa y se proyecta en los sectores públicos y privados al ámbito empresarial, en este último pudiendo recopilar datos del consumo, el comercio, los gustos, políticas, ideas, etc., llegando a decirse que estos se asimilan al petróleo del siglo XXI.

El *big data* y la IA pueden generar patrones dinámicos de tendencias de futuro: la predictibilidad y el apoyo en la toma de decisiones, conocer mejor al cliente y el mercado, personalizar los productos y servicios, mejorar y agilizar la toma de decisiones, o prever el comportamiento³⁵, por lo que actualmente se consideran un recurso valiosísimo.

33 *Big data*, macrodatos o datos masivos es un concepto que hace referencia al almacenamiento de grandes cantidades de datos y a los procedimientos usados para encontrar patrones repetitivos dentro de esos datos.

34 *Big data: la revolución de los datos masivos*. Front Cover · Viktor Mayer-Schönberger, Kenneth Cukier. Turner, 2013.

35 Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] e ISMS Forum, 2017, pp. 6-7.

Todo esto que se expone en este artículo, en constante desarrollo, hace necesario la implementación de códigos, normas de conducta, etc. Teniéndose en cuenta no solo el papel del *big data*, sino que también el de la IA en la generación y creación de proyectos que versen alrededor de normas.

Tal como se vienen trabajando en los proyectos pioneros en la materia, los puntos de partida deben versar sobre principios comunes en derechos humanos y democráticos de las repúblicas modernas.

El *big data* tal como se puede ver, puede afectar derechos de las personas de manera individual o de manera colectiva, así como también puede afectar derechos de personas de manera nacional e internacional. Sumándole la irrupción de los algoritmos, lleva a tratar el siguiente tema: la protección de datos personales.

El *big data* y la IA, entonces, entran en conflicto con la privacidad de las personas y, en concreto, desde el derecho de protección de datos personales, como en nuestra Ley de Protección de Datos Personales Argentina N.º 25.326³⁶ con ya dos décadas de andar o la nueva ley de protección de datos personales de la Unión Europea: GDPR.³⁷

Argentina tiene un largo camino por recorrer debido a la longevidad de la Ley 25.326, que hace necesario actualizar, enriquecer, fortalecer la cooperación y armonizar en materia de datos personales tal como se realizó en la Unión Europea.

9. Ética en la inteligencia artificial

Las TIC hoy en día influyen las vías tradicionales de comercio y contratación. Internet y los medios digitales han introducido nuevas medidas de intercambio de bienes y servicios que se ofrecen en varios niveles a través de Internet.

Uno de los padres de la inteligencia artificial, Marvin Lee Minsky, estaba convencido de que la IA salvaría a la humanidad. Pero también profetizó en 1970: “Cuando los ordenadores tomen el control, quizá ya no lo podamos volver a recuperar”.

Más allá de planteamientos filosóficos, todas las personas son capaces de ver este tipo de cuestiones atendiendo a criterios puramente éticos. En ambos casos, valorando la situación cuantitativamente, algunos lineamientos filosóficos plantean lógico matar a una persona para salvar a cinco. Por lo tanto, es muy complicado que una IA sea capaz de calibrar decisiones de este tipo. Es por ello que resulta esencial que la IA esté siempre dotada de una serie de código éticos y legales.

36 La Ley N.º 25.326 de Protección de Datos Personales Argentina, el decreto regulatorio 1558/2001 y otras disposiciones publicadas por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales componen el marco legal vigente en cuanto a la normativa de protección de datos en la República Argentina.

37 GDPR por sus siglas en inglés: *General Data Protection Regulation*, o RGPD por sus siglas en español: Reglamento General de Protección de Datos es la nueva legislación de la Unión Europea que regula la protección de los datos de los ciudadanos que vivan en ella.

El *summum* de una IA sería lograr que una máquina posea una inteligencia de tipo general similar a la humana. Es uno de los objetivos más ambiciosos que se ha planteado la ciencia, como fue mencionado en apartado anterior, logrando así una IA del tipo fuerte. Por su dificultad es equiparable a otros grandes retos científicos, como explicar el origen de la vida o del universo, o conocer la estructura de la materia.

En 1985, Judith Jarvis Johnson puso de manifiesto en la revista *The Yale Law Journal*³⁸ algunas preguntas que llevaban rondando desde principios del siglo XX en la sociedad. Este reconocido jurista expuso la complejidad que supondría para una inteligencia artificial encontrar la solución de un dilema humano complejo.

Imaginemos que una persona conduce un coche sin frenos; ante él se bifurca el camino en dos: en el camino de la izquierda hay cinco personas, en el de la derecha solo hay una. ¿Es lícito matar a una persona para salvar a otras cinco?

La problemática planteada se está materializando en la Asociación sobre Inteligencia Artificial, creada por Elon Musk³⁹ y Sam Altman, en la que se invita a los principales líderes tecnológicos para poder identificar dilemas éticos y prejuicios. Su objetivo primordial es establecer unas reglas de juego, basadas en un marco de comportamiento moral, donde la IA pueda desarrollarse en representación de la humanidad.

Uno de los principales problemas al que se enfrenta la IA es este y su conflicto con la ética. Aunque esta temática parezca ajena ya que en el presente se tratará la ética en la inteligencia artificial perfilada hacia el tema de los datos y los sistemas de algoritmos, no quería dejar de tratar este tema debido a que tarde o temprano entra en conflicto con el derecho, o por lo menos a su falta de regulación existente a nivel mundial.

Pero el punto más álgido está en la IA y a medida que aumenta el uso y el potencial del *big data* en la que crece el debate sobre la ética de los datos que se recolectan.

Al respecto, en Estados Unidos se cuenta con el *Media Lab* del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT)⁴⁰. El laboratorio es un lugar donde se conciben, diseñan y crean tecnologías que faciliten a las personas la construcción de un porvenir esperanzador. Fundado hace más de tres décadas, este laboratorio se propone inventar cómo los humanos experimentamos la tecnología y cómo esta puede auxiliarnos.

38 *Yale Law Journal* es una prestigiosa revista de leyes administrada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Yale. Se ha publicado desde 1891 y es una de las publicaciones sobre leyes más citadas en su país.

39 Elon Reeve Musk es un físico, emprendedor, inventor y magnate sudafricano, nacionalizado canadiense y estadounidense. Cofundador de PayPal, SpaceX, Hyperloop, SolarCity, The Boring Company, Neuralink y OpenAI. Es director general de SpaceX, Tesla Motors, presidente de SolarCity, y copresidente de OpenAI.

40 El MIT Media Lab es un laboratorio dentro de la Escuela de Arquitectura y Planificación en el Instituto de Tecnología de Massachusetts. Fundado en 1985. Está dedicado a los proyectos de investigación en la convergencia del diseño, la multimedia y la tecnología.

En él hay grupos dedicados a la computación afectiva, a las dinámicas humanas, a la cooperación escalable, a las ciencias de la ciudad, al aprendizaje colectivo, a las máquinas sociales, al diseño ficción o al futuro de la música, por citar algunos. Recientemente se ha creado uno nuevo, dedicado a la ética.

De este programa nace el curso Ética y gobernanza de la inteligencia artificial, puesto en marcha recientemente. Su impulsor es Joichi (Joi) Ito, director del MIT Media Lab y también de este curso, que imparte junto con Jonathan Zittrain, profesor y cofundador del Centro Berkman Klein para Internet y la Sociedad de la Universidad de Harvard.

Toda esta nueva tecnología ha comenzado a extenderse al uso común sin suficiente aportación de las ciencias sociales y la sociedad en general. Muchos de estos sistemas tienen sesgos o se han construido sobre estructuras que no son suficientemente explicables o transparentes. Las personas están empezando a apreciar algunos de los problemas que esto acarrea, pero todavía no contamos con una base suficiente de ingenieros que entiendan las ciencias sociales ni de científicos sociales, abogados y reguladores que entiendan la tecnología.

10. Los códigos de ética en la IA

A partir de lo expuesto, se puede establecer que la ética debe estar implícita en la implementación del *big data*. Empezando por su recolección: por ejemplo, los datos pueden estar sesgados, o simplemente mal interpretados porque se basaron en algoritmos que resultan erróneos.

Así como también en cuanto a su recolección con fines comerciales, políticos, o en otros ámbitos deben respetar siempre las leyes de protección de datos personales como la de nuestro país, La Ley de Protección de los Datos Personales (Ley N.º 25.326)⁴¹, o en el caso mucho más avanzado de la Unión Europea: el Reglamento General de Protección de Datos⁴².

Estados Unidos hizo públicos dos informes sobre IA en octubre de 2016 y sobre su efecto en la economía en diciembre de ese año. En cambio, la Universidad de Stanford publicó en septiembre de 2016 su informe sobre *Inteligencia Artificial y la vida en 2030*.

También, fruto de esta preocupación, el Parlamento Europeo realizó un informe en 2017 llamado Código Ético de Conducta⁴³ y posteriormente en diciembre de 2018 publicó el primer borrador de la Guía Ética

41 La Ley de Protección de los Datos Personales en Argentina regula los datos asentados en archivos, registros y bases de datos para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas.

42 El Reglamento General de Protección de Datos es el reglamento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

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

para el uso responsable de la Inteligencia Artificial⁴⁴. 52 expertos han analizado las problemáticas, centrándose en el ser humano y de la defensa de los derechos fundamentales.

Son estándares éticos dirigidos a los creadores de tecnología. Los principios son los siguientes:

1. Agencia humana y visión general: los sistemas de IA deben permitir sociedades equitativas apoyando la agencia humana y los derechos fundamentales y no reduciendo, limitando o engañando la autonomía humana.
2. Robustez y seguridad: la inteligencia artificial confiable requiere que los algoritmos sean lo suficientemente seguros, confiables y robustos para manejar los errores e inconsistencias durante todas las fases de los ciclos de vida de los sistemas de inteligencia artificial.
3. Privacidad y control de los datos: los ciudadanos deben tener un control completo sobre sus propios datos, mientras que los datos que giran en torno a ellos no se utilizan para perjudicarlos ni discriminarlos.
4. Transparencia: se debe garantizar la trazabilidad de los sistemas de IA.
5. Diversidad, no discriminación y equidad: los sistemas de AI deben tener en cuenta todas las habilidades y requisitos humanos, y garantizar la accesibilidad.
6. Bienestar social y ecológico: los sistemas de inteligencia artificial deben utilizarse para mejorar los cambios sociales positivos, así como la sostenibilidad y la responsabilidad ambiental.
7. Responsabilidad: los mecanismos deben implementarse para garantizar la responsabilidad y la responsabilidad de los sistemas de inteligencia artificial y sus resultados.

El informe que acompaña a las directrices también contiene una “*lista de evaluación confiable de la IA* que consiste en una lista de preguntas que pueden ayudar a los expertos a encontrar posibles vulnerabilidades o peligros en el software de IA.

Las listas de evaluación fueron temporales y la Unión Europea recogió los comentarios de las empresas en los subsiguientes próximos años. Un informe final sobre la utilidad de las listas de evaluación se publicó en 2020.

Es importante alcanzar un acuerdo donde se pueda conceptualizar y, sobre todo, regular las prácticas derivadas.

También se cuenta con el trabajo de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (Cepec) en donde se adoptó el primer texto europeo que establece principios éticos relacionados con el uso de IA en los sistemas judiciales.

⁴⁴ La Guía Ética para el Uso Responsable de la Inteligencia Artificial está conformada por siete puntos básicos, en los que se destaca la protección de los datos de los usuarios, así como el respeto a la autonomía humana y los derechos de los ciudadanos europeos; transparencia y responsabilidad y, por supuesto, sistemas imparciales y que tomen en cuenta la diversidad humana.

En 2018 en Alemania comienza a trabajar la Comisión de Ética de Datos⁴⁵.

La Comisión de Ética de Datos del Gobierno Federal (*Datenethikkommission*) tiene como objetivo aprovechar la experiencia científica y técnica en el desarrollo de directrices éticas para la protección de la persona, la preservación de la cohesión social y la salvaguardia y promoción de la prosperidad en la información. años. Proporciona a los principales ministerios del Gobierno Federal en esta área, el Ministerio Federal del Interior, Construcción y Comunidad y el Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor, recomendaciones de acción y sugerencias para una posible legislación.

En el ámbito privado, Alphabet, Inc. —que es una empresa multinacional estadounidense cuya principal filial es Google— dictó en 2018 un código de ética en la IA: son siete puntos en los que se prohíbe, por ejemplo, el desarrollo de armas autónomas. Esos puntos son para beneficiar a la sociedad, evitar el sesgo de los algoritmos, respetar la privacidad, ser probado por seguridad, rendir cuentas públicamente, mantener el rigor científico, estar disponible para otros de acuerdo con los mismos principios.

Google no permite conforme a este código de ética que su IA sea usada para desarrollar cualquier cosa que provoque daño, incluyendo “armas u otras tecnologías cuyo propósito principal o su implementación es causar o facilitar directamente lesiones a personas”. Google prohibirá el desarrollo de tecnología de vigilancia que violará normas internacionalmente aceptadas sobre derechos humanos, o cualquier tecnología que contraviniera leyes internacionales.

El 19 de febrero del 2020, se presenta *El libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* por parte de la Unión europea y la comisión de la Unión. Junto con este documento se presentaron también una comunicación de la comisión sobre la estrategia europea en materia de datos y el informe sobre implicaciones en materia de seguridad y responsabilidad.

La Estrategia Europea de Datos, que acompaña al libro blanco, tiene por objeto ayudar a los integrantes de la Unión Europea a convertirse en la economía con agilidad en el manejo de los datos más atractiva, segura y dinámica del mundo, lo que fortalecerá a Europa con información para reforzar sus decisiones y mejorar las vidas de todos sus ciudadanos. La Estrategia establece varias medidas políticas, como la movilización de inversiones públicas y privadas, necesarias para alcanzar este objetivo. Finalmente, en el informe de la comisión adjunto al Libro Blanco, cuya finalidad del mismo es formular alternativas políticas para alcanzar estos objetivos y convertirse así “en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones”. Esto lo busca conseguir a través de dos bloques: el desarrollo de un “ecosistema de excelencia” y el desarrollo de un “ecosistema de confianza”.

El Vaticano, el papa Francisco y empresas tecnológicas como Microsoft e IBM firmaron una “carta ética” sobre IA que fue también ratificada por la Oficina de las Naciones Unidas para la Alimentación

⁴⁵ La Comisión de Ética de Datos comenzó su trabajo el 4 de septiembre de 2018, la cual proporciona al gobierno y al Parlamento Alemán un marco sobre cómo desarrollar una política de datos y abordar los algoritmos, la inteligencia artificial y la innovación digital.

y Agricultura (FAO). Se confeccionó en el marco de un seminario “por una inteligencia artificial humanista”, organizado por la Santa Sede, bajo el título “La llamada de Roma para la ética de la Inteligencia Artificial”⁴⁶, la Pontificia Academia para la Vida del Vaticano y otras organizaciones reclamaron “poner en el debate público el eje de la protección de los derechos humanos en la era digital”.

Allí se pedirá a empresas y organismos que suscriban una “carta ética” en la materia, según anticipó el presidente de la Pontificia Academia para la Vida, monseñor Vincenzo Paglia, organizador del encuentro.

CONCLUSIONES

A través estas páginas se han planteado brevemente los principales beneficios, así como también desafíos y problemas que el uso de la IA genera, relacionándolo con el ámbito del derecho.

Se puede concluir que se está ante un punto de inflexión en la historia y —como no podía ser de otra manera en el derecho—este creciente impacto de las nuevas tecnologías disruptivas exige trabajar en nuevos mecanismos para garantizar los principios constitucionales, principios en materia de derechos humanos y democráticos, como se hizo y continúa haciéndose en los medios analógicos.

El derecho debe hacer frente al uso de la información digital que involucra datos personales, los que deben ser protegidos a medida que la tecnología avanza, que se mueve de manera exponencial.

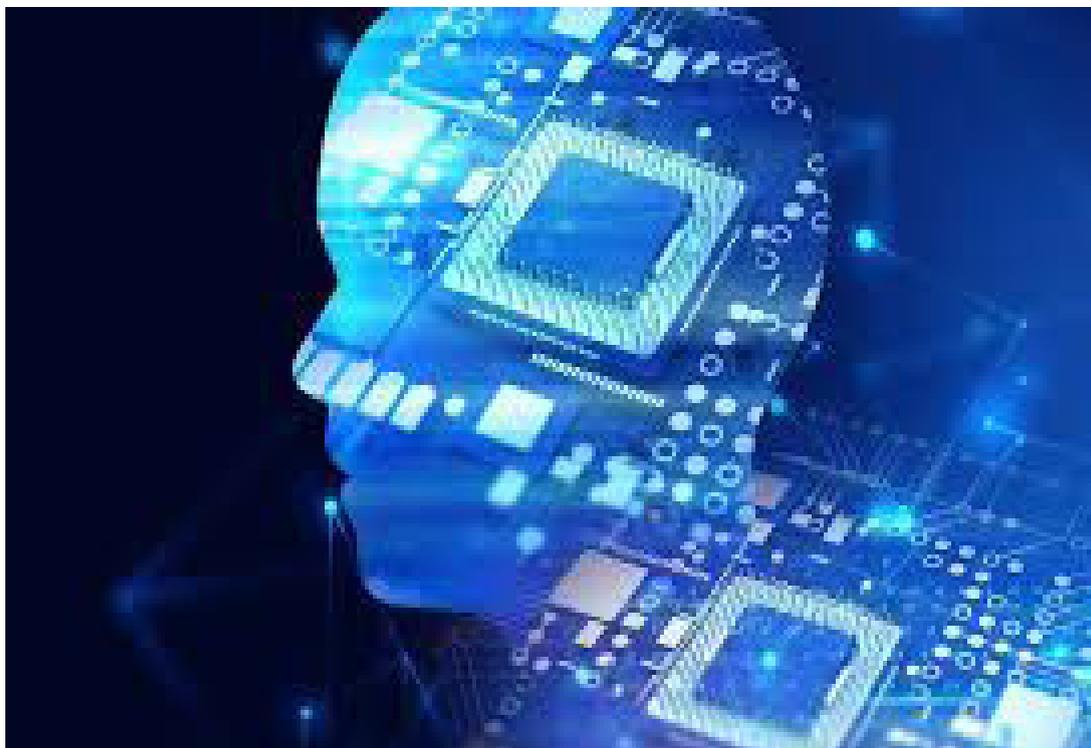
Por otro lado, se puede observar a las grandes organizaciones, empresas públicas y privadas, países y organismos supranacionales centrándose en los problemas, cuestiones éticas, económicas y todos los temas que pueden surgir en materia de IA para trazar consideraciones, prácticas y marcos comunes de cara al futuro.

A lo largo de estas páginas, solo se ha podido hacer una introducción en la materia, puesto que requerirá un análisis más detallado y profundo por parte de los actores en la ópera algorítmica en la que vivimos los abogados y todos los actores del derecho 4.0.

46 “*Rome Call for AI Ethics*” (*Llamada de Roma para la ética de la inteligencia artificial*) pone el foco en el respeto de la privacidad, la confianza, la transparencia y las necesidades de los seres humanos.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES

Jackeline Granados Ferreira



RESUMEN

La inteligencia artificial es considerada, una cadena de tecnologías, que se utilizan con el propósito de actuar como seres humanos, es decir, una serie de sistemas artificiales que permiten el desarrollo de labores o actividades profesionales mediante máquinas que piensan y funcionan como personas. Por eso, vemos que los empresarios han venido cuestionándose la importancia de articular la inteligencia artificial en su actividad económica. En esta época la inteligencia artificial ha alcanzado un espacio notable dentro el contexto laboral, por lo que resulta de inusitada importancia hacer un análisis sobre la preponderancia aventajada en las relaciones laborales. Este artículo tiene como propósito, no solo estudiar la relación histórica entre el mundo laboral y la inteligencia artificial, sino escudriñar sobre la seguridad jurídica y las relaciones sociales del trabajo humano ante la evolución de la inteligencia artificial en las relaciones propias de los escenarios laborales. Para el desarrollo de este ensayo partimos de la génesis sobre el tema de la inteligencia artificial, luego definimos el concepto por parte de los diferentes tratadistas para articularlo al campo empresarial y por ende la incidencia en las relaciones laborales, y finalmente develando una postura sobre el tema de reflexión.

Palabras clave: derecho; inteligencia artificial; relaciones laborales; empresa; trabajador.

ABSTRACT

Artificial intelligence is considered a chain of technologies, which are used for the purpose of acting like human beings, that is, a series of artificial systems that allow the development of professional tasks or activities through machines that think and function like people. For this reason, we see that businessmen have been questioning the importance of articulating artificial intelligence in their economic activity. At this time artificial intelligence has reached a notable space within the labor context, and that is why it is of unusual importance to make an analysis on the advantageous preponderance in labor relations. The purpose of this article is not only to study the historical relationship between the world of work and artificial intelligence, but also to scrutinize the legal security and social relations of human work in the face of the evolution of artificial intelligence in the relationships typical of work scenarios. For the development of this essay we start from the genesis on the subject of artificial intelligence, then we define the concept by the different writers to articulate it to the business field and therefore the incidence in labor relations, and finally unveiling a position on the subject of reflection.

Keywords: law; artificial intelligence; labor relations; company; worker.

INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (IA), es una forma de razonamiento desarrollado por máquinas, este concepto de inteligencia artificial se genera cuando una máquina produce entornos cognoscitivos de los seres humanos que se relacionan con otras mentes humanas, verbi gracia, como pensar, aprender, percibir. Es decir, el potencial de una máquina para interpretar datos, para aprender de ellos, obtener conocimiento y desarrollar tareas, en este contexto desarrollar actividades de tipo laboral. Consideramos que hoy día la inteligencia artificial se ha convertido en una pieza clave para el empresario, toda vez que, le permite automatizar tareas desarrolladas por máquinas. Entonces nos preguntamos, ¿qué sucederá con el trabajo humano?, ¿qué sucederá con las relaciones laborales generadas entre trabajador persona natural, y el empleador persona natural o jurídica?

No incomoda en este artículo recordar que la relación laboral comprende en un escenario laboral individual al empleador y sus trabajadores; y en un escenario laboral colectivo a los mismo pero reunidos en asociaciones. Además, que la relación laboral una serie de características para que exista, es decir, la triada “empleado, empleador y salario” y sobre ella se configura una legislación que la regula y protege. Claro está, de ella y con ella se configura lo que conocemos como “empresa”.

Partiendo de estas conjeturas pretendemos desarrollar un artículo de reflexión, relacionado con el desplazamiento de la persona humana para dar paso a la era digital. Entendiendo que la era digital ha traído una serie de impactos en el trabajo, no solo en su regulación, sino en la forma como se han tejido y sufrido las relaciones laborales. Y este es el campo de estudio sustancial para tratar de desarrollar las inquietudes presentadas. Vale la pena recordar que desde mediados del siglo XX las relaciones laborales tienen una pugna con el concepto de globalización. Si bien ese no es el centro de nuestra reflexión, lo cierto es que este debate demuestra que existe una modificación de los modelos de organización de estas relaciones (Bilbao, 1999).

Ahora bien, lo que llamo “modificación” conversa con las nociones de lo que el profesor Gerardo Cedrola Spremolla (2017) refiere como calidad y cantidad en el trabajo. De allí que se estudie los impactos positivos o negativos de las partes de la relación laboral y se trate de construir un tipo de diagnóstico sobre el futuro del trabajo cotidiano. Así, el trabajo y la empresa mantienen una interacción dialógica con lo que podemos referir como “era digital”. Específicamente, en cuanto a lo concerniente al trabajo, que entre tanto contiene a la categoría “empleo”, se habla de las formas para practicarlo, el papel que cumplen dentro de su actividad y, por tanto, la manera en que se establece la contratación. Por otro lado, la empresa habla de productividad, diseño organizacional, automatización y autonomía (Lombardero, 2015).

De manera que se requiere abordar las dimensiones de las tecnologías, economías y empleos desde un plano histórico, conceptual y analítico. En esa actividad nos encontramos con las nuevas economías y las alarmas de tipo social y humano que hablan de sobre el fin del trabajo, la precariedad, el desempleo y la informalidad. Al respecto, el presente artículo de reflexión contiene algunas luces.

Ahora bien, considero apropiado explicar que, en los estudios de la Inteligencia Artificial, vale la pena tener a la mano la clasificación que contiene el informe McKinsey Digital (2017) que habla de la automatización inteligente de procesos (IPA, por sus siglas en inglés). El informe explica que existen procesos de automatización robótica, flujos inteligentes, máquinas que aprenden y realizan análisis avanzados, motores de software que generan a partir de la observación una traducción en un lenguaje natural y agentes cognitivos. Esto lo analiza de forma espléndida la obra de Alfredo Hualde cuando habla del empleo y el trabajo en la era digital (2019). Estos son términos que poco a poco se han estado incorporando en la legislación sobre temas laborales y sin duda alguna contienen las nociones que generan incertidumbre sobre el horizonte de las relaciones laborales.

Resulta preocupante la tardía e incompleta regulación jurídica en torno a los desarrollos tecnológicos, no solo para la relación que actualmente existe entre la tecnología y el trabajo. Este artículo de reflexión busca desde el método analítico-descriptivo plantear los conceptos básicos para entender el fenómeno dentro del mundo laboral y el derecho laboral; analizar la interacción de empleadores y trabajadores en la inteligencia artificial y formular un diagnóstico sobre la incidencia de la misma en las relaciones laborales.

A continuación, el lector podrá encontrar tres apartados que estructuran el artículo. Primero, un referente histórico que desarrolla la relación hombre-máquina desde relatos antiguos condensados en la literatura mítica e histórica. Además, analiza las primeras incidencias de las máquinas en la modificación de las relaciones laborales, hasta llegar a la discusión propuesta en este ensayo en relación con la inteligencia artificial. Segundo, un gran apartado que contiene la reflexión y se divide en varios títulos. Por un lado, sobre la precisión conceptual de inteligencia artificial, por otro, la relación de esta con escenarios del trabajo como la empresa, para finalmente llegar a las implicaciones con las relaciones laborales. Y, por último, este artículo condensa cuatro párrafos de conclusiones que se estructuran para ser discutidas por la comunidad académica.

REFERENTE HISTÓRICO

Referirnos a la historia de la inteligencia artificial no es una tarea fácil, en un sentido amplio, su antecedente más remoto podría ubicarse desde el nacimiento de la idea de existencia de máquinas o artefactos que repiten el comportamiento del ser humano, es decir, la mitología de la antigua Grecia. Relatos como el de Talos, que era una estatua humana esculpida por Hefesto que defendió Creta; o Galatea, una figura de marfil femenina que toma vida gracias a Afrodita, podrían entenderse como el sueño humano para compartir su mismo funcionamiento con otro ser (Dormido Bencomo & de la Cruz García, 1989).

También, valdría mencionar la *Zairja*, un artefacto árabe creado por astrólogos al que se le atribuye la capacidad de producir ideas por sí mismo para alcanzar un tipo de conocimiento intuitivo (McCorduck & Cfe, 2004) como antecedente lejano de la inteligencia artificial, el cual inspiraría a Ramon Lull a

crear el *Ars Magna*, que era una máquina pensante en versión cristiana que respondería cuestiones de tipo teológico y filosófico (Génova, 2018). Ambos artefactos partían de juzgar que el pensamiento humano podía tener un análogo mecánico o automático.

Y ejemplos como los anteriores abundan a lo largo de la historia de la literatura hasta nuestros días. Aun así, no puede olvidarse en este recorrido histórico a Descartes, Pascal y el mismo Leibnitz. El primero, me llama la atención cuando leo que este al ver el funcionamiento de otros grandes inventos declara que los animales son máquinas hermosas. Misma condición de los humanos, aunque con una excepción: poseer mente (McCorduck & Cfe, 2004).

El segundo, Pascal, crea la “máquina de cálculo mecánica digital”, y el tercero, Leibnitz, además de mejorar dicha máquina (McCorduck & Cfe, 2004), plantea la posibilidad de resolver disputas al concretar los conceptos o ideas en símbolos y posteriormente definir matemáticamente quién tiene la razón (Suárez González, 2014). Y esto es de gran importancia, pues la inteligencia artificial, en términos simples, se trata de representar los procesos mentales humanos desde las matemáticas para poder recrearlos a través de una máquina.

Por otro lado, es indudable que el espíritu de avance tecnológico enfocado a mayor eficiencia en la industria es otro antecedente. De alguna manera allí se encuentra el núcleo de la aplicación de la inteligencia artificial en el trabajo. Debemos remontar el relato al siglo XVIII; son protagonistas países como Inglaterra y Francia, allí se incorpora el estudio de la revolución industrial y política. La cotidianidad de los hombres y mujeres es modificada por el replanteamiento de las formas de la vida. Por ejemplo, el sistema de producción y su actividad laboral está marcada por la energía del carbón que mueve a la máquina de vapor (Alarcón Peña, Villalba Cuéllar, & Franco Mongua, 2019).

Ahora bien, es partir del tránsito del mercantilismo renacentista a la industrialización capitalista que el conocimiento científico se dirigió a pulir procesos e incorporar sistemas de producción a gran escala que se dirigían a establecer un sistema de competencia industrial ante el mundo. Luego, en el siglo XIX se dio la segunda revolución industrial y brilló la electricidad, los combustibles fósiles, y los derivados del petróleo. Además, hay una estructuración jurídica que empieza a regular las nuevas relaciones del mercado (Alarcón Peña, Villalba Cuéllar, & Franco Mongua, 2019). La automatización de los procesos en las fábricas, la producción en cadena, y la incidencia de la tecnología son algunas de las realidades que empezaron a exigir dicha incidencia del derecho.

En el siglo XX, en palabras del profesor Molina Navarrete (2017) cuando se refiere a las relaciones laborales frente a los avances tecnológicos, explica que se empieza a incorporar al lenguaje términos como “la sociedad del trabajo”, o “la nueva sociedad del conocimiento digital”. Estos conceptos buscan reconocer las antiguas y nuevas realidades, consiste en una transición gráfica del mundo laboral que desafía los prototipos del trabajo. El profesor Molina Navarrete insiste en que los avances tecnológicos no exigen solamente una modificación jurídica, sino un cambio estructural de la cultura. Por ejemplo, en el ámbito sindical.

En 1956, se presenta el concepto de inteligencia artificial en la conferencia de Dartmouth, ligada únicamente a la recreación del pensamiento humano para la toma de decisiones y resolución de problemas. Es decir, este concepto diferencia a cualquier máquina que pudiese automatizar tareas manuales de aquellas que aprenden de forma analítica. Este tipo de tecnología llegaría a reemplazar lo que Descartes llamaría “Mente”, siendo revolucionario y planteando que el ser humano fuese completamente reemplazado bajo la hipótesis de que “todo aspecto de aprendizaje o cualquier otra característica de inteligencia puede ser definida de forma tan precisa que puede construirse una máquina para simularlo” (Escolano Ruiz, Cazorla Quevedo, Alfonso Galipienso, Colomina Pardo, & Lozano Ortega, 2003).

Hoy en día, las relaciones laborales se configuran, no solo a partir de la relación *hombre- máquina*, sino desde la interferencia del análisis de datos y la actividad de la máquina como un humano. El profesor José Manuel Salazar también ha hablado del internet de las cosas y de las fábricas y logísticas inteligentes, entre otros (Salazar-Xirinachs, 2018). En esta última fase, el término “inteligencia artificial” puede entenderse mejor. Por un lado, no se trata de la sola eliminación del trabajo físico del hombre, sino de la actividad tecnológica en las tareas de alta competencia y en tiempos imposibles para el ser humano, bajo un margen ínfimo o ninguno de error en su ejecución. La inteligencia artificial está en la robótica, los algoritmos, y en cualquier proceso tecnológico que supera la actividad humana en tareas que eran reservadas para el cerebro; de manera que nuestra capacidad biológica para enfrentarnos y relacionarnos con el mundo busca más que un complemento, ser remplazada por los avances del conocimiento (Cevasco, Corvalán, & Le fevre Cervini, 2019).

Si el crecimiento de esta tecnología continua con el ritmo que ha venido teniendo, podemos esperar máquinas que convivan en comunidad, que creen relaciones con humanos e incluso que generen daños (Zabala Leal & Zuluaga Ortiz, 2021), entre otras cosas. En el campo laboral algunas de las consecuencias que se podrían esperar a corto plazo son la afectación de la tasa de empleo, cambio de los modelos laborales, capacitación al personal en uso de inteligencia artificial, y cambios en los patrones de comportamiento por la coexistencia del trabajador con la máquina (Leyton Castaño, 2011).

REFLEXIÓN

Concepto de Inteligencia artificial

Este campo del saber, amplio, complejo y prometedor tiene tantas definiciones como entusiastas y detractores. Sin embargo, es en las diferencias conceptuales donde surgen las verdaderas posibilidades de consenso. El profesor Monteiro Pessoa menciona que la Inteligencia Artificial puede ser definida hoy como una simulación de la inteligencia humana en una máquina, con el objetivo de hacerla eficiente para identificar y usar los fragmentos correctos del conocimiento para solucionar un problema (Monteiro Pessoa, 2019).

Por otra parte, Alarcón Peña y otros autores, en su artículo denominado,

“La inteligencia artificial y su impacto en la enseñanza y el ejercicio del derecho”, proponen el siguiente concepto: “la inteligencia artificial (IA), puede ser entendida como la utilización de tecnologías para imitar a la inteligencia humana, a través de máquinas o sistemas programados para ejercitar acciones humanas, como usar información, razonar, corregir, validar, entre otros” (Alarcón Peña, Villalba Cuéllar, & Franco Mongua, 2019).

Los conceptos descritos tienen dos dimensiones útiles para nuestro análisis; Primero, la capacidad de esta tecnología para imitar los componentes biológicos del hombre y los procesos que ocurren al interior de estos. Y segundo, la relación de esta tecnología con las tareas propias del hombre para la resolución de problemas que consecuentemente, permiten sacar réditos en un sentido laboral.

Respecto a la primera consideración es preciso mencionar el aporte del profesor Pablo Rodríguez. Él explica: “Hoy hemos llevado redes neuronales al siguiente nivel añadiendo varias capas de redes, como sucede en el cerebro, para que analicen una situación determinada a alta velocidad desde muchas perspectivas diferentes y hagan así predicciones ajustadas” (Rodríguez, 2018). Justamente, el elemento informático es lo que relega a segundo plano la velocidad del pensamiento humano y facilita la ejecución de tareas de forma idéntica a como las llevaría a cabo una persona en períodos de tiempo significativamente cortos.

En cuanto a la segunda dimensión, el profesor José Luis Goñi señala, “Pueden apreciarse efectos positivos no solo en cuanto a analizar el flujo de datos y predecir comportamientos futuros que permitan decidir, sino en términos eficiencia y ahorro de costos en la gestión humana” (Goñi Sein, 2019). Y así mismo, explica que no solo se trata de mejorar los productos y servicios que circulan en el mercado, sino, por ejemplo, la empresa obtenga reducción de costos desde las primeras fases de la contratación. Y adicionalmente, para que los ámbitos que se pensaron ajenos a la permeabilidad de la digitalización puedan ser partícipes de la revolución que este fenómeno contiene.

Si bien es cierto que la inteligencia artificial es más afín de los campos del conocimiento que involucran a la informática jurídica que a los campos del conocimiento socio jurídicos, como las ciencias jurídicas, también es cierto que la inteligencia artificial exige un llamado a las ciencias humanas, bien lo señalada el profesor Bucio García al destacar que, “las humanidades tienen abundante material para nutrir estas supermentes y aprender en ellas” (García, 2020).

Si muchas propuestas y respuestas provenientes del campo financiero, económico y tecnológico han sido consideradas innovadoras, no se espera menos de las posibilidades de la inteligencia artificial en las ciencias humanas. El ecosistema académico constata la dificultad de abordar material antiguo y reciente y darle desarrollo al mismo, no obstante, lo que a un profesional puede significar años de investigación, los algoritmos condicionados, a tal efecto, podrían tardar meses, incluso horas.

La profesora Martínez Bahena incorpora al concepto de inteligencia artificial un conjunto de deberes que provienen de la informática jurídica. Por ejemplo, indica que los sistemas de computación deben “ser capaces de simular características que son comúnmente asociadas con la inteligencia de la conducta humana”. Y agrega, “un sistema inteligente es aquel que exhibe un comportamiento similar al humano cuando se enfrenta a un problema idéntico y no seamos capaces de distinguir entre un ser humano y un programa de computadora en una conversación a ciegas” (Martínez Bahena, 2012).

Aquella invitación proveniente de las diferentes posturas teóricas acerca de la Inteligencia artificial y su similitud con el ser humano plantea una idea que podría poner en crisis la idea misma de persona, al equiparar la máquina con la persona, por tal motivo es importante tener en cuenta el criterio de Kai-Fu Lee sobre la materia, ya que según él, la inteligencia artificial es un conjunto de herramientas, no una forma de inteligencia que compite con la mente humana (Lee, 2017).

En las definiciones que se han abordado, hay una noción implícita de omnicomprensividad por parte de estos instrumentos, algo más grande y más capaz que ser humano, sin embargo, solo es mejor en tanto a la tarea específica para la que fue diseñada, el profesor Rouhiainen, hace una caracterización del funcionamiento de la inteligencia artificial relacionada con este punto: “(la inteligencia artificial) no necesita descansar y puede analizar grandes volúmenes de información a la vez. Asimismo, la proporción de errores es significativamente menor en las máquinas que realizan las mismas tareas que sus contrapartes humanas” (Rouhiainen, 2018). Es decir, hay un componente de estructurar grandes bases de datos (Big data —que presupone la inteligencia artificial (Toyama Miyagusuku & Rodríguez León, Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial, 2019)—) que ha permitido que algunos sectores observen en esto, una posibilidad para trascender en sus actividades mercantiles al no tener que contar con la misma cantidad de tiempo invertido en sus tareas y recursos (humanos y económicos).

En resolución, el concepto de inteligencia artificial, explica que es un sistema de simulación humana, en donde la máquina adquiere a partir de un lenguaje especial la responsabilidad de aprender infinitamente, que imita la estructura de aprendizaje del cerebro humano, almacena información y datos y crea sistemas de integración entre ellos.

La inteligencia artificial y la empresa

La inteligencia artificial tiene una incidencia importante en todos los campos empresariales. Los ejemplos de su aplicación son innumerables: desde la creación de aplicaciones para el uso del trabajador, hasta la formulación de predicciones para la organización del trabajo.

Según Wendy Rauch-Hindin (1989) existen tres categorías básicas que la inteligencia artificial contiene para el campo empresarial: los sistemas expertos, que plantean razonamientos semejantes a los del hombre. A partir de una base de conocimientos originada desde la codificación en un programa; los sistemas en lenguaje natural, que se comunican con el hombre a partir de las formas del lenguaje humano; y finalmente, los sistemas de percepción de visión, habla y tacto.

En general, estos sistemas pueden aplicarse en la interpretación de datos, y en las aplicaciones de fabricación. Por ejemplo, los sistemas expertos pueden ser aplicados para la automatización de procesos que requieran de toma de decisiones, tales como; la selección de inversores, el reclutamiento del personal, el diseño de cadenas de distribución, la transmisión de información relevante para la dirección, la concesión de créditos, la planificación estratégica, etc. Lo cierto es que el sector financiero es el que mayor provecho ha sacado de esta tecnología (Rauch- Hindin, 1989).

Asimismo, la inteligencia artificial no solo está presente en el mundo digital y de internet sino en diversos tipos de trabajo, a saber: en el campo de la salud aplicada a la prevención y tratamiento de enfermedades, en el económico y financiero en temas predictivos de comportamiento de mercados y automatización de procesos y servicios, en el campo de la política aplicada con algoritmos predictivos de comportamiento de electores, entre otros (Ruiz Baquero, 2018).

Dentro de la aplicación de la Inteligencia Artificial en las empresas, el entorno laboral también puede utilizar los diferentes tipos de inteligencia artificial que se adaptan a la tecnología. Así lo establece Phoebe Moore:

“Puede ser una inteligencia predictiva, prescriptiva o descriptiva en el uso de plataformas como la Inteligencia artificial, que resulta útil para labores propias de recursos humanos, supervisión de rendimiento o micro gerencia. También puede contener una inteligencia afectiva para el análisis de los recursos humanos, o incluso una inteligencia de asistencia o colaborativa” (Moore, 2019).

Las múltiples funciones que cumple este tipo de tecnología en los diferentes entornos sociales, permite evidenciar las utilidades que resultan de su aplicación. Es por esto que entre las utilidades que la inteligencia artificial aporta específicamente al campo de las empresas, Wendy Rauch-Hindin, referenciando a Yague (Moore, 2019), enuncia entre otros:

“la consolidación de un conocimiento estructurado, documentado y difundido, la liberación del trabajador experto de tareas de poca importancia, el ofrecimiento de una sistematización de gran cantidad de los datos de la empresa y de una labor integradora y de coordinación entre expertos, respuestas en tiempo real, la adaptación a las necesidades del cliente y la creación de sistemas de alarma y control preventivo”.

Para evidenciar su utilidad, la inteligencia artificial puede ubicarse en todos los sectores que un proceso empresarial necesita. Desde los procesos de supervisión, diseño, diagnóstico y planificación, hasta las etapas de asesoramiento y formación. De manera que en la empresa se configura un trabajo inteligente, dirigido a regular e imitar el comportamiento humano (Suárez, 2000).

Es tal la expresión de esa regulación e imitación, por ejemplo, en tratándose de conflictos societarios ya existe una opción dentro del panorama nacional. Se trata del robot Siarelis. Una herramienta de la Superintendencia de Sociedades a la que se le formulan un conjunto de preguntas e inmediatamente se

manifiesta al respecto de las pretensiones del demandante. Como si fuera poco, dicho artefacto ahorra horas de trabajo al auxiliar al juez con la escritura de autos y sentencias. La entidad señaló que se trata de una guía para que los usuarios exploren soluciones (Guaque, 2018).

Asimismo, según Javier Andrés Suarez (2000) en la empresa, la inteligencia artificial aplica el razonamiento lógico, la traducción automática, la comprensión de lo que anteriormente hemos llamado, lenguaje natural, la robótica, la visión artificial, las técnicas de aprendizaje y la ingeniería del conocimiento. Que, a su juicio, las dos últimas son las más importantes en las áreas de gestión empresarial. De allí, también surgen nuevos puestos de trabajo relacionados con el denominado *Customer Relationship Management* (CRM) que se propone conocer el punto de satisfacción de un cliente y generar rentabilidad a las empresas (Aluja, 2001).

Por otro lado, una de las principales aplicaciones que se evidencian con la implementación de la Inteligencia Artificial en las empresas es la selección del personal capacitado. Según Cuenca (2019) la herramienta de inteligencia artificial es de gran ventaja a la hora de contratación de personal, ya que no se evidencia la discriminación al hacer procesos de candidatos a diferencia de hacerlo de manera común. Ahora, es algo indispensable para que el personal que se seleccione sea por mérito y de la manera más adecuada (Casallas Sotaquira, 2021).

Muestra de esta situación es el caso de la empresa chilena AIRA (Artificial Intelligence Recruitment Assistant) la cual ha desarrollado un sistema para publicar búsquedas laborales en los sitios web de selección más utilizados, leer y clasificarlos, aplicar pruebas psicométricas y realizar entrevistas por video con los candidatos. El desempeño de los candidatos se evalúa a través de Emotion Analytics, que traduce niveles de atención y expresiones faciales a números. Una vez finalizado este breve proceso, los reclutadores humanos pueden concentrar su escaso tiempo en entrevistas más profundas con los candidatos mejor calificados (Iglesias Rodríguez, García Zaballos, Puig Gabarró, & Benzaqué, 2020).

En este sentido, la inteligencia artificial habita no solo en los campos de producción, sino que, además, se encuentra en los espacios de toma de decisiones. De alguna manera, puede entenderse como una técnica que se incorpora en los procesos empresariales. Esto crea retos que se pueden ver reflejados desde las oficinas de talento humano, al considerar como compleja la relación trabajador-tecnología pues oscila entre la motivación y desmotivación en el desarrollo de la actividad. Es evidente que, desde la revolución industrial, la máquina desplaza a la persona y esta puede ver su relación laboral precarizada (Leyton, Rodríguez, & Correa, 2014).

Otra aplicación de esta tecnología es aquella que analiza el estrés que también se produce en la empresa. Si bien hay datos que excluyen de estrés el campo laboral que tengan, por ejemplo, sistemas expertos de inteligencia artificial, lo cierto es que se han presentado situaciones en las que la formación del trabajador y su difícil adaptabilidad puede generarlo (Leyton, Rodríguez, & Correa, 2014). Esto, ha exigido que las empresas adapten procesos de capacitación recurrentes para enfrentar las eventuales dificultades que genera el cambio tecnológico.

Aun así, la inteligencia artificial en la empresa no se escapa de retos complejos que puedan permanecer. Por ejemplo, la discriminación en la selección de personal a partir de un procedimiento automático o semiautomático. Si bien el algoritmo puede ayudar, lo cierto es que influye la voluntad de quien crea dicho algoritmo o la información que el mismo almacena para procesar sus decisiones, información que no siempre es verás. Bien señala la profesora Ana Belén Muñoz, “si el software aprende a imitar estos comportamientos tendrá resultados discriminatorios” (Muñoz Rodríguez, 2020).

Pese a las ventajas evidenciadas, existen casos traumáticos de implementación de la inteligencia artificial en las empresas, que revelan circunstancias complejas para los trabajadores. Por ejemplo, la gigantesca empresa china Foxconn, ensambladora de electrodomésticos, en 2016 incorporó en sus procesos de producción robots que ejecutan tareas repetitivas y ocasionó la eliminación de 60.000 puestos de trabajo. El profesor Juan Corvalán, asocia este caso con el proceso de transición industrial que adelanta la multinacional Amazon. Según el autor, los empleados empiezan a ver la inteligencia artificial como una amenaza (Corvalán, 2019).

El mismo autor, tomando datos del 2018, de la *International Federation of Robotics*, en Alemania la incorporación de la robótica en el sector automotriz permitió la generación de más puestos de trabajo y disminuyó la tasa de desempleo (Corvalán, 2019). En gran parte, estas dos perspectivas y realidades dependen de la interrelación que pueda existir entre la inteligencia artificial, los robots y los trabajadores. Juan Corvalán habla de una fuerza laboral con inteligencia aumentada, que puede denominarse “cobotización inclusiva”, aplicable a la industria, la manufactura y los servicios.

La cobotización inclusiva, se aísla de la concepción de una inteligencia artificial deshumanizada y considera la relación que esta debe tener de manera equilibrada con los derechos. Entonces, hay un intento armonioso por ser eficientes y respetar los derechos de todos. Por ejemplo, la fuerza de trabajo que en Colombia necesita la Corte Constitucional para la selección priorizada de tutelas o el proceso de selección de fallos de tutela, ha incorporado a su sistema, una herramienta de inteligencia artificial denominada “Prometea”, que es capaz de leer miles de sentencias que provienen de más de 4.000 jueces de todo el país. El proceso de trabajo se simplifica, pues lo que a una persona le significaría 96 días de trabajo, el sistema lo realiza en dos (2) minutos (Corvalán, 2019). Este sistema integra un trabajo de detección y asistencia inteligente, la automatización de documentos, y la integración con blockchain. Algunos autores como Gorette Martínez (2012) condensan parte de estos escenarios en la discusión sobre la inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho.

Procesos como los que la misma Corte Constitucional colombiana adelanta, también se están desarrollando en otras partes del mundo. Pero hay un común denominador, por ejemplo, en el uso de los datos como el combustible esencial de la Inteligencia Artificial. Así lo ha expresado el profesor Ray Tejada Romero, y lo explica en una razón sintetizada a través de una de sus formas,

“Los servicios de atención predictivos permitirán a las empresas anticipar lo que debes hacer mediante el análisis de tendencias y comportamientos de millones de clientes. Por otro lado,

las tecnologías inteligentes pueden realizar acciones basadas en la lógica, las regulaciones y se están utilizando para la instalación, mantenimiento y ajuste de las operaciones comerciales. Algunas de estas aplicaciones ayudan a las empresas a tomar decisiones. Pueden aprender y predecir patrones de comportamiento en los mercados. Generando así recomendaciones que aumentan los beneficios y la eficiencia en el funcionamiento de la organización donde se utiliza” (Tejada Romero, 2019).

Y es por razones como las anteriores que el instituto global McKensey&Company han interpretado a la inteligencia artificial como el futuro de las organizaciones empresariales. Las máquinas tomarán las decisiones, en lugar de las personas. Y más allá de la discusión en su caracterización, pues algunos asocian o diferencian a la inteligencia artificial con el Machine Learning, lo cierto es que el objeto sobre los datos ha permitido que las organizaciones la empleen a través de la robótica, la nanotecnología, las aplicaciones, la realidad virtual, etc. Y todo, orientado a la productividad, las ventajas competitivas, y la rentabilidad de la misma (Chávez García, Arguello Pazmiño, Viscarra Armijos, Aro Sosa, & Albarrasín Reinoso, 2018).

Ahora bien, es preciso insistir en que la implementación o presencia de estas tecnologías trae consigo unas consecuencias que las diferentes instituciones académicas en sus diferentes niveles. Al igual que los cuerpos colegiados encargados de las legislaciones, deberán asumir como un reto, por oposición a un discurso infundado en temores. El profesor Bermúdez y Pérez señalan:

“Se deberá prever la formación y capacitación de nuevos puestos laborales, así como nuevos riesgos o enfermedades profesionales derivados de los mismos puestos a los cuales se tendrá que hacer frente. Aunado a lo anterior, el reto es encontrar el equilibrio entre desarrollo tecnológico y el respeto a los derechos de los trabajadores; así como implementar la protección que necesita el trabajo de la era digital” (Mendizabal Bermúdez & López Pérez, 2018).

Sin duda alguna, para las empresas la inteligencia artificial puede ofrecer ventajas, pero por si sola, incorporarla trae retos, los costos, el personal y la formación del mismo, la voluntad empresarial y la demostración de que la aplicación es eficaz en la generación de confianza a los consumidores. Así lo ha expresado la profesora Sandra Valverde Bourdié, además, explica que todo ello debe acompañarse de una estrategia competitiva para su debida incorporación. En este sentido, las empresas se han adaptado según sus intereses y capacidades para aplicar la inteligencia artificial (Valverde Bourdié, 2018-2019).

La inteligencia artificial y las relaciones laborales

Las relaciones laborales han sido claramente modificadas por la incidencia de la era digital en nuestra sociedad. El profesor Navarrete Molina explica que existe una especie de génesis en lo que puede denominarse como “la robotización de la economía”, ya que representa la extracción social del hombre y la mujer trabajadora de la relación subordinada que el empleador ha construido respecto de estos.

Entonces, se trata de un orden que a primera vista crea riqueza, pero al mismo tiempo vulnera derechos. Los intereses individuales y colectivos carecen de sentido bajo los nuevos intereses del trabajo a los ojos del empresario o empleador. Toda vez que, el robot no exige protección social, y su margen de protección jurídico-laboral es casi inexistente. Y como insiste el profesor Navarrete, el robot no es cotizante para el sistema de seguridad social y esto ya es un paradigma (Molina Navarrete, 2017).

La relación laboral en este sentido presenta desafíos que cuestionan las luchas de los trabajadores en la historia. Es cierto, como se ha sintetizado en este artículo, que la inteligencia artificial contiene ventajas para los procesos empresariales, pero también es cierto que ha representado amenaza para los derechos de los trabajadores (Toyama Miyagusuku & Rodríguez León, 2019).

Ahora bien, la relación de la inteligencia artificial con el derecho laboral puede verse en muchos aspectos, por ejemplo, los datos que recopila el empleador a través de los medios digitales y realiza lecturas de sus trabajadores influye en la toma de decisiones que afectan el empleo. Casos como el incumplimiento de horas laborales, los tiempos de respuestas exigidos o la no consideración de excusas, pueden generar líneas de discusión hermenéutica sobre la vulneración de derechos.

Para los trabajadores, estas circunstancias representan un claro desafío. El espacio laboral tiene la presencia de un nuevo actor. Así, la inteligencia artificial se sustenta de la misma forma que las máquinas del siglo XVIII, es decir, en la tesis del rendimiento de trabajo y la automatización de tareas. El empleador apuesta por las aplicaciones que a su juicio mejoran las condiciones laborales, y los análisis de orden internacional revelan que la inteligencia artificial está determinando la reorganización de la fuerza laboral. Las decisiones que competen a la calidad de vida del trabajador se toman en relación a un algoritmo y los aspectos éticos de toda actividad se han visto disminuidos.

Dice mucho la oportunidad de los mismos trabajadores a acceder a sus datos, en caso de existir un obstáculo. Al respecto, distintos autores han relacionado esto como un factor de riesgo y estrés que ignora la seguridad y la salud laboral (Moore, 2019).

En este sentido, la implementación de la inteligencia artificial, analizada bajo la óptica del impacto social que genera, conlleva una serie de consecuencias desfavorables. En primer lugar, se plantea el aumento temporal del desempleo que conduce por sí mismo a la creación de nuevas necesidades y por tanto el incremento de desigualdades. Algunos estudios estiman que entre el 21% y 38% del empleo en los países desarrollados podría desaparecer a causa de la digitalización y la automatización de la economía (Iglesias Rodríguez , García Zaballos, Puig Gabarró , & Benzaqué , 2020).

Así mismo, como se ha anunciado anteriormente, existe una marcada preocupación por el manejo de datos de las personas. Específicamente en cuanto al uso y la gestión que puedan hacer los gobiernos y las empresas de la inmensa cantidad de datos que poseen sobre ellos con el propósito de alimentar los sistemas de inteligencia artificial (Iglesias Rodríguez , García Zaballos, Puig Gabarró , & Benzaqué , 2020).

Por otro lado, se encuentra la explicabilidad (explicability) como un concepto problema dentro del ámbito de la inteligencia artificial. Este está relacionado estrechamente con aspectos éticos y legales que devienen de la implementación de sistemas de inteligencia artificial a tareas o entornos que implican la toma de decisiones importantes. La explicabilidad se refiere a la falta de una clara explicación de por qué un sistema inteligente ha tomado una determinada decisión, lo que puede dificultar la asignación de daños, perjuicios y responsabilidades. De este punto deriva el riesgo de que dispositivos con inteligencia artificial acaben tomando decisiones inexplicables o impredecibles para una persona (Iglesias Rodríguez, García Zaballós, Puig Gabarró , & Benzaqué , 2020).

De manera general, se establecen consecuencias sociales como la transformación de las relaciones humanas, el aumento de la desigualdad, la erosión de la sociedad civil. Pero concretamente, el profesor López Baroni avizora otro problema de índole social situado al entorno de las relaciones laborales y la afectación directa del trabajador. Según el, la promulgación de la inteligencia artificial en los entornos laborales podría llevarnos a la eliminación del trabajador y este escenario ignora un aspecto importante de la economía: sin trabajadores, no hay consumidores. Al respecto, el mismo autor recuerda, por ejemplo, para el caso europeo, que el Parlamento ha advertido de este problema. Y junto a esto, la discusión sobre la obligación que tendrían las máquinas de pagar impuestos o no. Dos escenarios que pueden trasladarse a cualquier lugar del planeta y contiene repercusiones directas sobre la economía de un territorio (López Baroni, 2019).

De vuelta a los riesgos laborales, autores como Todolí Signes, señalan que la inteligencia artificial requiere de un tratamiento especial en la gestión de los recursos humanos del escenario laboral. No es un factor menor el uso de los datos de los trabajadores para optimizar los procesos de la empresa, a partir de aplicaciones que pretenden complementar la gestión de la mano de obra. El autor expresa:

“La tecnología utilizada para gestionar el trabajo en estas empresas descansa en un potente procesamiento de los datos recogidos sobre el trabajador –métricas de desempeño- y otros elementos –preferencias de los consumidores, tráfico, elementos meteorológicos, demanda de los clientes que permiten la optimización en la toma de decisiones en favor de la empresa. Este procesamiento de datos y posterior toma de decisiones basadas en ellos se hace a través de los algoritmos diseñados por y para la empresa. En este sentido, la gestión automatizada del trabajo es el último paso en la obtención de la máxima eficiencia en la dirección y control de los trabajadores y consiste, precisamente, en la desaparición de toda intervención humana. De esta forma, la inteligencia artificial se convierte en sustituto del responsable de recursos humanos, y de los mandos intermedios, incluso en la adopción de decisiones” (Todolí-Signes, 2019).

En el trabajo, la inteligencia artificial puede significar un nuevo paradigma, entretanto, puede entenderse como una herramienta que ayuda a que el empleo se dirija a labores creativas, a impulsar la economía de los países bajo esquemas de competencia global, y exigir que los trabajadores estén en continua capacitación. Así lo expresan algunos académicos, que también nombran este fenómeno, si así se quiere entender, como una “transformación del empleo”.

Esto requiere que los trabajadores estén en continuo contacto con la tecnología, se gesten una economía colaborativa y una apertura de los empleos virtuales (Cevasco, Corvalán, & Le fevre Cervini, 2019). Por ejemplo, en Colombia, esta transformación puede observarse de manera parcial en la denominada economía naranja, que trata de cobijar en un solo término a la creatividad y los intereses del mercado.

Asimismo, es importante reconocer que la implementación de la inteligencia artificial no debe significar un retroceso en la calidad de las relaciones laborales, pues se debe encontrar un modelo que responda a la garantía del desarrollo de la inteligencia artificial y la protección de los trabajadores y sus derechos (Sala, 2020). Según Aguilera Durán:

“Se plantea la necesidad de realizar una evaluación de las consecuencias éticas y morales de las nuevas tecnologías, porque los robots deben respetar los lógicos derechos fundamentales de las personas y los derechos sociales protegidos. Para ello, se deben prever las medidas técnicas que garanticen el respeto en la propia fase de diseño (protección de la intimidad desde el momento inicial), así como establecer unas consideraciones sobre seguridad (información y regulación de la responsabilidad derivada del uso, como quien es el propietario, quien tiene la potestad para disponer de ellos y quien puede modificar su implantación)” (Aguilera Durán, 2018).

Lo anterior no desconoce las palabras rescatadas por Esther Macías del académico Moisés Barrio al afirmar que “El enfoque ético es un primer paso, pero es insuficiente”. Pues explica que se requieren de garantías de naturaleza jurídica para prevenir riesgos (Macías, 2020). Incluso, se ha llegado a proponer la creación de organizaciones internacionales que tengan por objeto regular la inteligencia artificial, donde dimensionen todos los desafíos de su aplicación y las reglas, pero es una propuesta lejana y tímida (González, 2017).

Con todo esto, aún desde los desafíos y la aparente falta de control total, la inteligencia artificial es una herramienta útil y beneficiosa en las relaciones laborales, así lo indica el académico Aguilar del Castillo. Este autor, ha explicado que en la prevención de riesgos laborales esta cumple una función destacable, pues hace que “la gestión, la organización o la producción sean más favorables y condiciona el poder de dirección del empresario, extendiendo aun así la vigilancia y el control” (Aguilar Del Castillo, 2020). Es decir, existen oportunidades y amenazas. Por un lado, se habla de las ventajas ya enunciadas que caminan en el péndulo de la productividad y las ganancias, pero por otro lado, hay pérdidas de empleos y hay un riesgo alto de incremento de la desigualdad (Ekkehard, 2019).

Se ha dicho que en el trabajo, otra sería la discusión si se enseñara a la máquina la historia de nuestras actividades y los objetivos a cumplir (Cevasco, Corvalán, & Le fevre Cervini, 2019). Que reconozca la historia del trabajador y se evite el escenario marginal del hombre a partir de la obsolescencia de su oficio. De forma contraria, la tecnología estaría contribuyendo en la desigualdad de las condiciones de empleo y salario.

Ante la OIT se ha vislumbrado un vacío que afecta a la clase media trabajadora. Si bien existen nuevos modelos de contratación, críticamente denominadas “Uberización”, estas formas no son indefinidas sino se estructura a partir de tiempos de empleo parcial y se desprenden de la responsabilidad social del trabajador. Se ha dicho también en la OIT que la inteligencia artificial tiene un mejor futuro para el ámbito laboral solo si la educación es un pilar en el paradigma productivo, si las políticas de desarrollo tienen motores de crecimiento del empleo, si existe una infraestructura digital fuerte y si hay una transición responsable y ética respecto de los modelos laborales (Salazar-Xirinachs, 2018).

CONCLUSIONES

La estructura convencional de las relaciones laborales ha sido modificada por la incorporación de la inteligencia artificial, modificaciones que hoy en día no tienen explicaciones completas. Esta herramienta tecnológica no emplea los mismos sistemas que históricamente representaron una revolución del trabajo. El trabajo humano se enfrenta no solamente a una profundización de los procesos productivos y el que hacer de una tarea mecánica, sino que pretende realizar el trabajo del cerebro humano, con los retos que esto implica y desde allí se debe dimensionar el futuro de la actividad humana.

Entonces, es un axioma que la dimensión jurídica y social, que protege los derechos de los actores laborales, en especial del trabajador, están en riesgo. Como he sustentado, el mismo derecho al trabajo no encuentra un punto de equilibrio y los derechos fundamentales pueden ser transgredidos. La causa deriva de someter la relación laboral al imperio del algoritmo, en este sentido el trabajador y empleador, persona natural puede ser reemplazado por un tercero no humano esto altera la relación tradicional del trabajo. A partir de esto, como hemos visto, diversas instituciones jurídicas de orden nacional e internacional discuten una regulación a medida que se favorecen de esta tecnología.

El algoritmo (inteligencia artificial) plantea exigencias de cambio y como otros autores estudiosos de la materia han afirmado, este cambio puede materializarse a corto y mediano plazo, si se considera que la relación que debe existir en el campo laboral debe ser complementaria, buscando un cambio del modelo productivo, pero no de los trabajadores. Jurídicamente, desde un plano en la protección de los derechos humanos, es imposible materializar las garantías que históricamente han alcanzado los trabajadores, tal como hoy en día se implementan las herramientas de inteligencia artificial, pues como se dijo, deambulan en una anomia que genera preocupaciones.

Ahora bien, aprovechando el continuo crecimiento de la discusión en los últimos años, es pertinente vigilar los cambios en la regulación normativa del derecho laboral con el propósito de adaptar el campo a la Inteligencia Artificial, y garantizar el bienestar individual y social de los trabajadores, para permitir el desarrollo desde la tecnología. Así, desde la continua observancia se debe discutir el diseño y aplicación de un modelo que garantice dicha regulación.

REFERENCIAS

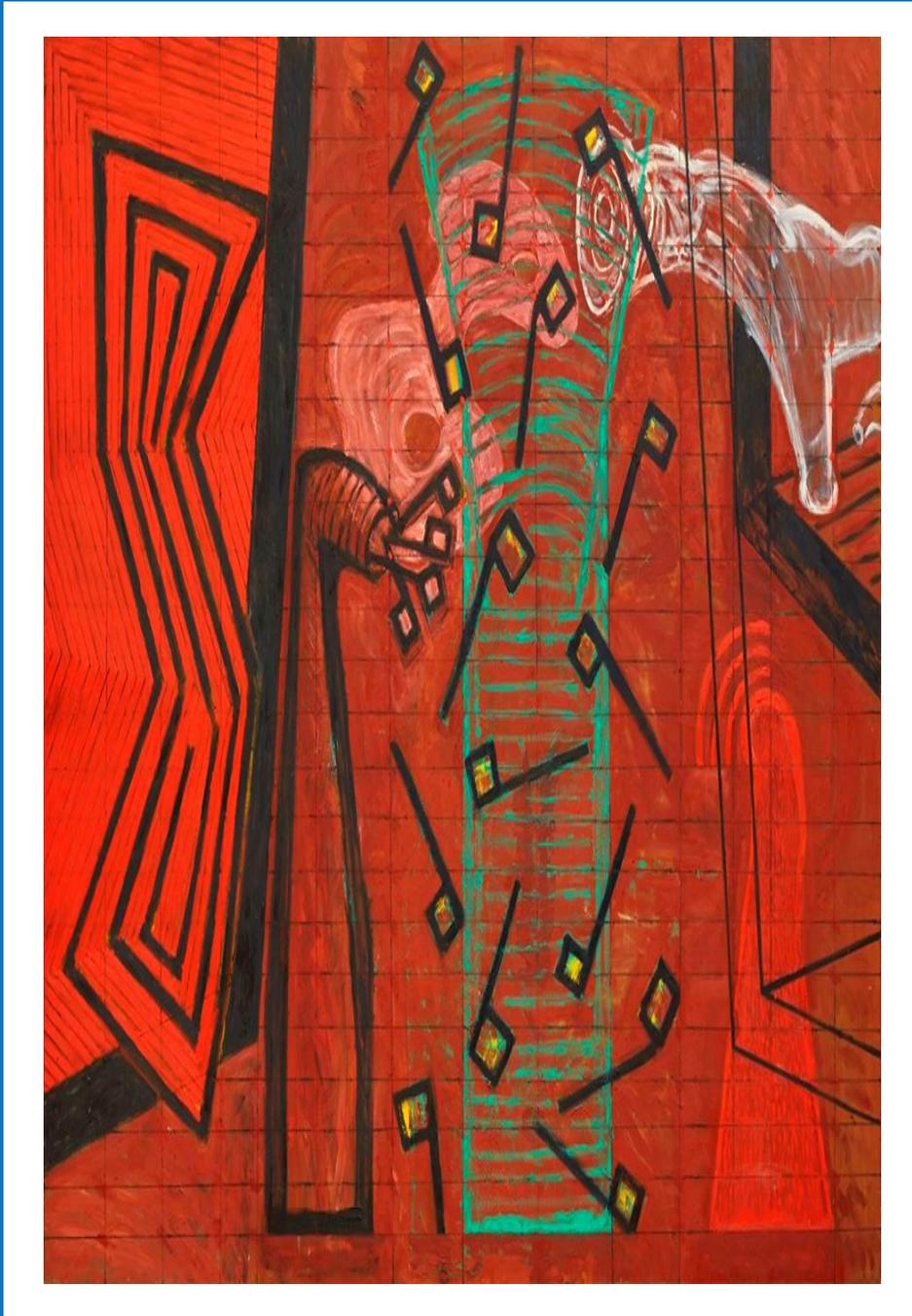
- Aguilar Del Castillo, M. D. (enero-marzo de 2020). El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Revista electrónica de acceso abierto, 8(1), 260-293. Obtenido de <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/95665/El%20uso%20de%20la%20inteligencia%20artificial%20en%20la%20prevenci%20de%20riesgos%20laborale.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aguilera Durán, J. (julio-diciembre de 2018). Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(29), 3-23. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.29.13898>
- Alarcón Peña, A., Villalba Cuéllar, J. C., & Franco Mongua, J. F. (2019). La inteligencia artificial y su impacto en la enseñanza y el ejercicio del derecho. *Prolegómenos*, 22(44), 7-10. doi: <https://doi.org/10.18359/prole.4353>
- Aluja, T. (Enero de 2001). La minería de datos, entre la estadística y la inteligencia artificial. *QÜESTIÓ*, 25(3), 479-498. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/28177489_La_mineria_de_datos_entre_la_estadistica_y_la_inteligencia_artificial
- Bahena, G. C. (2012). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Alegatos* (82), 827-846.
- Bilbao, A. (1999). La globalización y las relaciones laborales. *Cuadernos de relaciones laborales*, 15(1), 123-137.
- Casallas Sotaquira, A. M. (2021). *Inteligencia artificial: la nueva visión a la que apuestan las empresas de hoy*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/38009/CasallasSotaquiraAngieMilady2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y020.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Cevasco, L., Corvalán, J. G., & Le fevre Cervini, E. M. (2019). *Inteligencia artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Obtenido de <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2019/09/IAyT.pdf>
- Chávez García, E. M., Arguello Pazmiño, A. M., Viscarra Armijos, C. P., Aro Sosa, G. L., & Albarrasín Reinoso, M. V. (julio de 2018). Inteligencia Artificial en la toma de decisiones gerenciales. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores* (41), 1–12. Obtenido de <http://bibliotecavirtual.uis.edu.co:2070/login.aspx?direct=true&db=fap&AN=130757964&lang=es&site=ehost-live>
- Corvalán, J. G. (janeiro/abril de 2019). El impacto de la Inteligencia Artificial en el trabajo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 10(1), 35-51. doi: [10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i1.25870](https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i1.25870)

- Dormido Bencomo, S., & de la Cruz García, J. M. (1989). Inteligencia artificial: pasado, presente y futuro. *Aldaba*, 14, 9–22. doi: <https://doi.org/10.5944/aldaba.14.1989.20156>
- Ekkehard, E. (27 de febrero de 2019). Inteligencia artificial: ¿una oportunidad o una amenaza para el mercado laboral? Organización Internacional del Trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_673621/lang--es/index.htm
- Escolano Ruiz, F., Cazorla Quevedo, M. Á., Alfonso Galipienso, M. I., Colomina Pardo, O., & Lozano Ortega, M. Á. (2003). Inteligencia artificial. Modelos, técnicas y áreas de aplicación. Madrid: Thomson Ediciones Spain Paraninfo, S.A. Obtenido de https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=_spC6S7UfZgC&oi=fnd&pg=PP1&dq=Inteligencia+artificial:+modelos,+técnicas+y+áreas+de+aplicación&ots=sQguJJStCW&sig=ONKC4b2Ne3UQfL6k0oYPhJfn79s&redir_esc=y#v=onepage&q=Inteligencia%20artificial%3A%20modelos%2C%20
- García, J. B. (2020). Shakespeare y los leones: posibles encuentros entre inteligencia artificial y humanidades. *Revista Digital Universitaria*, 21(1). doi: <http://doi.org/10.22201/codeic.16076079e.2020.v21n1.a4>
- Génova, F. (2018). El desafío de la inteligencia artificial. En C. Herrando, *El ser humano: más allá del animal y la máquina* (págs. 65-96). Instituto Emmanuel Mounier.
- González, D. A. (2017). Marco jurídico para la inteligencia artificial aplicada a los robots como sistemas autónomos. Universidad Santo Tomás. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/31537/2018valenciadaniela.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Goñi Sein, J. L. (2019). Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial. Pamplona, España: Universidad Pública de Navarra. Obtenido de <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/34886/Leccion%20inaugural%20Castellano%202019-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guauque, C. (10 de noviembre de 2018). El robot que entró al equipo de la Supersociedades para asistir en pleitos mercantiles. *Semana*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/supersociedades-integro-a-un-robot-para-asistir-a-los-jueces-en-pleitos-mercantiles/590406/>
- Hualde, A. (2019). El trabajo y el empleo en la era digital: ¿una nueva ola de precarización? QUIT Working Paper Series. Obtenido de <https://ddd.uab.cat/record/211213>
- Iglesias Rodríguez, E., García Zaballos, A., Puig Gabarró, P., & Benzaqué, I. (2020). Inteligencia artificial. Gran oportunidad del siglo XXI. Documento de reflexión y propuesta de actuación (1 ed.). New York: Banco Interamericano de Desarrollo. Obtenido de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Inteligencia-artificial-Gran-oportunidad-del-siglo-XXI-Documento-de-reflexion-y-propuesta-de-actuacion.pdf>

- Lee, K.-F. (27 de junio de 2017). La verdadera amenaza de la inteligencia artificial. The New York Times. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2017/06/27/espanol/opinion/la-verdadera-amenaza-de-la-inteligencia-artificial.html>
- Leyton Castaño, J. D. (2011). Análisis de los efectos laborales por el uso de técnicas de inteligencia artificial en empresas grandes de Manizales. Manizalez: Universidad Nacional de Colombia.
- Leyton, J. D., Rodríguez, M. D., & Correa, J. S. (enero-junio de 2014). Efectos laborales vinculados al uso de técnicas de inteligencia artificial. *Universidad & Empresa*, 16(26), 211-249. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=187232713010>
- Lombardero, L. (2015). Trabajar en la era digital. LID Editorial.
- López Baroni, M. J. (2019). Las narrativas de la inteligencia artificial. *Revista de Bioética y Derecho* (46), 5-28. Obtenido de <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n46/1886-5887-bioetica-46-00005.pdf>
- Macías, E. (14 de febrero de 2020). La regulación jurídica: el desafío en inteligencia artificial para 2020. *computerworld*. Obtenido de <https://www.computerworld.es/tendencias/la-regulacion-juridica-el-desafio-en-inteligencia-artificial-para-2020>
- Martínez Bahena, G. C. (2012). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Alegatos* (82), 827-846. Obtenido de <http://revistastmp.azc.uam.mx/alegatos/index.php/ra/article/view/205/184>
- McCorduck, P., & Cfe, C. (2004). MCCORDUCK, Pamela; CFE, Cli. *Machines who think: A personal inquiry into the history and prospects of artificial intelligence*. CRC Press.
- MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. (2017). *Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad*. McKinsey&Company.
- Mendizabal Bermúdez, G., & López Pérez, E. (enero-marzo de 2018). ¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6(1), 299-327. Obtenido de <http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/664/%c2%bfNuevo%20modelo%20de%20seguridad%20social.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Molina Navarrete, C. (2017). Derecho y trabajo en la era digital: ¿"revolución industrial 4.0" o "economía sumergida 3.0"? Oficina de la OIT para España. Obtenido de https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548619/lang--es/index.htm
- Monteiro Pessoa, R. (2019). Abogacía laboral 4.0: Inteligencia artificial y problemáticas profesionales en la abogacía brasileña. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 8(1), 167- 183.
- Moore, P. (2019). Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores. En P. Moore, *El trabajo en la era de los datos* (págs. 94-106). Madrid: BBVA. Obtenido de <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2020/02/BBVA-OpenMind-libro-2020-Trabajo-en-la-Era-de-los-Datos.pdf>

- Muñoz Rodríguez, A. B. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Anuario De La Facultad De Derecho. Universidad De Extremadura* (36), 695-728. doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.695>
- Rauch-Hindin, W. (1989). *Aplicaciones de la inteligencia artificial en la actividad empresarial, la ciencia y la industria*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, S.A. Obtenido de https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=LjWfRnueXrYC&oi=fnd&pg=PR17&dq=inteligencia+artificial+en+la+empresa&ots=wHQhUj1FrE&sig=UkO_3BKHY7zZsJGj279rl13CJIs#v=onepage&q=inteligencia%20artificial%20en%20la%20empresa&f=false
- Rodríguez, P. (2018). *Inteligencia artificial: Como cambiará el mundo y tu vida* (2 ed.). Barcelona, España: Deusto.
- Rouhiainen, L. (2018). *Inteligencia artificial*. Barcelona: Alienta Editorial. Obtenido de https://planetadelibrosar0.cdnstatics.com/libros_contenido_extra/40/39307_Inteligencia_artificial.pdf
- Ruiz Baquero, P. E. (2018). Avances en inteligencia artificial y su impacto en la sociedad. Simposio Iberoamericano de Filosofía Política. Universidad Pontificia Bolivariana, 9. Obtenido de <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/4942>
- Sala, R. (16 de junio de 2020). *Inteligencia Artificial: el reto de su regulación normativa*. IDP. Observatorio de Derecho Público. Obtenido de <http://idpbarcelona.net/inteligencia-artificial-reto-regulacion-normativa/>
- Salazar-Xirinachs, J. M. (20 de 04 de 2018). *Discurso en la Sesión Especial sobre Inteligencia artificial y cambio tecnológico acelerado. Cambio Tecnológico acelerado e impactos en el mundo del trabajo: ¿qué hacer?*, 6. Santiago, Chile: Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible. Obtenido de https://www.ilo.org/americas/oficina-regional/dirección-regional/discursos/WCMS_626248/lang--es/index.html
- Spremolla, G. C. (2017). El trabajo en la era digital. *Revista de derecho*, 16(31), 103-123.
- Suárez González, A. (2014). La Inteligencia Artificial a través de sus científicos. *Encuentro Multidisciplinarios* 47, 1-10. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10486/678701>
- Suárez, J. A. (2000). *Técnicas de inteligencia artificial aplicadas al análisis de la solvencia empresarial*. Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo, 31. Obtenido de <https://digibuo.uniovi.es/dspace/handle/10651/45810>
- Tejada Romero, R. C. (04 de marzo de 2019). *Análisis del uso de la Inteligencia Artificial en la atención presencial de los clientes de Empresa de Telecomunicaciones Región Sur en el 2018*. 70. Arequipa, Perú: Escuela Académico Profesional de Ingeniería Industrial, Universidad Continental. Obtenido de <https://repositorio.continental.edu.pe/handle/20.500.12394/7203>

- Todolí-Signes, A. (19 de diciembre de 2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo / inteligencia artificial dirigiendo el trabajo. *Asuntos Laborales y Legales*, 5(2). Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506584
- Toyama Miyagusuku, J., & Rodríguez León, A. (2019). Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial. *THEMIS Revista De Derecho* (75), 255-266. doi: <https://doi.org/10.18800/themis.201901.018>
- Valverde Bourdié, S. (julio de 2018-2019). Aplicaciones de la inteligencia artificial en la empresa. 29. Cantabria, España: Universidad de Cantabria. Obtenido de [https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/17521/VALVERDEBOURDIE SANDRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/17521/VALVERDEBOURDIE_SANDRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Zabala Leal, T. D., & Zuluaga Ortiz, P. A. (2021). Los retos jurídicos de la inteligencia artificial en el derecho en Colombia. *JURÍDICAS CUC*, 17(1), 475-498. doi: <https://doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.17>



Las ideas. Ramiro Llona. Óleo sobre tela, 2016.

LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL PERUANO Un Breve Balance Provisional

Edgardo Bagate Villanueva Quispe

I. ASPECTOS GENERALES

I.1. ANTECEDENTES

Diversos países de América Latina han efectuado una serie de reformas en sus respectivas normas procesales, incorporando la técnica de la oralidad. Sin embargo, históricamente la aplicación de la oralidad no tiene orígenes recientes. Por ejemplo, el antecedente más remoto de la oralidad en los procesos civiles en el Perú se remota a la época de la Confederación Perú-Boliviana.

Precisando dicho antecedente histórico, Polanco, manifiesta que:

“(...) la primera norma procesal civil que existió fue el Código Único de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz de 1836 para el Estado Nor Peruano, que tenía una influencia, en su regulación civil, del Código de Procedimientos Civiles francés de 1806. Esta norma introducía la oralidad y la publicidad en el proceso, pero su efímera existencia (...) no le permitió arraigo en el derecho peruano y el 3 de agosto de 1839 se restableció la legislación española subsistente. A partir del artículo 356 se regulaba los juicios verbales, el que estaba determinado por la cuantía (100 a 200 pesos de la época el competente era el juez de letras)”. (2020: 22)

I.2. CONCEPTO

En relación al concepto de la oralidad como tal, Ortells Ramos (2010) señala:

“La oralidad (...) es la forma para que las partes realicen las modificaciones legalmente permitidas de aquellos actos iniciales, para la proposición de la prueba y, sobre todo, para la práctica de la misma, así como para las alegaciones conclusivas –mediante las cuales las partes analizan el material ya introducido en el proceso–”. (p. 293)

Complementando lo señalado anteriormente, Sumaria menciona que:

“(...) la oralidad como herramienta de recepción, depuración y selección de la calidad de información proporcionada por las partes en el proceso a través de la audiencia presenta dos momentos claves: a) la etapa de preparación del juicio o determinación del objeto del proceso, y b) la etapa del juzgamiento o tratamiento de la prueba recibida y seleccionada, las cuales se pretende regular para potenciar su rendimiento”. (2021: 29)

El proceso por audiencias (otra denominación de la institución jurídica de la oralidad) se caracteriza porque: *“(...) el Juez (...) apreciará las afirmaciones fácticas que se efectúen dentro de la audiencia y que sean corroboradas sobre su veracidad o falsedad en mérito a los medios probatorios ofrecidos en los actos postulatorios”.* (Valdivia, 2021: 124)

La oralidad en el proceso civil constituye una herramienta en virtud de la cual se busca dar solidez a los argumentos y medios probatorios que buscan esclarecer la verdad acerca de la controversia que dio inicio a un proceso judicial, a fin de hacer efectiva la tutela jurisdiccional aplicando debidamente los principios procesales.

II. APLICACIÓN DE LA ORALIDAD EN LOS DISTINTOS CAMPOS DEL DERECHO PROCESAL

II.1. PROCESO PENAL.

El artículo 356 del Código Procesal Penal prescribe que *“el juicio oral es la etapa principal del proceso”*. Antes de la vigencia de dicha norma se produjo una transición desde el formalismo (consecuencia de la prevalencia de la escrituralidad del Código de Procedimientos Penales) hasta su consolidación progresiva como técnica de argumentación predilecta en este proceso.

Según el profesor Luis Reyna, la oralidad, considerada como un principio *“se manifiesta en dos escenarios: El del desarrollo del proceso penal y en la culminación del proceso penal”* (2016: 23). En el primer escenario, el principio de oralidad se presenta como un instrumento determinante en el debate oral dado entre imputado y fiscal y en el segundo se constituye como la única vía por la cual se fundamenta la decisión o resolución del juez.

La aplicación de tal principio se realizó gradualmente, empezando con el plan de implementación del nuevo Código Procesal Penal publicado en el 2005, que presentaba como objetivo principal:

“brindar la adecuada preparación a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores públicos, abogados litigantes, auxiliares judiciales y policías) para su actuación en un sistema procesal penal nuevo y diferente, de carácter acusatorio y ya no inquisitivo, de naturaleza garantista, basado en la oralidad” (Ministerio de Justicia, 2005: 131).

Dichas capacitaciones debían desarrollarse privilegiando *“la formación práctica, con base a la discusión de casos y problemas y el empleo de simulacros del proceso (...) La capacitación a impartirse en los cursos y talleres, debe ser presencial”* (Ministerio de Justicia, 2005: 134). Esto con el fin de destacar la presencia de este principio de la oralidad en todas las etapas del proceso.

II.2. PROCESO LABORAL

En el proceso laboral podemos apreciar la incorporación del principio de oralidad y su total consolidación como medio para efectivizar los demás principios (*inmediación, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad*). Ello fue posible con la derogatoria de la anterior Ley Procesal Laboral, Ley N° 29497, por parte de la nueva Ley Procesal Laboral (NLPT), Ley N° 29497.

La NLPT busca subsanar los defectos derivados de la excesiva carga procesal mediante una eficaz aplicación del principio de economía procesal, la consolidación del principio de publicidad y, sobre todo el rol de primerísima importancia que le corresponde al principio de oralidad, pues este irradia su presencia en cada etapa del proceso laboral, conforme se precisa en el artículo I del Título Preliminar y en las reglas de conducta y oralidad en las audiencias previstas en los artículos 11 y 12; dejándose en evidencia el compromiso del legislador por oralizar todo el proceso laboral. En esa orientación Peña y Peña señalan que:

“La NLPT ha introducido cambios sustanciales que requieren ser conocidos aplicados por todos los operadores de la justicia laboral, pues implica un cambio trascendental en la forma de litigar y de comportarse en el proceso, inspirándose en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad. El objetivo principal de la NLPT es solucionar con mayor celeridad los conflictos derivados de la relación de trabajo (...)” (2011: 17)

Este punto de inflexión representa esta transición a la prevalencia de la oralidad en el proceso y su aplicación progresiva en el territorio nacional a través de un conjunto de resoluciones administrativas (N° 232-2010-CE-PJ y N° 124-2011-CE-PJ).

A diferencia del proceso civil, en el proceso laboral se dio un cambio progresivo significativo y constante, viabilizado a través de las resoluciones administrativas y reforzado por los artículos 11 y 12 de la NLPT que indican que las audiencias se basarán en un debate oral entre las partes bajo la dirección del juez.

II.3. PROCESO CIVIL

II.3.1. LA CARGA PROCESAL COMO FUNDAMENTO PARA LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

Como bien sabemos, la tutela jurisdiccional es un derecho fundamental de jerarquía constitucional, pero su alcance no se agota en el simple acceso a la justicia y el respeto de las garantías procesales, sino que busca además la efectividad de la misma. Por tanto, la economía y celeridad procesal son principios que coadyuvan a hacer efectivo los derechos de los justiciables. Sin embargo, hasta la actualidad el Perú sigue presentando problemas en relación a dichos principios, los cuales se ven reflejados en la excesiva carga procesal del poder judicial.

Sobre el particular, Sumaria Benavente (2020) señala que:

“En un reciente informe de la Defensoría del Pueblo, se señala que a nivel nacional promedio de expedientes en trámite por órgano jurisdiccional es de 1789,2 expedientes. Sin embargo, la carga procesal no es uniforme en todos los distritos judiciales. Se señala que los distritos judiciales con mayor carga procesal son Sullana (4950), Lima (4417.4) y Piura (4154.6); y los distritos con menor carga por juzgados en promedio son Del Santa (397.5), Apurímac (630), Ayacucho (665.6) y Huancavelica (692.4). Asimismo, se indica que el 40% de los jueces tramita menos de 1000 expedientes, mientras que el 16,2% tienen a su cargo más de 3000 expedientes”. (pp. 13-14)

II.3.2. PRINCIPIOS DE UN PROCESO CIVIL POR AUDIENCIAS

• Principio de inmediación

La inmediación es un principio afín al de oralidad, pues ambos involucran una cercanía y contacto personal, en cuanto vehículos de comunicación directa en las audiencias públicas, cobrando suma relevancia en el desahogo de pruebas, alegatos y sentencias que requieren de un diálogo efectivo entre los actores del proceso, el magistrado y terceros que están relacionados con el proceso (testigos, peritos y otros). El juzgador debe estar totalmente vinculado con los sujetos procesales y recibir –directamente– las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentran bajo su acción inmediata. (Alsina, 1963: 461)

El juez debe fallar en base a las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba, las cuales deben estar ligadas con el principio de oralidad. Cabe indicar que el mencionado principio comprende dos aspectos, uno de carácter formal y otro de carácter material. Respecto al aspecto formal, la doctrina manifiesta que este consiste en que el tribunal que emite la sentencia debe haber observado, por sí mismo, la recepción de la prueba, sin dejar ésta a cargo de otras personas.

El segundo aspecto implica que el órgano colegiado puede extraer los hechos de la fuente sin que utilice equivalentes probatorios. Esto se traduce en sentencias emitidas sólo conforme a lo desahogado en el plenario del juicio.

· Principio de concentración

Directriz procesal que busca desarrollar el proceso judicial en el menor tiempo posible, empleando para ello la menor cantidad de actos procesales. Asimismo vale precisar que dicho principio es afín al sistema oral, cobrando suma relevancia –en el caso del sistema procesal peruano- en el diseño de las audiencias, donde el debate se concentra, teniendo su mejor expresión en el proceso sumarísimo, en el cual solo en una audiencia se desarrolla una serie de actos procesales, los cuales desembocan en la sentencia.

· Principio de celeridad

Mediante este principio se busca evitar la inercia de los actores del proceso, así como de los abogados patrocinantes y magistrados que eventualmente podrían conspirar contra una pronta solución del proceso. Las partes y el juzgador están en la obligación de actuar diligentemente y cumplir con los actos procesales en los plazos provistos en el dispositivo procesal pertinente, con las fechas previstas, es decir, impedir la paralización del proceso.

Por ello se crean algunas instituciones que tratan de que el principio de celeridad tenga plena vigencia, como la perentoriedad de los plazos, la caducidad de la instancia, el impulso de oficio. Algunas disposiciones como la audiencia como acto único tienden a la celeridad procesal.

· Principio de economía procesal

Este es un auténtico principio rector del proceso civil, siendo considerado por un sector de la doctrina como una de las dos directrices fundamentales del proceso. Con la finalidad de entender el principio en mención, debemos enfocarlo en la base de sus tres temas centrales: economía de gastos, economía de esfuerzos y economía de tiempo.

Respecto a la economía de gastos, la doctrina señala que el costo de un proceso siempre fue motivo de preocupación política y social. El debate sobre si el acceso a la justicia debe ser totalmente gratuito o los litigantes deben soportar algún tipo de costo todavía sigue latente y en nuestro país con especial incidencia. Sin embargo, hoy en día, se entiende que la función jurisdiccional es un servicio para los hombres. Habíamos dicho que es un deber del Estado el brindar tutela jurisdiccional cuando el sujeto de derecho lo solicite, sin embargo, podría parecer contradictorio, si para lograr dicho acceso haya necesidad de solventar algún gasto.

El peligro de establecer la total gratuidad del proceso es el abuso que se haga de él, ya que los justiciables basados en que no le representa ningún costo, incrementarán el número de procesos. Desde otra perspectiva, un desmesurado costo del proceso, impedirá el acceso, especialmente, a los sectores empobrecidos de la sociedad.

La economía de esfuerzos significa que el proceso debe ser terminado en el más breve plazo y que ello se logre con la menor cantidad de actos posibles. Esta faceta del principio de economía procesal tiene como finalidad la simplificación de procesos, con el objetivo de aliviar la carga procesal que soportan los jueces, y llegar lo más pronto posible al cumplimiento de las finalidades del proceso.

Es menester indicar que en el diseño de las vías procedimentales está presente esta faceta, ya que algunas son más expeditas que otras.

En cuanto a la economía de tiempo, los especialistas sostienen que el tiempo cumple un rol esencial y envolvente en el proceso, por lo que los actos procesales deben desarrollarse en el menor tiempo posible.

• Principio de publicidad

Al igual que el principio precedente el principio de publicidad se encuentra ligado al principio de oralidad. La doctrina postula que este principio implica estar presente en público durante todas las diligencias procesales, razón por la cual esta directriz procesal debe ser entendida como una garantía para los ciudadanos que participan en la litis.

De esta manera, al aplicarse este principio *“se previene arbitrariedades, negligencias, incumplimientos y todo tipo de prácticas impropias que suelen albergarse bajo la protección de la opacidad de procedimientos que se desarrollan en privado o alejados del público”* (Bravo, 2011: 32).

En ese orden de ideas, cabe indicar que principio precitado genera –dentro del propio procedimiento- un mayor grado de certeza, pues:

“se encuentra ventilado frente a la sociedad, otorgando a esta última una mayor seguridad de que las actuaciones judiciales no se encuentran inmersas en un clima de discrecionalidad, beneficiando al órgano acusador y dejando desprotegida a la víctima” (Bravo, 2011, 32).

Sobre el particular, López Masle (2002: 90), citando a Roxin, al referirse a este principio establece que el fundamento de la publicidad es triple y su significado esencial reside en:

1. Consolidar la confianza pública en la administración de justicia.
2. Fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia.
3. Evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y en la sentencia.

En tanto, Vera al referirse al acotado principio señala:

“La publicidad del proceso, que alcanza su plenitud en el juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de los tribunales. En efecto, la recta administración de justicia requiere la colaboración de la opinión pública informada, pues en ese ámbito alcanza su más alto nivel de protección del derecho de libertad de expresión y a recibir información veraz”. (2015: 19)

II.3.3. DESARROLLO NORMATIVO DE LA ORALIDAD CIVIL

Los decretos Legislativos 1069 y 1070 eliminaron las audiencias saneamiento procesal y de conciliación judicial y saneamiento procesal, audiencias que en la práctica constituían una vulneración al principio de inmediación.

A continuación se detallan las normas que incorporan y aplican la oralidad en el proceso civil peruano:

- Ley N°30293 del 28 de diciembre del 2014, que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil para promover la modernidad y la celeridad procesa, publicado el 28 de diciembre de 2014.

LEY N° 30293	
<p>El acta de la audiencia</p> <p>Artículo 204.- La audiencia de pruebas es registrada en video o en audio, en soporte individualizado que se incorpora al expediente. Se entrega una copia a las partes dejándose constancia en el expediente de dicha entrega. En los casos en que esto no sea posible, se levanta el acta respectiva, la cual contendrá:</p> <ol style="list-style-type: none"> Lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde. Nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes. Resumen de lo actuado. <p>Los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia.</p> <p>Para la elaboración del acta o su grabación, el secretario respectivo puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura.</p> <p>El acta será suscrita por el Juez, el secretario y todos los intervinientes. Si alguno se negara a firmarla, se dejará constancia del hecho. El original del acta se conservará en el archivo del juzgado, debiendo previamente el secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez.</p>	<p>Actuación de pruebas</p> <p>Artículo 208.- En el día y hora fijados, el Juez declara iniciada la audiencia y dispone la actuación de las pruebas en el siguiente orden:</p> <ol style="list-style-type: none"> Los peritos, quienes resumen sus conclusiones y responden a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos; Los testigos con arreglo al interrogatorio que los abogados le realicen directamente, comenzando por el abogado de la parte que lo hubiera ofrecido. Luego de las preguntas de los abogados, el Juez podrá formular preguntas;” el reconocimiento y la exhibición de los documentos; la declaración de las partes, empezando por la del demandado. <p>Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio, junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.</p> <p>Cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante.</p> <p>No obstante el orden antes indicado, si en la audiencia estuvieran presentes ambas partes y por cualquier causa no pudiera actuarse uno de los medios probatorios admitidos, el Juez podrá disponer la actuación de los medios disponibles. Sin embargo, la actuación de la declaración de las partes siempre será el último medio probatorio.</p>

- Convenio de cooperación interinstitucional entre el poder judicial, el ministerio de justicia y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (ceja) firmado el año 2017.

El convenio crea un equipo de trabajo para la modernización del proceso civil, el cual se caracteriza por realizar capacitaciones, estudios e investigaciones acerca del proceso de las reformas de justicia.

- Resolución administrativa N°124 – 2018, publicada el 26 de abril de 2018, que aprueba el proyecto piloto para la modernización del despacho judicial en los juzgados civiles elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

El plan piloto comenzó en la ciudad de Arequipa después de realizar un estudio al proceso civil peruano, “(...) se inició (...) un módulo corporativo de litigación oral en materia civil, con tres juzgados civiles de trámite, un juzgado civil de ejecución y una sala civil de apelaciones o segunda instancia”. (Bustamante & Angulo, 2020: 26)

- Resolución administrativa N°208 – 2018, publicada el 18 de julio de 2018, que conforma la comisión encargada de la ejecución y la supervisión el proyecto piloto para la modernización del despacho judicial en los juzgados civiles.
- Mención especial merece la Resolución Ministerial N°0070 – 2018, publicada el 5 de marzo del 2018, proyecto de reforma del Código Procesal Civil que pretende modificar varias y suprimir algunas de las normas de dicho texto legal. Respecto a las vías procesales y a las audiencias (numeral 22), en su Exposición de Motivos señala lo siguiente:

“El proceso de cognición tendrá dos audiencias: la preliminar y la de juzgamiento. La audiencia preliminar es esencial en este esquema. En él se plantea todo el proceso y se definen los aspectos más relevantes de él. La de juzgamiento solo es necesaria en los casos que haya medios probatorios que actuar. En la audiencia de juzgamiento se debe sentenciar, y en los casos en los que esta no sea necesaria, se hará una audiencia preliminar”.

El proyecto regula la audiencia preliminar en los artículos 465-A y 465-B.

PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL	
Artículo 465-A.- Audiencia preliminar	Artículo 465-B.- Realización de la audiencia preliminar
<p>Tramitado el proceso conforme a esta sección, el juez, de oficio e incluso si el emplazado fue declarado rebelde, cita a las partes a la audiencia preliminar, en la que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Verifica la validez de la relación procesal y se pronuncia sobre las excepciones sustentadas en prueba documental. 2. Determina el objeto del debate probatorio y la admisión de los medios de prueba. 3. Preguntará a las partes si existe alguna posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En caso de manifestar esa intención, el juez deriva a las partes a un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia, sin suspender el trámite del proceso, salvo que las partes así lo acuerden. 4. Verifica la validez de cualquier acuerdo procesal al que las partes hubieran llegado. <p>También le pregunta a las partes si existiera algún acuerdo sobre las actuaciones procesales que están pendientes de realizar.</p> <ol style="list-style-type: none"> 5. Determina la necesidad de convocar a audiencia de actuación de pruebas o define si el proceso se encuentra listo para ser sentenciado. 	<p>La audiencia preliminar se lleva a cabo en presencia de las partes o sus representantes y la presencia de sus abogados, conforme a las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La audiencia comienza a la hora señalada por el juez, quien, bajo responsabilidad, debe iniciarla puntualmente. 2. En caso que por alguna razón de fuerza mayor el juez no pueda iniciar la audiencia a la hora prevista, debe informar personalmente a las partes las razones que impiden el inicio de la audiencia, indicándoles con toda precisión la hora de inicio. Esta postergación debe ser inmediatamente informada a la Oficina de Control de la Magistratura, quien llevará un registro de estas postergaciones. Las partes y sus abogados regresan a la hora que el juez les ha indicado. La reprogramación debe ser realizada el mismo día. 3. El juez participa y dirige personalmente la audiencia, bajo sanción de nulidad y bajo responsabilidad del juez y de quien se atribuyera indebidamente esa facultad de dirección, así como de los abogados que participan de dicha diligencia. 4. La audiencia deberá ser registrada en audio o video y su registro se acompañará al expediente, bajo responsabilidad del especialista legal. 5. Las partes concurren personalmente. En caso asistan sus apoderados, estos deben acreditar en la misma audiencia su representación procesal. En ningún caso el defecto formal del poder impedirá la realización de la audiencia. El juez lleva a cabo la audiencia y pide la ratificación de la parte representada en un plazo no mayor de 5 días hábiles. 6. Iniciada la audiencia corresponde que las partes, sus apoderados y abogados se acrediten. 7. Inmediatamente después las partes exponen brevemente su posición sobre la controversia y sobre las excepciones u otras defensas procesales que se hubieran planteado. Oídas las partes, el juez emite resolución sobre las excepciones y defensas procesales en la misma audiencia. 8. Continuando con la audiencia, el juez, escuchando a las partes, determina:

	<p>a. Los hechos aceptados por las partes y que por lo tanto no requieren de actuación probatoria.</p> <p>b. Los hechos discutidos por las partes.</p> <p>c. Los medios probatorios que se admiten en atención a los hechos discutidos.</p> <p>Antes de admitir los medios de prueba el juez resuelve cualquier cuestionamiento que se puede haber planteado a los medios de prueba ofrecidos por las partes.</p> <p>Solo es impugnabile la resolución que rechaza la admisión de un medio de prueba.</p> <p>9. El juez verifica si hay un acuerdo procesal entre las partes. En caso de ser válido y de adecuarse a los hechos controvertidos, sigue el proceso conforme a dichos acuerdos.</p> <p>10. Luego, el juez pregunta a las partes si existe intención de conciliar. En caso sea afirmativa la respuesta de las dos partes, evalúa si la lleva adelante él mismo o si se sigue el trámite conforme al artículo 465-A inciso 3.</p> <p>Si dentro de los medios probatorios admitidos, alguno requiere actuación, el juez fija fecha para la audiencia de pruebas. En atención a la complejidad de la causa o de la actuación de los medios de prueba que se hayan admitido, el juez preguntará a las partes si hubiera algún acuerdo o si es posible arribar a alguno sobre el cronograma de actuación probatoria. En caso no sea posible dicho acuerdo, el juez establecerá dicho cronograma.</p> <p>Si dentro de los medios probatorios no hay ninguno que actuar o si la discusión es de pleno derecho, el juez concede a los abogados de las partes la oportunidad de presentar sus alegatos orales en la misma audiencia preliminar. Concluidos los alegatos, el juez debe dictar la sentencia en la misma audiencia. Excepcionalmente, el juez puede proferir el fallo y reservarse la motivación de la sentencia en un plazo que no puede exceder de 10 días, fecha en la cual deberá publicar la sentencia en el sistema de seguimiento de expedientes del Poder Judicial y disponer su notificación a las partes.</p>
--	---

- Resolución Administrativa N°312 – 2018, que aprueba el proyecto final para la creación y actuación del módulo civil corporativo de litigación oral de la corte superior de justicia de Arequipa vigente desde el 26 de diciembre del 2018.
- Resolución Administrativa N°229 – 2019, publicada el 29 de mayo de 2019, que aprueba la conformación de la comisión nacional de implementación, supervisión y monitoreo de la oralidad civil en el poder judicial.

Particularmente relevantes son los considerandos sexto y sétimo:

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 229 – 2019	
CONSIDERANDO SEXTO	CONSIDERANDO SÉTIMO
<p>Que, la Administradora del referido Proyecto en la Corte Superior de Justicia de Arequipa, remite informe sobre el resultado del proyecto piloto, conformado por el 1°, 3° y 7° Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; en el cual se aprecia una considerable mejora de los juzgados que pertenecen a la litigación oral, quienes produjeron en solo tres meses del presente año el 38.23% de todos los expedientes resueltos de los juzgados civiles, de tal forma que en promedio, cada juzgado del nuevo módulo corporativo de litigación oral produjo 189 expedientes principales resueltos a comparación de los demás juzgados del módulo civil que resolvieron en promedio 130 expedientes principales. Sumado a ello, los procesos en el Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral han visto disminuido su trámite drásticamente, así, el proceso sumarísimo se redujo de 12 a solo 2 meses aproximadamente, el proceso abreviado de 36 meses a tan solo 8 meses aproximadamente, el proceso de conocimiento de 78 meses a tan solo 14 meses aproximadamente; y el proceso de ejecución de 5 meses a tan solo 2 meses aproximadamente, lo que significa que en total, el Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral obtuvo una mejora del 75% en comparación al método tradicional.</p>	<p>Que, tan favorable resultado y el masivo interés y voluntad de las Cortes Superiores de Justicia para modernizar los despachos judiciales de sus juzgados civiles, hace necesaria la creación de una Comisión Nacional que gestione la implementación del modelo oral en el proceso civil a nivel nacional; y realice labores de seguimiento y monitoreo de los procesos judiciales en las Cortes Superiores donde se formalice la ejecución del nuevo modelo de gestión del proceso.</p>

III. PRESUPUESTOS

La implementación de la oralidad en los procesos civiles no implica suprimir la escritura, sino mantener un balance con la oralidad; a fin de efectivizar los principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesal y publicidad.

Sobre el particular, vemos que:

“La oralidad tiene muchas ventajas, pero lo que no se puede hacer es contraponerla a la escritura y catalogar a esta última como un modelo desfasado y a aquella como la mejor, o identificar a la escritura como lo antiguo y lo moderno es lo oral, o, peor aún, lo más eficiente es lo oral y lo deficiente es la escritura”. (Alfaro, 2021: 126)

Siguiendo dicha perspectiva innovadora, Sumaria (2020), en relación a la audiencia preliminar y los criterios o presupuestos, señala con toda precisión y detalle que:

“La propuesta de implementación de la oralidad en el proceso civil se centra en el fortalecimiento de la audiencia preliminar a través de la oralidad, en el modelo denominado de “audiencia preliminar”, a la que son citadas las partes luego de la demanda y la contestación.

(...)

Los criterios matices a establecer normativamente para este objetivo a la audiencia preliminar serían:

- “a) Los jueces deben estudiar el caso de manera previa y tener una propuesta del objeto del proceso que entra a debate en la audiencia entre las partes. Esto exige la inmediación y la presencia del juez.*
- b) Es necesario establecer la responsabilidad complementaria de los litigantes, en expresar con claridad, precisión, sencillez y brevedad todos los hechos afirmados por su parte y la contraparte, y establecer cuáles son controvertidos y cuáles no, lo que exige la presencia de las partes y la preparación de sus abogados.*
- c) Se debe restringir el uso de formatos predeterminados para la fijación del objeto del proceso y los hechos a ser probados, que determina el uso de la oralidad como técnica de recepción y selección de información.*
- d) Se debe evitar el malgasto de recurso y determinar en cada caso concreto, a través del juez, si hay o no una controversia que justifique la secuencia de un proceso, verificado si hay una disputa de hechos, estableciendo cuáles de esos hechos debatidos son pertinentes y si tienen incidencia en la cuestión legal a definir.*
- e) Las partes deben presentar “su caso” de una manera eficiente, para lo cual deben gozar de igual garantía para organizar la información que lleve al proceso.*
- f) No se debe entender a la audiencia como una secuencia de actos procesales, sino adecuarla en todo momento al objetivo perseguido, dando funcionalidad a la “confrontación de posiciones” como mecanismo que sobre la base del contradictorio lleva la formación de la prueba.*
- g) Debe haber una actitud constante para la autocomposición del conflicto”. (pp. 17-18)*

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES A MODO DE BALANCE PROVISIONAL

Siendo conscientes y prudentes, es demasiado pronto para emitir un juicio definitivo respecto de la aplicación de la oralidad en el proceso civil.

Por lo que puede apreciarse su aplicación es progresiva a nivel nacional; esta es lenta y no exenta de dificultades, sin que por ello debamos crucificar de antemano su aplicación.

Sin embargo, tenemos antecedentes (respecto de la aplicación de la oralidad en los procesos penales y laborales) cuyas experiencias deben valorarse para evitar repetir errores, corregir lo que debiera corregirse y potenciar aquello que tiene éxito.

En ese contexto el siguiente es un balance provisional.

1.1. DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO LITIGANTE

- 1.1.1. El abogado civilista debe prepararse para cambiar de paradigma de actuación judicial. Pues debe pasar de la relativa tranquilidad de la escrituralidad donde tiene tiempo para reflexionar y poner sus ideas por escrito.
- 1.1.2. En consecuencia, el civilista debe desarrollar dotes oratorias, capacidad de síntesis y análisis, de poder gestionar eficientemente el estrés y la presión.
- 1.1.3. Ejercitar una gran capacidad de abstracción, basado en una amplia cultura que a su vez sirva de base a su conocimiento jurídico.
- 1.1.4. Desarrollar una ética de estudio y trabajo, basados en la autodisciplina y en la capacitación constante.
- 1.1.5. Practicar una cultura de paz basada en el empleo de medios alternativos de resolución de conflictos; en especial, manejar eficientemente la conciliación en cualquier etapa del proceso.

1.2. DESDE LA PERSPECTIVA DEL MAGISTRADO

- 1.2.1. Asumir un rol protagónico en el desarrollo de las audiencias orales, de tal suerte que no se convierta en un mero espectador de las alegaciones de los abogados litigantes.
- 1.2.2. Compenetrarse de manera decisiva con el desarrollo de la secuela del proceso. Es usual la práctica por parte de ciertos jueces de delegar en los especialistas y en demás auxiliares jurisdiccionales la calificación de las demandas, por ejemplo; bajo el argumento de ser autos en los que solo se verifican el cumplimiento de requisitos formales.
- 1.2.3. Estar atento a las intenciones de los abogados litigantes de querer entorpecer el desarrollo del proceso en general y de las audiencias orales en especial mediante maniobras dilatorias.
- 1.2.4. Prepararse y capacitarse permanentemente a fin de hacer más eficaz y eficiente su labor fundamental de director del proceso y como principal responsable de que se aplique el principio de oralidad en forma debida y efectiva.

1.3. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LOGÍSTICA DEL PODER JUDICIAL

- 1.3.1. Dicho poder del Estado, de manera conjunta con la Academia de la Magistratura, debe desarrollar cursos de capacitación orientados a potenciar las habilidades correspondientes.
- 1.3.2. Debe efectuarse una fuerte inversión en infraestructura adecuada, en equipos de alta tecnología, en una conectividad digital segura y estable, en adecuado soportes informáticos de almacenamiento de información, etc.

1.4. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMACIÓN ACADÉMICA DE LAS FACULTADES DE DERECHO

- 1.4.1. Estas deben urgentemente adecuar sus planes de estudio y mallas curriculares, con el fin de desarrollar asignaturas orientadas a privilegiar en los estudiantes el desarrollo de habilidades verbales y cognoscitivas (cursos de razonamiento lógico, argumentación jurídica, prácticas de litigación oral) etc.
- 1.4.2. Desarrollar desde los primeros ciclos las destrezas verbales mediante la incorporación de cursos prácticos de oratoria.

1.5. DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

- 1.5.1. Capacitar a sus agremiados mediante eventos académicos constantes.
- 1.5.2. Establecer convenios interinstitucionales con las facultades de Derecho, el Poder Judicial y otras instituciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro Valverde, L. (2021). *La oralidad en el proceso civil peruano. Entrevista a Luis Alfaro Valverde*. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 91. Enero. Lima: Gaceta- Jurídica.
- Alsina, H. (1963). *Tratado, teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. T.I. Buenos Aires: EDIAR.
- Bravo Mendoza, L. (2011). *El principio de oralidad en la reforma constitucional al sistema de justicia penal*. Tesis para obtener el título de licenciada en Derecho. Michoacan: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Bustamante Zegarra, R. & Angulo Osorio, D. (2020). *La oralidad en el proceso civil: una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú*. En: revista oficial del Poder Judicial. Vol. 11. N° 13. Enero-Junio 2020. pp. 19-40.

- López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal*. México: McGrawHill.
- Ministerio de Justicia (2005). Plan de Implementación del nuevo Código Procesal Penal. Recuperado en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611021/PLAN-DE-IMPLEMENTACION-DEL-NUEVO-CPP.pdf.pdf>
- Ortells Ramos, M. (2011). *Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil*. En: Revista Ius et Praxis, 16(1). pp. 395-440.
- Peña, H y Peña, J (2011) *Manual de Derecho Procesal Laboral*. Juristas editores: Perú
- Polanco Gutiérrez, C. (2020). *Litigación oral civil. El juez y los abogados en el Nuevo Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reyna Alfaro, L (2016). *Material auto instructivo. Curso “La oralidad en el nuevo modelo procesal penal”*. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/700/MANUAL%20CURSO%20ORALIDAD%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Sumaria Benavente, O. (2020). *Presupuestos para la implementación de la Oralidad en el Proceso Civil*. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 83. Mayo. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sumaria Benavente, O. (2021). *El Nuevo “Principio” de Oralidad en el Proceso Civil. Perspectivas teóricas y desafíos prácticos*. Lima: Instituto Pacifico.
- Sumaria Benavente, O. (2021). *El rol del abogado en el modelo civil oral*. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/gjunes25/ppt-cai-2>
- Valdivia Rodriguez, C. (2022). *La oralidad o litigación oral en el proceso civil. Su visión estratégica en la postulación del proceso y su probanza*. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 97. Julio. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vera, A. (2015). *Transparencia y reforma procesal penal en Chile*. Recuperado de: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3962/dplf-org-cl-vera.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

DELITO DE FALSA DECLARACIÓN EN PROCESO ADMINISTRATIVO REGULADO EN EL ARTÍCULO 411 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Víctor Antonio Castillo Jiménez¹

RESUMEN

La presente investigación, de enfoque cualitativo, busca establecer si la figura jurídica de la falsa declaración en proceso administrativo regulada en el artículo 411 del Código Penal peruano vulnera derechos fundamentales. Para lograr este objetivo general se emplearon métodos generales, especiales, así como las técnicas de la encuesta y de la entrevista a operadores del derecho del distrito judicial de San Martín. Estos instrumentos han permitido contrastar y validar nuestra hipótesis: la reubicación del delito contenido en el artículo 411 del Código Penal no solo garantizará la protección del bien jurídico, sino la garantía constitucional del principio de legalidad

Palabras clave: Falsa declaración en procedimiento administrativo, administración de justicia, fe pública, deber de veracidad.

¹ Abogado, maestro en Derecho Penal, egresado del doctorado de la UPAO y docente universitario en esta casa de estudios superiores, ex fiscal adjunto provincial provisional de la primera fiscalía provincial penal corporativa de Moyobamba.

ABSTRACT

The present investigation, with a qualitative approach, seeks to establish whether the legal figure of the false declaration in administrative process regulated in article 411 of the Peruvian Penal Code violates fundamental rights. To achieve this general objective, general and special methods were used, as well as survey techniques and interviews with law enforcement officials from the judicial district of San Martín. These instruments have allowed us to contrast and validate our hypothesis: the relocation of the crime contained in article 411 of the Penal Code will not only guarantee the protection of the legal right, but also the constitutional guarantee of the principle of legality

Key words: False statement in administrative procedure, administration of justice, public faith, duty of truthfulness

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1991 introdujo dentro de los delitos contra la administración de justicia el delito de falsa declaración en procesos administrativos. En el Título Preliminar de este Código se establecen los principios rectores que regulan la normativa jurídico-penal del país (Art. 10). Los postulados consignados son las garantías clásicas del Derecho Penal liberal y que la doctrina moderna reclama para todo Estado de Derecho: el principio de legalidad (arts. II, III, V y VI), el principio de lesividad (art. IV), el principio de culpabilidad (arts. VII y VIII) y el principio de proporcionalidad (art. VIII).

La gran novedad fue la incorporación del principio de lesividad (art. IV) porque de esta manera el legislador se inclinaba decisivamente por un Derecho Penal de acto. Congruente con esta decisión político-criminal de fundamentar el injusto en el bien jurídico, se ha despenalizado la tentativa inidónea o tentativa imposible (art. 17) y se consideró la gravedad del hecho punible (que debe entenderse mayor o menor desvalor de resultado) como criterio determinante para la delimitación de la pena (art. 46).

El criterio del bien jurídico ha servido para sistematizar los delitos y faltas (Libros II y III). De la exposición de motivos puede deducirse que entre las figuras que han sido suprimidas están los delitos de riña, duelo, adulterio y piratería marítima. La razón de la discriminación radica en que para que una conducta constituya delito debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico. En estos casos no se vulneran bienes jurídicos.

En el capítulo III sección I del Título XVIII del Código Penal el legislador prescribe a los delitos contra la administración de justicia. En el artículo 411 encontramos el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, el mismo que es objeto de análisis y estudio.

La interpretación y resolución jurisdiccional de este ilícito ha producido discordia a nivel de Corte Suprem por la emisión de fallos contradictorios con sus postulados, referidos a la contención, litigiosidad

y configuración típica del citado delito; como, por ejemplo, la “R.N. N° 77-2013-JUNIN que señala que: “El tipo penal descrito en el artículo 411 del Código Penal, requiere como presupuesto objetivo un procedimiento administrativo de carácter contencioso, donde el agente realice una falsa declaración en relación con los hechos controvertidos, que en el marco de normas de derecho público están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...)”.

Por otro lado, la Corte Suprema en una reciente ejecutoria -recaída en la A.V. N° 08-2008- al referirse a la configuración del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo que el falso testimonio es un delito puramente procesal, siendo el bien jurídico protegido la seguridad en la administración de justicia. Para que se configure este ilícito penal se requiere que el agente realice declaraciones falsas en relación a hechos y circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecido por la ley en el marco de un proceso de carácter controvertido o litigioso.

Este tipo penal tiene como verbo rector la falsa declaración que efectúa el agente en un procedimiento administrativo, entendido este según la doctrina como el conjunto de actos efectuados de manera ininterrumpida ante una entidad pública y que dirige la autoridad administrativa conforme a pautas reglamentadas conducentes a la generación de un acto administrativo con efectos jurídicos. Esta concepción figura en el artículo 29 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. La falsa declaración -según interpretación literal y teleológica- estará en intrínseca relación con algún hecho o circunstancia que el agente debe probar en aplicación de los principios de verdad material y de control posterior cuando se advierte que se habría violado el principio de presunción de veracidad.

En tal sentido, es importante entender que el Procedimiento Administrativo conforme a la precitada La Ley General del Procedimiento Administrativo divide en tres los tipos de procedimientos administrativos: a) Los de aprobación automática, b) Los de evaluación previa y c) Los procedimientos administrativos especiales. Existen dos subtipos de este último: c.1) el procedimiento trilateral y c.2) el procedimiento sancionador, siendo el procedimiento trilateral de naturaleza contenciosa, dado que este comienza a través de un reclamo que surge de un hecho que será objeto de controversia entre dos o más administrados que postulan sus pretensiones. Así lo define el artículo 227 de la Ley 27444 al prescribir: “ *El Procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para (...)*”. Igual concepción tiene el procedimiento sancionador, ya que, si bien no está calificado como un procedimiento de naturaleza contenciosa de manera expresa, en este tipo de procedimiento es evidente que existen hechos controvertidos sujetos a debate, dado que tanto el órgano instructor como el administrado deben acreditar su postura respecto a los cargos imputados.

Al interpretar el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, la Corte Suprema ha establecido como línea jurisprudencial que para que se configure dicho ilícito penal se requiere que el agente realice la conducta prevista en el tipo penal en el marco de un procedimiento administrativo

de carácter contencioso, esto es dentro del llamado procedimiento trilateral o sancionador, línea jurisprudencial plasmada en la A.V. N° 08-2008 que en el punto II.2 referido al análisis del delito que nos ocupa señala : *“El falso testimonio es un delito puramente procesal, siendo el bien jurídico protegido la seguridad en la administración de justicia. Para que se configure este ilícito penal, se requiere que el agente realice declaraciones falsas en relación a hechos y circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecido por ley en el marco de un proceso de carácter controvertido o litigioso que demanda celeridad probatoria (...)”*.

Otro problema que se encuentra es la lesión al bien jurídico. La lesividad importa que se determine quiénes son los presuntos agraviados ya que ello es presupuesto necesario para determinar la supuesta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Este delito conforme a su ubicación en nuestro Código Penal no es compatible con los delitos contra la administración de justicia, ya que estos son los que se ventilan dentro de un proceso judicial.

En este orden de ideas, siguiendo el pensamiento filosófico del positivismo jurídico, se considera conveniente elaborar un proyecto de ley con la finalidad de reconfigurar el delito y reubicar en los delitos contra la fe pública.

II. EL TIPO PENAL DE LA FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, previsto en el artículo 411 del Código Penal vigente, no ha obtenido en la doctrina ni en la jurisprudencia un estudio adecuado sobre sus presupuestos.

La casuística penal nos muestra -con cierta frecuencia- que se hace un análisis superficial sobre sus elementos tanto para la imputación de los cargos por parte del ente acusador como de quien finalmente termina emitiendo una condena. Muchas veces se convierte en un debate puramente probatorio y no de estricta tipicidad.

Son pocos los casos en los que se ha logrado cierto debate en la tipología de este delito. Uno de ellos -quizá el más conocido- es el caso del congresista José Oriol Anaya Oropeza (A.V. N° 08-2008, de fecha 11-02-2011), quien en su actividad congresal se hizo de sumas de dinero *vía reembolso*, lo cual fue imputado por la Fiscalía Suprema Penal -entre otros delitos- como falsa declaración en procedimiento administrativo.

En este caso se llegó a la conclusión de que el elemento normativo *“procedimiento administrativo”* no podía referirse a cualquier tipo de procedimiento, sino únicamente a aquellos en los que exista controversia, que presente características de litigiosidad.

La doctrina casi no ha abordado esta figura jurídica, por lo que en esta investigación analizaremos los elementos más importantes de este delito y sobre todo una toma de posición sobre la tesis del carácter litigioso del procedimiento administrativo para efectos de la configuración típica.

El delito de *falsa declaración en procedimiento administrativo* se encuentra previsto en el artículo 411 del Código Penal:

“El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

2.1. Posición de la dogmática nacional

Existen ciertos cuestionamientos respecto a la legitimidad de este tipo penal. Cierta doctrina nacional considera que debe *despenalizarse* la conducta descrita en el artículo 411 de nuestro Código Penal. Así tenemos:

- Frisancho (2012) advierte que *“la falsa declaración en procedimiento administrativo no guarda relación directa con el bien jurídico administración de justicia, objeto de protección de este capítulo. (...) No tiene la administración poder legítimo para compeler a un testimonio ni, por tanto, para exigir un deber de veracidad sancionable en vía penal. Por estas razones, proponemos —de lege ferenda— la desincriminación de esta figura, pues no guarda relación con el objeto de protección de este Capítulo y, además, vulnera el principio de intervención mínima”.*
- De la misma idea es Álvarez (2013) cuando dice *“somos partidarios de despenalizar esta conducta; muy propia de una infracción administrativa o falta; además, la declaración siempre va unida a otros tipos penales que absorben a la primera”.*
- Rojas (2012) -aunque con cierta mesura- precisa al respecto que *“este tipo penal es de por sí altamente debatible, ya que contiene elementos de línea abierta, tales como las frases “procedimiento administrativo” y “presunción de veracidad establecida en la ley”. Además el hecho de haber sido construido como tipo penal en blanco, al determinar que una norma extrapenal sea la llamada a llenar su aspecto objetivo normativo, fortalece la crítica a su regulación legal en el Código Penal, lo que explica que el Perú sea uno de los pocos y solitarios casos en el que se ha criminalizado una conducta de raigambre administrativa”.*

No obstante los cuestionamientos a su legitimidad y las propuestas legislativas para su derogación, lo cierto es que hasta la fecha el delito bajo análisis se encuentra vigente, incluso sin ningún tipo de alteración o modificación en su estructura típica. Por tanto, corresponde desarrollar sus alcances y límites en *pro* de una aplicación más adecuada y proporcional.

2.2. Criterio jurisprudencial

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reiterado que no se trata de cualquier tipo de procedimiento administrativo, sino únicamente de aquellos que presentan características de *litigiosidad*. Al respecto tenemos las siguientes ejecutorias:

- **V. 08-2008 (11-02-2011. Caso congresista Anaya):** *“El falso testimonio es un delito puramente procesal, siendo el bien jurídico protegido la seguridad en la administración de justicia. Para que se configure este ilícito penal, se requiere que el agente realice declaraciones falsas en relación a hechos y circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley en el marco de un proceso de carácter controvertido o litigioso que demanda celeridad probatoria. Que el procedimiento de rendición de cuentas no tiene dicha naturaleza. Es decir, el tipo penal descrito en el presente artículo requiere como presupuesto objetivo un procedimiento de carácter contencioso donde el agente realice una falsa declaración en relación con los hechos controvertidos. (...). Que tal conducta si bien expresa un acto de falsedad no se adecua al presupuesto de litigiosidad, controversia o incertidumbre que exige el aludido tipo penal, por lo que tal comportamiento carece de tipicidad”.*

Aquí conviene hacer un paréntesis. Una situación interesante se dio en el caso del congresista Anaya (AV N° 08-2008), pues en primera instancia, ante la sala penal especial de la Corte Suprema se le absolvió de los cargos por el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo bajo el argumento de que el *reembolso* no era un procedimiento de carácter contencioso, por lo que no se adecuaba al tipo —como se aprecia del extracto jurisprudencial antes citado—.

No obstante, la segunda fiscalía suprema penal interpuso un recurso de nulidad y cuando examinó lo referido a este delito, se mostró en desacuerdo —no en el fallo sino en su fundamento— con la sala penal especial, pues consideraban que el acto de reembolso tampoco podía ser considerado un procedimiento sino más bien un *acto de administración interna*.

Esta argumentación fiscal fue acogida por la sala penal transitoria de la Corte Suprema al momento de resolver el recurso (Recurso de Nulidad N° 862-2011/Lima), precisando lo siguiente:

- *“Que se advierte que los hechos ocurrieron en la secuela de un procedimiento de reembolso, el cual, siguiendo la línea argumentativa del señor Fiscal Supremo en lo Penal, es un acto de administración interna y no un procedimiento administrativo, pues el pronunciamiento de la administración estaba circunscrito a la entrega de dinero vía reembolso una vez acreditados los gastos efectuados en su ejercicio funcional, es decir, la administración misma, como gestor de sus recursos, por tanto, al no tratarse de un procedimiento administrativo en el que se ha falseado la realidad de los hechos, la conducta del encausado es atípica (...)”.*
- **Recurso de Nulidad 77-2013/JUNÍN (28-11-2013):** *“El tipo penal (...) requiere como presupuesto objetivo un procedimiento de carácter contencioso, donde el agente realice una falsa declaración*

en relación con los hechos controvertidos, que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

Queda claro que para la Corte Suprema el procedimiento administrativo típico del artículo 411 del nuestro Código Penal debe tener naturaleza contenciosa. Es evidente que en la tipología de los procedimientos administrativos, de acuerdo a Ley N° 27444 (Ley de Procedimiento Administrativo General), solo son litigiosos los *procedimientos trilaterales* y *sancionadores*, quedando fuera de esta comprensión los procedimientos de *aprobación automática* o de *evaluación previa*.

Consideramos necesario fundamentar esta conclusión toda vez que ni la jurisprudencia ni la doctrina se han encargado de explicar cómo es que se arriba a la *tesis de litigiosidad* para el elemento “procedimiento administrativo”, considerando que el tipo penal no hace distinción alguna.

Podemos entender que la existencia de esta tesis aparece como una solución a la *ambigüedad* que presenta la redacción de este tipo penal, puesto que si consideramos la descripción “*le corresponde probar*” tenemos que decantarnos solo por aquellos procedimientos de carácter litigioso, en tanto solo en aquellos procedimientos (procedimientos especiales: *trilateral* y *sancionador*) es el administrado a quien le corresponde la carga de la prueba y no a la administración.

Por su parte, en el elemento “*violando la presunción de veracidad*” debemos recordar, con Morón Urbina, que este es un principio “*informador de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, consistente en suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan de modo que se invierte la carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la Administración en vía posterior*”.

- En ese sentido solo podemos concluir que la única forma de violar el principio de presunción de veracidad es a través del aprovechamiento de esta presunción por parte del administrado. Es decir, solo en aquellos procedimientos donde la carga de la prueba la tiene la administración, en las que por cuestiones de celeridad y simplificación aquellas declaraciones ingresadas por el administrado se presumen veraces (presunción *iuris tantum*). Desde luego, ello solo ocurre en los procedimientos administrativos no contenciosos, vale decir, los de *aprobación automática* o *evaluación previa*.
- Ahora bien, esta ambigüedad ha hecho posible la aparente convivencia de dos posiciones: la tesis de litigiosidad del procedimiento y de la no litigiosidad de este. Empero, debemos adoptar una postura de cara a una mejor aplicación del delito en cuestión.
- Siendo así nos encontramos de acuerdo con la exigencia del carácter litigioso del procedimiento administrativo. Asumimos esta posición en tanto y cuanto el tipo penal *in comento* impone primero un elemento general, de corte normativo, que es el “*procedimiento administrativo*” y luego describe la conducta que debe realizar el agente “*hace una falsa declaración con relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar*”.

Este elemento es el *núcleo* del tipo penal. Desde luego, resulta ser el elemento más importante, pues aquí se describe la acción que debe realizar el sujeto activo.

- Sin embargo, la redacción típica termina con un elemento condicionante “*violando la presunción de veracidad*”, la cual consideramos de imposible aplicación lógica, en tanto que aceptarla supondría que es la administración y no el administrado quien tiene la carga probatoria de sus afirmaciones. Es decir, iría contra el núcleo duro (falsedad sobre hechos que le corresponde probar) del tipo penal bajo análisis.
- Por tanto, la tesis de *litigiosidad* encuentra sustento lógico en el núcleo rector del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, pues queda claro que en un procedimiento con estas características es el administrado quien tiene la carga probatoria a la que hace referencia parte del núcleo típico (“hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias *que le corresponde probar*”).
- El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, previsto en el artículo 411 del Código Penal, es uno de aquellos delitos que no ha presentado ningún tipo de reforma desde que se puso en vigencia la ley penal.
- Los cuestionamientos sobre su legitimidad no dejan de ser válidos, pues se pretende imponer el poder punitivo sobre hechos que, muchas veces, únicamente merecen sanciones administrativas o que, en el peor de los casos, podrían sustentar la imputación otros delitos de falsedad como aquellos que atentan contra la fe pública.
- Resulta, a todas luces, inexacto que el bien jurídico tutelado sea la administración de justicia o la función jurisdiccional. Lo que pretende custodiar este delito es la protección de la veracidad de las informaciones que ingresan a la administración pública y que servirán de base para una decisión estatal determinada.
- El elemento “falsa declaración” no solo debe tratarse de afirmaciones evidentemente contrarias a la verdad o que no admitan dudas o interpretaciones. También es importante destacar que esa falsa declaración debe guardar lógica correspondencia con el bien jurídico tutelado, esto es, que esa falsedad sea idónea para determinar o variar una decisión estatal a favor del administrado.
- El procedimiento administrativo al que hace referencia el tipo penal no puede ser otro que los procedimientos bilaterales o contenciosos dada la naturaleza litigiosa que poseen. La tesis de *litigiosidad* se fundamenta básicamente en el núcleo rector del tipo: hacer una falsa declaración en relación a hechos *que le corresponde probar* (carga probatoria del administrado). Es este elemento el que debe primar en la interpretación y no su condicionante “*violando la presunción de veracidad*” (carga probatoria de la administración), pues consideramos que se hace evidente una ambigüedad que vacía de contenido el delito *in comento*.
- Desde luego, el presente delito solo podría cometerse con conocimiento y voluntad de hacer una falsa declaración en un procedimiento administrativo. El delito es netamente doloso. Se descartan así las conductas imprudentes.

III.LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO COMO LÍMITE AL DELITO DE FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Nociones preliminares

Nuestro Código Penal ha categorizado al delito de falsa declaración en procedimiento administrativo en el Capítulo III del Título XVIII, en el cual el Derecho Penal cautela el bien jurídico “administración de justicia”.

En primer lugar, la Sección I protege la correcta función jurisdiccional de todos los actos que alteren o modifiquen los hechos que son materia de conocimiento del órgano persecutor (en casos de denuncia calumniosa) o del órgano jurisdiccional (en los casos de falsa declaración en procedimiento administrativo). Asimismo se penalizan los actos que conduzcan a una resolución errada (falsedad en juicio o fraude procesal) o que entorpezcan la finalidad de la administración de justicia (ocultamiento de menor a las investigaciones, encubrimiento personal, encubrimiento real, omisión de denuncia, entre otros delitos).

No obstante, en el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo existen diversos cuestionamientos puntuales a tener en cuenta. Uno de ellos es el momento y la vía en la cual se materializa la conducta típica, puesto que, se sanciona un accionar realizado en vía administrativa, para lo cual es muy importante analizar si realmente existe una afectación a la administración de justicia, cómo es que esta afectación se materializa en el entorpecimiento a la administración de justicia, si existe otro bien jurídico que podría ser tutelado por el presente delito.

Del mismo modo, por la naturaleza del delito y la ubicación del mismo, se debe evaluar a qué etapa dentro o fuera del proceso se atribuye la acción típica.

3.2. Bien jurídico protegido

Para un correcto análisis de este delito es importante estudiar el bien jurídico protegido. Leyva & Lugo señalan que el bien jurídico es equiparable a un valor con relevancia penal, puesto que lo que se busca tutelar son valores de carácter colectivo para mantener una armoniosa convivencia y desarrollo de la sociedad (Leyva & Lugo, 2016). Es muy importante la tutela de dichos valores, puesto que, sin ellos la convivencia social sería un caos. Cabe hacer énfasis, no obstante, en que tales valores sociales también encuentran protección en otras instancias menos gravosas que la penal, por lo que si existen otras instancias igualmente satisfactorias pero menos gravosas, se recurre a ellas y se deja la vía penal como ultima ratio.

Respecto al bien jurídico tutelado en el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, Manuel Frisancho (2011) indica lo siguiente:

Es remota la posibilidad que tiene este delito para poner en peligro la Administración de Justicia. Sin embargo, forzando un poco la interpretación, podemos decir que pone en riesgo la etapa pre-procesal, desde el momento en que el resultado del procedimiento administrativo puede arrojar las pruebas o indicios necesarios para iniciar un proceso civil o penal. (p.172)

Tal como se puede apreciar en lo descrito por el autor citado, existe un fuerte cuestionamiento en relación a la tipificación del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, puesto que no hay una certeza plena que el presente delito realmente vulnere o ponga en peligro la administración de justicia. No obstante, tal como se ha citado en la parte inicial del presente capítulo, el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo se encuentra regulado dentro del Capítulo III del Título XVIII relacionado a la tutela del bien jurídico “administración de justicia”.

El autor hace énfasis en la etapa en la cual el presente delito vulnera o pone en peligro la administración de justicia, siendo esta, la etapa pre procesal es necesario hacer hincapié en lo comprendido dentro de la “administración de justicia”. Concha & Caballero (2001), citando a Héctor Fix-Zamudio refiere lo siguiente: “es un concepto con dos acepciones: en primer término, se refiere a la actividad jurisdiccional del Estado y, en segundo lugar, implica el gobierno y administración de los tribunales.” (p.1)² De lo referido por el autor podemos observar que el bien jurídico “administración de justicia” comprende dos acepciones, la primera respecto a la actividad jurisdiccional del Estado, la cual implica la facultad propia de ciertos funcionarios para la resolución de controversias. La segunda acepción hace referencia a la correcta organización de los tribunales, lo cual influye de manera directa en el correcto y eficaz desarrollo de sus actividades jurisdiccionales.

En relación con la percepción de la administración de justicia y su relación con la verdad, Wilenmann (2011) manifiesta que:

Una cosa es la obligación del testigo de comportarse de determinada forma, de decir lo que él cree es toda la verdad, y otra cosa es la razón que se encuentra tras esa obligación, y tras el refuerzo penal parcial a esa obligación, y el objeto que se afecta mediante la falsedad. (p.554)

El impacto de la verdad respecto a la administración de justicia radica no solo en el deber del testigo de hablar con la verdad, sino en la necesidad de recurrir a la última ratio: la penalización de la conducta del testigo que no exprese la verdad de los hechos y genere confusiones en el desarrollo del proceso penal. En relación con ello Frank Valle (2019) nos indica lo siguiente:

Recuérdese que el bien jurídico tutelado es específicamente la tutela de la veracidad de las informaciones que servirán de base para una decisión estatal determinada. Siendo así, la falsedad típica de este delito sólo puede recaer en aquellas afirmaciones que fundamentan la decisión del Estado, y no sobre aquellas que solo son accesorias o referenciales, pues éstas no tienen mayor incidencia en la deliberación. (s.p)

2 Concha, H. & Caballero, J. (2001). *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En la evaluación del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo la conducta típica no debe recaer sobre cualquier declaración falsa dentro de un procedimiento administrativo, sino aquellas declaraciones que sirvan de sustento base para que el Estado funde su decisión. No solo debe analizarse que la conducta típica se cumpla, sino también, de que el daño sea efectivo e influya en las decisiones estatales y por ende en el correcto ejercicio del desarrollo de sus funciones.

Del mismo modo es necesario poner cierto énfasis en aquellas declaraciones que no influyen de manera directa y concreta en la decisión del Estado, cuál sería el accionar del ius puniendi del Estado si como ya se ha establecido dicho supuesto no acarrea responsabilidad penal pues la respuesta a ello es muy puntual y clara, ello en mérito a tres factores importantes la mínima intervención y la vía igualmente satisfactoria.

Respecto a la mínima intervención, a nivel jurisprudencial la sala penal transitoria en el recurso de nulidad N.º 1148-2019, en su fundamento quinto señala lo siguiente:

Entre los principios fundamentales que rigen el derecho penal se encuentra el de mínima intervención, el cual supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar las transgresiones normativas que afectan bienes jurídicos. (f.j. 5)

En base al principio de mínima intervención, por medio del cual se concibe al derecho penal como la última ratio, se puede señalar que si la conducta no ha generado un perjuicio directo en la decisión optada por el Estado no existiría la necesidad de sancionar dicha conducta de manera penal, puesto que tal escenario desnaturalizaría la norma penal y se impondría sanción a una conducta que en la materialidad de los hechos no ha trasgredido ni vulnerado algún bien jurídico tutelado.

Se debe tener en cuenta que el hecho de que una conducta no tenga una sanción en la vía penal, no significa que la misma quede impune y no sea meritoria de sanción alguna, puesto que dentro de la vía administrativa existen procedimientos que sancionan este tipo de conductas, por lo cual es correcto afirmar que si tal conducta trasgrede obligaciones tales como el deber de veracidad, de honestidad, imparcialidad, etc., cuenta con sanción en la vía administrativa, pero no está legitimada la imposición de sanción penal, debido a que, tal como se ha venido desarrollando, se trata de falsas declaraciones que no tienen incidencia en la decisión del Estado y, por ende, no existe la afectación como tal al bien jurídico tutelado.

Para comprender la importancia de la veracidad en las declaraciones debemos hacer hincapié en los impactos que tales declaraciones generan, evaluar la trascendencia de los mismos y con ello poder afirmar si existe legitimación en la penalización del delito que tutela tal bien jurídico. Wilenmann (2011) refiere lo siguiente:

Existiría un interés público en “la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales y en ciertas otras actuaciones judiciales. El criterio pretende poner énfasis en la relación de dos aspectos

centrales que recorren a algunos de los tipos de la categoría: el proceso y la prueba, dejando un criterio residual para lo que no pueda ser comprendido en ambos conceptos anteriores. (p.555)

De lo citado en el párrafo anterior se puede distinguir el impacto de la veracidad de las declaraciones en la administración de justicia, repercutiendo en el desarrollo de los procesos y en la prueba, por lo que tras un análisis general se puede señalar que tanto el correcto desarrollo de un proceso y la institución de la prueba juegan un papel muy fundamental en la resolución final de los procesos y por lo tanto en la eficaz aplicación de las normas y la obtención de “justicia”.

Houed (2007) conceptualiza a la prueba y nos menciona lo siguiente: “se puede concebir la prueba como todo dato o elemento objetivo que pueda servir al descubrimiento de la verdad, en relación con los hechos que se investigan”. (p.12). Tal como lo refiere el autor, la prueba tiene como finalidad el esclarecimiento de los hechos materia del proceso, con el propósito que el juez tenga una correcta visión de los sucesos y en base a ello, pueda aplicar de manera correcta el Derecho..

El Tribunal Constitucional STC -Exp. N° 03997-2013 -en el fundamento 6 expone que: “según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.” (f.j. 6) Lo resaltante de lo señalado por el supremo intérprete de nuestra carta magna radica en la finalidad de la prueba, la cual tiene como propósito acreditar las afirmaciones expuestas que desarrollan la teoría del caso de las partes dentro de un proceso.

La jurisprudencia mediante el Recurso de Nulidad 77-2013 – Junín de fecha 28 de noviembre del 2013 señala lo siguiente:

El falso testimonio es un delito puramente procesal, siendo el bien jurídico protegido la seguridad en la administración de justicia, por ello el fundamento del castigo se halla en el perjuicio que acarrea la dación de sentencias injustas.

IV. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*: LA NECESIDAD DE LA REUBICACIÓN DEL DELITO DE FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Tal como se ha podido apreciar en el punto anterior, existe diversos cuestionamientos a la tipificación del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo debido a si realmente existe una afectación a la administración de justicia como bien jurídico tutelado o en caso contrario, su tipificación debería corresponder a la protección de la fe pública. Frisancho (2021) señala lo siguiente:

No tiene la administración poder legítimo para compeler a un testimonio ni, por tanto, para exigir un deber de veracidad sancionable en vía penal. Por estas razones, proponemos de *lege ferenda* la

desincriminación de esta figura, pues no guarda relación con el objeto de protección de este Capítulo y, además, vulnera el principio de intervención mínima. (p.147)

El mencionado autor señala que no es legítimo el deber de veracidad en el testimonio en vía administrativa bajo posible sanción en la vía penal, puesto que la acción típica del presente delito no guarda conexidad con el bien jurídico “administración de justicia”. Hugo Álvarez manifiesta que el sustento que da pie a la postura de *lege ferenda* en relación al delito de falsa declaración en procedimiento administrativo gira en torno a que la naturaleza de la acción típica responde a la configuración de una infracción administrativa o falta (Hugo, 2004). Esta postura se basa en el análisis de la gravedad de la afectación de los bienes jurídicos tutelados, haciendo énfasis en que existen vías igualmente satisfactorias pero menos gravosas en cuanto a la restricción de derechos.

Antes de proponer el cambio del ámbito que tutela el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo y proteger el bien jurídico “fe pública”, es menester desarrollar qué es lo que se entiende o se puede comprender por “fe pública”. El portal virtual del Ministerio Público Fiscalía de la Nación expone lo siguiente:

Es un bien jurídico y se expresa como la aceptación de autenticidad que brinda una comunidad a los documentos o certificaciones oficiales y surge del valor que la ley da a la forma, naturaleza y contenido de instrumentos o actos. (s.p)

Tal como se puede apreciar en lo descrito por la citada institución, la fe pública consiste en la valoración de autenticidad, de la veracidad que se brinda a cierta documentación, lo cual, de manera puntual, cuenta con una relevancia dentro de un sistema jurídico.

Los delitos contra la fe pública afectan de manera directa la autenticidad de los documentos públicos y privados, generando el efecto primigenio contrario, puesto que, en vez de brindar seguridad en jurídica en favor de los actos jurídicos, perjudican y entorpecen el actuar de la ciudadanía.

La delimitación de lo comprendido por “fe pública” es mucho más concreta y específica que lo concerniente a “administración de justicia”. Desde esta perspectiva se puede expresar los motivos por los cuales se considera más atingente que el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo deba tutelar la “fe pública”, no solo por meros formalismos y tecnicismos, sino por el impacto que genera una distinta ubicación del delito dentro del cuerpo normativo penal.

Es importante señalar que, al momento de realizarse el juicio de tipicidad, existen diversos problemas para encuadrar los hechos imputaciones y la supuesta conducta. Por ello Robert Alexy (2009) indica que:

Existen dos operaciones básicas en la aplicación de la ley: la subsunción y la ponderación. Mientras que la subsunción ha sido esclarecida en grado considerable en las últimas décadas, en cuanto a lo concierne a la ponderación todavía existen muchas cuestiones que responder. (p. 40)

Tal como lo expresa el autor, en relación a la aplicación del Derecho, existen dos operaciones principales: la ponderación mediante la cual se sobrepone una norma sobre otra, dependiendo las exigencias del caso y se termina aplicando la que cuente con mayor fuerza.

En relación al juicio de subsunción, este se refiere al proceso por medio del cual se intenta acoplar la realidad a los supuestos de hecho descritos en la norma, esto quiere decir que se determina y establece las características principales y/o relevantes de algún suceso en la realidad (la conducta típica de una persona) y se compara con las características descritas, con la finalidad de demostrar o no que la conducta narrada en la norma si se cumple en la realidad.

El proceso de subsunción garantiza el respeto de los derechos fundamentales de las personas, característica imprescindible en los Estados de Derecho, puesto que para llegar a la tipicidad de un delito se debió analizar cuestiones tales como, determinar cuál es el verbo rector en la norma o en caso de varios verbos rectores se aplica al caso en concreto; individualizar la conducta del imputado, explicar detalladamente en que consistió dicha conducta, compararla con la conducta exigida por la norma para determinar si son las mismas y por lo cual es meritorio la aplicación de las consecuencias jurídicas, etc. Tal como se puede apreciar en el proceso de subsunción hay diversas “etapas” que el operador del derecho debe ir describiendo, probando, explicando, etc. para solo de ese modo poder concluir y afirmar que se deben aplicar las consecuencias jurídicas.

Mediante el proceso antes descrito se ponderan principios como el de tipicidad, la presunción de inocencia, antijuridicidad, culpabilidad, entre otros, los cuales son base fundamental de un Estado de Derecho, puesto que, limita la arbitrariedad en relación a la aplicación del Derecho, debido a que se establece estándares mínimos que se deben cumplir, límites que no deben sobrepasarse y parámetros que deben respetarse. Caso contrario, el mundo del derecho sería un caos, ya que, si no existiese el proceso de subsunción, no existiría tampoco alguna certeza de que realmente se esta aplicando de manera correcta la norma jurídica.

Cabe analizar los cuestionamientos al bien jurídico tutelado en el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo. El argumento es que el bien jurídico la “administración de justicia” es muy genérico y que la redacción de la normativa penal no ha hecho esfuerzos por ser más específico, lo cual afecta de manera directa y concreta en el momento de aplicar lo tipificado en la realidad.

Al no existir una claridad entre la relación del delito y el bien jurídico que se intenta proteger, la reprochabilidad y la exigencia de una conducta conforme a ley, en muchos escenarios se complica, no porque sea complejo respetar las normas, sino porque no se tiene claro que se está intentando tutelar.

Siendo esto así, al momento de evaluar la conducta descrita en la norma y la conducta realizada en la realidad, se puede llegar a concluir que lo que se intenta penalizar es atípico, o que se configura como antijurídico, puesto que puede ser que la conducta se acople a la norma, pero no exista una afectación

al supuesto bien jurídico tutelado, lo cual genera una falta de certidumbre al momento de imputar la comisión de un delito.

Asimismo si esta problemática no se materializara en la realidad, el Ministerio Público, y en general los operadores del Derecho, pudieran aplicar la norma de una manera concreta y directa, sin tanta problematización en su desarrollo.

No obstante, tal como se ha indicado en el presente capítulo, existen posturas tales como la de Frisancho. Este señala que el presente delito no debería estar ubicado dentro de la protección de la “administración de justicia”, sino que debería ubicarse dentro de los delitos que tutelan “la fe pública”.

En relación al momento en el cual suceden los hechos, podemos afirmar que, si bien es cierto, independientemente si es durante el proceso o en una etapa preprocesal, se infringe el deber de veracidad, que de manera puntual lo exige la norma administrativa, pero que de manera general es un deber que toda persona debe cumplir; **más aún, si tiene la calidad de funcionario o servidor público**. No obstante, el momento en el cual sucede tal conducta, es relevante, debido a que no busca de manera directa obstruir la administración de justicia o entorpecerla, sino que, de manera incorrecta e ilegal altera la realidad y lo materializa en un documento propio de un procedimiento administrativo.

V. EL DELITO DE FALSA DECLARACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En cuanto a la legislación comparada en Colombia se halla regulado el delito de falso testimonio. En nuestro país esta nomenclatura es utilizada para referirse al delito de falso testimonio en juicio previsto en el artículo 409 del Código Penal, pero que se trata este último de un delito especial propio ya que solo puede cometerlo un testigo, perito, traductor o intérprete dentro de un proceso jurisdiccional. No obstante la redacción típica del delito de falso testimonio establecido en el artículo 442 del C.P. Colombiano establece que el sujeto (cualquier persona, no se exige sujeto cualificado) sea en instancia jurisdiccional o administrativo emite juramento faltando a la verdad o calle total o parcialmente será sancionado con pena privativa de la libertad de 6 a 12 años.

En ese sentido, tenemos que dicho tipo penal colombiano se asemeja más a la redacción típica del delito de falsa declaración el procedimiento administrativo previsto en nuestro código sustantivo. Incluso con fecha 15 de abril de 2021 los congresistas de Acción Popular presentaron un proyecto de ley a efectos de modificar el artículo 411 del Código Penal y adicionar el delito de perjurio para sancionar a toda persona que falte a la verdad, la cambie o tergiversarse.

Respecto a otros países no se aprecia una figura semejante a la peruana, debiendo establecerse que se trata de una figura *sui generis* que solo se puede homologar a la figura penal colombiana.

CONCLUSIONES

- La reubicación del delito contenido en el artículo 411 del Código Penal va a garantizar no solo la protección del bien jurídico, sino la garantía constitucional del principio de legalidad, pues al verificarse ambigüedad entre el vínculo tipo penal e interés tutelado el juicio de subsunción se ve directamente afectado, no porque sea difícil acatar las reglas, sino debido a que no es concreto lo que persigue proteger.
- En el derecho comparado el tipo penal colombiano se asemeja más a la redacción típica del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo previsto en nuestro código sustantivo, pero su *nomen iuris* difiere ya que se denomina delito de falso testimonio. Respecto a otros países no se aprecia una figura semejante a la peruana, debiendo establecerse que se trata de una figura *sui generis* que solo se puede homologar a la figura penal colombiana.
- Existe un fuerte cuestionamiento a la tipificación del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, puesto que no hay una certeza plena que el presente delito realmente vulnere o ponga en peligro la administración de justicia. No obstante, este tipo penal se encuentra regulado en el Código Penal, identificándose que existe una infracción al principio de lesividad y al principio constitucional de legalidad, puesto que de la interpretación de la redacción típica del citado delito se puede evidenciar que el bien jurídico que busca proteger es la fe pública y el deber de veracidad de los sujetos respecto a algo que afirmaron en un procedimiento administrativo.
- Se ha determinado la necesidad de reubicar el delito contenido en el artículo 411 del Código Penal, para que su nueva posición en el plexo normativo sea compatible y constitucional respecto al principio de legalidad, por lo que se hace necesario una reforma legislativa mediante un proyecto de ley. Esta propuesta es novedosa, ya que nunca se ha propuesto un cambio al respecto y que repercute directamente en un mejor manejo de la administración de justicia penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y revistas

- Alexy, R. (2009) “*Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural*” Foro Jurídico n° 9.
- Concha, H. & Caballero, J. (2001) “*Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Frisancho, M. (2011) “*Delitos contra la Administración de Justicia*”. Jurista Editores.
- Frisancho, M. (2012). *Delitos contra la administración de justicia*. Segunda edición, Ediciones Legales.

- Houed, M. (2007). *“La prueba y su valoración en el proceso penal.”* Nicaragua. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Hugo, S. (2004). *Delitos contra la administración de justicia.* Gaceta Jurídica.
- Leyva, M & Lugo, L. (2016). *El Bien Jurídico y las funciones del Derecho Penal* (The Good Juridic and the function of the Criminal law). *Revista Derecho Penal y Criminología*, XXXVI (100). pp. 63-73.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho penal. Parte general.* Repertor.
- Moreno, J. (2018). *“El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo solo se verifica en uno de característica litigiosa”*, <https://lpderecho.pe/delito-falsa-declaracion-procedimiento-administrativo-litigioso/>.
- Morón, J. C. (2014). *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general.* Gaceta Jurídica.
- Pariona, R. (2014). *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales.* Instituto Pacífico.
- Peña, A. R. (2012). *Derecho penal. Parte especial.* Tomo VI. Idemsa.
- Rojas, F. (2012) *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación.* Gaceta Jurídica.
- Valle, F. *“La tesis de litigiosidad en el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo”*. *Lp Pasión por el derecho.* https://lpderecho.pe/tesis-litigiosidad-delito-falsa-declaracion-procedimiento-administrativo/#_ftnref6
- Wilenmann, J. (2011) *“La Administración de Justicia como un bien jurídico protegido”*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.* [pp.531-573]

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Expediente A.V. 08 – 2008, «Caso del ex congresista José Oriol Anaya Oropeza». Sentencia de fecha 11 de febrero del 2011, fundamento jurídico 2 (delito de falsa declaración en procedimiento administrativo).
- Segunda Fiscalía Suprema Penal (a cargo del Dr. Pablo Sánchez Velarde), *Dictamen Supremo N° 09-2011*, Lima: 21 de junio del 2011. Fundamento Jurídico III.5.
- Expediente N° 00578-2019-0-2601-JR-PE-01 (Tumbes). (22 de mayo de 2019). Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes.
- <https://lpderecho.pe/caracteristicas-falsa-declaracion-procedimiento-administrativo/>

- Casación N° 674-2018 (San Martín). (28 de octubre de 2019). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Penal Permanente. <https://lpderecho.pe/falsa-declaracion-procedimiento-administrativo-presentar-declaracion-jurada-falsa-concurso-publico-constituye-delito-casacion-674-2018-san-martin/>
- Recurso de Nulidad N.º 862-2011/Lima, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.
- Sala Penal Transitoria - Recurso de nulidad n.º 1148-2019, Fundamento Quinto.
- Recurso de Nulidad 77-2013 – Junín de fecha 28 de noviembre

SOCIEDAD, CULTURA Y POLÍTICA EN EL PERÚ

Oscar Murillo Serna



Un análisis de las razones profundas que llevaron a Pedro del Castillo a un breve ejercicio de la presidencia de la República.

En este artículo analizaremos las últimas elecciones generales del año 2021 en las que tras la primera y la segunda vuelta salió elegido el maestro rural Pedro Castillo como presidente de la república. El resultado fue muy ajustado: Castillo fue elegido por el partido político Patria Libre con ocho millones; Keiko Fujimori del partido Fuerza Popular obtuvo un número de votos muy cercano al ganador.

Estas elecciones presidenciales tuvieron lugar en una coyuntura económica, social y política muy crítica para el país, como consecuencia de la pandemia del COVID-19. Una situación realmente difícil para todos los sectores sociales, pero agravada para los sectores marginales por las grandes dificultades en las que estos se encuentran.

La amenaza permanente de la muerte y el temor de contagiarnos trastocó nuestras vidas de manera dramática sobre todo después de las políticas de confinamiento.

A medida que el confinamiento avanzaba y las noticias periodísticas entraban a nuestros hogares, los estragos de esta forma de conducta comenzaban a afectar nuestro ser social. No era un problema estrictamente de salud lo que nos molestaba, sino las medidas extremas que el gobierno adoptó para combatir el COVID-19. Una suerte de relación asimétrica que establecía el gobierno del presidente Vizcarra para mantenernos confinados con unos efectos sociales y/o psicológicos que aún no conocemos en profundidad, pero si tenemos idea de los efectos anímicos. Hacía más de dos años que no veíamos a los amigos, parientes, colegas o padres por el miedo de contagiarnos o contagiarlos.

Este confinamiento obligado no fue acatado por muchos sectores sociales de la misma forma. Los sectores sociales llamados populares rompían con estas políticas de confinamiento por la imposibilidad de encontrar soluciones a sus problemas de vivienda, vestido, alimentación o agua. Esto se agravaba a medida que avanzaba la pandemia.

Estos sectores dependían más de las cadenas de relaciones sociales antes que de las políticas asistenciales propiamente dichas, porque estas no solo tardaban en llegar, sino que además eran muy limitadas, sobre todo en el campo de atención de la salud. Los primeros en desacatar este confinamiento fueron las cadenas sociales estructuradas alrededor de la llamada “olla común” una extraordinaria red social de solidaridad en los barrios marginales para subsanar las limitadas y contradictorias políticas de salud formuladas por el gobierno de Vizcarra. Las sociedades humanas actúan en base a creencias, valores o símbolos que son los elementos constitutivos de la sociedad. El hombre crea modelos simbólicos que ordenan su conducta y estos no están dados por la naturaleza, sino por la sociedad históricamente determinada.



Las elecciones generales pasadas se convirtieron en una lucha por el reconocimiento étnico, social y cultural.

El mundo social no existe como un mundo solo material o en sus propios términos, sino en tanto organización social por sus formas culturales. Por ello la dimensión simbólica (cultura) que impregnó la participación de los ciudadanos en el último proceso electoral es fundamental. Ante el desencuentro con la política el elector se refugia en su propia identidad y las decisiones que adopta tienen que estar legitimadas por la cultura.

La cultura aparece como una totalidad inclusiva que proporciona creencias, valores y símbolos a una sociedad dada. De esta manera, antes que como un proceso ideológico en crisis, el último proceso electoral se presentó a la conciencia de los sujetos como un elemento culturalmente interiorizado.

Williams (1997: 54) define la cultura como un sistema significativo realizado y distingue entre un sistema significativo manifiesto y un sistema significativo latente o implícito. Si se nos permite una metáfora un tanto pedestre, la cultura se presentaría como el azúcar en dos estados: sólido y disuelto en el conjunto de actividades sociales especializadas y constituyentes.

De acuerdo con esta definición la cultura representa un campo específico de la acción social junto a otros campos sociales como el económico o el político, pero la cultura aparece como un elemento

disuelto en todos ellos. Williams (1997: 56) afirma que un sistema significante es intrínseco a todo sistema económico, a todo sistema político, a todo sistema generacional y, más extensamente, a todo sistema social.

“La cultura configura las formas como la gente se alimenta, hacen política e intercambian en el mercado tanto como configura sus formas de escribir poesía, cantar corridos y representar dramas. No sólo actúan las gentes de acuerdo con la realidad percibida, sino que carece de sentido hablar de una realidad “bruta” con independencia de la cultura. La miríada de modos de percibir y organizar la realidad es culturalmente específica, no pan-humanos”. Rosaldo (1993:196).

Por eso todo sistema sociocultural en la práctica también se presenta “como lenguaje, como sistema de pensamiento o de conciencia o para utilizar ese difícil término alternativo como ideología. Además, todos ellos existen no solo como instituciones y obras, y no solo como sistemas, sino también necesariamente como prácticas activas y estados mentales”. Williams (1982:195), en Ariño (1997).

Un proceso electoral- como cualquier práctica social- comprende la relación de un emisor con un destinatario o muchos emisores y muchos destinatarios. Por eso el discurso político (lenguaje) constituye una estrategia verbal de acceso al poder en la medida que el discurso es un mecanismo para actuar y lograr por este medio la consecución de los objetivos y los intereses particulares que persigue el emisor

En destinatario del discurso político del candidato Pedro Castillo no estaba bien estructurado, hacía más bien uso de una categoría amplia como la de pueblo o más moderna como la de ciudadanos. En función de la ciudad, distrito o provincia que visitaba su discurso político, se impregnaba de elementos simbólicos de las culturas locales que terminaba convirtiendo la comunicación política en una reflexión crítica sobre la situación social de la comunidad, la pobreza, la desigualdad, pero también sobre los valores y creencias de quienes al momento del discurso eran los destinatarios.

En una comunicación política las palabras -como dice Escandell (ver Murillo 2001:173) - pueden adquirir contenidos significativos que no se encuentran directamente en el significado literal de la palabra, sino que su doble significación depende de la manera como el emisor actúa en la comunicación. Esta situación nos permite comprender porque el acto de la enunciación de un discurso no es un hecho estrictamente lingüístico, sino que depende de las situaciones en las que el discurso es emitido. Incluso así este contenido del discurso expresa la dimensión social en que se producen los significados y los valores culturales

“Los procesos constitutivos del discurso deberían, por tanto, ser comprendidos en términos de una dialéctica, en la que el impacto de la práctica discursiva depende de cómo interactúa con la realidad preconstituida... el discurso incluye referencia a objetos preconstituidos, tanto como la significación creativa y constituida de los objetos. En síntesis, la práctica discursiva es una forma (entre otras) de práctica social, un modo de acción y no solo un modo de representación. Pero la relación entre la práctica discursiva y la estructura social es dialéctica: aquella es una condición y un efecto de esta”. Ariño (1997:137).

En la medida que el discurso político de Castillo disolvía la “realidad” cultural y social en el discurso, el discurso político se hacía performativo, no por los esfuerzos discursivos del emisor, sino porque este discurso produce significados o hace uso de un sistema de creencias o valores que genera identidad para la audiencia social que en determinadas regiones del Perú era mayoritariamente indígena, quechua o aymara.

Un discurso -dice Fairckough en Ariño (1997: 143)- es a un tiempo un texto (hablado, escrito, ritualizado), una práctica discursiva (que implica producción, transmisión e interpretación del texto) y una práctica social. El término designa formas de estructurar simbólicamente áreas del conocimiento y de la práctica social.

En correspondencia con las funciones del lenguaje (ideacional, relacional e identitaria) el discurso constituye identidades sociales y posiciones subjetivas, pero también relaciones sociales y produce sistemas de conocimiento y creencias.” Ariño (1997: 143).

El discurso entonces no es exclusivamente un texto hablado o escrito, cuya configuración depende de otras realidades que no son propiamente discursivas; sino que el discurso político constituye un medio de persuasión o convencimiento que hace uso el emisor, para la conquista del poder, más allá de una expresión lingüística. En una situación de comunicación, el discurso también hace referencia a la posesión o situación social (estatus) que connota por su ubicación un uso instrumentalizado del discurso con la finalidad de transformar la realidad política o ideológica en la que está inmerso el destinatario.

El discurso político de Castillo no era el mismo en cada una de las regiones. En determinadas regiones este emisor desafiaba más la desigualdad o la pobreza; en otras las contradicciones externas, el capitalismo, las grandes empresas mineras; o denunciaba la corrupción o volvía a desafiar el abuso de poder o denunciaba la dominación. En realidad, este emisor construye distintas narrativas en función del destinatario, que en última instancia es el verdadero productor del discurso. Porque discurso performativo no es aquel que dice lo que quiere decir el emisor, sino aquel, que quiere oír el destinatario.

Se necesita estudiar empíricamente los procesos de producción, circulación y apropiación de las formas simbólicas para saber si este emisor producía un solo discurso o reelaboraba su narrativa en función del destinatario. Un aspecto esencial del análisis del discurso consiste en explicar la interrelación de las prácticas discursivas con las prácticas sociales. Más aún cuando en un discurso político se trata de analizar la instrumentalización de las formas simbólicas que hace el emisor para conquistar el poder.

Es evidente que el discurso político de Castillo, por la forma como se produce, hace referencia a un enunciado de la sociedad, a la distribución desigual de los recursos; pero también constata una sociedad atravesada por estructuras de dominación, que establecen relaciones profundamente desiguales que afectan a los segmentos sociales más deprimidos del medio rural y de los barrios marginales de las grandes ciudades, que viven en la pobreza y en la pobreza extrema. El eslogan utilizado por Castillo durante toda su campaña encierra esta realidad: “ No más pobres en un país rico. Palabra de maestro”.

Pero el discurso de este líder natural iba más allá: La lucha por el reconocimiento o el reconocimiento del otro. El reconocimiento de la dignidad, la humanidad y su identidad cultural.

La lucha política por el reconocimiento abarca la lucha por la identidad, desde las luchas de liberación nacional como el nacionalismo, los movimientos islámicos, los movimientos regionalistas que luchan contra el centralismo del Estado hasta los nuevos movimientos modernos de los diferentes grupos sociales.

La lucha por el reconocimiento, según el filósofo Hegel, fue el principal impulsor de la historia humana. La mayoría de estos procesos de lucha por el reconocimiento fueron muy violentos como la Revolución Francesa o las luchas anticoloniales en distintos países del mundo. Lo interesante de este proceso en nuestro país es que se ha dado en el marco de la responsabilidad democrática, no exenta desde luego de una violencia verbal inusitada.

Pero lo interesante es constatar cómo la identidad se ha convertido en la clave de bóveda que ha abierto la ideología hacia un contenido de estructuras significantes. Castillo, para decir lo menos, se sirvió como expresión de su autoconciencia y /o de su posición social (maestro rural, campesino, trabajador del campo, habitante de un poblado rural para producir un discurso informativo aceptado por un electorado inmerso en el mismo universo cultural.

A este discurso político le subyace una visión activa de las estructuras culturales significantes que el emisor comparte con el destinatario. Una cultura que por un esfuerzo metodológico denominamos cultura común neoindígena.

Ahora bien, en un país como el nuestro tan desigual y contradictorio, las estructuras de dominación de clase empujan hacia abajo esta realidad cultural, que adopta a lo largo de nuestra historia una forma piramidal, en cuya base justamente se encuentra la gran mayoría de peruanos desposeídos de los medios de producción en el medio rural y/o urbano.

Para comprender este esquema nos parece importante recurrir a la teoría de la cultura, que propone Urdiembre, quien la define de la misma manera que Williams como un sistema constituyente de toda actividad humana y de todas las instituciones sociales.

Para Bourdieu la cultura se presenta como un campo específico de la sociedad humana junto a otros campos como el económico o el político. Lo importante es el modo como este subordina los campos sociales o culturales por los efectos de la lógica de la lucha por el poder.

Ariño (1997) interpretando la teoría de los campos que integran y constituyen una sociedad sostiene que no solo son independientes, sino que mantienen relaciones de dominación y subordinación entre ellos. (1997: 58- 59). En este caso es evidente - como dice Ariño-el campo político empuja hacia abajo el campo cultural por los efectos de la subordinación.

Este modo de analizar la sociedad como un sistema integrado por subsistemas sociales expresa una dinámica de campos de fuerzas y de luchas, lo que determina la naturaleza de la interrelación del campo cultural con el político.

Por ello el campo cultural no se puede considerar como un campo de distribución homogénea y equitativa de los bienes simbólicos.” Por el contrario, en todas las sociedades encontramos una distribución estratificada de los mismos en función de criterios muy diversos y la misma cultura opera como un marcador de las distancias sociales, dando lugar a luchas por la posesión del capital cultural y a estrategias sociales de distinción”. Ariño (1997: 63)

La desigualdad social configura lo que se puede llamar una cultura dominante, como expresión de una forma de vida que se impone al resto de la sociedad, como si esta fuera la única forma de la identidad cultural (nacional). En el seno de una sociedad tan desigual como la nuestra, la diferencia cultural entre el “otro” diferente: indígena, mestizo o cholo con el NOSOTROS (categoría abstracta para referirse a los sectores sociales dominantes multiculturales) connota una inferioridad refractaria que se opone a aceptar como iguales a los otros.

Considerando que todos los seres humanos estamos constituidos por una cultura, las relaciones humanas tendrían que fortalecerse y no negarse puesto que todos somos miembro de una sociedad. En cualquier país o sociedad existen tantas culturas como grupos humano; puesto que la diversidad cultural es el resultado del modo de vida de los seres humanos, así como de factores ambientales y sociohistoricos propios de un país.

En nuestro país los estudios culturales no tienen la profundidad necesaria. No contamos con estudios históricos de la realidad cultural del país. Las investigaciones se han volcado más en las investigaciones arqueológicas para descifrar la realidad cultural inca o preinca. Los estudios arqueológicos constatan una diversidad cultural durante la época precolonial basada en fuentes arqueológicas. Aunque la dominación de la cultura inca era inobjetable, por el régimen político basado en la reciprocidad y la redistribución, muchas de estas culturas o naciones no fueron desestructuradas por el Estado inca, al contrario, convivieron bajo condiciones de dominación.

Cabe resaltar la gran complejidad cultural de las sociedades y civilizaciones precoloniales. Partimos de la idea que “ a mediados del siglo XVI, el mapa etnopolítico de los Andes era el de un verdadero mosaico cultural . Había según algunos especialistas más de 200 naciones y numerosas divisiones y subdivisiones étnicas que se extendían desde Pasto en Colombia hasta Diaguita y Maule en Chile y comprendía reinos, señoríos, naciones y grupos étnicos políticamente autónomos.... Cada de uno de estos grupos poseía una lengua y cultura propia y tenían una organización social basada exclusivamente en las relaciones de parentesco, reciprocidad, redistribución y utilización vertical equilibrada de los recursos naturales y económicos”. Murillo (2005: 204).

El sistema étnico cultural sumamente complejo se desestructuró con una violencia sistemática y cruel durante los tres siglos que duró la dominación colonial española. El modelo de Estado colonial dominante que impuso el español tuvo efectos catastróficos para la sociedad conquistada. Uno de ellos es el modo cómo la dominación colonial simplificó la realidad étnico-cultural andina, dividiéndola en la llamada república de indios en oposición a la república de españoles.

Por primera vez la categoría india se convirtió en una categoría supra étnica que encerró a todos los pueblos conquistados bajo una sola categoría de carácter nacional y homogeneizante. Los diferentes pueblos indígenas -los señores étnicos, sacerdotes, artesanos o guerreros -se convirtieron en una clase explotada, una fuerza de trabajo empleada hasta casi su exterminio.

El proceso de desestructuración de la sociedad conquistada se dio a todo nivel. No sólo económico, social y cultural. No tenemos cifras exactas del número de habitantes, pueblos, grupos étnicos que habitaban en el mundo precolonial. Algunos investigadores calculan la población andina entre 3, 9 hasta 12 millones de habitantes al momento de la llegada de los españoles. A fines del siglo XVII la población andina ascendía a un poco más de un millón de habitantes.

El sistema colonizador fue devastador para la realidad cultural del mundo andino. Los pueblos andinos no solo desaparecían físicamente, sino que les imponían otros dioses, otras costumbres, otros valores y otras formas de vida. Desde este punto de vista las antiguas culturas andinas dejan de ser las mismas e incorporan en su visión del mundo y en sus costumbres muchos elementos culturales, coloniales a manera de un mestizaje entre los elementos andinos y coloniales.

Desde entonces ya no podemos hablar de una autenticidad propiamente andina. La cultura andina es un proceso ascendente de relaciones dialécticas entre el mundo colonial y el mundo Indígena. Pero a pesar de este proceso, el modo de dominación colonial arrastra hacia abajo la sociedad conquistada y la realidad cultural, durante la época colonial, adopta la forma piramidal en cuya base se encuentra la mayoría de la población indígena y en la cima de la pirámide la élite conquistadora.

Este modelo de Estado autoritario no desaparece con la Independencia. La República prácticamente es la continuación del modelo de Estado colonial autoritario. La República en el Perú en realidad no revirtió la sociedad colonial impuesta por los españoles. La llamada República liberal se dio más como un acuerdo entre el ordenamiento colonial y el naciente proyecto nacional republicano que no modifica las estructuras sociales, económicas y culturales de la antigua sociedad colonial; y en cuanto a la política tampoco logra plasmar un sólido poder nacional capaz de construir un nuevo Estado, dando lugar a una fragmentación de facto del país por el surgimiento de poderes regionales que se imponían o negociaban permanente con el poder nacional .

Estas élites rurales esgrimieron su poder de facto sobre vastas áreas del territorio nacional donde tenían el control de la tierra y el dominio de la mano de obra servil. Las élites militares que se hacían del poder después de proclamada la República no podían gobernar sin establecer alianzas con estas élites rurales

que fragmentaron el país en una suerte de mosaico de sociedades agrarias, lo que daría lugar a lo que hoy conocemos como Identidades colectivas regionales. Una suerte de nuevo multiculturalismo, que se fue estructurando durante todo el periodo republicano hasta hoy.

Esta estructura cultural de dominación, que empuja hacia abajo la cultura indígena no se modifica sustancialmente a lo largo de la vida republicana en el país. En los distintos modelos de Estado, sea este caudillista, oligárquico, populista o liberal, la estructura cultural colonial subyace a todos estos modelos de Estado moderno.

En el capitalismo este ordenamiento simbólico se disimula por la objetividad de las estructuras más duras como las económicas, que se superponen a las súper estructuras de sentimientos, pero es evidente que estas estructuras se interrelacionan y se superponen a través de muchos factores en el campo cultural que funciona relativamente de manera autónoma. En este campo, se juega la lucha por el reconocimiento.

Esta categoría puede parecer en un primer momento una categoría poco usual para comprender y explicar procesos sociales como el que estamos tratando. Pero este concepto, en realidad, es muy antiguo y pertenece al campo de la filosofía política. El primero en emplear este concepto es Platón cuando explica las partes de las que se compone el alma. Platón cree que el alma tiene tres partes: una es aquella que desea; la otra la que razona y la tercera - la que estamos tratando de comprender bajo los lineamientos del campo de la cultura -es el Thymós.

Thymós es una categoría griega que significa algo así como un innato sentido humano que busca la justicia. Cuando Aquiles causa estragos entre los troyanos y se dirige al encuentro de Eneas, su valeroso Thymós impulsaba su ánimo. Se puede decir que Thymos es esa fuerza interna, ese coraje o ánimo que impulsa a los seres humanos de la misma manera que este impulsa a Aquiles a los grandes combates y aventuras.

La mayoría de los especialistas dedicados a los estudios de la personalidad humana, incluido la Antropología (Cultura y personalidad de R. Linton) explican que la conducta humana puede explicarse por la combinación de estos tres elementos. El deseo lleva al hombre a buscar grandes cosas que son exteriores a él; mientras que la razón es una suerte de práctica concreta que se da para alcanzar esos deseos. Y el Thymós vendría a ser la búsqueda del ser humano de su propio reconocimiento, del reconocimiento de su ser humano que busca la justicia. Una suerte de búsqueda de su propia autoestima dice Fukuyama (2006) cuando trata este concepto.

Este deseo de reconocimiento es uno de los principios teóricos fundamentales de la historia Humana. Para Hegel el principio del reconocimiento es el motor de la Historia y nos permite interpretar muchos fenómenos que nos parecen de poca importancia como la cultura, la religión o el nacionalismo.

Según Hegel -en Fukuyama (2006: 11) -los seres humanos en tanto que animales tienen necesidades y deseos naturales referentes a objetos exteriores a ellos, como alimentos, bebidas, hábitat y, por encima de todo la conservación del cuerpo. Pero los hombres difieren de los animales en que, además de que

desea cosas materiales, cualquier otro hombre desea que se le reconozca en tanto ser humano que tiene una identidad, una cultura o, por decir lo menos, una espiritualidad que no es religiosa, pero sí expresa un innato sentido de humanidad.

La teoría hegeliana va más allá de la explicación materialista de la historia, porque el hombre no es simplemente un animal económico. La interpretación materialista de la historia no puede explicarnos por qué los seres humanos luchan por su identidad o por qué las naciones se gobiernan por leyes o por qué las sociedades modernas están organizadas en un sistema democrático que lleva al poder al candidato que ha tenido el mayor número de votos en un proceso electoral.

Según Hegel, cualquier ser humano -sea blanco, negro, chino o indio -lo que quiere es que se le reconozca como tal con cierto valor y dignidad. Este valor es el coraje (Thymós) o la voluntad de arriesgar la vida para ser reconocido ser humano.

Esta no es una lucha económica. En las luchas nacionalistas, por ejemplo, se lucha para despojar a los colonialistas de sus tierras, por la dignidad, para que nunca más sean humillados como pueblo, como grupo étnico con una cultura propia. La lucha por el reconocimiento es una lucha subjetiva, se lucha por el prestigio. Se lucha hasta perder la vida por principios más altos y abstractos.

Esta lucha por el reconocimiento, según Hegel, es la fuerza del desarrollo humano a diferencia de la teoría marxista que pone por delante la economía. Para Hegel el hombre comparte con los animales el deseo de cosas materiales o naturales. Pero el hombre de Hegel -como lo explica Alexandre Kojève - es radicalmente distinto de los animales en el hecho de que no desea sólo objetos reales “positivos” -como un abrigo de pieles para calentarse o un refugio para vivir; sino que además desea objetos que no son materiales.

Para Hegel un individuo no puede tener conciencia de sí mismo, es decir, darse cuenta de que existe como ser humano separado, si no lo reconocen otros seres humanos. El hombre, en otras palabras, fue desde el principio un ser social; su sentido del valor y su identidad se hallan íntimamente conectados con el valor que le atribuyen otras personas. En Fukuyama (2006: 178).

Llegado a este punto es tiempo que nos planteemos la siguiente pregunta:

¿Qué pasa cuando el ser humano es humillado en su mismidad, en su identidad, en su ser o en su identidad cultural?

Suponemos que este hombre desea en cualquiera de las circunstancias personales, sociales o históricas que se le reconozca como hombre. Y quiere que se lo reconozca, además, como individuo perteneciente a una realidad cultural. Y cuando no se les reconoce como un ser humano que pertenece a una cultura, estos luchan incluso hasta morir por ser reconocidos en su esencialismo o en su mismidad, tal como ocurre en las revoluciones nacionalistas.

Es verdad que los problemas del deseo y el Thym’os, en el seno de las sociedades modernas liberales, pueden aparecer o reaparecer como una dimensión subjetiva menos importante que los grandes

problemas que afectan a las sociedades como la desocupación forzosa, la pobreza, la delincuencia, las drogas, la corrupción, etc. Pero no podemos olvidar que el hombre no está determinado exclusivamente por su naturaleza económica, sino que su misma humanidad consiste en su capacidad de superar o negar esta naturaleza. Fukuyama (2006: 181).

Muchos especialistas han sostenido una variedad de planteamientos para explicar el triunfo de Pedro Castillo. Los hay de carácter económico como la pobreza, la desigualdad del país; el carácter clasista de la sociedad peruana, el abandono del campesino a quien se le ha negado todo tipo de derechos; de carácter político, la ausencia de un Estado nación; económicos la pésima distribución y acceso de los servicios en el país.

Nuestra hipótesis es que el triunfo electoral de Pedro Castillo no se debió al deseo de reivindicaciones materiales. La fibra sensible que tocó el candidato fue el reclamo latente que subyace en las plataformas de lucha: el deseo de reconocimiento de la propia valía, la propia identidad y cultura. El reconocimiento fue el motor del discurso político de Pedro Castillo durante la campaña electoral; en todo momento exigía el reconocimiento de lo que el denominaba “ su pueblo”, el “pueblo”, una realidad abstracta que comenzó a tener poco a poco un contenido cultural. Al margen de la clase social, grupo, pueblo o comunidad a la que pertenecían, Castillo se dirigía a todos aquellos portadores de la cultura obrera, que lo largo de la historia de este país fue arrastrada hacia abajo por las estructuras del poder.

Esta cultura que llamamos obrera ciertamente comprende un sistema de símbolos convencionales aprendidos que “suministran a los seres humanos un marco significativo dentro del cual pueden orientarse en sus relaciones recíprocas, en su relación con el mundo que los rodea y en su relación consigo mismos”. Geertz (1987:215). Sin embargo, debemos tener en cuenta que no estamos frente a una cultura obrera homogénea. Está cultura obrera es un campo de identidades colectivas regionales complejas de fronteras porosas que se entrecruzan. No sabemos exactamente donde comienza y termina ser cuzqueño, puneño, arequipeño o trujillano. Pero todas ellas -como dice Rosaldo (1993) -están saturadas de desigualdad.

La democracia liberal, más allá de sus imperfecciones, le ha permitido a Pedro Castillo abrir la bóveda de las políticas de reconocimiento. No solo de aquellos derechos exteriores, como los derechos sobre los bienes materiales, sino como dice Hegel los derechos que deben ser entendidos como fines en sí mismos, porque lo que verdaderamente satisface a los seres humanos no es tanto la prosperidad material como el reconocimiento de su posición y dignidad

El éxito del discurso político de Pedro Castillo radica en el modo como este maestro rural condujo su discurso y su campaña en la lucha por el reconocimiento de lo obreros, los cholos, los indios, la mayoría de los peruanos desposeídos de bienes materiales que viven en la base de la pirámide nacional. El deseo del reconocimiento -como dice Fukuyama (2006)- puede proporcionarnos el eslabón perdido entre la economía y la política liberales, que no se toma en cuenta en la explicación de la historia nacional.

**HOMENAJE
CENTENARIO DE JUAN VICENTE UGARTE DEL PINO
1923-2023**

Víctor Hugo Chanduví



**El jurista y el abogado deben prepararse no sólo para defender
intereses privados, sino también intereses nacionales.**

RESUMEN

Este artículo destaca la labor profesional y académica del maestro Dr. Vicente Ugarte del Pino. Para lograr este propósito rescatamos de los archivos su tesis para optar el grado académico de bachiller en Humanidades en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con su magnífico trabajo titulado “Juan de Ovando y la recopilación de las leyes de indias”, en agosto de 1945. Como discípulo del maestro en el área de Historia del Derecho nos complace rendirle homenaje en este artículo, en el que se refiere a la publicación del Código ovandino por Víctor Maurtua.

Palabras claves: Vicente Ugarte del Pino, Código ovandino, historia del Derecho.

ABSTRACT

This article aims to highlight the professional and academic work of the teacher Don Dr. Vicente Ugarte del Pino, rescuing from the archives of Dr. Vicente Ugarte his thesis to qualify for the Academic Degree of Bachelor of Humanities at the Universidad Nacional Mayor de San Marcos with his magnificent work entitled “Juan de Ovando and the compilation of the laws of the Indians”, in August 1945. On the occasion of celebrating his centenary of birth (1923-2023) as his disciple in the area of Law History, I have honor and academic duty to pay a sincere tribute to my teacher and friend Mr. Vicente Ugarte del Pino, through this article, which at the same time refers to the publication of Código Ovandino by Mr. Víctor Maurtua, which was the subject central to his research in his honoree’s thesis.

Keywords: Vicente Ugarte del Pino, Ovandino Code, History of Law

1. INTRODUCCIÓN. EL AUTOR Y SU OBRA

Escribir sobre Juan Vicente Ugarte del Pino, maestro de la Historia del Derecho, es un privilegio. Ugarte del Pino ha desarrollado una fructífera labor al servicio de la defensa del orden democrático y constitucional y de la investigación y difusión de la Historia del Derecho. Por extraños designios, en las universidades peruanas no se le da la importancia que reclama.

Ugarte del Pino fue decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima en los períodos 1973-1974 y 1974-1975, desarrollando una importante labor institucional y de defensa de la juridicidad, tan igual como cuando se desempeñó como vocal suplente de la Corte Superior de Lima (1972), presidente de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia (1986), presidente de la excelentísima Corte Suprema de Justicia de la República (1987-1988), presidente de la segunda sala civil de la Corte Suprema de Justicia (1989), presidente de la segunda sala penal de la Corte Suprema de Justicia (1990), y magistrado titular por el Perú del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Hoy Comunidad Andina - Febrero de 1990 a 1995).

Fue el primero en intentar una codificación de las leyes de Indias y el desarrollo del Derecho Indiano como conjunto de normas jurídicas vigentes en América durante la dominación española; habiéndose nutrido de normas consuetudinarias indígenas y extendiendo de manera peculiar la fuerza vinculante de sus usos y costumbres. Las Leyes de Indias están consideradas, según anota Ugarte del Pino, como excelentes en doctrina y en procedimientos, ya que sus creadores, en muchos aspectos, se anticiparon a las legislaciones modernas. De ahí la importancia del Código ovandino, que con acierto y relevancia histórica tratara el eminente jurista Vicente Ugarte del Pino.

El Instituto de Derecho Indiano y de Estudios Clásicos editó su tesis en homenaje a sus 57 años de vida académica y profesional y al conmemorarse el primer centenario de la publicación del Código ovandino, con la convicción de que no se puede comprender ni amar el Derecho peruano sin estudiar el nacimiento del Derecho Indiano y su posterior evolución en Derecho patrio.

Obtuvo el título profesional de abogado y los grados académicos de magíster en Historia y Geografía y doctor en Derecho Público en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Para incrementar su formación universitaria realizó estudios de doctorado en la Facultad de Derecho de la antigua Universidad Central de Madrid, España (1948- 1949), y en el Instituto de Estudios Políticos de Madrid, especialidad en Ciencia Política y Derecho Internacional (1949).

En su destacada trayectoria académica se ha desempeñado como catedrático titular de Historia del Derecho Peruano e Historia Internacional y Diplomática en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú (1965); Derecho Diplomático y Consular (1966), Historia del Derecho Peruano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1962- 1968). También ha sido catedrático titular de Historia de las Relaciones Diplomáticas del Perú en la Academia Diplomática del Perú (1966-1972); profesor principal de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad del Pacífico (1976-1980); profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porras (1979-1987); profesor principal invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1979-1989); profesor titular del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España (1990 hasta el año 2000). En el 2004 fue declarado Doctor Honoris Causa por la Universidad Fasta de Mar de Plata-Argentina.

Como docente compartió el claustro con eminencias de la cultura peruana en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos desempeñándose como catedrático auxiliar de Historia del Perú (cátedra de Raúl Porras Barrenechea); en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas; en la cátedra de Historia del Derecho de Jorge Basadre en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1958); en la cátedra de Historia de América de Luis Alberto Sánchez en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas (1963-1965); y en la cátedra de Derecho Romano del Dr. René Boggio (1966);

Por su dedicada e influyente actividad docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos alcanzó la categoría de profesor principal de la Facultad de Derecho y ciencias políticas, desarrollando cargos

académico-administrativos como jefe del departamento académico de Ciencias Jurídicas y Políticas de la citada Facultad, en períodos sucesivos desde 1969 hasta 1979; y como decano en 1988.

Ugarte del Pino ha recibido las siguientes condecoraciones:

- Medalla de Honor del Congreso por intachable conducta profesional (2005).
- Placa de Honor del Instituto de Cultura Hispánica (1968).
- Gran Cruz de la marina española (1966).
- Placa de miembro honorario del Instituto de Cultura Hispánica de Madrid (1967).
- Medalla e incorporación a la Sociedad de Fundadores de la Independencia y defensores calificados de la patria (1970).
- Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.
- Miembro de número de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.
- Miembro de número de la Real Sociedad Económica matritense Amigos del País» Madrid - España.
- Encomienda de San Raimundo de Peñafort (para juristas y magistrados españoles), única vez otorgada a extranjeros) (1972).
- Gran Cruz de la marina peruana (1986).
- Gran Cruz de la Policía de Investigaciones del Perú (1987). Gran Cruz de la Orden Peruana de la Justicia (de la que ha sido canciller y gran maestro: 1987-1989).
- Venerable Caballero Armado de la Orden del «Corpus Christi» Toledo- España (1990).
- Medalla de «Los Laureles Sanmarquinos» por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1994).

Ha ejercido los siguientes cargos:

- Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas - España (1988).
- Presidente del Curatorium de doctores del Perú.
- Vicepresidente del Instituto de Derecho Indiano y de Estudios Clásicos.
- Director de la Sociedad Peruana de Historia.
- Presidente del Instituto Peruano de Historia del Derecho.

Fue autor de las siguientes obras:

- *El sistema monetario durante el comercio entre España e Indias*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (1947).

- *Los movimientos restauradores del imperio incaico y los liberales en el siglo XIX*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid (1949).
- *La obra jurídica del Gran Mariscal del Perú don Andrés de Santa Cruz*, Ilustre Colegio de Abogados de Lima (1965).
- *Sociología del Derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (1965).
- *Los congresos americanos de Lima*, Academia Diplomática del Perú, Ministerio de Relaciones Exteriores (1966).
- *Historia de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1968).
- *San Marcos en la Historia internacional americana*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1971).
- *Sistema jurídico y orden constitucional*, Colegio de Abogados de Lima (1973).
- *Historia de las constituciones del Perú*, Editorial Andina (1978).
- *La seguridad social agraria en el Derecho Indiano: La caja de censos de Indios*, Universidad Autónoma de México (1980).
- *El Tratado de Ancón de 1833*, Ejército del Perú, Tomo II de “Historia del Ejército”. (1985).
- *El sistema jurídico del antiguo Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1985).
- *La imagen de la justicia*, Poder Judicial, Lima (1987).
- *La Constitución entre el imperio y la república*, publicación de su exposición ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, España (1987).
- *El Derecho en el descubrimiento*, cadena de diarios AMÉRICA en homenaje a los 500 años del Descubrimiento (1992).
- *Don Niceto Alcalá Zamora y la Recopilación de las Leyes de Indias*, Revista de la Academia Peruana de Derecho (2000) y Revista “Torre de los Lujanes”. Madrid 2001.
- *El Perú y la política internacional de San Martín* Revista Peruana de Derecho Internacional de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, Tomo I, N° 116, (julio-diciembre 2000).
- *El fenómeno internacional en el siglo de los grandes descubrimientos*, en Revista Peruana de Derecho Internacional de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, Tomo III, N° 118, (julio-diciembre 2001) y en Torre de los Lujanes, Revista de la Real Sociedad Económica Matritense; N° 47 (abril-2002).
- *La Imagen de España en el Perú*, En Torre de los Lujanes, Revista de la Real Sociedad Económica Matritense; N° 45 (abril-2001), y en “Razón Española” N° 115 (septiembre-octubre 2002).

Entre sus principales ponencias se incluyen:

- *Problemas contemporáneos*, Santander (1942), Lima (1962) y Madrid (1965).
- *Derecho de la integración* (1969).
- *Ciencia Política*, Santiago de Chile (1966).
- *Derecho y mundo moderno*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1970).

Conferencias

- *Instituto Internacional de Derecho Indiano*, Buenos Aires (1966), Santiago (1969), Madrid (1972), México (1975), Puerto Rico (2000), San Marcos- Lima (2002). Córdoba-España 2005.
- El Área del Pacífico, Universidad de Tainan Taiwan (1988).
- *Los procesos de integración de América Latina y el tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena*, Escuela de Ciencias Internacionales, Universidad Central de Ecuador (1991).
- *Un tribunal Interamericano de Derecho de la Integración*, Puerto Rico (1994).
- *Los problemas políticos de la aplicación del Derecho de la Integración*, Universidad Puerto Rico (1994).
- *Congreso de estudiantes hispanoamericanos-Declaración de Salta*, Argentina (1950).
- *VIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano del Derecho Internacional*, Viña del Mar, Chile (1994) y Lisboa (1996).

No sería exagerado decir que Ugarte del Pino se ha dedicado en cuerpo y alma al estudio y divulgación del Derecho con relevancia en el Derecho castellano y el Derecho Indiano. Cuando se desempeñó como decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima fue detenido por su férrea defensa que sostuvo del orden jurídico y constitucional del Perú en el año 1974, mereciendo por ello ser declarado colegiado de honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y premio internacional de la Unión Iberoamericana de Colegios y Asociaciones de Abogados en su reunión de Puerto Rico en setiembre del 2004, al conmemorarse los 30 años de su captura y prisión.



No se puede comprender ni amar el Derecho peruano sin estudiar el nacimiento del Derecho Indiano y su posterior evolución en Derecho patrio.

2. ANTE UN CENTENARIO (1906-2006)

En 1906, Víctor M. Maurtua, profesor de Historia del Derecho Peruano en la Facultad de Jurisprudencia- como se denominaba a la actual Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, daba a publicidad, en Madrid, la edición oficial del libro «Antecedentes de la recopilación de Leyes de Indias», en el cual incorporó el «Código ovandino», el «Cedulario de Diego de Encinas» y los «Sumarios de la recopilación general de las Leyes de Indias» de D. Rodrigo de Aguiar y Acuña. Este libro que era como un prólogo del Alegato del Perú, en el juicio arbitral sobre los límites con Bolivia, quedó aislado y perdido hasta 1943. Habiendo sido editada en Madrid, en Lima posiblemente sólo circuló dentro de un pequeño círculo entre diplomáticos y gente ligada a la Cancillería. En ese año de 1943 cursaba el primer año de Derecho en San Marcos, y el doctor Jorge Basadre, que era profesor del curso de Historia del Derecho peruano, mencionó el «Código ovandino», título que había visto en la biblioteca de mi padre, y ubicado, decidí trabajar mi tesis de bachiller en Humanidades sobre este desconocido jurista del siglo XVI. Rápidamente apasionado por el tema, no me preocupé por averiguar qué motivo condujo a Maurtua a publicar dicho libro, habida cuenta que no existía, después de cerca de cuarenta años de su publicación, nadie que me orientara sobre ese tema. Lo único que me pareció apasionante e importante era indagar sobre este desconocido jurista del siglo XVI, nada menos que de 1566 al 1568

fecha en que inicia la preparación de un código sistemático, con antelación de cien años a Jean Domat, nacido en 1625, y que entre 1680 a 1696 es el primero en plantear la necesidad de organizar el Derecho de acuerdo con un principio lógico, agrupando las leyes según sus diferentes ramas y materias; en fin, sistematizando las ideas y dejando de lado la costumbre de juntar los textos o recopilándolas -como decía en sus clases José León Barandiaran-. Su obra capital fue «Las leyes civiles en su orden natural». Así, nuestro Juan Ovando se había adelantado a su época y proyectó un Código continental para las Américas o Indias como se denominaba entonces el nuevo mundo. Su proyecto pudo ser el primer «lus Commune» de las Américas, asunto que hasta hoy no se ha logrado.

Vicente Ugarte del Pino cuenta que el jurista y el abogado deben prepararse no sólo para defender intereses privados, sino también intereses nacionales, tal como ocurrió en la crisis de 1900, luego del aciago siglo XIX, en que perdimos nuestras riquezas del guano y del salitre, en la infausta tercera guerra con Chile de 1879 a 1883. Por si no lo recuerdan, las otras dos fueron: En 1836 con motivo de la Confederación Perú - Boliviana, que Chile no aceptó y por iniciativa de su ministro Diego Portales ordenó al almirante Blanco Encalada atacar al Perú. Desembarcados en Islay (Arequipa), la Batalla de Paucarpata evidentemente la perdían y se rindieron ante Santa Cruz, firmando el Tratado de Paz, que fue rechazado por el Congreso en Santiago. La otra fue en 1839, con la primera ocupación de Lima y su corolario la Batalla de Yungay, donde impusieron la disolución de la Confederación Perú - boliviana y la deportación de Santa Cruz.

Cuenta el maestro Vicente Ugarte del Pino, que don Víctor trajo de los archivos españoles un impresionante acopio documental y redactó un brillante alegato publicado en Madrid entre 1906 a 1907 compuesto de 3 volúmenes de exposición del caso, 12 volúmenes de pruebas documentales y un volumen de contestación a la demanda de Bolivia.

Luego agregó 7 volúmenes más con la respuesta al alegato boliviano. Prácticamente apabulló al tribunal arbitral con la fuerza de la legislación indiana que demostraba que en América del Sur, desde el Tratado de Tordesillas de 1494, no existieron sino dos zonas o dos países: El Perú y Brasil pero que de acuerdo a las bulas de Alejandro VI y el Tratado de Tordesillas los territorios portugueses legalmente no eran sino Pernambuco y Recife, y que toda la expansión y penetración amazónica había sido ilegal y por la fuerza, -los Bandeirantes- confirmadas en el Siglo XVIII luego de la guerra de Sucesión por el trono de España y los tratados de Utrech y los pactos de familia entre los borbones que habían sucedido a la Casa de Austria.

Sólo un abogado que había conocido y manejado la legislación indiana, pudo realizar esa proeza y entre su copiosa documentación incluyó el volumen «Antecedentes de la Legislación de Indias», dentro de lo cual se encontraba el proyecto de Código Indiano de Juan de Ovando, que fue hallado a su vez por nosotros en 1943 y que me sirvió para redactar la tesis de grado de bachiller en Humanidades, asunto que continué luego con mis investigaciones en el Museo Británico encontrando todos los legajos de las encuestas de Ovando, verdaderos antecedentes de las investigaciones sociológicas actuales y de estudios geográficos necesarios para redactar una acertada legislación.

3. JUAN DE OVANDO Y LA RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS

Por ser un documento histórico reproducimos la tesis de nuestro homenajeado el Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino.

Finalmente, quiero expresar mi más profundo agradecimiento a mi querido maestro Juan Vicente Ugarte del Pino, no sólo por haberme dado la oportunidad de escribir esta presentación que me honra sobremanera, sino por todo lo que representó en mi formación en el área de la Historia del Derecho.

Primera Parte **Antecedentes de la Recopilación Ovandina**

SUMARIO: CAPÍTULO PRIMERO: Panorama del mundo jurídico hispano y americano desde 1492 a 1571, fecha en que termina su obra el licenciado Juan de Ovando.

CAPÍTULO SEGUNDO: Principales intentos de recopilación en diferentes lugares de América española antes de la obra del licenciado Juan de Ovando.

CAPÍTULO TERCERO: Necesidad de una Recopilación de Leyes de Indias como razón de la existencia del Código Ovandino.

CAPÍTULO CUARTO: Breve reseña de las principales investigaciones realizadas sobre la obra de Ovando.

Segunda Parte

CAPÍTULO QUINTO: “Quién fue Don Juan de Ovando, su personalidad”

CAPÍTULO SEXTO: «El problema de la fecha de la iniciación de la visita».

CAPÍTULO SÉTIMO: «Juan de Ovando y la concepción dualista del gobierno de las Indias».

CAPÍTULO OCTAVO: «Consulta de don Juan de Ovando, en su calidad de visitador del Consejo de Indias a su majestad el Rey de España».

Tercera Parte

«El Código Ovandino»

CAPÍTULO NOVENO: «El llamado Código Ovandino y partes de que consta».

CAPÍTULO DÉCIMO: «De la gobernación espiritual de las Indias».

CAPÍTULO UNDÉCIMO: «Comentarios al prefación del libro de las Leyes».

CAPÍTULO DOCE: «Apreciación general del libro primero del Código Ovandino».

CONCLUSIONES: Bibliografía. Índice general.

INTRODUCCIÓN

Señor decano:

Señores catedráticos:

Es deber en todos los estudiantes de la Historia, enaltecer la memoria de quienes, en una forma u otra, nos han forjado una Patria, un suelo libre en donde vivir con dignidad y ejercer los derechos que tiene todo hombre por el hecho de ser tal

Y así como debemos enaltecer la memoria de estos preclaros varones, también es deber de patriotismo y muy grande el glorificar y reivindicar el recuerdo de quienes lucharon, en la palestra y en las letras para conseguir que a los peruanos de ayer se les diera el trato de humanos que se les debía y no se les continuara explotando, como las simples bestias de carga que la ignorancia de la época, hizo concebir que lo eran. Debemos enaltecer, sobre todo, el recuerdo de quienes se esforzaron, principalmente, para hacer luz en la intrincada maleza de la llamada Legislación de Indias», legislación por demás confusa y complicada en la que la justicia se perdía merced a la infinidad de leyes y ordenanzas que se promulgaban en un casuismo inverosímil.

Uno de estos hombres, jurista consumado, fue don Juan de Ovando, quien injustamente hasta hoy ha sido olvidado por todas las generaciones. Urge, pues, reivindicar su memoria y tal es el objeto de la presente tesis. Pero no sólo reivindicarlo en su obra, sino dando a conocer el valor de ella, que en la prelación de los intentos de la recopilación de leyes de Indias, ocupa el primer lugar, pues fue don Juan de Ovando el primero en intentar una recopilación de carácter continental de dichas leyes, como afirma don José María Ots, en su obra denominada: «Las Fuentes del Derecho Indiano». (1)

Es de admirar que ni siquiera en España, hasta hace apenas aproximadamente cincuenta años, nadie sabía de la existencia de Juan de Ovando ni de su obra, fue precisamente para el IV Congreso Internacional de Americanistas celebrado en Sevilla, en 1881, en el que don Marcos Jiménez de la Espada, ese insigne investigador español dio a conocer por vez primera la obra del coloso de Extremadura.

Jiménez de la Espada, impresionado por el olvido en que había permanecido esta obra, olvido que representaba una ingratitud para su autor, no pudo menos que escribir en sus “Relaciones Geográficas de Indias”, que era la obra que presentaba al mencionado Congreso y en la parte dedicada al Perú, las siguientes palabras: «En vano se cansaría quien buscarse entre las efemérides insignes del Nuevo Mundo y al lado de los sucesos favoritos de la fama popular española, la visita al Consejo de Indias del licenciado Juan de Ovando y Godoy. Ni el talento clarísimo, prodigioso sentido práctico, incomprensible actividad e inmaculada honradez del ilustre extremeño, han logrado la altura de los Almagro, Pizarro o Balboa, ni su campaña de «covachuela» sonará jamás lo que una «<escaramuza o guazábara» en los montes del Perú o del Darién» (2)

Don José de la Peña Cámara se preguntaba en 1935 precisamente al celebrarse el XXVI Congreso Internacional de Americanistas, si se podían repetir como exactas entonces las palabras que Jiménez de la Espada había pronunciado con tanto acierto cincuenta años antes, y contestaba diciendo que, por fortuna podía dar una respuesta negativa ya se tomase esa frase en su sentido personal y correcto, ya en el abstracto y general.

Pero, desgraciadamente, los estudios de Historia virreinal han estado paralizados casi totalmente desde 1935 a esta parte y sin lugar a dudas aún sigue el sentimiento de las masas en todas las latitudes ofreciéndose fácil y complaciente a quienes gustan de embriagarle con la exaltación de bélicas gestas pretéritas, y como dice Peña y Cámara: «el conquistador aquellos gerifaltes que Heredia cincelara muy bien en «Les Trophees» sigue llenando todo el campo de la Historia de América y salvo raras excepciones se habla de las leyes de Indias y como mera cita de éstas, se habla de la labor de las visitas y de los visitantes a dicho Consejo de Indias». (3)

Es por eso que precisamente decía Jiménez de la Espada, que «embebidos con las glorias sangrientas de Otumbá y Cajamarca, entretenidos con las joyas (falsas) de Isabel, la quema de las naves de Cortez (que no se quemaron) y el Salto de Alvarado (que no lo dio) apenas si España y los pueblos hispanoamericanos se habían fijado en otras cosas de esta conquista de más fondo y menos ruido como era por ejemplo, la obra de Ovando con cuyo testimonio bastaba para que merecieran ser dueños del orbe profetizado por Séneca, demostrado por Raimundo Lulio, descubierto por su iniciativa y ganado por nuestros padres»...

«Pero no.- El conquistador los absorbía todo. Sólo él. Como si peleara y ganara batallas después de muerto y no consintiera que nadie osara colocarse a su lado. Y ante su presencia excluyente, la historia de América Colonial no sabía ser sino bélico ditirambo, obra de España, que llevó también al continente nuevo labradores y artesanos, misioneros y juristas, profesores y gobernantes».

Mucho se han estudiado ya, aun cuando mucho falte, las andanzas y afanes de todos ellos, sus aciertos y sus yerros, sus levantados ideales y sus bajas codicias, que de todo hubo. Mucho vamos sabiendo de las Instituciones económicas, sociales y jurídicas que los hombres de gobierno de la Metrópoli articularon procurando recoger todas las experiencias de aquellos para modelar la naciente y compleja sociedad colonial. La tarea investigadora ha sido ardua; pero el mundo hispánico ha ido y va laborando, cada vez más aunadamente, en la reconstrucción serena del pasado común y los «hombres eminentes de otras culturas han trabajado y trabajan también en ella y aun han dado en ocasiones pauta, norma y estímulo» (4)...

Desde cualquier punto de vista Ovando es el tipo genuino de su patria España, de esa España a la que cantaran los poetas en inmortales coplas, de la España de Lope, del Cid, del Caballero de León, de la España que hizo del honor su bandera y de la fe su divisa.

Porque así como Ovando fue el primero en intentar la ardua labor de recopilar las dispersas leyes de indias, así España fue la primera nación del mundo en idear y en plasmar en la realidad las bases del

actual Derecho Internacional, del Derecho Penal y del moderno Derecho Social, ya que en las tantas veces nombradas leyes se encuentran las bases fundamentales de estas disciplinas modernas, sabiamente esbozadas en un cuerpo orgánico con prioridad de 400 años, antes de aplicarse por el mundo.

Pero no quiero que se tome a esta obra como de un hispanismo incondicional. Al contrario, nada de incondicionalismos en sus páginas, pero, eso sí, están guiadas por un profundo espíritu de justicia y una gran comprensión para esa época, ya que debemos aquilatar el esfuerzo hispánico y dar gracias al eterno y sentirnos orgullosos al mismo tiempo, de que fuera este indómito pueblo ibérico quien tuviese el honor de conquistar nuestros viejos y gloriosos imperios, ya que ha sido capaz de crear una legislación colonial muy por encima de toda comparación con la de cualquier otro país de América.

Al mismo tiempo, tampoco debemos olvidar que así como España creó y reglamentó un Derecho ideal, sus hombres de gobierno no fueron capaces de hacerlo cumplir, y recorriendo la historia de la dominación española de América, nos encontramos unas veces con casos de violación del derecho no sólo indiano si no castellano y otros con la nula aplicación de toda la norma de justicia. Es por ello que los detractores de esta obra han creado la «leyenda negra» de España en América, teoría por demás interesada en mezquinos designios y que pretende negar mérito a una obra jamás igualada por pueblo alguno.

Si bien es cierto que este Derecho muchas veces no se cumplió, como he afirmado, no fue ese el espíritu de quienes lo crearon, pues observamos en la historia, a cada paso, muchos intentos de dar forma a esta legislación y de ello mismo hablan las visitas que se efectuaban al Consejo de Indias, con el fin de ver si estas leyes eran aplicadas o no.

Debemos, pues, comprender que quienes trasgredieron sus normas lo hicieron presos de esa flaqueza humana tan propia de todos los pueblos de la tierra llámense como se llamen, y que si bien parecieron confirmar un adagio propio de la época, el tiempo se ha encargado de demostrar que el tan sonado «la ley se acata pero no se cumple» tiene siempre un algo de actualidad.....

Podríamos decir que, en conjunto, la exploración y colonización de América por España fue quizá inhumana, pero, en su género, la más humana. Sin duda fueron españoles los que cometieron los abusos y malos tratos tan frecuentemente comentados, españoles también fueron los extirpadores de herejías Arriaga y Devils, pero no hay que olvidar que españoles también fueron los que defendieron los criterios de humanidad con que se condenaron, ante la conciencia general, los actos de sus conciudadanos.

El descubrimiento, la exploración y colonización del Nuevo Mundo son las epopeyas más vastas de la raza blanca, epopeyas que al decir de Salvador de Madariaga, no han hallado todavía un Homero digno de su grandeza, y que, en cambio, han encontrado numerosos críticos con poca piedad y menos conocimiento.

La colonización española como sistema se basaba sobre el principio de la igualdad de las razas, consecuencia a su vez del fundamento religioso de todo el Derecho español. Así se explica por ejemplo la ausencia del prejuicio del «Color es el imperio colonial español y, por consiguiente, el hecho de que se preparase en la América española una nueva raza a base de los elementos blanco, negro y cobrizo, en un mestizaje hecho por la historia en nuestros territorios.

La segunda consecuencia que podemos deducir de la inspiración religiosa que animaba entonces a la nación española es que el Estado colonizador se consideraba obligado a educar y convertir a los indígenas. La orientación central del Imperio español fue, por consiguiente, no económica ni política, sino espiritual. Esto se comprueba estudiando las fechas en que fueron fundados los establecimientos de enseñanza de los dos continentes americanos. Es de todos conocido que nuestra Universidad es la más antigua de las Américas y que todas las contemporáneas son todas fundación española, el esfuerzo creador de España en esta materia es casi increíble. Por otra parte, en lo económico, las medidas adoptadas por España están demostrando la falta de interés en este aspecto, pues no se cuidaron de dar una acertada política, sino que emplearon un monopolio.

«La idea aunque absurda, ha revivido en tiempos recientes, quizá algo rejuvenecida en forma de ideal para el Imperio británico, «lo que prueba que los errores tienen numerosas vidas» (5)..

Y en lo político, el Imperio español, como la misma España, estuvo gobernado mal o bien medianamente, según los virreyes que estuvieron en el poder. Como he dicho, la legislación de este imperio colonial o sea las Leyes de Indias están consideradas hoy como excelentes en doctrina y en procedimiento. Ya que sus creadores, en muchos aspectos se anticiparon aun a las legislaciones modernas. Pero, desde luego, lo esencial era el hombre que las aplicaba. De ahí que la especial preocupación de la corona fue mandar visitadores, al Consejo de Indias, de ahí el porqué de la visita de Juan de Ovando, y, de ahí también, la razón de la existencia de su llamado Código Ovandino.

La opinión, pues, que el mundo ha adquirido a través del tiempo y todavía posee sobre la epopeya española en América ha menester revisión.

Hace falta escribir una nueva historia del asunto, historia que, sin omitir los errores cometidos, ponga de manifiesto las verdaderas proporciones de la colosal empresa.

Lima, 12 de junio de 1945.

J. Vicente Ugarte del Pino.

PRIMERA PARTE
ANTECEDENTES DE LA RECOPIACIÓN
OVANDINA

CAPÍTULO I
PANORAMA DEL MUNDO JURÍDICO HISPANO AMERICANO
DESDE 1492 A 1571, FECHA EN QUE TERMINA SU OBRA
EL LICENCIADO JUAN DE OVANDO

No es posible comenzar este trabajo sin hacer una breve reseña de los problemas jurídicos de la época del descubrimiento y retrotraer su estudio a los albores de la conquista de América para podernos dar cuenta del panorama jurídico que presentó América en 1568, fecha probable del comienzo de la obra ovandina.

Al tiempo de producirse los descubrimientos de América, existía en España, desde el punto de vista político una unidad dinástica, pero no unidad nacional.

No obstante el matrimonio contraído por Isabel de Castilla con Fernando de Aragón, seguían los dos viejos reinos peninsulares de Castilla y Aragón manteniendo, cada uno de ellos, su propia personalidad política y administrativa.

En tierras del reino de Castilla continuaban rigiéndose según las normas jurídicas peculiares del Derecho Castellano. En los viejos Estados que integraban la Corona de Aragón, se mantenía igualmente la vigencia de sus derechos particulares: aragonés, catalán, valenciano, etc. Y el reino de Navarra se conservaba en su condición de independiente.

Todas estas circunstancias, unidas al hecho de que fuera Isabel la que patrocinase los proyectos descubridores de Colón, explican históricamente que los territorios de las que se llamaron Indias Occidentales quedaran incorporados políticamente a la Corona de Castilla y que fuera el Derecho Castellano y no otro el que se proyectase sobre el Nuevo Mundo, porque, como sabemos, en la Ley 11, título 1 del Libro 2 de la «Recopilación de Leyes de Indias de 1680», se disponía:

«Ordenamos, y mandamos que en todos los casos y negocios o pleitos en que no se estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las Leyes de esta Recopilación o por Cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para los indios y los que por mandato nuestro se despacharan, se guarde las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a las de Toro».

Las Leyes de Toro se originaron en las muchas dificultades y contradicciones en que caían los jueces, al aplicar las varias leyes anteriores; y también para regular algunas instituciones típicas del derecho civil, tales como los mayorazgos por ejemplo. Estas leyes eran en número de 83, y de preferencia legislaban sobre materias no tratadas o hechas deficientemente o muy confusas dentro del derecho civil. No están divididas en títulos ni libros y su orden es simplemente el yuxtapuesto.

Pero este Nuevo Mundo de contenido tan vasto y tan complejo presentaba características geográficas, raciales, sociales, y económicas muy diversas. La entrada violenta en la escena de América de castellanos y europeos, el choque o conjugación con las razas aborígenes, la penetración de la cultura de Castilla y muchas otras circunstancias hicieron que comenzase a generarse un nuevo espíritu en este continente.

Tan pronto como se superó la primera etapa insular de la colonización, y los españoles se adentraron en tierra continental, o sea, en la llamada «tierra firme», tuvieron que enfrentarse con los aborígenes de estas comarcas, algunos caníbales y otros que vivían dentro de fuertes y adelantadas organizaciones políticas. Los viejos Imperios aztecas de México y de los Incas del Perú son los ejemplos más claros de cómo los hombres de gobierno de España utilizaron las instituciones aborígenes al servicio de la política evangelizadora de acuerdo a las Bulas de Alejandro VI.

Los monarcas españoles decretaron la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos que no estuvieran en contradicción con el derecho castellano y las 45 religiones, y por esto, como un nuevo elemento, o sea, el representado por los indios sometidos vino a influenciar la vida del Derecho y de las Instituciones en general de los territorios de Ultramar incorporados a la corona de España.

Un tercer elemento, que al cabo hubo de presentarse sobre los dos anteriormente indicados, es el constituido por el nuevo medio geográfico, económico y social de los territorios hispano-americanos. Las exigencias ineludibles de este nuevo medio geográfico, económico y social, hicieron prácticamente inaplicable, en muchos aspectos, el viejo Derecho Castellano para regir la vida de las nuevas ciudades.

Hubo necesidad de dictar desde la metrópoli y aún por las propias autoridades indianas, con aprobación de los monarcas, normas jurídicas especiales para regular los problemas surgidos al influjo de una realidad siempre apremiante y cada vez más alejada de los viejos módulos peninsulares.

El conjunto de estas normas constituyó lo que se llamó específicamente, «Derecho Indiano». La ciencia política española continuando la tradición que derivaba de las «Partidas», afirma Levene (6), adquiere «brillante florecimiento» en el siglo XVI, tal hecho obedece a la circunstancia del predominio universal de España en aquel momento y por lo tanto a las corrientes cosmopolitas de su vida intelectual, dentro de cuyo dilatado imperio eran parte integrante las indias occidentales.

No siendo el propósito primordial de este trabajo estudiar el derecho castellano que por otra parte ha sido investigado bastante, aunque no lo suficiente, por juristas e historiadores de España y América,

me he impuesto la obligación con referencia a una obra que marca el punto de partida de la línea de dominación de Castilla, línea que interfiere con la que emana de los orígenes de los pueblos de América uniéndose ambas en la fusión de razas y culturas en los albores de la Edad Moderna, y esta obra, no es otra, que la de Juan de Ovando en la que se sustentó todo el Derecho de las Indias.

Hay que tener presente la inmensidad del escenario histórico-jurídico de hispano-américa, el grado de civilización que en cuanto a medios materiales poseía la cultura europea y las profundas diferencias que separaban a las culturas de sus pueblos para interpretar el significativo hecho de la legislación indiana desde los puntos de vista de su ininterrumpida y cambiante sucesión, por una parte, y de su orientación ética y social, por otra.

El jurista Pinelo, cuenta Levene (7), que llevó a cabo una Recopilación de dichas leyes, las redujo a 10.000 extrayéndolas de más de 20.000 cédulas Reales. Derecho Indiano formado y acumulado durante la conquista del Nuevo Mundo, así como el Derecho Foral generoso durante la histórica reconquista contra la dominación de los árabes. La legislación pretendía continuar en América el espíritu y tendencias del derecho materno porque siendo de una corona los reinos de Castilla y de las Indias, «las leyes y manuscritos de gobierno de unos deben ser lo más semejantes y conforme que se pueda de los otros», según mandaba una de las prescripciones que debía observar desde 1571 el Consejo de Indias.

Empero, la realidad elabora un derecho nuevo con caracteres propios e inconfundibles. Así, pues, tenemos, de una parte, en España, los múltiples derechos regionales frente al Derecho Castellano; y en América, este mismo derecho Castellano y el moderno Derecho Indiano surgido a raíz del encuentro con los dos viejos Imperios Azteca e Inca de que hablábamos al principio.

CAPÍTULO II

PRINCIPALES INTENTOS DE RECOPIACIÓN EN DIFERENTES LUGARES DE LA AMÉRICA ESPAÑOLA ANTES DE LA OBRA DEL LICENCIADO JUAN DE OVANDO

Luego que se empezó a promulgar el nuevo derecho, comenzaron a multiplicarse los casos y, por lo tanto, las pragmáticas y ordenanzas, presentando este nuevo derecho, o sea, el propiamente indiano, como rasgos más característicos los siguientes:

Primero, un casuismo acentuado, tomando rápidamente la legislación un carácter particularista y específico, porque la Corona fue dictando una abundante legislación para organizar este complejo mecanismo de las provincias de ultramar ya en progresivo funcionamiento.

Segundo, un hondo sentido religioso y espiritual. La importancia decisiva dada a las cosas del espíritu y a la moral, se ve traducido en el carácter de estas leyes y en el contenido de las primeras capitulaciones para emprender nuevos descubrimientos.

Y por último, tenemos una gran minuciosidad reglamentarista como tercera característica de estas leyes mencionadas, que, junto con el casuismo señalado anteriormente, contribuyó a tejer la maraña de legislación indiana que hizo sentir la necesidad de dar uniformidad a esta dispersa legislación dentro de un Código doctrinario y procesal de la obra de Castilla en América.

Fue, así, que surgieron las primeras tentativas de recopilaciones dentro de los dos grandes virreynatos creados en América: Nueva España y el Perú.

En la historia de estos intentos de Recopilación hay que distinguir dos clases de proyectos según la amplitud de ellos: los unos de carácter territorial; y los otros, de carácter continental.

Los primeros no abarcan sino disposiciones particulares a determinada comarca o territorio, en cambio los segundos eran verdaderos compendios de legislación general a todos los lugares.

Los primeros intentos fueron todos de carácter territorial simplemente, y tenemos que remontarnos a 1510 en que los Reyes de Castilla encomendaron esta labor a los oficiales de la Casa de Contratación, por Real Cédula de 15 de junio de esa fecha, ampliando así las Ordenanzas de dicha Casa.

Veintitrés años más tarde, el 3 de Octubre de 1533, se expresaba el mismo propósito pero simplificándolo a las cédulas de la Audiencia de México y también a la de Santo Domingo: «Yo vos mando», -se ordenaba al Presidente y Oidores- «que luego que la recibáis hagáis buscar en los archivos dessa Audiencia todas las ordenanzas cédulas y provisiones que se hayan dado para esa ciudad».

Según el Dr. Ricardo Levene el primero a quien se encomendó formalmente un trabajo de Recopilación fue el Virrey de Nueva España don Luis de Velasco por Reales Cédulas de 1552 y 1660. Aquí parece que hay un error, yo no sé si será del Dr. Levene o simplemente una vulgar equivocación o errata de imprenta, pues de ninguna manera puede mediar 112 años entre cédula y cédula. Primero, porque la vida humana es más corta y segundo, porque en 1660 habían muchos trabajos similares. Más bien, debe ser 1560, fecha probable porque también concuerda con la actuación del Fiscal del Consejo de Indias Francisco Hernández de Liébana, de la cual recuerda el Rey la frase siguiente, refiriéndose a la recopilación: «<me ha hecho relación que convenía y es necesario de las cédulas y provisiones que están dadas para esa tierra» quedando así aclarada esta cuestión.

Velasco, no fue personalmente quien efectuó la obra de la Recopilación, sino que la encomendó al Fiscal de la Audiencia de México Vasco de Puga, quien publicó en 1563 el Cedulaario de su nombre, «Cedulaario de Puga».

Esta recopilación de Puga, no comprende todas las cédulas del periodo que abraza pues faltan muchas que se han encontrado en otros libros de aquel tiempo. Tampoco están colocadas en riguroso orden cronológico y «no carece de erratas graves como son las de fechas y nombres» de la que está plagada. De todas maneras, con todos sus defectos el «Cedulaario de Puga» es de alta importancia para la Historia

primitiva de la dominación española en México. ¡Ojalá hubiesen existido unas cuantas obras como las de Puga en los albores de nuestra conquista, y no sería ésta tan oscura!

Aunque la mayor parte de las disposiciones que encierra fueron incorporadas en otras recopilaciones no se encuentran en ese gran código el texto de ellas «porque lo común es lo más importante bajo el aspecto histórico» ... el verdadero título de la recopilación de Puga era el siguiente: «PHIIPPUS HISPANORIUN E INDIARUN RESE» Provisiones, cédulas, instrucciones, ordenanzas de difuntos, y Audiencias para la buena expedición de los negocios y administración de justicia y gobernación de esta Nueva España y para el buen tratamiento y conservación de las Indias desde el año de 1525 hasta el presente de 1563. «En México, en Casa de Pedro Ocharte 15639.

Si a Luis de Velasco fue a quien se encomendó esta obra y Vasco de Puga quien la realizó oficialmente», el primero que trabajó en este sentido y empezó hacerla efectiva, fue el Licenciado Maldonado, también Fiscal de la Audiencia de México y cuyo nombre no aparece entre los mencionados en el Decreto de Carlos II. Maldonado, tituló a su trabajo: «REPERTORIO DE CÉDULAS, PROVISIONES Y ORDENANZAS REALES» habiéndosele despachado Real Cédula a su favor en 1556. Don Antonio de León Pinelo en su «Epítome» citado por Levene, dijo sobre el Licenciado Maldonado: «Fue el primero que comenzó femejante eftudio en el Derecho de las Indias».

Ocuparía el tercer lugar en esta prelación la obra del Virrey del Perú don Francisco de Toledo, «el Legislador Municipal» como lo llama Levene en su obra. La obra de Toledo afirma el autor antes mencionado, es el mejor documento demostrativo de que la legislación indiana, como ya he explicado era resultante, también, «de otros órganos legislativos aparte del Consejo de Indias».

Sabido es que este Virrey no se limitó a vivir en el Palacio de Lima, sino que, con un cortejo de funcionarios, juristas, sacerdotes y militares, visitó el territorio del Virreynato, enterándose de las costumbres del antiguo Imperio para confeccionar sus ordenanzas.

Al mismo tiempo que realizaba su visita, se dio cuenta de la necesidad de una recopilación, de cuya urgencia habla al rey en una carta memorable por su contenido y que demuestra la capacidad y sana intención de aquel hombre:

Las cédulas que V.M. tiene mandadas dar para el gobierno de estas provincias es una cantidad inmensa, que será ochenta años después, y para todas las Indias, como se ha ido asentando en los libros, por la orden en que se han ido librando, están muy confusas y muchas contrarias unas y otras revocadas y otras de que nunca se ha usado, por diferentes respetos y fines de las Audiencias y Gobernadores; y así como nunca les falta Cédula ni Provisión de V.M. para lo que quisieren, Tengo intento de mandar hacer tabla de ellas y hacerlas recopilar para que por la mejor orden se evite la confusión y quite la contrariedad y puedan mejor aprovechar los gobernadores».

Toledo hizo que se creara en la Universidad de Lima, que ya tenía por aquel entonces más de dieciocho años de fundada, una cátedra de lengua Quechua y en la que el Profesor debía ser el examinador al

mismo tiempo insistiendo mucho para que los clérigos aprendieran esta lengua, porque, se decía, que venían a América más a hacer fortuna que a servir a Dios o hacer el bien, por lo que a muchos no les pagaba sus estipendios hasta que aprendieran la lengua nativa e hicieran obra de bien.

Hay que considerar entre los colaboradores de Toledo a Polo de Ondegardo y a Juan de Mantienzo, que lo secundaron también en su labor de legislador; y fue así, como Toledo pudo concluir su última memoria al Rey con las siguientes palabras:

Para hacer mucha parte de esto tenía Vuestra Majestad, preveidas y despachadas muchas cédulas en aquel reyno, santas, justas y buenas, más estaban en los archivos sin ejecutarse ni hacerlas ejecutar los ministros mis antecesores; yo executé las que fue necesario y proveí las que la experiencia me mostró convenir sin respeto ninguno a cosas de la tierra, sacrificando mi gusto y crédito con las gentes para cumplir con las obligaciones de mi cargo, con ante Dios y Vuestra Majestad y con lo que había menester el gobierno de aquel reino y la conversión y policía de los naturales de él y acrecentamiento de la hacienda de Vuestra Majestad. Por tener en cuenta todo esto, por la puntualidad que convenía tan contra el gusto y voluntad de los del reino, me hicieron tirano, mal cristiano y robador; más nunca Dios me haga bien ni merced en el cielo, ni vuestra majestad en la tierra, si el celo que de ejecutarlo y hacer lo que me pareció convenía, me hizo hacer alguna otra cosa que yo entendiera fuera contra mi alma, ni contra lo que debía...»

La obra de Toledo se realizó casi contemporáneamente con la obra de Ovando, ya que este último trabajaba en su visita desde 1566 hasta 1571 y Toledo realizó su obra en 1570.

Estos son los principales intentos de recopilación de leyes indias efectuados en los dos focos importantes del dominio español en América, antes del código Ovandino.

Luego de esta fecha, hay una serie de intentos de recopilación, como los de Juan Francisco de Montemayor en 1678; la de Eusebio Ventura Beleña; la obra de Diego de Encinas y la de don Rodrigo de Aguiar y Acuña, pero todas ellas son de la época post-ovandina e interesan más para la recopilación en gran escala que se efectuó en 1680 y que siguen el espíritu impuesto por Ovando y su época, ya que se le puede considerar sucesores suyos, no interesándonos por ahora mayormente su obra.

CAPÍTULO III

NECESIDAD DE UNA RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS COMO RAZÓN DE LA EXISTENCIA DEL CÓDIGO OVANDINO

Ya hemos visto la importancia que tuvo el Derecho Consuetudinario de los Indios incorporados a la Corona de España, en cuanto que no se opusiera a las leyes de Castilla; importancia que creció aún más a partir de la obra de Ovando y así tenemos por ejemplo que en el siglo XVII, Solórzano afirmaba refiriéndose a esta cuestión «hay que tener grande respeto por las costumbres arraigadas tradicionalmente en cada lugar» y el mismo Ovando se dio cuenta de la inconveniencia de haber quitado en principio las antiguas leyes, y en su Consulta al rey decía que como no se conocían bien las ordenanzas dadas en España «<<se infiere que todos los que en ella residen viven sin ley y sin orden». Por lo cual pedía como de urgente necesidad una legislación completa para poder elaborar así un Código tomando directamente las costumbres del lugar, para lo cual, como veremos más adelante, pedía se trajese a los hombres más capaces de América al Consejo de Indias.

También he señalado, que como resultado del carácter casuista de la legislación, pronto adquirió ésta una frondosidad insospechada, ya que los casos se multiplicaban día a día, de manera que se hizo sentir la inmediata necesidad de poner fin a este caos y ordenar todo este intrincado laberinto legislativo.

Por otra parte, habían pasado 27 años desde que a su regreso de Argel Don Carlos V, había personalmente visitado el Consejo después de haber convocado a las Cortes en Valladolid para pedir auxilios económicos para proseguir sus planes. En el cuaderno general de las Cortes dice Schäfer, se halla un párrafo que dice: Suplicamos a V. M. mande remediar las crueldades que se hacen en las indias por que dello será Dios muy servido y las indias se conservarán y no se despoblarán como se van despoblando».(9)

A todo esto tenemos que agregar que por ese mismo tiempo había estallado en México una revolución, la llamada: «Conjuración de los hijos de Cortéz» y fue culpado por la audiencia de México el Marqués de Falces, ante el Lic. Muñoz de favorecer la insurrección. La acusación fue completamente sin fundamento ya que nunca pensó separar a México de Castilla, y sin embargo el Licenciado Muñoz se portó con un rigor exagerado con los rebeldes los llamados «hijos de Cortéz», por lo que hizo que don Felipe se pusiera sobre aviso y comenzara a desconfiar del Consejo.

Pero el hombre que lo hizo todo, y el que decidió al Rey a llevar a cabo la visita fue don Juan de Ovando. Ante sus insinuaciones y proyectos de Reforma planeados, Felipe II no tuvo más que encomendarle la Segunda visita al Consejo. La fecha exacta del comienzo de ella no ha podido ser precisada todavía con exactitud, pero más o menos oscila entre 1566 y 1568. Ovando inmediatamente que le fue encomendada la visita eligió a sus dos ayudantes los que fueron: Juan de Ledesma y Juan López de Velasco, este último años más tarde, fue nombrado Cosmógrafo-Cronista Mayor de Indias, cargo creado por Ovando, luego de jubilar al anciano y benemérito don Alonso de Santa Cruz el 20 de Octubre de 1571.

El trabajo, arduo y pesado lo repartió entre sus dos secretarios, preparando Juan López de Velasco, tan identificado con él, el «inventario» en el cual ordenó por materias en libros y títulos, extractos de leyes, ordenanzas, etc., dadas hasta entonces para las Indias. Este trabajo tenía el carácter de preparatorio para la gran recopilación que luego iba a iniciar.

El Dr. Ernest Schäfer en su libro titulado «El Consejo Real y Supremo de las Indias» publicado en Sevilla en 1935, ha identificado el manuscrito de la Academia de la Historia publicado en la Colección de Documentos inéditos de Ultramar..., 2da. Series Tomos XX-XXV con ese inventario mandado formar por Ovando, Don José de la Peña Cámara también coincide con Schäfer en esto. Ahora bien, de la Peña Cámara dice que precisamente en el «Manuscrito» del British Museum de que da cuenta en su trabajo, hay un dato interesante sobre la formación del inventario referido.

Se trata de la declaración de Juan López de Velasco dada en Enero de 1568 que dice do que he visto en los libros del oficio que yo he sacado en relación». Esos libros son los Registros o Cedularios del Consejo de Indias y la relación sacada de ellos por López de Velasco no es otra cosa que eso que de la Peña Cámara llama «inventario» conservado en el Manuscrito de la Academia de la Historia. Así entendida esta frase, confirma otra del propio Ovando, recogida por Schäfer en su obra citada Tomo I, pág. 131 y precisa, además, algunos «<extremos importantes>> como dice Peña, a saber:

1º. Que el autor o si se prefiere el ejecutor, ya que sin duda obraba bajo la inspiración y dirección de Ovando, del inventario cuyo texto contiene el mencionado Manuscrito de la Academia de la Historia, fue López de Velasco.

2º. Que ese trabajo estaba ya hecho casi en su totalidad, al comenzar 1568. (10)

Desde un comienzo Ovando concibió y puso en marcha sus proyectos Recopiladores. Embrión de ellos era ese «inventario» cuya ejecución confió a Juan López de Velasco y en tal concepto debe subrayarse su importancia histórica. Pero no estará demás señalar su utilidad práctica como instrumento de investigación, pues como afirma Peña, en él están recogidas por materias todas las Cédulas de importancia hasta entonces promulgadas.

Ya al comenzar su obra de la visita y su consecuente la «recopilación», Ovando se descubre como un gran estadista, y da a conocer su gran visión de hombre enterado muy a fondo de las pasiones y deseos de los individuos de gobierno de su época.

Ovando, en su obra, marca lineamientos y bases para algo así como un Derecho Administrativo, y un Derecho del Trabajo, al igual que Francisco de Vitoria al hablar desde su Cátedra de Salamanca, de la solidaridad que debe existir entre las naciones, como razón o causa del contacto de España con América, cimentaba un nuevo Derecho, el que más tarde había de propugnar Hugo Gracío con el nombre de Derecho Internacional. Así este gran jurista, al hablar de la retribución que se debía dar a los funcionarios de América, de sus ascensos al Consejo de Indias, del número de ellos y del reparto más

equitativo del trabajo señalaba en aras de una justicia conmutativa, las bases de los modernos derechos antes mencionados.

Pero el Licenciado Ovando no sólo se da a conocer como hombre de Estado y como Psicólogo intuitivo, sino que va aún más lejos. Señala los remedios para toda esta desorganización de la organización y se prepara para llevar a cabo él mismo esta empresa si es posible, y, en medio de su gran actividad él se da cuenta de la inmediata necesidad de promulgar un cuerpo orgánico de leyes y con el carácter de permanente y único, para que se encuentre con facilidad la solución de los innúmeros casos que se presentaban, para evitar en lo futuro las contrariedades provenientes de las mismas leyes y derogar de una vez todas aquellas disposiciones de que pudieran valerse para satisfacer mezquinos intereses particulares.

Es, pues, este el principal motivo de la existencia del proyecto ovandino y la necesidad del Código de leyes de Indias; y Juan de Ovando quiere llevarlo a cabo, pero desgraciadamente no pudo publicar su obra, no sabemos hasta hoy los motivos que se lo impidieron, pero el hecho positivo es que murió en plena actividad, y que su obra fue la piedra angular de la gran recopilación de 1680 y que hizo que los tratadistas se preocuparan más del «Derecho Indiano» y sobre todo inició y consagró el espíritu y tendencias de las leyes de Indias llevando desde su origen entrañadas la bondad y grandeza de su objeto».....

CAPÍTULO IV

BREVE RESEÑA DE LAS PRINCIPALES INVESTIGACIONES REALIZADAS SOBRE LA OBRA DE JUAN DE OVANDO DESDE EL AÑO 1881 A 1945

Hasta la fecha no hay un solo estudio dedicado a analizar única y exclusivamente la figura de Juan de Ovando y su obra. Esta última sólo ha sido tratada como una de las tantas que se revisan al estudiar los periodos anteriores a la Gran Recopilación de 1680.

Lo dicho no debe extrañarnos, pues, si comparamos la obra de Ovando con la del Consejo de Indias, para cuyo estudio existen riquísimas fuentes, sobre todo la historia relativa a su Administración y al que tampoco hasta 1935 nadie le había dedicado un solo trabajo, no obstante su importancia histórica.

El doctor Schäfer, que ha sido el primero en dedicar una obra verdaderamente amplia sobre este Organismo, se admiraba del abandono en que estaban estos estudios, señalando, al mismo tiempo, las dificultades que seguramente lo habían provocado, afirmando: «Desde que en el siglo XVII, Antonio de León Pinelo cuya obra principal nunca salió a la luz desgraciadamente, Juan de Solórzano Pereyra y José Veitia Linaje escribieron sus compilaciones laboriosas, pero desde el punto de vista moderno completamente

faltas de crítica científica, no ha salido ni una Historia de la Casa de Contratación de Sevilla ni una descripción crítica de la Historia, labor y organización de la Suprema Autoridad Administrativa del Imperio Colonial, del «Consejo Real y Supremo de Indias...>>. Los motivos verdaderos que habían provocado al abandono de los estudios del Consejo de Indias, así como los problemas de la América en general eran por una parte, la gran dificultad en hallar una pauta orientadora para buscar los documentos en los Archivos del Consejo y por otra el desorden en que éstos se encontraban que hacía que la mayor parte de las veces no se pudiera encontrar lo que uno deseaba, constituyendo una verdadera obra de titanes el poder sacar algo en limpio de esa maraña de papeles y manuscritos. El Dr. Schäfer, verdadero Teseo de ese laberinto como lo llama Peña, ha sido el primero en internarse en esta selva y ha señalado la pauta a seguir y a su magnífico talento debemos esa privilegiada obra que se titula: «El Consejo Real y Supremo de Indias»>>.

Si esta situación de abandono se había producido con el Consejo de Indias, era lógico que la obra de Ovando quedara en peor situación de olvido, ya que Juan de Ovando fue sólo uno de los visitantes de este Consejo. Hasta que don Marcos Jiménez de la Espada presentara al IV Congreso Internacional de Americanistas celebrado en Sevilla su trabajo titulado «Relaciones Geográficas de Indias» como señaló en la «Introducción» del presente estudio nadie había hablado hasta ese entonces de la Visita de Ovando.

En esa obra, Jiménez de la Espada en uno de sus Capítulos dedica unas cuantas páginas a estudiar la figura de Ovando dando algunos datos importantes sobre la labor realizada por este, pero sin ser ella el núcleo central de la obra. Sólo se limitó a señalar que hasta ese entonces los pueblos hispánicos se habían preocupado mucho de las vanas glorias y de los triunfos militares de la conquista y habían dejado en el olvido las verdaderas victorias del genio español, las conquistadas con su sabia legislación. Unos cuantos años más tarde publicó un artículo en la «Revista Contemporánea» de Madrid Tomo LXXXI de 1891, titulado «El Código Ovandino» artículo del cual hizo una tirada aparte o «separata» y que fue el folleto del cual se valió nuestro compatriota Victor M. Maúrtua en 1906 para completar su obra titulada: «<Antecedentes de la Recopilación de Indias». (11)

Victor M. Maúrtua, juntó en un solo libro los datos aportados por Jiménez de la Espada en su «Código Ovandino» y el libro primero de la obra de Ovando «De la Gobernación Espiritual de las Indias» que había encontrado en la Biblioteca Nacional de Madrid. La obra que publicó en 1906, constaba de las siguientes partes: Primero, «Documentos sobre la visita del Consejo de Indias por el Licenciado Juan de Ovando (Relación del estado en que tiene el Lic. Juan de Ovando la visita del Consejo de Indias. -Apuntamientos sobre las ordenanzas del Consejo-. La Consulta de la Visita del Consejo con su Majestad, todo esto correspondiente al Código Ovandino de Jiménez. La otra parte, consta del libro de la «Gobernación Espiritual» y al final las Cédulas, provisiones y ordenanzas, de la Colección publicada por Diego de Encinas en Madrid, año de 1596, más el «Prólogo y Título de Audiencias de los Sumarios de la Recopilación general de las leyes de Indias» efectuadas por el Licenciado Dr. Rodrigo de Aguiar y Acuña.

Desgraciadamente, el Dr. Maúrtua no prologó tan siquiera su obra, ella constituye algo así como un Monumento sin leyenda ni inscripciones, no se sabe por qué juntó todo esto, ni a qué conclusiones había llegado. Si lo publicó todo junto por qué los consideró como meros antecedentes de la Gran Recopilación de 1680, cosa que me parece muy probable ya que el título de su obra deja entender algo, o porque había entre ellas alguna relación, no se sabe. Como digo en su obra no hay ni prólogo, ni epílogo, ni llamadas y notas o comentarios, salvo una que aclara: «D. Mateo Vásquez de Leca» en una de las comunicaciones de Ovando, después nada, de manera que como dice muy bien el Dr. Altamira: «Hubiera sido muy útil conocer el motivo que movió al autor para publicar los referidos extractos de Encinas y de Aguiar juntamente con los papeles relativos a Ovando y con el texto del libro primero de este» única pieza inédita pero muy importante y que da valor informativo propio a los «Antecedentes de la Recopilación de Indias» de Maúrtua. Sea como fuere, lo cierto del caso es que la referida obra no nos da mayores datos sobre la obra de Ovando y menos de su persona.

Luego de estos trabajos hay un vacío desde 1906 hasta 1935 año en el que don José de la Peña Cámara publicó un artículo en el «Anuario de Historia del Derecho Español» en Madrid, titulado: «Nuevos datos sobre la Visita de Juan de Ovando al Consejo Real de las Indias 1567-1568». Lo más interesante del artículo éste es que el autor acompaña una descripción de un Manuscrito encontrado por él en el «British Museum» de Londres, conteniendo parte de los autos de la Visita. Este Manuscrito consta de 351 folios útiles y esta descrito como dividido en 31 partes las que a su vez tienen ciertas subdivisiones, conteniendo una serie de datos importantísimos. Ojalá el señor de la Peña pronto publique el contenido completo de estos autos que serán de un gran valor informativo.

En 1935, también el Dr. Ernesto Schäfer publicó en Sevilla su obra titulada «El Consejo Real y Supremo de Indias», obra admirable y a la cual nos referimos anteriormente y en la que dedica uno de sus capítulos a estudiar la «Segunda y Tercera visitas al Consejo de Indias» hablando, aunque brevemente, también, de la obra de Ovando y dando a conocer su gran importancia en la Recopilación de Leyes de Indias.

Después de los trabajos mencionados, y hasta la publicación del libro del Dr. Rafael Altamira y Crevea «Análisis de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680», sólo se ha escrito un artículo en la revista «Tierra Firme» firmado por Juan Manzano y Manzano, discípulo de Altamira, y que dio a conocer en 1936 otro documento relacionado con la visita de Ovando titulado así: «Plan de las leyes que para el Gobierno de las Indias recopiló el año de 1571 el Sr. Dn. Felipe II en un volumen dividido en siete libros, etc., etc.» (9) Hay también otro artículo de Manzano citado por Altamira en la «Colección de estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios» editado en Madrid en 1936 pág. 386-403. Luego de estas obras de Manzano sólo queda, como digo, el libro del Dr. Altamira que es el único que dedica un estudio algo extenso a la obra de Ovando, aunque algunas veces le regatea valor para dar más brillo e importancia a la labor de Felipe II.

Su obra está dividida en siete capítulos especialmente dedicados a estudiar la Recopilación de 1680, dedica una parte del capítulo primero a estudiar los proyectos de Juan de Ovando y Alonso de Corita

o Zorita y Anónimos, luego en otra parte del mismo capítulo revisa la obra de Jiménez de la Espada y su Código Ovandino y, otros capítulos también dedicados a estudiar la obra del visitador, pero todo en torno a la idea central que es la Gran Recopilación del año 60, revisando la obra de Ovando junto con otras de menor importancia con un criterio por cierto muy científico y con un conocimiento profundo de la materia, quiero dejar aclarado el Dr. Altamira da más importancia a la labor de Felipe II que al gesto noble, generoso y sin igual en la historia indiana española del jurista de Cáceres.

SEGUNDA PARTE

JUAN DE OVANDO FRENTE A LA RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS

CAPÍTULO V

QUIÉN FUE DON JUAN DE OVANDO, SU TIEMPO Y SU PERSONALIDAD

Don Juan de Ovando nació en Cáceres, (Extremadura, España) hijo de Don Francisco de Ovando y de doña Juana de Aguirre. Sus primeros estudios los realizó en el Mayor de San Bartolomé, y cuando terminó sus estudios colegiales y eclesiásticos llegó a temprana edad al cargo de Canónigo de la Iglesia de Sevilla.

En 1564, encontramos a Juan de Ovando ya en plena actividad revolucionaria en el campo de las ideas; estaba nada menos que de «reformador» de la Universidad de Alcalá, actividad que para aquellos tiempos era bastante atrevida.

En 1568 obtiene los cargos de Consejero de Inquisición y de Visitador del Consejo Real y Supremo de Indias a cuya presidencia pasó el 27 de octubre de 1571 y al cargo de Presidente del Consejo de Hacienda en 1574, ejerciendo a la par ambos cargos hasta su muerte, la misma que lo halló en plena actividad el 8 de setiembre de 1575.

Don Juan de Ovando es uno de esos hombres cuya honradez excepcional la mantuvo aun a costa de su propio bienestar y que, a pesar de haber pasado por su bufete todos los negocios y cuentas de ambos mundos, vale decir de todas las Españas, y, de haber tenido la mayor potestad y jurisdicción que jamás se vio, según frase de don Marcos Jiménez de la Espada, salió de esta vida tan limpio, que los productos de su almoneda no bastaron para cubrir las mandas que dejó a sus criados y hubo necesidad de una merced o limosna real de 1000 pesos para que su cuerpo pudiera descansar dignamente en la Iglesia de San Mateo de Cáceres, lugar donde fue bautizado.

Antonio de León Pinelo, citado por Jiménez de la Espada sobre este particular en sus «Apuntes» dice al folio 41 vuelto: «El Licenciado don Juan de Ovando, dejó mandado que lo sepultasen en el Cementerio

de Santa María de esta Villa de Madrid su parroquia, pero parecióles a los testamentarios que esta disposición era más de alabarse que de ejecutarse, dieron cuenta al Rey y por su mandato se llevó el cuerpo a Cáceres, patria suya. Y por haber quedado muy pobre, se le hizo merced en el Nuevo Reino de Granada de mil ducados que traídos a poder de Juan de Ledesma su Albacea, compró con aquel dinero la renta que cupo en las Alcabalas de Cáceres y fundó con ello una Capellania; pero como luego el clero de aquella Villa puso a ella ciertos pleitos se aprobó todo lo efectuado por Juan de Ledesma por Cédula Real de 30 de diciembre de 1595 que lo refiere así; más adelante, añade, que a don Antonio de Ovando, hermano y heredero del Presidente, se le dieran 1000 pesos de tributos de Indios del Perú. (folio 152).

Mayor prueba de honradez no se puede pedir a un hombre que como hemos visto tuvo en sus manos los dineros de ambos mundos con una jurisdicción absoluta ya que era Presidente de los Consejos de Indias y de Hacienda que era las entidades llaves de toda economía del Imperio Colonial Español, y sin embargo, todo lo sacrificó por dar a su Patria la mejor legislación del orbe, toda su vida la dedicó a esa sola actividad no importándole nada los bienes terrenales. Sus pensamientos fueron como tajos de luz en la penumbra europea, entreabriendo la visión de cosas futuras. Hablaba siempre de cuestiones sociales de las que nadie en su tiempo entendía y de la necesidad de organizar toda la legislación de Indias en un solo cuerpo. Pensaba en tan alto estilo que parecía tener, como Sócrates, algún demonio familiar que alucinara su inspiración. Ciclope en su faena, vivía obsesionado por el afán de ordenar y sintetizar; esa idea gravitaba en su espíritu como las grandes moles incandescentes en el equilibrio celeste, subordinando a su influencia todas las masas menores de su sistema cósmico.

Pero su hora no había llegado. Ovando no fue comprendido por sus contemporáneos y luego fue olvidado por sus compatriotas. La labor que preconizaba y la obra que comenzó no eran para su tiempo. Por eso decía con toda verdad don José Ingenieros, que en ciertas etapas de la historia humana, cuando se plasma un pueblo, se crea un estilo, o se formula una doctrina, algunos hombres excepcionales anticipan su visión a la de todos, la concretan en un ideal, en este caso la justicia y la expresan de tal manera que perdura en los siglos.

«Heraldos, la humanidad los escucha; profetas, los cree; capitanes, los sigue; santos los imita. Llenan una era o señalan una ruta, sembrando el germen fecundo de nuevas verdades, poniendo su firma en destinos de razas, creando armonías, forjando bellezas. Pero el hombre extraordinario sólo asciende a la genialidad si encuentra clima propicio: la semilla mejor necesita de la tierra más fecunda. La función reclama el órgano: el genio hace actual lo que en su medio es potencial.» (12) He ahí por qué Juan de Ovando no es conocido, porque a él se le sintió exótico e inoportuno en la España de esa época y en general en el mundo y por qué no existían las condiciones de tiempo y de lugar favorable para que su obra se convirtiera en función.

Pero, su genialidad ha marcado una época en la Historia y hoy, a la luz de las ideas sociales cada vez más pujantes, debemos hacer justicia a este hombre que supo sacrificar toda una vida por la humanidad.

Pero todo esto no se había comprendido antes, si Juan de Ovando hubiera vivido en el siglo XIX seguramente que su nombre resonaría en los labios de todo el mundo, porque su obra aunque el mismo no lo supiera nunca, hablaba de justicia social y tenía sabor a reivindicaciones. Juan de Ovando, por todo esto, constituye en sí una síntesis del pensamiento humano, y por su obra puede ser considerado sin lugar a dudas como el Príncipe de los legisladores de Indias, su nombre debe recordarse siempre con admiración y respeto.

CAPÍTULO VI

EL PROBLEMA DE LA FECHA DE LA INICIACIÓN DE LA VISITA

El primer problema que se presenta al estudiar la obra de Juan de Ovando, es el de averiguar la fecha exacta de la iniciación de los trabajos de la visita. Oficialmente sabemos que en 1571 Ovando llegó a la Presidencia del Consejo de Indias y entregó, lo hasta ese entonces efectuado o sea todo el libro primero, los seis restantes los siguió preparando y como el mismo decía: «se terminarían de tal modo que anualmente saldría un Tomo en la flota, se examinaría en la práctica y luego se imprimiría» de esto deducimos que 1571 es la fecha en que prácticamente termina la visita, pero ¿Cuándo comenzó? Eso es lo que trataremos de aclarar.

Comenzaré revisando las opiniones de los más ilustres tratadistas de Indias en forma de ir bajando la fecha hasta la que nos parezca más acertada y con mayor fundamento. En primer lugar, tenemos la autorizada opinión del Dr. Ernest Schäfer, gran conocedor de los asuntos de Indias, quien afirma que la Segunda visita al Consejo se realizó en 1569 por los motivos ya señalados al hablar de la necesidad de la recopilación como causa de la existencia del Código Ovandino.

En Segundo lugar, está la afirmación de don Antonio de León Pinelo quien, en sus «Tablas Cronológicas», fija el comienzo de la visita en 1568, sin citar autoridad alguna en su apoyo.

La opinión que más se acerca a la realidad me parece es la del señor José de la Peña Cámara; Primero porque se apoya en documentos fehacientes encontrados por él en el British Museum de Londres y en los que hay una serie de declaraciones de personas venidas de América y fechadas a mediados de 1567 y afirma: «aún me parece lo más acertado deducir que hubiera comenzado ya en los primeros meses de ese año o, acaso en el año anterior.» (13)

Segundo, porque revisando la descripción del Manuscrito encontrado por Peña en Londres, hallamos una serie de declaraciones dadas en julio de 1567, como la declaración de Ramírez de Cartagena el 24 de julio y luego varias de Agosto del mismo año, corriendo las declaraciones hasta diciembre de 1568 y tres muy espaciados correspondientes a Abril de dicho año y posteriores al mismo mes las dos últimas.

Recordemos que la visita no terminó hasta la segunda mitad de 1571.

Por la forma como están redactadas las respuestas de Ramírez de Cartagena y del Licenciado Bibriesca de Muñatorres o Mutañones, se desprende que respondían a un interrogatorio o cuestionario. Pena y Cámara, dice que no se puede generalizar esto, porque sólo dos de los testigos parecen responder a este interrogatorio y por que además hay una pequeña diferencia en el número de preguntas, 46 en el primero y 48 en el segundo. A todo esto se puede responder diciendo que sí existió un cuestionario de preguntas sobre la visita, y me baso en lo siguiente, para tal afirmación: El señor Peña dice, que no pudo existir cuestionario o que no parece posible su existencia porque sólo dos testigos lo contestan y porque las demás declaraciones toman la forma de escritos, memoriales, etc.

Con este mismo criterio podemos suponer que si Ramírez de Cartagena Fiscal de la Audiencia de Quito «estante en esta corte» responde a las 48 preguntas del interrogatorio de la visita como consta de la descripción del Manuscrito del British hecha por el mismo Peña en el inciso b) (Fols. 161-175) de la llamada 6 de su descripción en que dice: «Diligencia de ratificación ante Juan de Ovando de la declaración anterior... y nueva declaración.... contestando a las 48 preguntas del interrogatorio de la visita y otras hechas por el visitador en aclaración de algunos puntos contenidos en la primera declaración.- Madrid, 14 de diciembre de 1568.- Firmada por el declarante t autorizada por el Secretario De la visita don Juan de Ledesma. También los otros personajes cuyas cartas, escritos o Memoriales aparecen en los autos encontrados por él pudieron a su vez contestar al interrogatorio o cuestionario en una nueva declaración y ratificación y que dichos autos con las declaraciones de gran valor para nuestros estudios permanecen aún en los archivos de alguna Biblioteca española o europea perdidos como permanecieron los que Peña menciona hasta Mayo de 1891 en que Lord Northbrooch la obsequiara al British Museum y luego en 1935 la encontrara el señor de la Peña Cámara.

Por otra parte el hecho de que el número de respuestas sea en uno 46 y en otro 48 no quiere decir que por esta razón no existiera el cuestionario mencionado, al contrario, esta se debía seguramente a que por la diferencia de cargos desempeñados por los que debían responder a las preguntas alguna de ellas no le interesaba directamente a cierto individuo y en cambio a otros sí. Por lo que se dejaban de hacer en algunos casos ciertas preguntas que por la jerarquía o el puesto desempeñado no interesaban mayormente o no correspondían.

El Licenciado Bibriesca de Mutañones por ejemplo, había estado en el Perú por orden de su majestad para tratar de la perpetuidad de los estados del Perú, asiento y firmeza de ellos y sobre «todos los puntos de gobierno de estos estados». A la mitad de este folio es que comienzan las respuestas al interrogatorio de la Visita que consta de 46 preguntas firmadas todas ellas por el declarante. Como vemos hay una gran diferencia en el cargo o misión de Ramírez de Cartagena y del Licenciado Bibriesca de Muñatorres y por lo tanto el contenido de las preguntas y respuestas varían mucho en la mayor parte de ellas, ya que el primero fue Fiscal de la Audiencia de Quito y el segundo sólo Comisionario Real.

También ayuda a creer que las declaraciones contenidas en el Manuscrito de Peña, son sólo las enviadas espontáneamente por las personas venidas de América y que se encontraban por ese entonces en Madrid, y no las que oficialmente tomó el licenciado salvo las dos anteriores, el hecho de que la mayoría de ellas comienzan haciendo cargos contra los miembros del Consejo de Indias y hasta unas veces con evidente intención de hacer daño. La mayoría de los cargos se dirigen contra el Presidente, los consejeros, etc. y dieron por resultado que Ovando, las tomara con una diligencia de ratificación ante el Secretario de la visita para así tener seguridad de que decían la verdad; como ejemplo de estas declaraciones contra los miembros del Consejo tenemos la declaración del Fiscal Ramírez antes mencionado, que en su primera declaración dada por escrito en Madrid el 24 de julio de 1567 hace en ella numerosas acusaciones contra varios personajes, entre ellos el Marqués de Cañete, el doctor Vázques, Luyando, Muñoz, etc. y además, trata materias importantes con referencias al Perú, y como ya hemos visto, luego respondió al cuestionario de las 48 preguntas, seguramente que este mismo procedimiento se siguió con todas las personas que enviaron memoriales o cartas espontáneamente, obligándolas a ratificase y a contestar el cuestionario de la visita.

Pero volvemos al problema inicial, o sea el de la fecha de iniciación de los trabajos de Ovando. Nuevos datos nos afirman en la creencia de que ella debió comenzar en 1566 o cuando más en los primeros meses de 1567 la prueba la tenemos no sólo por lo afirmado anteriormente que ya es bastante sino por una serie de datos históricos como por ejemplo en el hecho de que en diciembre de 1569, el día 28 Juan López de Velasco y Juan de Ledesma recibieron como aguinaldos cada uno 200 ducados como premio por su labor de Secretarios de la Visita. Además, al año siguiente, 1570 por una Cédula del Rey ordenada por Consejo de Ovando llegaron unos «Despachos para la visita del Consejo de Indias que estaba haciendo el Lic. Ovando» que enviaba su Excelencia del Arzobispo de México.

Al mismo tiempo, en 1570 se recibía también en el Consejo y pasó a estudio de Ovando un papel fechado en Panamá el 30 de enero de 1570, encabezado así: «<Los Oficiales Reales de su Majestad. Desde Reyno de Tierra Firme y Provincia de Veragua Sentimos y Nos Parece en Razón de lo contenido en la Resolución y Memoria que el Ilustre Señor Licenciado Juan de Ovando nos envía tocantes a la visita que su merced hace al Real Consejo de Indias». Este papel constaba de 37 capítulos y se hallan insertos en las «Relaciones Geográficas de Indias» de don Marcos Jiménez de la Espada.

Interesa también para nuestro estudio de la fecha la iniciación de la visita, el viaje que realizó a las Indias en 1570 don Francisco de Hernández, viaje que constituyó la primera expedición científica en su género venida la América y destinada no sólo a Nueva España como se ha creído sino también al Perú.

El Dr. Hernández dirigía la expedición, junto con él venía un Cosmógrafo, don Francisco Domínguez, un dibujante, y un especialista encargado de buscar «<las yerbas medicinales e industriales», etc. Este trabajo figuró ya en la Gran Recopilación de 1680. Tomo II por que Hernández terminó su misión justo en la fecha en que Ovando moría, hay una carta de Hernández a Ovando participándole sus proyectos y que contaba con él para una prorroga necesaria de su viaje de vuelta, dejando la ida al Perú a causa

de su edad (60 años) y achaques del cuerpo y cansancio de espíritu y por acudir a la impresión de sus libros en España. Carta que según Marcos Jiménez de la Espada Ovando alcanzó a leer. Por otra parte, Ovando previendo cualquier eventualidad había encomendado la descripción de Indias al Licenciado Juan López de Velasco.

De todo esto sacamos la conclusión de que la Visita no pudo ser una cosa improvisada, que debió prepararse con mucha anticipación y cuidado, dado el carácter tan metódico y ordenado del lic. Ovando. Todas estas cualidades del carácter del Visitador las afirmaba ya en 1571 en la ciudad de Amberes, Arias Montano en una carta dirigida al Duque de Alva y fechada el 6 de octubre del año antes mencionado y en la cuál decía refiriéndose a Ovando: «su costumbre era tomar los negocios de su cargo por el pie y haciendo anatomía dellos y nuevos scheletos y compositiones hasta llegar a las cabezas todas de cada negocio y tomar las cabezas y hacerse señor dellas». Y efectivamente lo hizo así en esta ocasión, para lo cual tuvo que necesitar bastante tiempo y como dice Peña la visita «vulgar faena curialesca casi siempre odioso menester de glilla, ruin algunas veces se transformó en manos de Ovando en amplia y genial concepción de estadista, en tare excelsa de «Reformador».

CAPÍTULO VII

JUAN DE OVANDO Y LA CONCEPCIÓN DUALISTA DEL GOBIERNO DE LAS INDIAS

La concepción dualista del gobierno de las Indias hace su aparición junto con la obra de Ovando, pero lo que no podemos afirmar categóricamente es si fue don Juan Ovando su creador o si sólo dio forma y concretó mejor una idea que ya había sido lanzada al ambiente jurídico de su época por otro jurista anterior. El hecho positivo es que esta división de las leyes en concernientes a los problemas de gobierno «espiritual» y al gobierno «temporal» aparecen claramente en la obra de la visita de Ovando en 1571.

No hay una definición hasta hoy de lo que dichas clasificaciones comprenden, pero me parece, títulos referidos y como el mismo Ovando decía: «por el orden de libros, títulos y materias»> así pues podemos decir que la palabra «espiritual» comprende todo lo relacionado al gobierno de la Iglesia y sus ministros y la palabra «temporal» todo lo referente al gobierno político.

La palabra «espiritual» se perpetuó en los proyectos y se le dió siempre la preeminencia y es por eso que en todos ellos encontramos el libro primero dedicado al gobierno espiritual.

La cuestión de si Ovando la creó me parece muy difícil de probar, porque en 1484 en la Primera Recopilación de Leyes de Castilla según afirma el Dr. Altamira y Crevea se hablaba de gobierno

espiritual ya; pero debemos notar que este concepto en aquel entonces era algo confuso y no bien delimitado, porque contenía cuestiones jurídico-políticas, cuestiones relacionadas con la enseñanza y sobre todo el título relacionado con: «<los perdones que el Rey hace» que nada tiene que ver con la materia Religión-Iglesia.

Por lo tanto si Ovando no creó el termino o mejor dicho estos términos «espiritual» y «temporal», por lo menos fue el primero en concretar bien su significado, usándolos por primera vez sin cometer los errores de Montalvo por ejemplo, al involucrar materias de un libro en otro.

En el Título decimocuarto «Del derecho de patronadgo» parece que Ovando hubiera cometido el mismo error de Montalvo, pues esto es algo concerniente al poder Temporal según lo sostiene el Dr. Altamira en su obra. En ella afirma que el patronato es una prerrogativa del Rey es decir de Estado y dice que Encinas parece haber comprendido este punto de vista, dada la composición del Libro Primero de su Cedulaario y la inclusión en él del «patronadgo» real junto con el grupo de leyes encubiertas con el epígrafe «Las Indias son de la corona.»

Ahora bien, me parece que Ovando al incluir el título del «Patronato» dentro de la gobernación espiritual lo hizo para conservar la unidad de su obra, ya que desde el momento en que el Rey se inmiscuía en cosas de la Iglesia como era el nombramiento de los preladados o su designación para los cargos: en América, estaba invadiendo un terreno considerado dentro de la designación espiritual y no temporal ya que no eran actos políticos ni mucho menos. Por otra parte si sostenemos esta teoría de considerar en el gobierno -temporal al Patronato, también estaría mal puesto el Título referente a los «Romerios, peregrinos y pobres» puesto que no tienen nada que ver con la religión y como decía Ovando: «que muchos estando sanos, andan vagando y peregrinando, manteniéndose de limosna y defraudando della a los que verdaderamente son pobres» (15)

Ovando en su obra quiso dejar de una vez por todas bien definido lo que estos términos significaban y para no dar lugar a dudas involucró en una y otra denominación cosas que fueran afines y por ejemplo en el caso anterior del título de los «peregrinos» que caería más bien dentro del relativo a la Justicia o a la República de los españoles o Indios por tener algo que ver con la Iglesia los puso en la primera denominación. Por supuesto que parece haber seguido un orden decreciente en importancia y colocó a este título al final de todos.

Volvamos sobre la cuestión dual del gobierno de las Indias, ya he dicho que antes de Ovando sólo existe en la Recopilación de Montalvo una cita algo confusa aun sobre «Gobierno espiritual», pero la concepción clara y correcta de Gobierno espiritual y temporal» no lo hay, por lo menos los estudios realizados hasta la fecha no han probado lo contrario, por lo que dado los antecedentes y la capacidad creadora demostrada de Juan Ovando, se puede sostener que él es su creador.

Después de 1570 o en fecha muy próxima puede ser que se hallen documentos que hablen de esta concepción dual, pero debemos tener en cuenta que ya Ovando estaba en plena actividad y que éstos

pudieron efectuarse siguiendo las normas establecidas por él o la costumbre que ya empezaba a enraizarse.

Es por esto que no debe extrañarnos que en el Manuscrito del Museo Británico de que nos habla Peña en su artículo del «Anuario» bajo en N°.15 aparezca una comunicación o «Memorial» de Fray Francisco de Morales, Visitador de la Orden de San Francisco y que había residido en el Perú más de veintiún años sabiendo además la lengua nativa «la lengua del Inga». Este Memorial se encuentra con su respectiva diligencia de ratificación ante Juan de Ovando, firmada por el Padre Morales y autorizada por el Secretario de la Visita Juan de Ledesma en Madrid a 2 de enero de 1568. En el que se hacen referencias a la concepción dualista, sobre todo el título que lleva dice así: «El parecer respecto de la Reformatión de las Indias temporal y Spiritualmente» (Fols. 252-266.v.).

El Dr. Altamira por este motivo deja entrever que pudiera haber sido el Padre Morales el creador de esta concepción dual, porque Ovando debió conocer este memorial con fecha 2 de enero de 1568 cuando todavía no eran públicos ni el plan ni los fragmentos de su recopilación que se aceptaron en 1571, y dice «que no parece verosímil que el Padre Morales aunque por entonces se hallase en Madrid (cosa de que no habla Peña) tuviese tiempo de conocer y adoptar a través de Ovando una clasificación exclusiva de este y, repito, aún no hecha pública.»

Agrega, después, que en el mismo manuscrito estudiado por Peña en 1934 o 35, pueden hallarse testimonios más concluyentes y alude especialmente a los N° 12 a). y b), 13, 14, 16 b) y 27; y con menos esperanzas (en lo cual puedo equivocarme) a los números 1 y 10. Veamos, pues, lo descrito por el señor de la Peña para poder sacar una conclusión:

12) a. (194-203 v.) Declaración del Lic. Ayala de Espinoza. (despinosa): Prebendado de la Catedral de México, sobre asuntos de gobierno de Nueva España. Madrid, 23 de diciembre de 1567. Firmada.- Con diligencia de Ratificación en Madrid a 24 de diciembre de 1567 firmada por él y autorizada por Juan Ledesma.-

Ahora vemos la otra subdivisión de N°. 12. es la b).- Declaraciones del Lic. Ayala de Espinosa sobre materias de gobierno de Nueva España. Sin fecha. Firmado A.S.M. en Memorial>>.-

El No.13.- «Memorial sobre Gobernación del Perú, de Garci Fernández de Torrequemada, vecino de Burgos, Alguacil Mayor que había sido de la ciudad de Cuzco, con diligencia de ratificación y presentación en Madrid.- Firmada y autorizada por Juan de Ledesma.

14.- «Memorial del Dr. Francisco de Adame natural de Villanueva de la Serena, Dean de la Catedral del Nuevo Reyno de Granada estante en esta corte. Lleva la rúbrica siguiente: «Lo que al presente se ofrece de dar en Memoria y aviso de negocios de Indias».

26.-b); Memorial del mismo (se refiere al Cosmógrafo Alonso de Santa Cruz) a Juan de Ovando suplicando se haga información para que se sepa el paradero de varios libros de

manos que trataban de las cosas de Indias, así de las provincias de Nueva España como de las cosas del Perú».- Autógrafo y firmada.-

27).- Carta a Marcos Díaz a Juan de Ovando, proponiendo algunas reformas en los trámites del Consejo sin fecha, etc, etc.

Respecto al N°.1 y al 10 no hace falta transcribirlos, sólo diré que el primero es una declaración del Lic. Bribiesca de Mutañones sobre su «estancia en el Perú». El 10 es un papel que trata de materias de gobierno con referencia al Perú.- Sin firma, pero al margen dice: «Don Antonio Vaca de Castro a 11 de setiembre de 1567.»-Como vemos todos estos documentos nos dan una gran idea sobre como estaba el gobierno de Nueva España y el Perú en aquel entonces y hasta podríamos hallar algo sobre la concepción dual, pero lo que debemos subrayar es que ninguno habla de ella fuera del Padre Fray Francisco de Morales y que el padre Morales, y esto es muy importante, era el único de todos estos personajes que parece haber mantenido estrecha correspondencia con Ovando, como lo prueba el hecho de que en el mismo Manuscrito del British con el ° 25 (fol. 314-315) hay otra carta del padre Fray Francisco de Morales al Visitador, firmada en Valladolid a 1 de febrero de 1568. Es original. Como vemos, con el mismo criterio con que el Dr. Altamira dice que el padre Morales fue el creador de la «Concepción dual» y que influyó en Ovando, se puede afirmar, y con más seguridad aún, que fue Ovando a través de las cartas que debieron cambiar el que influyó en el padre Fray Francisco de Morales. Sosteniendo de esta manera la tesis de que Ovando es el creador de esta concepción.

CAPÍTULO VIII

CONSULTA DE DON JUAN DE OVANDO EN SU CALIDAD DE VISITADOR DEL CONSEJO DE INDIAS A SU MTAD. EL REY DE ESPAÑA

«En calidad de Visitador del Consejo Real y Supremo de las Indias, Juan de Ovando consultó S .M. antes de dar por terminada su tarea haciéndole ciertas declaraciones de gran valor no sólo respecto de las modificaciones que se debían realizar en las Indias al tiempo que se promulgaba su obra. Sino por que en esta Consulta a su Majestad Ovando deja ver su personalidad de jurista y hombre de Estado a carta cabal.

Ovando al señalar al Rey, las necesidades de los Indios, los ascensos al Consejo de Indias, la provisión de las Capellanias y «Obispados, asi como la sustitución de quienes eran ya inútiles en el desempeño de sus cargos, dá paso a una labor hasta ase entonces desconocida en la época. Traza los primeros dictados de lo que se llama hoy Derecho Administrativo, y al hablar de los ascensos y retribuciones que

con derecho debían recibir los (Obispos) y Oidores, así como la creación de nuevos cargos ya que los existentes eran muy mal retribuidos y sobrecargados de labor y que por esta razón, esta se hacía muy lenta, esboza ya lo que hoy se llama justicia social».

Pero dejemos de lado estas consideraciones y entremos de lleno a ver la Consulta al Rey, la misma que comenzaba así: «Católica Real Majestad:» ya aquí podemos ver el espíritu pleno de renovación del Ilustre Licenciado. Según Schäfer en su obra tantas veces citada en este trabajo, en los comienzos del reinado de Felipe II, el encabezamiento de las consultas todavía es: (S.C.R.M.:) Sacra Católica Real Majestad. Más adelante solamente se dice «señor». Es a Partir de la obra de Ovando en que se suprime «Sacra» y se comienza con «Católica» marcando una gran evolución para llegar luego a decir solo «Señor».

El final era casi siempre la frase: Vuestra Majestad mande lo que más convenga a su servicio o que fuere servido». Suprimiéndose la antigua fórmula de devoción, que el mismo Ovando todavía observaba pero algo cambiada por que, en origen era así: «De Vuestra Sacra Católica Real Majestad humildes vasallos que sus reales pies y manos besan» y el presidente ponía:

«De Vuestra Católica Real Majestad Humilde criado»».

El visitador empieza en su consulta exponiendo a S.M. La responsabilidad que cabía a ésta de gobernar bien a los Estados de las Indias «Por el justo titulo que tenían» y por la misma grandeza da su Imperio, haciéndole ver a su vez, que si no se remedia pronto este malestar será general y traerá como consecuencia lógica el caos que propicio: La ruina total y la destrucción de todo el Imperio colonial. «Se propiciará la destrucción de todo aquel orbe y de lo hedificado espiritual y temporalmente».

Luego afirmaba que de esta visita resultaban dos cosas principales: «Asimismo se dio relación a S.M. que de la visita resultaban dos cosas la una era las culpas personales de los visitados y que esta cesaba y ahora cesa por ser todos muertos a quien se pudiera poner cargo y culpa personal». Efectivamente desde 1567 fueron dados de baja por muerte nueve (9) funcionarios del Consejo de Indias. Recordemos que dicho consejo en su iniciación sólo tuvo ocho miembros directores habiéndosele agregado sucesivamente y en años posteriores otros miembros más pero como digo todos fueron dados de baja, más el procurador de pobres, cargo creado en 1528, así que en tiempos de la Visita no quedó ninguno de los miembros fundadores del Consejo ni el Procurador. Los dados de baja fueron: El presidente Quijada, Consejeros: Valderrama, Isunza y Muñoz, el Fiscal Ulloa, el Relator Santander, el Abogado de pobres Licenciado Medina (Hurtado de) y los dos secretarios: Eraso y Luyando y poco antes de esta consulta definitiva murió en 1571 el anciano Consejero Dr. Vásquez de Arco no quedando efectivamente nadie a quien se pudiera responsabilizar por los actos de dicho Consejo.

Luego decía: «La segunda es lo general, que todo ello se reduce a tres cabos: «que en resumen no son sino»

- 1º) Que en el Consejo no se conocían las Indias ni sus problemas.
- 2º) Que ni en el Consejo ni en las indias se sabía ni se podía saber la legislación para ellas promulgada: «de donde se infiere que los que en ellas residen viven sin ley y sin orden».
- 3º) Que faltaba conocimiento y voluntad para hacer debidamente las provisiones de oficios, y como muy bien decía, el mayor inconveniente era que no se había tenido ni se tiene en consideración la utilidad pública sino la utilidad de las personas proveídas, de lo que se causa mayor destrucción en la república».

Por otra parte, los miembros del Consejo no habían estado en las Colonias. Solo 6 de sus 40 miembros al tiempo de la visita habían permanecido y por poco tiempo en ellas. En Lima el Lic. Lope García de Castro, desde 1564 en que fue Presidente de la Real Audiencia de Lima y no había vuelto por lo menos durante la visita ya que se quedó de gobernador del Perú.

De los tres generales que he expuesto, Juan de Ovando decía a S.M. que resultaban más de dos mil Capítulos bien distribuidos y sobre los que convendría proveer, y que de todos ellos se podría culpar al Consejo por no tenerlos proveídos pero que, por abreviar la visita, era más conveniente reducirlos a ordenanzas, como luego las hizo, reuniéndolas en sus Siete libros famosos de que hablara al comienzo, con la previsión de que una vez visto como estos libros se publicaban y recibían en las Indias y con las notas y modificaciones que sobre ellos vinieren se enmendaran y añadieran y nuevamente impreso se enviasen «ya de firme» a todas partes, además, de un libro en cada flota por el mismo orden hasta que se publicaran los siete.

En otra parte de la Consulta a S.M., Ovando habla de la necesidad de proveer las Plazas vacantes y los ascensos al Consejo, muy importantes como él lo dice, por el estímulo que representaría para los nuevos letrados el ir a las Indias, dice así:

«Siendo V.M. servido de firmar el título del Consejo y el Libro Primero «De la Gobernación Espiritual de las Indias», al visitador parece que allende de lo que en ello se contiene, conviene al servicio de V.M. añadir las cosas siguientes:

- 1º. Que se provean las plazas con los Oidores beneméritos de las Audiencias de Indias.*
- 2º. Que los miembros del Consejo no se pueden trasladar a otros Consejos para que tengan la experiencia necesaria que sólo se adquiere con la práctica.*
- 3º. Que el Presidente solo, haga la consulta de oficios, ya que así lo hacia el Presidente del Consejo de Castilla y para que se pueda responsabilizar a la autoridad que lo nombra.*

Como vemos, la Administración pública ya en ese entonces padecía de los mismos defectos de que nos quejamos hoy y esto nos sirve para comprobar una vez más la preocupación de los hombres de

buena voluntad de la Metrópoli de poner fin a todas estas cuestiones engorrosas. Los mismos vicios y las mismas inconvenientes costumbres están anotados por el Licenciado Ovando en su obra cuando aconseja a S.M. lo siguiente:

«Evitarse yan mucha negociación, por que cada pretendiente de oficio anda negociando el voto de cada uno del Consejo y buscando favores e intercesiones; quitarse ya esta ocasión de discordia entre los del Consejo, ya que el que quiere favorecer a uno que se ha proveído, se ofende de los que no votan por él».

Agregaba don Juan de Ovando, que: «cesaría el concierto» dentro de los del Consejo; ya que por concierto se entendía que estaban todos de acuerdo para votar por la amistad y las contemplaciones que se guardaban entre sí y que cuando esto no se cumplía había pasiones y descontentos «y de aquí había un inconveniente mucho peor». Por otra parte, el visitador afirma que: «el mismo cuidado que tienen los Consejeros en la elección de los oficios para votar por los amigos de los otros, ese mismo lo ponían para no castigarlos si en sus oficios no hacen lo que deben».

«Cesaría también la ocasión para que los pretendientes de oficios no anden cosechando y sobornando a los parientes, amigos, y familiares de los del Consejo sin que ello sepa; y el que va proveído a las Indias por favor de uno del Consejo hace muchas insolencias... Y ay otros muchos inconvenientes, todos los cuales cesarían estando la provisión en uno *sólo*»...

De lo expuesto, podemos deducir como, una vez más, lo ilícito jurídico, ayuda a dar luz acerca de las instituciones de una época en la que dada la lejanía de los Centros de Control, el desgobierno y el escándalo eran las únicas normas de conducta. Además, tenemos que añadir que todas estas recomendaciones surgían de un hombre que conocía muy bien el ambiente de su época, las costumbres y sobre todo de un hombre que tenía fe en que modificando tan sólo una cosa mal dispuesta se enmendaría todo, por que antes que nada confiaba en la nobleza humana.

Otra de las grandes innovaciones que pedía Ovando era, que el Presidente del Consejo con dos o tres pudiera reunirse en sala para resolver los asuntos concernientes a dicha Institución, pues si se espera a que todos los miembros se reúnan, se pierde mucho tiempo «y muchas veces se hace por cosas sin importancia», y dejaban luego las de mayor urgencia» y añadía el Licenciado: «que casi siempre los nuevos miembros del Consejo eran los que votaban primero y como se estaba a la mayoría de votos sucedía que se proveía lo que menos convenía» y que «mientras más Consejeros hubiere mayor será la dilación y el desconcierto»

En caso de vacar la Presidencia del Consejo de Indias Juan de Ovando sugería que dicho cargo lo desempeñará el Oidor más antiguo y que todos los nombramientos desde el virrey al de Oficial de Hacienda, tanto en Lima como en México se consultará a S.M.

Luego de estas consideraciones de carácter general, entraba a tratar de los honorarios y sueldos que debían ganar los funcionarios de Indias y pedía que se crearan algunos cargos, como el de Alguacil

propio del Consejo, para que esté siempre en la puerta y listo a ejecutar sus mandados, porque los dos que existían eran Alguaciles de la Corte y tenían su sueldo en otra sala y «nunca estaban en su puesto»>> pues andaban ocupados en otras cosas y para evitar esto pedía que se les subiera el sueldo de 15.000 maravedíes en Penas de Cámara a 50.000 maravedíes.

Tres veces por semana se reunía el Consejo con el Visitador para tratar de la reforma de la legislación y Ovando hace constar muy satisfecho: «Parece haberse acertado mucho según la conformidad en que ha ido el Consejo con el visitador, viendo y determinando las materias que hasta aquí se han tratado». Era desde todo punto de vista inusitado que la autoridad visitada interviniese ella misma en la ejecución de las reformas consideradas necesarias por el visitador, pero en este caso después de una consulta verbal con Ovando don Felipe II creía conveniente hacer una excepción.(16)

También se recomendaba se añadiesen a las nuevas leyes tocantes al Consejo ciertos suplementos importantes no incorporados aún en la minuta porque eran tocantes a los propios consejeros y en parte también por falta de unanimidad en los votos.

Además pedía que respecto al orden espiritual se ordenara todo rápido, pues ese era el fundamento de la república y además las iglesias no estaban dotadas de Ministros ni ordenadas. Citaba los casos de las Iglesias de San Juan de Puerto Rico y la de Santo Domingo que estuvieron 16 años sin preladados; y otros casos como el de Cuba en que sólo había cuatro clérigos en toda la Isla y un solo Obispo; en Venezuela sólo habían un Dean viejo y caduco y un Obispo, además ni en Nicaragua, Cartagena, Guatemala, Tlaxcala y Nueva Galicia hay un solo clérigo, ni obispo y el de México de tan viejo era ya inútil y el de Popayán era un inhábil. Por otra parte en el Cuzco hacía dieciséis años que no había prelado y lo mismo en Tucumán. Para muchas de estas partes están nombrados y provistos los preladados afirmaban Ovando, pero la vanidad, la desidia, y sobre todo la falta de espíritu de colaboración los hacía preferir seguir siendo simples frailes a abrazar el cargo Pontifical y el trabajo que trae consigo esta investidura.

Pedía, también, que se ampliara el número de Iglesias y Obispos, y si fuera posible darlas a los conventos que aunque se utilizará más sacerdotes la obra sería mejor ya que los frailes no eran de fiar.

Terminaba su consulta diciendo que la misma necesidad y tal vez mayor hay en lo «Temporal» que en lo «Espiritual» como se verá por los libros que se irán viendo de los cuales aún no estaba acabado el segundo» Cuando Ovando terminó la Consulta ya estaba terminando todo el libro primero, y pensaba terminar los seis restantes de modo que cada año saliera uno en la flota. Agregando que no faltan y Su Majestad no firme las ordenanzas del Consejo pues las materias siguientes eran «de más peso y convenía que se vieran cuidadosamente» ...

Lamentablemente, como he afirmado ya, la gran obra no llegó a terminarse, no conozco los sucesos que condujeron a esto. Aunque el Rey por su firma aprobó el «Proemio» a las Ordenanzas del Consejo Real y Supremo de Indias en el cual se habla de la «Recopilación» como obra bastante avanzada, al fin

de toda esa labor de años y de tan difícil manejo no salieron sino las citadas ordenanzas del Consejo. Y aún en estas no logró el Visitador la aprobación de sus propuestas bien fundamentadas y razonadas. Algunas de mucha importancia se incorporaron en las ordenanzas como la de la lectura de Despachos por el escribano de Cámara, las otras en parte se aprobaron por Decretos especiales como por ejemplo, la de que sólo el Presidente consultase los nombramientos para evitar el favoritismo y la irresponsabilidad de los funcionarios. En cambio las dos primeras no fueron aprobadas por Don Felipe II, seguramente porque quería tener manos libres en ellas. Había recomendado el Visitador como hemos visto que las plazas del Consejo se proveyesen con los Oidores beneméritos de las Audiencias Coloniales, para tener mejores individuos y evitar los rápidos cambios. Como esto era solo medida exclusiva del Consejo de Castilla y de su cámara así como la provisión de todos los otros Consejeros, parece que Felipe II aceptó la medida pero tuvo reparos para hacerla cumplir y es así que encontramos una nota marginal en las Ordenanzas del propio puño y letra de D. Felipe, que dice: «En algunas destas cosas creó que no deja de tener razón, pero son cosas para adelante y así lo guardaréis para su tiempo».

En las ordenanzas no se habla de este privilegio del Presidente de que solo él tuviera que consultar la provisión de oficios en las Indias, propuesta que contaba con el beneplácito de todos. Pero, se presume en los Cpts. 45-47. según Schäfer, que todo el Consejo consulta las plazas. Según una comunicación o consulta del Lic. Otárola años después de la muerte de Ovando y que se halla sin fecha, cosa muy natural tratándose de instancias al Rey en las que no se acostumbra poner fecha, se deja ver que el Decreto en referencia se hizo a favor de Ovando: «V.M. por una real cédula mando que durante su voluntad y hasta que otra cosa se proveyese el Presidente sólo nombrase y consultase las personas que a él le pareciere por la forma contenida en la dicha cedula», y «ansi, se hizo hasta que murió el Presidente Ovando para quién se dio».

Otárola fue presidente interino desde verano de 1576 hasta 1578 años en que paso a la Presidencia el Lic. Don Antonio de Padilla y Meneses. Como vemos sea que este asentimiento no fuera sincero o que los Consejeros poco a poco se dieran cuenta de que con este privilegio del Presidente habían perdido gran parte de su influencia en la administración de Indias se comenzó a notar muy pronto una oposición contra esa novedad apenas introducida.

Con todo las Ordenanzas del Consejo de 24 de setiembre de 1571 significan un progreso notable, en comparación con las de 1543. Ya exteriormente no más, son más amplias, pues constan de 122 capítulos en vez de los 40 anteriores. Las Ordenanzas están refrendadas por don Antonio de Eraso y señaladas por los miembros del Consejo e inclusive Molina, Dr. Aguilera, Lic. Tello Maldonado, Lic. Otárola y el Lic. Diego Gasca de Salazar. Por el hecho de que el Presidente firmaba siempre en primer lugar se deduce que las Ordenanzas deben haber sido examinadas mucho tiempo por el Rey, antes de su aprobación y firma pues ya a 28 de agosto de 1571 Ovando fue nombrado presidente del Consejo de Indias y el 24 de Setiembre día de la firma Real hubiera figurado en primer lugar si las ordenanzas ya rubricadas se hubiesen enviado al Rey en esos días o por lo menos después del 28 de agosto.

Estas ordenanzas estuvieron en vigor muchos años hasta muy adelantado el gobierno de Felipe IV lo que prueba que de todas maneras fueron muy útiles y de gran fundamento para la labor del Consejo.

Claramente se advierte de su atenta lectura, el espíritu señero de Ovando y generoso al mismo tiempo, que lo hacía elevarse de lo particular a lo general, dejando en segundo término las «culpas personales» para pensar principalmente en los males generales, de los cuales resultaban «al pie de dos mil cabos» «<en que conviene dar orden» como su genial fuerza de síntesis le permitió reducir a tres los defectos del remedio para todos esos males; y como finalmente su gran sentido práctico supo concebir y forjar los Instrumentos que remediarían esos grandes males; Las «Relaciones Geográficas» cuya riqueza de contenido excede en mucho lo que el adjetivo permite suponer y la creación del oficio de Cosmógrafo-Cronista remediarían el primero; la recopilación de leyes hacia desaparecer al segundo. Ambas mitigarían el tercero, al que atacaba además por otros medios ya señalados.

Tal fue, en sustancia, la labor de Ovando en su visita, labor de tan amplia que viene a atestiguar la exactitud del juicio de Arias Montano citado anteriormente.

TERCERA PARTE

LA RECOMPILACIÓN OVANDINA

CAPÍTULO IX

EL LLAMADO CÓDIGO OVANDINO Y PARTES DE QUE CONSTA

Juan de Ovando Siguió en la confección de su código el mismo plan que se sigue hoy en la de los códigos más modernos. Su obra está precedida por una exposición de motivos al estilo actual, en la que se hace constar las principales razones que lo impulsaron a confeccionarla. Luego de otras consideraciones de carácter general. Entra de lleno en ella, que en idea debía constar de siete libros y cada uno de ellos dividido en los títulos respectivos a cada materia.

El libro primero trataba de las cosas pertenecientes a la Iglesia y la Gobernación espiritual de todos los Estados de las Indias.

La palabra y la materia «espiritual» tienen, en la historia de las codificaciones castellanas generales, una tradición que se perpetuó en los proyectos indianos; la de dedicar su libro primero a las leyes tocantes a la religión en su más amplio sentido. Desde la Primera Recopilación de Leyes de Castilla, esto es, la de Montalvo en Huete en 1484, citada anteriormente y a la que tan estrechamente se halla unida según el Sr. Altamira la de tiempos de don Felipe II influye en esto de dedicar el libro primero a la materia «espiritual».

El libro segundo trataba de la «Gobernación temporal» Estos titulares coinciden exactamente con los del «Manuscrito «De la Gobernación temporal y espiritual de las Indias» publicado por la Academia de

la Historia, aunque el Dr. Altamira pone algunos reparos para creer que sea éste una copia del proyecto Ovandino, pero eso sí, basado por lo menos en él ya que guarda similitud con el contenido de este.

El libro tercero trataba de las cosas concernientes a la administración de justicia. Se guardaba así el rango a la Majestad del derecho. Luego venían los libros cuarto y quinto en los que se trataba de la «República de los españoles y de las Indias.

El libro concerniente a la Hacienda Real ocupaba el sexto lugar estando dedicado el último a la navegación contratación de las Indias.

El plan quería seguir en la publicación de su obra era de ir editando sus libros uno por uno no sólo para facilitar su impresión sino para que fuera mejor conocida y apreciada, ya que por ser más manuable y aparecer tomo por tomo sería más leída y los jueces se ceñirían mejor a sus dictados.

El doctor Schäfer como ya he señalado dice que el «Manuscrito» publicado por la Academia de la Historia, fue hecho por Juan de Ledesma Secretario de la visita de Ovando y de ahí su concordancia con la división en siete libros y estos en títulos cuya rotulación corresponde exactamente a lo que indica Ovando en su primera relación. La única diferencia estriba en el cambio de los libros tercero y quinto que están uno en lugar del otro. Ayudan a esta comprobación el hecho de que los extractos lleguen generalmente solo hasta 1568 y pocos hasta 1570 la fecha de la visita, y el que la letra sea probablemente del puño de Juan de Ledesma, según parece por un cotejo con documentos de su mano existentes en el Archivo de Indias.

Altamira afirma que la atribución del «Manuscrito» a Ledesma depende de la duración de la vida de éste, cosa que convendría comprobar para salir de dudas.

Por su parte Juan López de Velasco, dice, por la misma época él ha visto los libros del oficio (del Consejo) «que yo he sacado en relación». Peña y Cámara señala anteriormente hace una cita de Schäfer y afirma que el autor del inventario cuyo texto contiene el «Manuscrito» de la Academia de Historia fue López de Velasco; y el doctor Altamira cree en la conveniencia de comprobar cuidadosamente si el «Manuscrito» procede de Ledesma o de Velasco, o bien si en el hay letras distintas, según ocurre en otro manuscrito del Consejo.

Pero una cosa es la época en que se escribió el Códice citado sigue afirmando el doctor Altamira y para la época a que pertenece su contenido. Aseveración muy cierta y oportuna ya que esta segunda es la que ofrece mayor interés histórico y, en el caso presente el único pertinente. Ahora bien, las citas documentales que contiene dicho códice con referencia a libros y registros del Consejo, son, con frecuencia mucho más altas que el año 1570, así por ejemplo en el título XI del libro V se cita la fecha 1594; luego hay citas de 1598 y hasta 1599 en el título V del Libro IV. Obsérvese añade Altamira que estas citas no se encuentran al final de los títulos o de los libros respectivos, lo que haría pensar en una edición posterior a la redacción primitiva, sino en el mismo cuerpo, siendo esta circunstancia un dato

que parece afirmar el hecho de que esta redacción sea posterior no solo al momento de 1571, sino al de la muerte de Ovando. (8 de Setiembre de 1575).

No es de desdeñar a este propósito sino todo lo contrario, la afirmación hecha por Marcos Jiménez de la Espada, en sus «Relaciones Geográficas de Indias» de que López de Velasco, el Secretario de Ovando, continuó ocupándose en 1577 de algunos trabajos que aquella motivó. Pero esta fecha ha sido rebasada por el manuscrito en cuestión; pero también puede ser probable que López de Velasco luego de terminar su trabajo de secretario del programa de Ovando, continuara recolectando materiales para lo que restaba por hacer en la Recopilación.

La conclusión provisional que saco es, que de todas maneras el Manuscrito de la Academia de Historia tiene una íntima relación con la obra ovandina.

CAPÍTULO X

LA GOBERNACIÓN ESPIRITUAL DE LAS INDIAS

El concepto de gobierno «espiritual» no es la primera vez que lo trato en este trabajo, ya que hablamos más o menos extensamente de él en el capítulo sétimo, luego en el anterior al tratar de la división del Código Ovandino, y nuevamente ahora para dejar señalada sin lugar a dudas la importancia que tuvo en la legislación española y por lo tanto su proyección directa sobre la legislación de Indias.

Sea quien fuere, el autor o los autores del concepto de gobierno espiritual, es evidente que el primero que lo aclaró bien y lo separó del gobierno «temporal» estableciendo así la concepción dual del gobierno de las Indias fue Ovando como señalara también anteriormente sellando con ella el sentido jurídico de la Recopilación que preparaba. Dejo, pues establecida nuevamente la paternidad ovandina de la concepción dual.

Ahora en el terreno de la Recopilación vemos que Ovando sólo llegó a terminar y ordenar el libro de la «Gobernación Espiritual» cosa lógica no sólo por ser ese libro el primero sino por la gran preocupación religiosa que animaba a España en esos instantes, preocupación que se traducía en cada momento y que se plasma claramente cuando alega su derecho sobre América el que lo funda en ser la nación más católica del Europa y no en el vulgar derecho de fuerza de ocupación ni ningún fin económico sino más bien moral y espiritual que temporal.

Las prédicas del Apóstol de las Indias y sus lastimeras quejas, habían provocado en Europa una ola de indignación sobre todo en los países interesados en arrebatar a España su poderío colonial, países que al decir del eminente jurista don Luis Jiménez de Asúa «no reparaban en acusar y acumular cargos sobre el reo sin ver y sin querer oír lo que bullía y se hacía en sus propias colonias.(18)

Por todo esto España trataba de defender sus posesiones basándose en el único título que consideraba digno de exhibir frente a sus rivales: la fe y no la fuerza; a la que nunca recurrieron si no fue para defender esta misma fe, como en Lepanto, en los Países Bajos, etc., etc. Así pues, España convertida en campeona del catolicismo, tendría que enfrentarse al mundo entero con todas sus armas, hasta con su sabia legislación, que va desde el detalle hablando de este punto, y que como vemos en el libro «De la Gobernación Espiritual» que es casi un manual de doctrina ya que incluye capítulos como los siguientes: «De la Santísima Trinidad», y en el que se señalan las oraciones que se deben rezar cuando uno se levanta y se acuesta o quiera pedir algo a nuestro Señor y que nos están revelando ese espíritu religioso, llegando al extremo, de incluir en leyes de carácter estatal cosas sólo propias de una legislación eclesiástica.

Ahora que ha transcurrido el tiempo para que la pasión religiosa se haya entibado considerablemente, es posible, preguntarse si España no habría sido más feliz y, en último término más fuerte, de haber permitido que en su suelo viviesen prosperasen varias creencias y varias razas. Más la hipótesis en Historia no es sino un juego del intelecto, y el hecho que permanece es que España entró en la historia del Mundo como un pueblo eminentemente religioso, tomando la dirección de él, en una época en que los pueblos luchaban por principios de indole espiritual -unidad contra variedad- y cuando la riqueza que se discutía en su lucha era la que vivía en las almas de los hombres.

CAPÍTULO XI

COMENTARIOS AL «PREFACIÓN» DEL LIBRO DE LAS LEYES

Confirmando lo expuesto en el Capítulo anterior, el libro de las Leyes empezaba con una introducción llamada «Prefación», en la cual se hacía una invocación «<en nombre de Dios Todopoderoso, Creador de los Cielos y de la Tierra, a quien todo hombre debe de conocer, amar, alabar, servir y temer, y reconocer el estado y cargo en que lo ha puesto para poder dar cuenta de ello, principalmente los reyes a quienes tiene encomendada la Gobernación, protección y amparo de su República Cristiana». Luego deducía que, por consiguiente, el Rey de España tenía la gran responsabilidad de cuidar todos estos reinos, ya que el Señor le había otorgado la gracia de concedérselos para su incorporación al mundo cristiano.

Para la administración temporal se habían creado dos provincias de virreyes, diez Audiencias Reales y Cancillerías, gran número de Gobernadores, Corregidores y Alcaldías Mayores y Ordinarias, todo lo cual «Dios había acrecentado y ellos proveyendo todo lo que se ofreciese», para terminar con la siguiente afirmación que revela el espíritu de unificación y centralización de la época impreso por la dinastía reinante:

«Y porque» la variedad de los tiempos, lugares, casos y circunstancias, se ha variado y varía lo que se ha ordenado para la buena Gobernación de las Indias atendiendo a que ya en todas ellas esta la República formada políticamente así como espiritualmente, y en toda ella es una la Iglesia, uno el Reyno y una la República, queremos que en todas las Indias se guarde una misma ley, para que en todas partes vayan en una misma consonancia y conformidad...»

Como he afirmado hasta ahora, el carácter centralista y asimilador de la política española hizo que en América se tradujera en esta forma única de leyes, a parte de la división territorial propugnada para mejor administración, división que no quitaba, en lo absoluto, el carácter centralista de su política, pues, al dividir creaban nuevas autoridades que los representaba y de lo cual se deduce el carácter personal del Gobierno.

El objetivo de España lo ha definido Salvador de Madariaga con el famoso verso de Acuña: «Un Monarca, Un Imperio y una Espada».

Dice que su método es intransigente, sobre todo, como hemos apreciado en lo que se refiere a religión. Y pone, por ejemplo, el caso de Felipe II, después de fracasada su política de fuerza con Alba, en los Países Bajos, decide intentar la de conciliación, y sus instrucciones a Recaseus fueron transigir en todo menos en las cosas que atentasen a la pureza de la fe, porque, decía el Rey: «Prefiero perder las Provincias a perder la fe». Así, pues, vemos que no solo no transigía en cuanto al fondo religioso, sino que se cuidaba de las cosas que pudieran «Afectar la pureza de la fe», hasta donde llegaba su fanatismo religioso.

Castilla se preocupa no tanto de organizar y centralizar la península y los reinos de ultramar, sino más bien de unificarlos en lo político, en lo económico y en lo espiritual.

La medida típica a este respecto tomada obsérvese bien sin consideración alguna para con las consecuencias políticas o económicas es la conversión forzosa de los judíos y de los moros y la expulsión consiguiente de los recalitrantes.

Ningún prejuicio racial inspira esta medida; sólo la absorbente PREOCUPACIÓN RELIGIOSA por el bienestar espiritual de la nación. Ejemplo puro de pasión religiosa, que actúa en el país con la misma intransigencia y con el mismo celo desinteresado con el que en los Países Bajos parece bajo las ruinas de su propio Imperio.

Madariaga que ha estudiado profundamente esto dice que las tendencias disruptivas de la nación se manifiestan en la península. Así como en América la raza inglesa crea en el Norte los Estados Unidos, y la española en el Sur los estados desunidos, así en Europa la raza inglesa crea en el norte el Reino Unido y la española en el sur, la desunida península. Portugal se separa de las demás españas vuelve la espalda al resto de la península y clava una mirada melancólica a través del océano en el punto del horizonte en que vio ponerse un día el sol de su Imperio. En Cataluña, algunos soñadores intentan crear una nacionalidad separada, nunca más española que cuando se niega a serlo. Cada una de las regiones de la península al despertar a la vida política, siente con mayor o menor vigor esta fuerza centrífuga que nunca falta en un corazón ibérico.

CAPÍTULO XII

APRECIACIÓN GENERAL DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO OVANDINO

La personalidad de Ovando y las fecundas consecuencias de su visita al Consejo de Indias, hacen de ella monumento capital, no solo en la historia particular de ese organismo, sino en el total proceso, de la organización político- administrativa indiana, y eran sobradísimos los motivos para lamentar vivamente como lo hace el moderno historiador del Consejo, el erudito Dr, Ernest Schäfer, «Teseo de ese laberinto», nuestra ignorancia sobre el desarrollo de dicha visita.

Durante el medio siglo transcurrido desde que Jiménez de la Espada publicara y examinara con tanto acierto los documentos que dejamos examinados, ningún otro se ha encontrado fuera del Manuscrito de British Museum de que hablará Peña y Cámara y que tanto nos ha servido para perfilar la destacada silueta de Ovando y reivindicar para el íntegro visitador del Consejo de Indias la gloria de ser el iniciador de la magna tarea de Recopilar estas dispersas leyes en un cuerpo único de carácter continental.

Ovando no se contentó con hacer crítica infructuosa sino que atacó las raíces del mal directamente, señala en un párrafo el doctor Schäfer, y efectivamente lo hemos comprobado el revisar íntegramente su obra. Ayudado por sus dos secretarios, dignos émulos en la gloria y en el trabajo, examinó todos los libros del Consejo extractando todas las leyes, ordenanzas con indicación de lugar y fecha y formó con ellas ese famoso catálogo al que tanto nos hemos referido. Para dar una idea de la labor de la visita bastará citar algunas frases de Ovando mismo, que ilustran sobre el particular cuando decía, «se han visto todos los registros del Consejo que son al pie de doscientos libros» (19), que junto con el desorden ahí existente de que también hablará el mismo visitador líneas antes nos dan la impresión exacta de su gran esfuerzo organizador.

Suceso contemporáneo con la obra de Ovando, era el predominio de España en el mundo, predominio que como afirmé en capítulo anterior era tanto más combatido cuanto que España luchaba por principios espirituales- unidad contra variedad. Sólo así podemos comprender su legislación preñada de ese espíritu místico.

Ya en el primer Título de su famoso libro lo palpamos, en que se comprendía además el decreto que mandaba que todas las cosas y casos que se presentaran en Indias desde la promulgación de su Código deberían verse según lo en él estatuido; no importando cualquier costumbre contraria y el que llevaba el siguiente nombre: «De las leyes, cédulas, provisiones y ordenanzas por las cuales se deben regir y gobernar el Estado de Indias».

Luego en el segundo y tercer títulos trataban del dogma católico y de las oraciones tanto para la vida diaria como la forma en que deberían portarse y lo que debían rezar los fieles en la misa. El título segundo se llamaba así: «DE LA SANTÍSIMA TRINIDAD Y SANTA FE CATÓLICA», y abarcaba todo lo dicho anteriormente. El tercero hablaba de los «SIETE SACRAMENTOS DE LA SANTA

IGLESIA». El porqué de este título lo encontramos cuando dice todo preocupado el visitador: «Porque a causa de haberse pasado a las Indias diversos manuales de diversos Obispos han resultado algunos inconvenientes, mandamos que de aquí en adelante no se pase a las dichas indias ningún manual sin licencia nuestra».

Como vemos, se quería unificar los textos de Religión para evitar dudas o controversias peligrosas para la firmeza de la fe católica. Además, había que prevenir la introducción de textos peligrosos o de Biblias que no estuvieran aprobadas por el Índice.

El título Cuarto del Libro Primero del Código Ovandino trataba «DE LOS PRELADOS DE LA SANTA IGLESIA, QUE HAN DE ENSEÑAR NUESTRA SANTA FE CATÓLICA Y DOCTRINA CRISTIANA Y ADMINISTRAR LOS SANTOS SACRAMENTOS». Todos los requisitos y las obligaciones están claramente expuestos en el enunciado del capítulo. No cabían las dudas ni las vacilaciones, era de una extensión bastante grande y se ocupaba de todo lo que debería llevar desde un Obispo en sus diócesis hasta el más humilde sacerdote en su parroquia; de los mapas que delimitaban su mandato, que se aplicaran penas para los prelados que no vivieran en sus diócesis y establecía además la visita, las mismas que serían obligatorias. Señalaba también la conveniencia de los Concilios Provinciales y Sínodos Diocesanos en todas partes. Para ello indicaba cuales eran las normas más convenientes para su celebración, agregando además hasta el salario que deberían ganar las personas que vinieran a él, por cada día en el que se ocuparan de algo teniendo en cuenta la distancia y calidad de la tierra de que vinieran.

Luego, hablaba de las preeminencias de los prelados en los Concilios Provinciales. Los Concilios, decía, deberán celebrarse cada tres años; por lo menos; el domingo primero después de las octavas de Pascua de Resurrección siendo obligatorio que concurrieran forzosamente a él los Abates y Obispos sufragantes. Los asientos y forma de celebrarlo serían iguales a las señaladas para los diocesanos, etc., etc.

No podía ser de otra manera, era la tradición de una raza que había logrado la reconquista de su suelo patrio bajo estos símbolos de la fe y el impulso y valor, sobre los musulmanes y su guerra de religión con su famosa Guerra Santa. Este impulso contra los infieles lo trasladaron al nuevo mundo y llenaron de iglesias los Andes.

Quiero terminar este trabajo, con las palabras del Dr. Schäfer que exponen con claridad magistral la egregia figura del sin igual Juan de Ovando y Godoy: «Si el plan de Ovando, testimonio brillante de su amplitud y de su talento de organización se hubiera realizado plenamente, toda la administración de Indias hubiese tenido por muchos años una base segura de legislación, sobre la cual se podría seguir construyendo, y que terminaría de una vez la ignorancia e irregularidad en la administración, vituperada por el visitador tan sin rodeos»....(20)

CONCLUSIONES SOBRE LA OBRA DE JUAN DE OVANDO

PRIMERA:

LA OBRA DE JUAN DE OVANDO, CONSTITUYE EL PRIMER INTENTO DE RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS DE CARÁCTER CONTINENTAL.

(Ver Cap. II.)

SEGUNDA:

LA OBRA DE JUAN DE OVANDO, TIENE UNA DOBLE IMPORTANCIA TANTO DESDE EL PUNTO DE VISTA HISTÓRICO COMO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO SOCIAL

(Ver Cap. VII y IX)

TERCERA:

LA OBRA DE JUAN DE OVANDO, DEBIÓ PRINCIPIAR EN 1566 o COMIENZOS DE 1567 Y NO EN 1570, COMO SE HA CREÍDO,

(Ver Cap. VI)

CUARTA:

JUAN DE OVANDO, FUE EL PRIMERO EN PRECISAR Y EXPONER LA CONCEPCIÓN DUALISTA DEL GOBIERNO DE LAS INDIAS.

(Ver Cap. VII)

QUINTA:

LA OBRA DE JUAN DE OVANDO TIENE GRAN IMPORTANCIA HISTÓRICO JURÍDICA PARA EL PERÚ, YA QUE FUE EL PRIMER CUERPO ORGÁNICO DE LEYES QUE DEBIÓ REGIR EN NUESTRO TERRITORIO DE HABERSE TERMINADO

(Ver Cap. XI)

SEXTA:

LA OBRA DE JUAN DE OVANDO, IMPRIME EL SELLO DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA DE INDIAS DANDO PREFERENCIA CAPITAL A LAS COSAS DEL ESPÍRITU Y LA RELIGIÓN.

(Ver Cap. X, XII etc.)

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- (1) OTS CAPDEQUI, José Maria
«Las Fuentes del Derecho Indiano» La Plata, 1936. En Homenaje a Ricardo Levene,
en «Humanidades»
- (2) JIMÉNEZ DE LA ESPADA, Marcos
«Relaciones Geográficas de Indias» Madrid, 1882
- (3) PEÑA Y CAMARA, José de la
«Nuevos Datos sobre la Visita al Consejo de Indias, realizada por Juan de Ovando»
Madrid, 1935. En Anuario de la Legislación Española»
- (4) PEÑA Y CAMARA, José de la
Ibidem
- (5) MADARIAGA, Salvador
«La Política Colonial Española». Londres, 1943
- (6) LEVENE, Ricardo
«Introducción a la Historia del Derecho Indiano»» Buenos Aires, 1924.
- (7) LEVENE, Ricardo
Idem
- (8) LEVENE, Ricardo
Idem
- (9) SCHAFER, Ernest
«El Consejo Real y Supremo de Indias» Madrid, 1935.
- (10) PEÑA Y CAMARA, José
Obra Citada
- (11) MAURTUA, Victor M.
«Antecedentes de Recopilación de Leyes de Indias» Madrid, 1906
- (12) INGENIEROS, José
«El Hombre Mediocre» Buenos Aires, 1941

(13) PEÑA Y CAMARA, José

Obra Citada

(14) SCHAFER, Ernest

Obra Citada

(15) ALCALA ZAMORA, Niceto

«Reflecciones sobre las Leyes de Indias» Edición de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, 1934

(16) SCHAFER, Ernest

Obra Citada.

(17) ALTAMINA Y CREVEA, Rafael

«La Huella de España en América» Madrid, 1924

(18) JIMÉNEZ DE AZUA, Luis

«El Criminalista» Buenos Aires, 1943

(19) MAURTUA, Victor M.

Obra citada

(20) SCHAFER, Ernest.

Obra citada

IMPACTO DEL PENSAMIENTO DE JOSÉ JOAQUÍN OLMEDO EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Rocío Rosero Jácome

Para analizar el pensamiento de Olmedo, se partirá de los antecedentes históricos que hicieron crisis en el mundo hispano de principios del siglo XIX a través de las pugnas por intereses económicos internos y entre las potencias europeas y en la dirección del poder político sustentado en ideologías contrapuestas que provocaron conflictos sociales y políticos. Así, se presentará, de una forma muy somera, los eventos previos a la invasión napoleónica de España y las repercusiones de estos sucesos en la península y en América; luego, se procurará evidenciar las ideologías en las Cortes de Cádiz y, finalmente, se expondrán las ideas de Olmedo a través del análisis de su *Discurso sobre las mitas de América* en el que se apreciará el juego interno de las independencias e interdependencias.

LA JUNTA SUPREMA DE QUITO

Al iniciar el siglo XIX se produjeron grandes trastornos en Europa, dominaba el centro continental Napoleón, Inglaterra no cesaba en su campaña de hostilidad contra España, en América crecía el resentimiento de los criollos contra los peninsulares¹ por las reformas borbónicas².

La audiencia de Quito tempranamente establecida tenía significativa importancia dentro del imperio por sus mitas, encomiendas, producción textil y desarrollo cultural y artístico. Contó con tres universidades y estuvo vinculada al eje minero peruano – boliviano; sin embargo, en el siglo XVIII hay una desintegración económica y política del virreinato peruano debido a la baja producción minera conocida como la crisis de Potosí. De este modo, la contracción de la minería que actuaba como eje dinamizador de las economías no mineras de Quito, Chile y el noroeste argentino afectó a la región y en particular a la economía obrajera de Quito. A esto se sumó la política borbónica cuyo propósito era convertir a América sólo en proveedora de metales, materias primas y mercado para los productos de la metrópoli. Así el comercio extranjero ingresaba por el Cabo de Hornos compitiendo con Quito en la importación de textiles, se suprimieron las Ferias de Portobelo en 1737³. Esta reorientación de los ejes productivos causó una crisis regional.

1 *Nueva Historia del Ecuador*, Vol. 6, p. 84

2 Reformas borbónicas en la nueva España fueron la serie de cambios políticos, económicos, eclesiásticos y militares aplicados por los Borbones en el territorio de América. Se iniciaron a comienzos del siglo XVIII, a partir del cambio de la dinastía de los Austrias por la de Borbón. Estas reformas buscaban remodelar tanto la situación interna de la península como sus relaciones con las colonias. Ambos propósitos respondían a una nueva concepción del Estado, que consideraba como principal tarea reabsorber todos los atributos del poder que había delegado en grupos y corporaciones y asumir la dirección política, administrativa y económica del reino
http://es.wikipedia.org/wiki/Reformas_borb%C3%B3nicas_en_la_Nueva_Espa%C3%B1a

3 A partir de 1597, el intercambio de mercancías se concentró en Portobelo, lo que la convirtió en una de las más importantes poblaciones de la América Hispánica, constituyéndose en punto obligado para el comercio entre la España y sus colonias, cuyas transacciones eran en millones de pesos. Durante el reinado de Felipe III, aprovechando las condiciones naturales del puerto se resolvió estimular las actividades comerciales mediante la realización anual de ferias, se comercializaba todo género de productos. En las calles, plazas y a orillas del mar se levantaban tiendas de campañas para el almacenaje provisional de la mercadería. Asimismo existía una junta conformada por un almirante jefe de la flota de galeones, un representante del rey, uno del consejo de Estado, además del gobernador y capitán general de Castilla de Oro, el presidente de la Real Audiencia, el jefe de la plaza de Portobelo y varios representantes de los comerciantes que se trasladaban a Portobelo con el fin de fijar los precios de los artículos, vigilar el cumplimiento de las regulaciones del comercio y garantizar el orden.

Por este puerto pasaban durante todo el año con destino España las riquezas provenientes del Perú y Ecuador.

Las mercancías llegaban a la Ciudad de Panamá, luego cruzaban el istmo mediante recuas de mulas hacia Portobelo, los historiadores Celestino Arauz y Patricia Pizzurno dan cuenta que el 60% de de todo el oro que llegó a España entre 1531 y 1660 pasó por Panamá. Con el Tratado de Utrecht de 1713, Inglaterra logró la concesión de enviar a las ferias de Portobelo un navío de 600 toneladas, a fin de introducir mercadería en la América Hispánica.

Al finalizar la hostilidad entre los reinos de Inglaterra y España en el siglo XVIII, se hizo segura la navegación comercial por Cabo de Hornos, al extremo sur del continente. A pesar que la ruta a través del Istmo de Panamá era mas corta, se prefirió rodear el continente lo que motivó la decadencia de Portobelo. Los pocos navíos que aún llegaban a Panamá no generaban los ingresos necesarios para satisfacer las necesidades del istmo. En 1737 se realizó la última feria en Portobelo. La decadencia económica que sobrevino en Panamá, como punto de tránsito dedicado al comercio, perduró hasta la construcción del Ferrocarril en 1855

<http://panamahistoria.tripod.com/portobelo.htm>

A la desarticulación económica del espacio peruano se contrapuso la creación política de dos virreinos: el de Nueva Granada con capital Santa Fe en 1717, al él se incorporó Quito quitándole su calidad de audiencia. Tres años después, mediante cédula del 18 de febrero de 1720 se restablece la Audiencia de Quito vinculándola a Lima. En 1723 la Corona suprime el Virreinato de Nueva Granada y en 1739 lo vuelve a crear pero subordinado a la Audiencia de Quito⁴. El virreinato del Río de la Plata se creó en 1776, con capital en Buenos Aires.

En estas circunstancias la Audiencia de Quito había perdido su hegemonía, se debilitaron los nexos con el Perú, Los vínculos comerciales se fortalecían en Pasto, Popayán, Barbacoas y Panamá. El papel de Quito se había reducido a contribuir con diversos recursos a la defensa de las provincias marítimas septentrionales, además la administración borbónica restaba importancia a los grupos colegiados (Consejo de Indias, audiencias) a cambio se rendía pleitesía a las autoridades unipersonales (ministro, intendente, virrey, etc.),

Se hicieron recortes de jurisdicción territorial, el caso de Maynas y de Guayaquil⁵. Esta circunstancia aumentaba la pérdida de importancia de Quito tanto en lo económico como en lo político y contrariaba a las élites criollas⁶ que presionaban por convertirla en capitania general con plena jurisdicción sobre un vasto territorio e independiente de los virreinos vecinos. El presidente de la Audiencia⁷ reclama

4 Op. Cit. pp. 86 – 87

5 El 15 de Julio de 1802 por cédula real se crean el obispado y la comandancia general de Maynas cuyas autoridades religiosas y civiles dependían de Lima y no de Quito, mientras el control de justicia seguía subordinado a Quito.

Asimismo, por la real orden del 7 de julio de 1803, el gobierno militar, los asuntos comerciales y el poder político de Guayaquil pasaron a depender de Lima ante la indiferencia del virrey de Santa Fé Antonio Amar y Borbón, al autoritarismo de José Fernando de Abascal, virrey de Lima y con la aceptación de los guayaquileños, sin embargo, la provincia seguía perteneciendo a Quito confirmado por la cédula de 23 de junio de 1819 que declaraba que los asuntos de justicia y real hacienda corresponden a la Audiencia de Quito por ser su distrito.

Op. cit., p. 89

6 Ramos Pérez, *Entre la Plata y Bogotá*, pp. 148 – 162

7 Luis Francisco Héctor, barón de Carondelet. En marzo de 1788 fue gobernador de San Salvador, audiencia de Guatemala; en marzo de 1791 fue nombrado gobernador e intendente de las provincias de Louisiana y el Oeste de Florida, su mandato coincidió con momentos turbulentos para España; pactó con los nativos americanos conducidos por William Augustus Bowles, expansionista que conduce muchos grupos pro Estados Unidos. Después de la invasión de Louisiana y West Florida fomentada por el ministro francés a los Estados Unidos, Edmond Genet y una deserción interna inspirada por la Revolución Francesa y revueltas fue su gobernador desde 1791 a 1797. Mantuvo relaciones con las comunidades occidentales, en particular de Kentucky, con el fin de separarlas de la Unión. Su propósito era frustrar la política de los Estados Unidos para garantizar el acceso al río Mississippi, una tendencia que siguieron funcionarios coloniales españoles temiendo por la seguridad de Louisiana y de Nueva España. Después de su mandato en Louisiana se estableció en Quito desde 1799 hasta su muerte en 1807.

http://www.culturaapicola.com.ar/wiki/index.php/Francisco_Luis_H%C3%A9ctor,_bar%C3%B3n_de_Carondelet

ante el gobierno español⁸. Esta petición significaba autonomía o tener una audiencia pretorial⁹ con plena autoridad en lo militar, judicial y político en su distrito como en Guatemala, Venezuela y Chile¹⁰.

La Revolución de Quito en agosto de 1809 debe entenderse más como una separación de Lima y Bogotá que de España. Madrid, ssin embargo, no le concedió la condición de capitanía y el influjo sobre Popayán y Guayaquil se debilitaba más. Cuando el gobierno imperial español entra en crisis por la invasión de Napoleón, las élites criollas pensaron que debían satisfacer por sí mismas sus viejas aspiraciones¹¹. Para esa época los gobernantes españoles de Quito habían perdido su autoridad, ya no existía el poder que los nombró¹². Las ideas liberales en América no se cohesionaban, Quito era considerada desleal y conspiradora y fue reprimida con la masacre a los principales caudillos del movimiento libertario el 2 de agosto de 1810. Guayaquil no apoyó el pronunciamiento quiteño, al contrario, lo rechazó vivamente, Guayaquil tenía buen trato en comercio y florecía la exportación¹³

Y, tanto en España como América más efectiva que la represión armada fue la campaña clerical contra las “Doctrinas impías”¹⁴. Los liberales europeos en represalia arremetieron contra el catolicismo oscurantista y feudalizante; por su parte los insurgentes quiteños evitaron la denominación de liberales y se autocalificaron como patriotas¹⁵

8 Manuel Godoy trabajó como primer ministro de Carlos IV ante la incapacidad de los condes de Floridablanca y Aranda frente a las turbulencias con Inglaterra. Estuvo al frente del gobierno de España durante la crisis europea provocada por la Revolución Francesa y las ambiciones de Napoleón que culminó con la invasión francesa de 1808 y la Guerra de Independencia, la caída de Carlos IV y el propio Godoy causada por el Motín de Aranjuez.

Durante su largo valimiento, lleno de luces y sombras, logró mantener la situación de España ante el poderío de Francia con una política exterior pragmática mientras que en el interior trató de llevar a cabo un programa reformista ilustrado que generó un profundo rechazo en muchos grupos sociales, en especial entre la nobleza y el clero. http://es.wikipedia.org/wiki/Manuel_Godoy

9 Audiencia pretorial es un territorio que se mantiene independiente de cualquier virreinato

10 Nueva Historia del Ecuador, Vol. 3, pp. 46-52, la exposición de Carondelet fue analizada por León Borja y Szászdi

11 En el manifiesto de la junta suprema de Quito al pueblo, el 10 de agosto de 1809, decía entre lo más importante que la nación está anarquizada por la prisión del rey. También había desaparecido en España la junta que lo reemplazó y tenía representantes de todas las provincias y reinos; entonces sólo existía la Junta de

Andalucía que no tenía derecho de imponerse a las restantes. R. Rosero. Olmedo, ¿Político, patriota o desertor?...

p. 20

12 Op. cit., Idem.

13 Guayaquil tenía trato preferencial por la ordenanza real del 12 de enero de 1804. Aurelio Espinoza Pólit: José Joaquín Olmedo. Epistolarios. Ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1960, p. 322.

14 Gracias al patronato real los clérigos formaban parte de la burocracia colonial dirigida y remunerada por la corona.

15 E. Ayala Mora: Lucha política y origen de los partidos en Ecuador. Biblioteca de Ciencias Sociales, Vol. 4, Corporación Editora Nacional, 1985, p. 25

LOS ANTECEDENTES EN LA METRÓPOLI

La monarquía española entra en crisis por su política exterior de pugnas con Inglaterra. Por el Convenio de Aranjuez, en 1801, España y Francia se aliaron contra Inglaterra¹⁶, en 1802 Napoleón pide neutralidad a Portugal frente a la alianza anglo-portuguesa, al no tener una respuesta positiva, España interviene en Portugal y provoca la llamada “Guerra de las Naranjas”¹⁷. Años después, España ayuda a Francia con su Armada y dinero en la guerra naval contra Inglaterra que culminó en 1805 en la batalla de Trafalgar¹⁸ liderada por el Reino Unido, con ayuda de Austria, Prusia, Nápoles y Suecia para vencer a Napoleón; en represalia, Napoleón ataca a Inglaterra con el bloqueo continental¹⁹. El 27 de octubre de 1807 Francia y España suscriben el Tratado de Fontainebleau²⁰ que permitía el paso de las tropas francesas por territorio español para atacar Portugal, aliado de Inglaterra; este fue el antecedente de la invasión francesa a la península Ibérica

Y la causa de la guerra de independencia española y su liberación de Francia y el detonante que inició las guerras de independencia de las colonias españolas en América.

LAS CONSECUENCIAS INTERNAS Y EN ULTRAMAR

El 17 de marzo de 1808 debido a la ocupación del norte de España por las tropas napoleónicas al mando de Murat²¹, amparado en el Tratado de Fontainebleau, se produce el Motín de Aranjuez²². Esta situación provocó la unidad nacionalista de la España popular, manifiesta en el asalto al Palacio Real rechazando la ocupación extranjera y la política del Primer Ministro de Carlos IV, Manuel Godoy (Pérez, 1908: 25), más aún, por el rumor generalizado del viaje de los Reyes a sus colonias, que forzó a Napoleón a provocar las abdicaciones de Bayona²³ y conseguir la corona española a favor de su hermano José, acto que aseguraría su influencia y la dependencia de España a sus intereses políticos, económicos y militares en detrimento de Portugal e Inglaterra; pero, lejos de obtener la legitimación de la opinión pública y de frenar la dinámica de enfrentamientos, la masacre popular del 2 de Mayo de 1808 se desata la guerra y en el mes de julio José Bonaparte es proclamado rey²⁴, rechazado por el Consejo de

16 http://www.google.com.ec/#hl=es&rlz=1R2SKPB_esEC331&q=Convenio+de+aranjuez&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=7f012d0a4c4a71ec

17 <http://www.artehistoria.jcyl.es/histesp/contextos/6862.htm>

18 <http://www.mgar.net/var/trafalgar.htm>

19 <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2464.htm>

20 [http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Fontainebleau_\(1807\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Fontainebleau_(1807))

21 www.biografiasyvidas.com/.../murat_joachim.htm

22 <http://www.laguia2000.com/espana/el-motin-de-aranjuez>

23 http://es.wikipedia.org/wiki/Estatuto_de_Bayona

24 <http://pares.mcu.es/GuerraIndependencia/portal/viaje/cronologia/cronologia.html>

Castilla²⁵ que declaró nulas las abdicaciones de Bayona²⁶ y Fernando VII pasó a convertirse en el rey “Deseado”²⁷ por el pueblo español.

A seis meses del motín, el 25 de septiembre de 1808 se constituyó la Junta Central Suprema y Gubernativa del Reino²⁸ bajo la presidencia del Conde de Floridablanca, pero, en noviembre de 1808, Napoleón invade Madrid y capituló en diciembre²⁹. Así la junta debió desplazarse a Extremadura, después a Sevilla y luego a Cádiz (Herr, 1971). En abril de 1809, el diputado ilustrado, Lorenzo Calvo de Rozas eleva la petición de elaborar una Constitución³⁰ y, posteriormente, la Junta Suprema, tras la derrota de los franceses en Bailén, ordena la celebración de Cortes Extraordinarias y Constituyentes mediante el decreto del 22 de Mayo de 1809³¹.

Napoleón ataca Andalucía; las Cortes previstas para 1810 (Artola, 1975: 425) debieron trasladarse a Isla de León³² y después a Cádiz. Finalmente, el 24 de septiembre de 1810 (Marcuello, 1975:68) se celebró la primera sesión de las Cortes Extraordinarias y Constituyentes en Isla de León o San Fernando, en ella participaron los representantes de los territorios de España, las Indias Occidentales y Orientales, es decir, de América y Filipinas.

LAS IDEOLOGÍAS EN LAS CORTES DE CÁDIZ

A inicios del siglo XIX, en Cádiz se sentaron las bases del Estado Democrático y de Derecho, con soberanía nacional estructurada en monarquía constitucional, división de poderes, con ideales de libertad, igualdad y fraternidad, crearon un cuerpo legislativo de carácter liberal³³ sobre el que asentar un diverso orden social, distinto al del Antiguo Régimen e iniciar un nuevo tiempo para los españoles peninsulares y de ultramar.

En la interpretación clásica, la revuelta española fue una respuesta “*espontánea, legal, nacional y popular*” (Gómez, 1908:53) que defendía los valores ideológicos del Antiguo Régimen: religión,

25 http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_Castilla

26 http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/01383842088137628423802/p0000001.htm#I_1_

27 <http://www.cervantesvirtual.com/historia/monarquia/fernando7.shtml>

28 http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/02585085490270673089079/p0000001.htm#I_2_

29 http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_Regencia_de_Espa%C3%B1a_e_Indias#Consejo_de_Regencia_de_Espa.C3.B1a_e_Indias

30 http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/90251731092370596454679/p0000001.htm#I_1_

31 http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/24605030090037831754491/p0000001.htm#I_1_

32 En la actualidad esta localidad se le conoce como San Fernando a 7 Km. de Cádiz

33 Autocalificativo de los diputados de las Cortes de Cádiz opuestos a la invasión napoleónica y al absolutismo.

monarquía y nacionalismo. La historiografía de esos años manifiesta: *“una misma religión, uno mismo el monarca grande y deseado que esperamos ver en su trono a costa de nuestro esfuerzo y nuestra lealtad; y unos mismos los intereses propios de no sujetarnos al yugo de un tirano (...)”*³⁴. Y, la Junta de Sevilla hizo poner en su sello: *“Religión, Patria y Rey”*. (Gómez, 1908:56). Por otro lado, las declaraciones de las juntas son contrastantes por el contenido de ruptura en la Convocatoria a Cortes hecha por la Junta General del Principado: *“La soberanía reside siempre en el pueblo, principalmente cuando no existe la persona en quien la haya cedido, y el consentimiento unánime de una nación autoriza todas las funciones que quiera ejercer”*(Flores,1988:32-33); de ahí que cabe atribuir a las juntas un papel “ambivalente y contradictorio”(Moliner,1987:631). Las juntas estaban, en efecto, en el proceso de construcción y asentamiento de ideas de variadas tendencias.

Los delegados ostentaban tres tendencias: los monárquicos defendían el absolutismo y el regreso del rey Fernando VII; los ilustrados o jovellanistas era defensores de reformas sociales por la vía del diálogo y los liberales partícipes de la Revolución Francesa. La España ilustrada contaba con pocas membresías a las “Sociedades económicas de amigos del país”, su portavoz fue Don Gaspar Melchor de Jovellanos, autor de la Ley de Reforma Agraria, obra incluida en el índice romano de libros prohibidos (Gándara, 1985:68).

Otro de sus distinguidos miembros fue don Diego Muñoz Torrero, eclesiástico, rector de la Universidad de Salamanca y portavoz de tendencia liberal. Así, el 24 de septiembre de 1810, tomó la iniciativa de asumir la soberanía nacional a nombre del Consejo de Regencia y del rey cautivo, y anunció que la principal tarea de las Cortes de Cádiz era la reestructuración del Estado sobre la base de tres poderes independientes, considerando la monarquía absoluta como una forma de gobierno inapropiada (Rosero,1996:106).

El grupo conservador, por su parte, se apoyó en el clero y en la Iglesia tradicionalista que accionaron en pos del nacionalismo religioso y la independencia española del poder francés (1809-12-20, Sevilla, ESTADO, 13, B)³⁵ y así, plazas, púlpitos y confesionarios sirvieron para incitar al pueblo a la guerra sin cuartel con exacerbación del fanatismo religioso y atacar las ideas de la Ilustración y a la masonería: *“Los masones estorban la paz del mundo (...). Su liberalismo ha minado el principio de autoridad y conduce al caos”* (Lenhoff, 1981:240) Así lo pensaban porque las nuevas formas de gobierno eran antimonárquicas. Algunos estudiosos de la historia española confirman esta postura, tal es el caso de Stanley Payne que afirma: *“No hubo una sola provincia en todo el país que no produjera por lo menos una banda de guerrilleros mandados por un cura o un fraile.* (Payne, 1984:99); el historiador francés Aymes, por su parte, dice: *“(…) transforman la conspiración contra el invasor en cruzada contra el ateísmo y la heterodoxia”* (Aymes, 1986:24), y Marx puntualiza que el movimiento antifrancés fue *“(…) supersticioso y fanático al defender la Santa Religión contra lo que se llamaba el ateísmo francés o la destrucción de los privilegios de la Iglesia Romana”* (Marx, 1978:25).

34 Discurso de la Ciudad de Murcia a la común defensa a la Unión y a la Victoria, Valencia 1808, p. 1 y 7

35 <http://pares.mcu.es/GuerraIndependencia/catalog/exp/show/4989118>

Las Cortes de Cádiz representaron la voluntad de resistencia española al invasor francés y, a la par, el florecimiento de las ideas liberales españoles manifiestas en la limitación del poder real, la participación popular en el proceso legislativo, la consecución de derechos individuales y la implantación de cambios sociales (Artola,1981:31); por otro lado, las Cortes dividieron al clero en conservadores y liberales, al respecto Ramón Solís afirma: “(...) fueron en gran parte los hombres que vestían sotana los que defendieron con más ardor la postura del pueblo, los que entendieron con más claridad que la igualdad de derechos había de ser, de ahora en adelante, una norma necesaria” (Solís,1978:288) y, Payne ratifica que los sacerdotes presentes en las Cortes de Cádiz eran: “(...) liberales salidos sobre todo de las filas medias y superiores y mejor educadas del Clero” (Payne,1984:100), por lo que Marx y Engels se preguntaron: “¿Cómo explicar que el curioso fenómeno de la Constitución de 1812, más tarde calificada por las testas coronadas de Europa como la invención más incendiaria del espíritu jacobino, surgiera del cerebro de la vieja España monacal y absolutista y precisamente cuando aparecía entregada a una Guerra Santa contra la revolución?” (Marx, 1978:57)

A estas inquietudes contesta el pensamiento de Gransei: “(...) era la expresión exacta de las necesidades históricas de la sociedad española y no una aplicación mecánica de los principios de la revolución francesa” (Gándara, 1985:84). El intento de las Cortes de Cádiz fue reemplazar el Estado absolutista por un Estado burgués estructurado en las corrientes ideológicas liberales más avanzadas de la época.

Todos los territorios españoles se unieron ante el atropello francés, provocando impredecibles reacciones en los territorios ultramarinos, donde las ideas liberales ya tenían sus centros de formación filosófica racionalista que accionaron redes de intercambio ideológico intercontinental, a través de clubes de estudio aplicados a la política, filosofía, economía, industria y comercio, en cuyo seno se estructuraban nuevas propuestas de organización social. Las propuestas políticas, filosóficas y sociales ya no estaban centradas en imperios, monarquías ni reinados, sino en el individuo como actor público y social, y en la sociedad como conjunto de seres humanos. Estas agrupaciones o logias eran centros educativos y especulativos de formación del individuo para ser ciudadano. Las logias se constituyeron en el núcleo del ejercicio de la política moderna (Rosero, 1996:104), al decir de Furet: “La sociedad de las ideas está caracterizada porque cada uno de sus miembros tiene una relación con los fines (...) estas sociedades anticipan el funcionamiento de la democracia” (Furet: 1990:8); en tal virtud, asistieron a Cádiz 246 representantes, 90 eran del clero, entre ellos 6 obispos (Gándara, 1985:77).

EL LIBERALISMO EN JOSÉ JOAQUÍN OLMEDO

En 27 enero de 1811, José Joaquín Olmedo, representante de Guayaquil por la Audiencia de Quito, escribe al cabildo del puerto: “...he recibido, los poderes, instrucciones, lienzo de armas de la ciudad y los demás documentos (...) por Comisión del Excmo. Cabildo. (...) para mi es un doble motivo de satisfacción, ya por el bien que le resultará a mi patria (...) ya por el honor de haberme confiado

su representación” (Espinosa, 1960:305) y, luego de ocho meses de viaje, llega a Cádiz (Espinosa, 1960:306) y comenta: “*Las noticias que tenemos de otros puntos de América (...) nos entristecen sobremanera. Y al fin ¿Qué conseguirán? Debilitarse, empobrecerse, derramar sangre americana, y dejar yermos y desolados unos países que están llamados por la naturaleza a ser el teatro de la agricultura, el templo de las artes, el centro del comercio de todas las naciones y el depósito de las riquezas del mundo*” (Espinosa, 1960:307). En estas líneas se aprecia a Olmedo como fiel representante del poder monárquico.

La evolución ideológica interna de Olmedo en su pensamiento político se muestra apenas dos líneas más abajo cuando dice: “*Días más claros y serenos brillarán en breve, se disiparán las nubes y las tempestades, y los pueblos tranquilos y leales, bajo el nuevo y liberal gobierno español, hallarán abiertos los caminos por donde marcharán a su engrandecimiento...*” (Espinosa, 1960:307). Estas son expresiones de un moderado liberalismo. La fidelidad de Olmedo a la metrópoli no significa que sostuviera el absolutismo político, sí, la estructura monárquica, así como su identidad, pertenencia y participación en ese “nuevo y liberal gobierno español”, al ser su representante americano.

La Constitución política de la monarquía española se promulgó el 19 de marzo de 1812, en Cádiz, para entonces Olmedo era su secretario (Rosero, 1994:432). Las labores legislativas se prolongaron unos meses más hasta el regreso del rey Fernando VII; así, en calidad de diputado por la provincia de Guayaquil, el Dr. Olmedo, en la sesión del 12 de agosto de 1812 (Diario de Sesiones pp. 3530-3533) pronunció el célebre *Discurso sobre las mitas de América*, su esencia es la ética, el valor del ser humano, el sentido cristiano, y sobre todo, las ideas de libertad e igualdad.

Su discurso pone al descubierto la realidad social de América que sumergida bajo la superestructura de las leyes, que autorizaban repartimientos para la organización de mitas, y describe sus diferentes tipos:

“(...) para fábricas u obrajes,.. Para las minas, labranza de tierras y cría de ganado,... para abrir y componer caminos y asistir en las posadas a los viajeros,... para las postas y para todos los servicios públicos, particulares, domésticos y hasta repartimiento de indios para que llevasen en sus hombros a grandes distancias y a grandes jornadas cargas y equipajes como si fuesen animales o bestias domesticadas... (Rosero, 1994:424). Con esta descripción, Olmedo, logra una primera aproximación sociológica a la violenta cotidianidad americana, a la vez que manifiesta una profunda contradicción social: “*Los mismos que los han provocado a la embriaguez, pagándoles en aguardiente,...que les han obligado a aborrecer el trabajo, haciéndoselo insufrible, que...los han precisado a robar para no perecer, esos mismos son los que caracterizan a los indios de ebrios, perezosos y de ladrones*” (Rosero, 1994:426).

En otra parte, al referirse a las mitas de minas dice: “*...Los indios se ven precisados a vender vilmente sus tierras, sus ganados, sus sementeras, sus cosechas...También se ven obligados a llevar consigo toda su familia... ¿Y qué les espera al llegar a su destino? Amos orgullosos, avariciosos, intratables,*

mayordomos crueles, poco pan, ninguna contemplación, grandes fatigas y mucho azote (Rosero, 1994:425). Olmedo evidencia la violencia total, el irrespeto a la persona del indio, el despojo de propiedades y se adelanta a los tiempos en la preservación de los Derechos Humanos y Civiles.

Olmedo también critica las leyes existentes y apela a la sensibilidad del conocimiento e ilustración de los diputados reunidos en las Cortes: “Señor, (...) tomo la palabra para hacer ver los grandes males que encierra la mita, para demostrar la necesidad de abolirla...” (...) “Esto reclama la humanidad, la filosofía, la política, la justicia y los mismos eternos principios sobre los que reposa nuestra Constitución”³⁶.

Si por un lado Olmedo no rompe con la tradición ius naturalista y concuerda con los eternos principios, que son las bases ideológicas del Nuevo Régimen, por otro, señala que “*las leyes por más buenas que sean, jamás harán justo y equitativo lo que es en sí contra la justicia y la equidad*” (Rosero, 1994:427), esto es, afirma la equidad y la justicia en la naturaleza de las cosas por encima de su sanción positiva, consagrada por voluntad general; por lo tanto, según el pensamiento de Olmedo, puede existir una ley que cumpla todos los requisitos formales para ser tal, pero que sin embargo sea injusta. En este punto se separa del liberalismo ortodoxo, que considera como último parámetro de justicia, la decisión de la voluntad general. La profundidad del pensamiento de Olmedo se manifiesta en su concepción de las leyes “*...Para mi no son sabias las leyes que no llenan el benéfico fin que se proponen; para mi no son sabias sino las leyes que hacen felices a los pueblos*” (Rosero, 1994:431).

Olmedo, Por otra parte, en este cenáculo internacional, de forma sarcástica, enrostra la inutilidad de las leyes: “*Y si para derogar todas esas leyes no es poderosa la razón de que son injustas, pues a lo menos bastante razón de que son inútiles* (Rosero, 1994:429) Y, pone de manifiesto el derecho a la libertad personal cuando afirma: “*A nadie se hace bien contra su voluntad*” (Rosero, 1994:429). Se opone a los privilegios en las leyes desde la conquista, sobre el beneficio y premio de unos en detrimento de otros:

“*exigiéndoles tributos y aplicándolos a toda especie de trabajo*”. Olmedo señala también los vicios sociales que provoca la mita en la sociedad urbana “*... pereza y orgullo de nobles y ennoblecidos*”, e indica que la administración colonial para justificar esta sumisión establecía la idea generalizada de “*(...) la ineptitud, indolencia y pereza de los indios...desmentido por sus preciosas manufacturas...por las mismas venerables y magníficas ruinas de su antigüedad*” (Rosero, 1994:424)

Más adelante, enfatiza en las ideas de libertad e igualdad y armoniza las dos corrientes del pensamiento jurídico, la justicia o injusticia de las cosas en sí (ius naturalismo) y el respeto o irrespeto de la libertad individual (liberalismo) y se adelanta en la vigilancia de los derechos colectivos, cuando afirma: “*... la mita se opone directamente a la libertad de los indios que nacieron tan libres como los reyes de Europa.*” (Rosero, 1994:428)

36 Promulgada el 19 de marzo de 1812, vigente hasta la vuelta de Fernando VII en 1814, consideró el sufragio universal, la soberanía nacional, la monarquía constitucional, la separación de poderes y las libertades civiles, etc.

En el discurso de Olmedo se muestra la eticidad de los pueblos subyugados, sus valores morales y el ejercicio de su libre albedrío y conciencia individual: “*Los indios empezaron a aborrecer el matrimonio, porque los desgraciados no quieren engendrar desgraciados...y las madres generalmente usaban mil malas artes para abortar!!!*” (Rosero, 1994:430) y recalca sobre los antiguos legisladores: “*Pero a los que no se atienen a los principios, que les diga la experiencia, si esa práctica si esas leyes mitales han sido parte para fomentar, aumentar, o siquiera conservar la población de las Américas*” (Rosero, 1994:429-430)

Estas ideas representan una verdadera denuncia social con visos de prácticas genocidas. Por ello, pide a los diputados “*Sea este el desempeño de la primera obligación que por la Constitución hemos contraído, de conservar y proteger la libertad civil, la propiedad, y los derechos de todos los individuos que componen la nación*” (Rosero, 1994:430). En el concepto de nación, Olmedo incluye a los indios y va más allá, los incluye en el derecho de ciudadanía y con ello se adelanta 186 años a su reconocimiento ocurrido en Ecuador por la Constitución de 1998³⁷, cuando dice: “*¡Qué! ¿Permitiremos que hombres que llevan el nombre español y que están revestidos del alto carácter de nuestra ciudadanía, permitiremos que sean oprimidos, vejados o humillados hasta el último grado de servidumbre? Señor, aquí no hay medio de abolir la mita de los indios, o quitarles ahora mismo la ciudadanía que gozan justamente. ¡Pues qué! ¿Nos humillaríamos nosotros, nos abatiríamos hasta el punto de tener a siervos por iguales y por conciudadanos?....*” (Rosero, 1994:430).

Aparte del respeto a la dignidad humana y a sus derechos, Olmedo habla de libertad económica, de comercio e iniciativa privada para el negocio: “*¿Hasta cuando no entenderemos que sólo sin reglamentos, sin trabas sin privilegios particulares pueden prosperar la industria, la agricultura y todo lo que es comercial (...)*” (Rosero,1994:428). Además señala que la libertad permitiría la elección de trabajo y la productividad de las personas contratadas: “*Nada hay más ingenioso y astuto que el interés (...)* Páguenles bien, trátenlos bien, proporciónenles auxilios y comodidades (...), y los indios correrán por sí mismos donde los llame su interés y su comodidad” (Rosero, 1994:428).

LOS IMPACTOS INTERCONTINENTALES DE LAS IDEAS DE OLMEDO

A fines de 1812, Olmedo tiene clara conciencia de que España ha producido un cambio de grandes dimensiones y repercusiones, una revolución ideológica de impredecibles impactos en lo político, social y económico. Por eso, en el segundo Discurso, dice: “*Sobre todo, Señor, establecido ya este nuevo orden de cosas, las Cortes deben procurar que todos los pueblos españoles piensen y obren con nobleza y elevación; esto es, deben disponerlos a las grandes acciones que demanda una revolución tan grande como la nuestra*” (Espinosa, 1960, Poesía: 317) A renglón seguido, su pensamiento ilustrado hace referencia a la necesidad de difundirlo a través de la educación como medio para establecer la paz

37 Arts. 6 – 12, Constitución ecuatoriana de 1998

de la nación: *“El gobierno español, templado y liberal, no debe temer ya las luchas de la nación. La instrucción, la ilustración de los pueblos, mina sordamente los fundamentos de un mal gobierno, pero afianza y consolida las bases de una buena constitución”* (Rosero, 1994:430)

En síntesis, las ideas de Olmedo son revolucionarias, incluyentes y afianzadas en una Constitución de libertades y derechos; su pensamiento pretende conciliar las tendencias ius naturalista y liberal, al demandar la libertad civil de los españoles de ultramar, el fomento de la propiedad individual y colectiva, como base para la productividad de la agricultura, la industria, el comercio; pone de relieve la instrucción y el conocimiento, como pilares que sustentan la moral pública. Es destacable que, en Cádiz, las ideas de Olmedo provocaron el decreto de abolición de las mitas de América, el 9 de noviembre de 1812 (Decreto CCVII, 148-150/Rosero, 1994:431-432)³⁸, así como la concordancia de los principios en las leyes. También estas ideas se transformaron en operatividad política para los pueblos y en eje de los lineamientos jurídicos constitucionales del futuro.

Se muestra la conciencia olmediana entre las independencias e interdependencias, en el dilema personal de estar en un mundo monárquico absolutista, aceptarlo, representarlo y, a la vez, rechazarlo, donde entiende la independencia como libertades civiles y sociales y deduce las interdependencias fundamentadas en las leyes y acuerdos entre iguales. Estas ideas, por lo tanto, las concilia en la o,monarquía constitucional.

Finalmente, la abolición de las mitas de América fue reconocida en los reinos hispanos: *“Las Cortes encargan a los Virreyes, Gobernadores, Intendentes y demás Jefes a quien respectivamente corresponda la ejecución (...) Ordenan finalmente las Cortes que comunicado este decreto a las autoridades respectivas, se mande también circular a todos los Ayuntamientos Constitucionales y a todos los curas párrocos, para que leídos por tres veces en la misa parroquial conste a aquellos dignos súbditos de amor y solicitud paternal que las Cortes procuran sostener sus derechos y promover su felicidad. Lo tendrá entendido la Regencia del Reino para disponer el más exacto cumplimiento en todas sus partes y lo hará imprimir, publicar y circular”*.³⁹

Firman Francisco Morros, presidente; Juan Quintana, secretario y José Joaquín de Olmedo, diputado secretario.

De este modo se da cumplimiento a los ideales de libertad, igualdad y fraternidad expuestos en la Revolución Francesa como ideales de la sociedad, del hombre y del ciudadano dentro de una nación.

Olmedo a través de su actuación en las Cortes de Cádiz se muestra como un líder defensor de los derechos individuales y sociales, dado que las leyes han de estar dirigidas a la felicidad de los ciudadanos lo cual significa el respeto de los derechos individuales. Se observa que el pensamiento de Olmedo es de

38 <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/35772796767144497754491/ima0169.htm>

39 Op. cit. idem Decreto CCVI, de 9 de Noviembre de 1812, pp. 147 – 148

un liberalismo moderado, logra conciliar el ius naturalismo con el positivismo, fue monárquico pero no absolutista, fue prudente en medio de la crisis al punto de lograr gestionar para Guayaquil el Consulado, el Obispado y alcanzar reformas comerciales en la reinstauración del absolutismo por Fernando VII. Así en septiembre de 1814 se dirige al secretario de Estado y del despacho universal de Indias “... *al fin ha llegado la época en que el gobierno español tiene abiertos los ojos sobre las necesidades de los pueblos de América, abiertos sus oídos para oír sus quejas y pretensiones, y abiertas las manos para dispensarles gracias, beneficios y justicia*”⁴⁰

En diciembre de 1813, la gestión de Olmedo en Cádiz está por concluir, sin embargo indica al Ayuntamiento de Guayaquil que permanecerá un tiempo más “...*como suplente por los Diputados que faltan al Perú. Desde entonces ya mis dietas no correrán de cuenta de esa Provincia*”⁴¹. Así mismo ofrece a Guayaquil como obsequio la medalla conmemorativa de la publicación de la Constitución a sus firmantes, dice “...*admita ese obsequio pequeño por la materia y por el sujeto que la ofrece, pero grande por la voluntad, y mucho mayor por lo que representa.*”⁴² Olmedo permaneció en las Cortes hasta septiembre de 1814 gestionando las peticiones comerciales del puerto y la designación de un obispado y un consulado para Guayaquil⁴³.

Este fue Olmedo, un ser humano de carne y hueso. Su intervención destaca el valor de la razón en sus argumentaciones, considera que las leyes humanas mueven la gran máquina social sobre la base de principios trascendentes, donde la naturaleza humana puede ser modificada para progresar por medio de una apropiada educación.

40 Aurelio Espinosa, *Espistolario*, p. 319

41 Aurelio Espinosa Pólit: *Espistolario*, p. 316

42 *Idem.*

43 *Idem*

BIBLIOGRAFÍA

- ARTOLA, Miguel: *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, 2da. Ed. 1975
- ARTOLA, Miguel: *La burguesía revolucionaria*, Editorial Alianza, Madrid, 1981.
- Aymes, J.R.: *La Guerra de la Independencia en España, 1808-1814*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1986
- DIARIO DE SESIONES de las Cortes Generales y Extraordinarias – 1812, en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/03691732233747962032268/ima0933.htm812>)
- ESPINOSA Pólit, Aurelio: José Joaquín Olmedo. Poesía y prosa. Biblioteca ecuatoriana
- mínima, Nº 2, Ed. Cajica, Puebla, 1960.
- ESPINOSA Pólit, Aurelio: José Joaquín Olmedo. Epistolario. Biblioteca ecuatoriana mínima. Quito, 1960
- FLORES Estrada: Proposición sobre Convocación de Cortes Oviedo, 13 de Junio de 1808, en: *Si no hubiera esclavos no hubiera tiranos*. Editor Juan Francisco Fuentes. Madrid, 1988.
- GÓMEZ Imaz, Manuel: Sevilla en 1808, Servicios patrióticos de la Suprema Junta. Sevilla, 1908
- HERR, R. *España y la revolución del siglo XVIII*. Ed. Aguilar: Madrid, 1971.
- LENNHOFF, E: *Los masones ante la historia*. Traducción directa de la segunda edición alemana por Federico Climent Ferrer. Editorial Diana. 3ra. Impresión. México, 1981.
- MARCUELLO Benedicto, Juan Ignacio: “Las Cortes Generales y Extraordinarias: Organización y poderes para un gobierno de Asamblea” en: Artola Miguel: *Los orígenes de la España contemporánea*. Madrid, 2da., 1975.
- MARX, Carlos: *Escritos sobre España*. Editorial Planeta. Barcelona, 1978,
- PAYNE, Stanley: *El catolicismo español*. Editorial Planeta. Barcelona, 1984.
- PÉREZ DE GUZMÁN, J. *Estudios de la vida, reinado, proscripción y muerte de Carlos IV y María Luisa*. Madrid, 1908.
- ROSERO Jácome, Rocío: *Olmedo político, patriota o desertor...?* Eskeletra. Quito, 1994
- ROSERO Jácome, Rocío: “La influencia de la masonería en España y América en el siglo XIX” en: Anuario de la Universidad Internacional SEK. Número 2. 1996, Santiago de Chile.
- SOLÍS, R: *El Cádiz de las Cortes*. Editorial Plaza Janes. Barcelona, 1978, p. 288
- SUÁREZ, F. *El proceso de convocatoria a Cortes 1808-1812*. Pamplona, 1982

**EL CIUDADANO INDIO Y EL CIUDADANO CRIOLLO
REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LOS
INDIOS DE CIUDAD DE MÉXICO
1827-1840**

Ileana Schimdt Díaz de León y Carmen Cebada Contreras
Universidad de Guanajuato
Departamento de Estudios Sociales. Campus León

La Constitución de la monarquía española de 1812, emanada de las Cortes de Cádiz, impactó sensiblemente el pacto habido entre las repúblicas de indios y la corona española. La aparición de un nuevo concepto de ciudadanía y el cambio en el ejercicio de la soberanía impusieron al indio y al criollo un nuevo estilo de práctica política que modificaría su vida cotidiana; pero que no incluiría un cambio sustancial en el estado de dominación sufrido por los pueblos de indios a lo largo del periodo virreinal. La nueva Constitución de 1824, de la misma forma que lo hiciera la de Cádiz, desapareció las repúblicas de indios y desfiguró la relación de los indios con el naciente Estado-nación al quitarles su personalidad corporativa. Los pueblos de indios, encabezados por sus gobernadores y alcaldes electos no desistieron, sin embargo, en intentos por mantener su presencia como lo que eran y habían sido obligados a ser 300 años antes, indios de la república. En este trabajo se aborda el manejo que un grupo de indios hace de la ciudadanía y la representación en la defensa del Colegio de Indios de San Gregorio, una institución que había sido fundada en 1586 por jesuitas para la educación de los indios en la ciudad de México, y que fue tomada en 1826 por el ministerio encargado de educación para arrancar el proyecto de construcción de la educación nacional. La defensa de los indios se hizo a través de una serie de “representaciones” firmadas, al inicio del conflicto, por indios que eran exalumnos y que a su vez eran caciques de cacicazgos creados a lo largo del siglo XVI en el centro de México. Varios de

ellos habían sido o eran, además, profesores o estudiantes de la Real Universidad de México. Es decir, eran letrados con un claro conocimiento de la ley y la vida política contemporánea pero no dejaron de escribir representaciones como solían hacerlo antiguamente las autoridades de pueblos de indios durante el periodo virreinal, es decir, como autoridades legítimas que hablan a nombre del común.

La existencia de indios letrados en los albores del siglo XIX en México tiene su origen en la educación que este grupo social recibió en la Nueva España desde el siglo XVI. El alfabeto latino y lo que éste conlleva fue enseñado a indios, hijos de caciques y principales, por clérigos españoles pocos años después de la conquista de Tenochtitlán. El primer centro educativo de enseñanza formal de la lectura y la escritura fue el Colegio de Santa Cruz de Tlatelolco fundado en la ciudad de México en 1836 por fray Juan de Zumárraga y comandado por frailes franciscanos, varios de ellos bien conocidos por los etnohistoriadores debido al trabajo que realizaron en pos del conocimiento de la lengua y la cultura de los aztecas, como por ejemplo fray Bernardino de Sahagún¹.

Este colegio formaba en estudios superiores a los hijos de indios caciques y principales por lo que los preparaba en conocimientos de retórica y gramática latina entre otros estudios.

Si bien el Colegio de Santa Cruz de Tlatelolco tuvo un papel importante en la formación de niños indios durante el siglo XVI, se sabe que para finales de dicho siglo estaba casi abandonado. La educación de los niños indios, sin embargo, no terminó con este colegio pues con la llegada de los jesuitas a la Nueva España en 1572, se pudo continuar con los proyectos de educación de los indios. Entre ellos, fundaron el Colegio de Indios de San Gregorio en 1586. A diferencia del de Santa Cruz de Tlatelolco, en este colegio no se realizaban estudios superiores pero siempre se enseñó a leer y escribir, además del canto llano y los quehaceres de la Iglesia (acolitaje). Esta condición permitió a los hijos de indios caciques y principales egresados del Colegio de San Gregorio acceder a colegios de españoles, pero además los proveyó de las herramientas necesarias para conocer el sistema político administrativo español.

Así, cuando a principios del siglo XIX las corporaciones indias fueron duramente atacadas, sobre todo las repúblicas de indios y todo lo atado a ellas, había indios caciques y principales que tenían el conocimiento para enfrentar la situación. Según muestran algunos estudios, los indios de república, es decir, los corporados se resistieron a la política liberal de descorporativización², pero no rechazaron la ciudadanía y los posibles beneficios que ésta les confería, principalmente, la igualdad y la libertad³.

Este trabajo muestra cómo un grupo de indios letrados, todos egresados del Colegio de Indios de San

- 1 Ver Francisco Borgia Steck. *El primer colegio de América: Santa Cruz de Tlatelolco*, Centro de Estudios franciscanos, México, 1944. Fernando Ocaranza, *El imperial colegio de indios de la Santa Cruz de Santiago Tlatelolco*, México, 1934; José María Kobayashi. *La educación como conquista. Empresa franciscana en México*, El Colegio de México, 1987.
- 2 Antonio Escobar Ohmstede. Los ayuntamientos y los pueblos de indios en la Huasteca: conflictos entre nuevos y viejos actores, 1812-1840, en Leticia Reyna, *La reindianización de América*, Siglo XXI Editores, México, 1997.
- 3 Claudia Guarisco. *Los indios del valle de México y la construcción de una nueva sociabilidad política 1770-1835*. El Colegio Mexiquense A.C., México, 2003.

Gregorio, defiende a su colegio cuando éste fue reformado y abierto a estudiantes no indios. La defensa muestra el manejo cultural de los principios políticos del liberalismo hecho a través de representaciones multitudinarias. En dichos documentos, por lo general se especificaba que:

“El que suscribe a continuación de todas las firmas que preceden, lo hace por sí y a nombre de distintos ayuntamientos, personas eclesiásticas, pueblos y demás vecinos particulares a diversos estados o provincias, cuyos poderes manifestará en caso necesario. Francisco Mendoza y Moctezuma (Rúbrica)”⁴

Estas representaciones se dieron entre 1828 y 1840 y no lograron satisfacer la demanda de sus signatarios. Hoy día estos documentos son una rica fuente para conocer, entre otras cosas, cómo los indios firmantes se veían a sí mismos como ciudadanos en las primeras décadas de vida independiente de México, la confusión que reinaba sobre la acepción liberal del concepto de ciudadanía, la resistencia de los indios a ver su vida y patrimonio alterado como consecuencia de su aplicación y el uso alternativo que le dieron.

El sentido de representación manifiesto en estos documentos había sido característico en la vida político-administrativa del virreinato y les era conferido a las personas en su calidad de autoridades de cabildo electas. Esta institución fue implantada por los españoles inmediatamente a su llegada al Nuevo Mundo y, a decir de Charles Gibson, fue uno de los grandes logros de la corona de Castilla en el proceso de hispanización de las Indias. La inmediata creación de cabildos en la conquistada ciudad de Tenochtitlán, así como la congregación de los indios en pueblos a lo largo del siglo XVI, fomentó la vida corporativa entre los indios y la práctica de la representación colectiva atada a ella. Después de un largo proceso de adaptación de los indios a esta forma de gobierno y de 300 años de practicarlo, la Constitución Política de la Monarquía Española aparecida en 1812 proponía cambiar estas prácticas abriendo el camino para que, unos años más tarde, la Constitución Política de 1824 pretendiera borrar del escenario la participación de los indios como tales. En ellas se establecían como conceptos rectores la libertad y la igualdad de los individuos encarnados en su calidad de ciudadanos.

En la disputa por el Colegio de San Gregorio, los indios quejosos hicieron uso tanto del discurso liberal para defender su postura y su derecho a exponerla, así como de las Leyes de Indias, las cuales se consideraban vigentes en aquellos aspectos que no contravinieran la Constitución de 1824. Su discurso, sin embargo, confrontaría fuertemente a los miembros de la junta directiva del colegio al dar al concepto de ciudadano un contenido diferente y, por ende, el de representación liberal. En la contestación presentada por la junta directiva al ministro de Relaciones, Lucas Alamán, y solicitada a la misma para exponer su punto de vista sobre la solicitud de los indios, desconocen la validez de la misma debido precisamente a su falta de “personalidad”, es decir, de representación.

4 Firman 27 personas junto con Mendoza y Moctezuma (AGN-JIP, vol 1, exp. 41, ff. 258r- 259r. Representación del 17 de marzo de 1829 solicitando a Calixto Vidal como rector.)

El 4 de marzo de 1831, Pablo de la Llave escribió en su calidad de presidente de la junta directiva del Colegio de San Gregorio un documento donde defiende la rectoría de Juan de Dios Rodríguez Puebla ante el embate de un grupo de exalumnos, alumnos y autoridades de ayuntamientos, todos indios de la ciudad y valle de México. En este documento De la Llave expresa que:

*“Ya se ha notado otra vez, y no puede menos de repetirse ahora que ni los pueblos en maza, ni los individuos en particular, tienen el derecho que se abrogan estos de hacer tales propuestas para el rectorado, ni de gobernar el colegio bajo el aspecto de representaciones al supremo gobierno...”*⁵

Pablo de la Llave aseguraba que dichos individuos tendrían que representar a todos los indios de la nación y no solamente a un puñado de ellos, y que no podían representar a los ayuntamientos de los pueblos, de los cuales decían era motivo de castigo el tomar la voz de los mismos⁶.

Entre enero y febrero de 1830, los indios quejosos, encabezados por Francisco Mendoza y Moctezuma publicaron su petición dirigida al presidente, Don Anastasio Bustamante, presentando no sólo su queja sino más bien su intención de hacer valer sus derechos de ciudadanos libres⁷. El documento fue firmado por alcaldes, regidores, síndicos e individuos de 38 pueblos del centro de México junto con las parcialidades de la ciudad de México. En marzo de ese mismo año, Pablo de la Llave escribía a Lucas Alamán:

*“[...] lo que en concepto de la Junta debe llamar la atención del Supremo Gobierno, es la falta de personalidad de los que representan, lo irrespetuoso y descomedido de su exposición con relación al Supremo Gobierno: lo insultante de sus expresiones con referencia a la Junta directiva: la conducta desagradecida hacia el actual Rector: el temerario empeño de que se coloque en este puesto al Br. Vidal, atropellando por todo y arrollando cuantas consideraciones deben tenerse a lo que hicieron el Supremo Gobierno y la Junta; y por último la sedición que respira todo el papel en las proposiciones de que está sembrado relativas a los indígenas mezcladas con quejas y amenazas.”*⁸

La reacción idiosincrásica que provocó en los miembros de la junta directiva los llevó a argumentar que no podían menos que desacreditar un movimiento de indígenas por no incluir a “todos los de la República”. Este grupo de indígenas era, para ellos, sólo un “puñado de firmantes” con la intención “ridícula” de querer participar en el gobierno del colegio⁹. La forma de representación de los indígenas no era, sin embargo, del todo contraria al ideal liberal de la época. Un catecismo político escrito por José María Luis Mora, con la intención de ser usado en los colegios, decía que la independencia de la nación

5 AGN-JIP vol 1, exp. 51, f. 385v.

6 AGN-JIP, vol. 1 exp. 51.

7 AGN-JIP, vol. 1 exp. 45

8 AGN-JIP, vol. 1 exp. 51

9 AGN-JIP, vol. 1 exp. 51.

mexicana había sido posible debido a la existencia en el territorio de una “opinión pública a favor de la independencia” y la “voluntad general por conseguirla.” Uno de los instrumentos de la voluntad general es “el voto de los representantes del pueblo”, quienes son considerados apoderados de los mismos por ser nombrados por los pueblos para que los representen.

“En un pueblo ó nación grande no es posible que todos y cada uno de los que la componen den su voto sobre las leyes, así porque no tienen ni pueden tener la instrucción que para ello se requiere, como porque sería una operación casi imposible el consultarlos a todos.”¹⁰

Si bien, de acuerdo a la doctrina liberal expuesta por Mora, los indios debían supeditarse a un orden jurídico-político central, de carácter nacional, desde la perspectiva india ellos estaban haciendo lo correcto, si se considera su posible noción de ciudadano y su subsecuente idea de representación. Una posible pista para entender esta situación puede ser la condición de *vecindad* que tanto la Constitución de la Monarquía Española de 1812 como la mexicana de 1824 establecieron como requisito para que los individuos pudieran adscribirse como ciudadanos.

Antes de la constitución gaditana, la *vecindad* era condición necesaria para tener el estado de ciudad, es decir, de ciudadano en contraposición al de peregrino. La ciudadanía liberal fue extendida a los indios considerados como vecinos de sus pueblos. Como Antonio Annino afirma, “al constitucionalizar la vecindad preliberal, y con ella el principio de notoriedad social, la carta gaditana transformó la comunidad local en una fuente de los nuevos derechos políticos.”¹¹

De esta manera, los indios exigieron el cumplimiento de su solicitud y sus derechos como ciudadanos. En su publicación expresaron que:

Los indios, repetimos, desde que la valiente espada del héroe de Iguala nos puso libres de las cadenas con que los crueles españoles osaron subyugarnos, salimos de aquel espantoso y miserable estado de tributarios de un ladrón; y si no se nos restituyó nuestro país, al menos se quiso que disfrutásemos los derechos de igualdad y las preeminencias concedidas a los estados de ciudad y libertad¹².

La referencia a la igualdad atada a las preeminencias concedidas por los estados de ciudad y libertad hacen apreciar que “la ciudadanía liberal fue redefinida por las culturas locales con significados muy lejanos a los proyectados por las Cortes de Cádiz.”¹³ Los indios no tenían empacho alguno en tomar el

10 José María Luis Mora, *Catecismo político de la Federación mexicana* (1831), pp. 4-6.

11 Antonio Annino. “Ciudadanía versus gobernabilidad republicana en México. Los orígenes de un dilema”, en Hilda Sabato. *Ciudadanía política y formación de las naciones*, Fondo de Cultura Económica – El Colegio de México, México, 1999, p. 69.

12 AGN-JIP, vol 1, exp. 45. 1033.

13 Antonio Annino. “Ciudadanía versus...”, p.73.

nuevo derecho de igualdad y añadirlo a los derechos que gozaban durante el régimen virreinal, pues en su marco ideológico seguían disfrutando el derecho concedido por la *vecindad*. Por otra parte, en su mentalidad la estructura política del ayuntamiento no había variado suficientemente como para no poder tomar la representación de sus pueblos como lo habían hecho siempre por ser ellos los alcaldes “pasados” y presentes y regidores de los mismos, condición que extendían al Colegio de San Gregorio, como corporación india que había sido hasta entonces.

Transcurridos 300 años de régimen virreinal, los pueblos de indios habían asimilado el sistema de las dos repúblicas y lo defenderían duramente después de la declaración de independencia de España. La novedad de su ciudadanía liberal era la condición de igualdad frente a los españoles. Para ellos ser iguales y libres significaba no ser subyugados por otros, y de ninguna manera significaba perder su identidad, sus costumbres y sus privilegios como grupo social. Las representaciones en favor del Colegio de San Gregorio muestran que estos indios exigían, por una parte, tener la misma oportunidad que los otros para tener acceso, manejar y controlar sus instituciones, corporaciones desde su perspectiva, y por la otra, ver que los otros cumplieran las leyes así como se exigía a los indios. En otras palabras, los indios deseaban por una parte, hacer lo que a otros grupos sociales se les permitía, llámeseles españoles, y por la otra, poder hacerlo legítimamente con los mismos procedimientos que a los demás les estaban permitidos.

Esta es la noción de igualdad que permea en sus representaciones y de aquí que ellos cuestionaran duramente que se les trataba con espíritu de igualdad si se usaban los recursos del colegio de indios para educar a quienes no lo eran. Su lucha por mantener la exclusividad india del Colegio de San Gregorio estaba impulsada por el ideal de dar a los indios lo que es de los indios y a los españoles lo que es de los españoles porque todos son ciudadanos.

Con esto en mente, los indios quejosos exigían dura e insistentemente a los miembros de la junta directiva cumplir las existentes constituciones del Colegio de San Gregorio donde se establecía su carácter indio. La junta directiva no negaba su obligación de cumplirlas, pero las evadía descalificándolas frente al nuevo poder y estableciendo, a la vez, su autoridad como la única legítima de dicha institución. Esta actitud llevó a establecer no sólo una jerarquía entre la junta directiva como autoridad legítima de la institución y el grupo de indígenas quejosos, sino también a diferenciar los derechos entre una y otro socavando la libertad de los indígenas frente a las instituciones en general. La libertad de los individuos indígenas no debía situarse por encima de la libertad de las instituciones, entes que tomaban las decisiones y se instalaban como figuras máximas e imaginarias del poder, convertido ahora en enemigo de las corporaciones. En el ánimo de mantener espacios de acción y poder, el grupo de indios pidió la destitución de la junta directiva y la creación de una nueva, conformada por personas interesadas en el bien de los indios¹⁴.

14 AGN-JIP, vol 2, exp. 22.

No escatimaron esfuerzos en buscar la vía para alcanzar su objetivo: mantener el Colegio de San Gregorio bajo su influencia directa. Para los indígenas -según Pedro Patiño Ixtolinque- era asunto de tradición y costumbre, por lo que la lucha por el colegio intentó minimizar los cambios que éste pudiera sufrir haciendo uso de nuevos derechos legales y estrategias permitidas por el incipiente sistema de representación. Este caso permite apreciar que las luchas indígenas pusieron en la balanza la verdadera idea y dirección de este sistema entre 1830 y 1850. Los criollos se sintieron amenazados en su poder de decisión y su ideal de nación igualitaria basada en los derechos del individuo. En el fondo, éstos asumían que los derechos de los ciudadanos indígenas no incluían su participación en la definición de la nueva nación, de la nueva república. Los indios nunca pudieron recuperar el colegio ni los bienes pertenecientes al mismo. Toda esperanza se desvaneció cuando el colegio se convirtió en la Escuela Nacional de Agricultura en 1853 debido, entre otras cosas, a la riqueza de las tres grandes haciendas que poseía. De esta manera, la lucha encarada por los indios exalumnos, alumnos del Colegio de San Gregorio y funcionarios de ayuntamientos de los que habían sido pueblos de indios permite apreciar que el sistema de relaciones de dominación no se modificó después de la independencia nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Annino, Antonio. “Ciudadanía “versus” gobernabilidad política en México. Los orígenes de un dilema.” En Hilda Sabato (Coord.) *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica – El Colegio de México, 1999.
- Borgia Steck, Francisco. 1934. *El primer colegio de América: Santa Cruz de Tlatelolco*. México: Centro de Estudios franciscanos.
- Escobar Ohmstede, Antonio. Los ayuntamientos y los pueblos de indios en la Huasteca: conflictos entre nuevos y viejos actores, 1812-1840, en Leticia Reyna, *La reindianización de América*, Siglo XXI Editores, México, 1997.
- Guarisco, Claudia. *Los indios del valle de México y la construcción de una nueva sociabilidad política 1770-1835*. El Colegio Mexiquense A.C., México, 2003. Kobayashi, José María. *La educación como conquista*. Empresa Franciscana en México. México: El Colegio de México, 1987.
- Mora, José María Luis. 1831. *Catecismo político de la Federación mexicana*, México: Imprenta de Galvan a cargo de Mariano Arévalo.
- Ocaranza, Fernando. 1934. *El imperial colegio de indios de Santa Cruz de Santiago Tlatelolco*. México, S/N.



LA PROPAGANDA CONSERVADORA A TRAVÉS DE LA PRENSA DURANTE LA GUERRA DE INDEPENDENCIA

Eduardo Flores Clair¹

Con el fin de explicar la situación por la que atravesaba la monarquía española e informar a los súbditos sobre los acontecimientos de la guerra contra Inglaterra, de triste memoria porque perdieron el famoso “Peñón de Gibraltar”², el virrey de Nueva España, Martín de Mayorga, en mayo de 1780, expidió un bando, donde escribió que:

“Quiere el rey que no se oculten a sus fieles vasallos el estado y principales especulaciones de Guerra en Europa para que varias noticias falsas o exageradas que se esparcen en los *Papales Públicos* de Londres, con el fin de sorprender la credibilidad de los incautos y aclarar al pueblo de las demás naciones antes de que pueda enterarse de la verdad de los sucesos, que hagan en los ánimos de los habitantes de este Reyno las fatales impresiones de desaliento que solicitan sus autores”³.

-
- 1 Investigador de la dirección del Instituto Nacional de Antropología e Historia; historiador dedicado a la historia minera y social de México; doctor por la Universidad Iberoamericana.
 - 2 Véase entre otros: Corona Baratech, Carlos E y José A. Armillas, *La España de las reformas, España*, 1989. Panero, Daniel, *La campaña de Gibraltar 1779-1783*, Madrid, Almena Ediciones, 2008. Leguineche, Manuel, *Gibraltar la roca en el zapato de España*, Barcelona, Editorial Planeta, 2002. Casado David, *La Marina Ilustrada, sueño y ambición de la España del siglo XVIII*, Madrid, Ministerio de Defensa ediciones Antígona, 2009.
 - 3 Archivo General de la Nación México, (En adelante AGNM) Indiferente Virreinal, Caja 5528, exp. 39, 11/05/1780, 1 fjs. El Bando se repite en las cajas 6056, exp. 26 y Caja 6383, exp. 25.

En este bando encontramos los principios básicos que conformaron la política sobre la circulación de información en los dominios coloniales. Se reconocía, que en una coyuntura de guerra, era indispensable mantener una comunicación constante con los vasallos y sobre todo proporcionar una versión desde los despachos de los funcionarios reales, con el fin de influir en la opinión pública. Entre los objetivos estaba combatir las noticias sensacionalistas, exageradas y sobre todo falsas; en otras palabras, “el Rey nuestro señor” era el único que detentaba el poder de hablar con veracidad y debía desmentir todos aquellos infundios que circulaban y que iban en contra de los intereses reales; quienes los difundían se convertían en enemigos y había que combatirlos al igual que los ejércitos hostiles. Los vasallos corrían el riesgo de ser engañados, pero sobre todo que les causara desánimo, disminuyera su lealtad y que perdieran de vista quiénes eran los verdaderos adversarios.

En este trabajo se exponen algunas ideas sobre los combates en contra de la insurgencia en Nueva España a partir de la prensa escrita.⁴

Consideramos que el mundo de las letras fue otro escenario de guerra, el cual tuvo enorme importancia en el proceso de la lucha por la independencia. En la historiografía, sobre todo aquella dedicada a los acontecimientos políticos, se han privilegiado de manera automática las ideas liberales y se ha pasado por alto la participación del pensamiento conservador.⁵ Al interior de esta tendencia existen escasas excepciones que han contribuido a entender el proceso insurgente desde un punto de vista diferente.⁶

Para los fines de este trabajo, entendemos al pensamiento conservador como una práctica política cotidiana; un estilo de vida seguido por un amplio sector de la población novohispana que utilizó esta

4 Zárte Toscano, Verónica, *La prensa mexicana y el gobierno del virrey Iturrigaray*, México, Tesis (licenciatura)-- Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras, Colegio de Historia, 1982. Juan López Cancelada: *sucesos de Nueva España hasta la coronación de Iturbide*, estudio introd. y notas Verónica Zárte Toscano, México, Instituto Mora, 2008. Delgado Carrancó, Susana María, *Libertad de imprenta, política y educación: su planteamiento y discusión en el Diario de México, 1810-1817*, México, Instituto Mora, 2006.

5 Brading, David A, *Orbe indiano. De la monarquía católica a república criolla, 1492- 1867*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991. Guedea, Virginia (coord) *La Independencia de México y el proceso autonomista novohispano 1808-1824*. México, UNAM, Instituto Mora, 2001. Rodríguez O, Jaime E (coord.), *Las nuevas Naciones España y Mexico 1800-1850*, Madrid, Fundación MAPFRE, 2008. Annino, Antonio y

François Xavier Guerra (coords), *Inventando la nación. Iberoamerica, Siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003. Young, Eric van, *La otra rebelión. La lucha por la Independencia de México, 1810-1821*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, Ortiz, Juan Escenario de Guerra, Llopis, Enrique y Carlos Marichal (coods.), *Latinoamérica y España 1800-1850. Un crecimiento excepcional*. México, Instituto Mora, Marcial Pons, 2009. “Los Centenarios en Hispanoamérica: La historia como representación”, *Historia Mexicana*, Volumen LX, n° 1, julio-septiembre 2010.

6 Rodríguez Piña, Javier, “De los orígenes del pensamiento conservador europeo y mexicano” en *Sociología, Revista del Departamento de Sociología*, UAM-Azcapotzalco, año 9, n° 26, septiembre-diciembre de 1994. García Gutiérrez, Blanca, “La experiencia cultural de los conservadores durante el México Independiente: un ensayo interpretativo”, *Signos Históricos*, UAM-Iztapalapa, vol. 1, n° 1, junio 1999, pp.128- 149. Kanaoussi, Dora, *El pensamiento conservador en México*, México, Plaza y Valdés, 2002. Palacio Montiel del, Celia, “Dos formas de acceder a la modernidad: el nacimiento de la prensa en Guadalajara y Veracruz en el siglo XIX” en *49 Congreso Internacional de Americanistas (ICA)* Quito Ecuador, 1997. Olvida Legazpi, Jaime, “El Telégrafo de Guadalajara Periódico Realista” inédito.

arma para combatir a todas aquellas posiciones que intentaban quitarles sus privilegios, creencias y modos de vida. Elegimos la prensa escrita por ser un medio de propaganda política muy efectivo, que a la vez que difunde ideas, justifica las posiciones políticas y éticas, pero sobre todo permite hacer un seguimiento del pensamiento a través de la cultura escrita.

Por ser una investigación tan amplia, hemos acotado este trabajo al inicio del levantamiento del cura Miguel Hidalgo y Costilla. De igual forma, por la abundancia de material impreso, se privilegiarán las publicaciones periódicas tituladas: *La Gazeta del Gobierno de México* que permite reconstruir el ambiente que se vivía en los días previos al levantamiento y *El Aristarco*⁷, aparecida en 1811, escrito, editado y financiado por Fermín de Reygadas. De dicha publicación, hemos localizado nueve ejemplares que nos brindan un panorama general sobre el pensamiento conservador en aquella época.⁸

Nuestros planteamientos son los siguientes: ¿En qué medida las ideas conservadoras utilizaron a la prensa escrita con el fin de derrotar a las ideas de los rebeldes? ¿Cuáles fueron los principales temas en que se combatió a los insurgentes? ¿La propaganda política conservadora tenía como principal objetivo el de conservar a la población fiel al rey y, en segundo término, evitar su contaminación con las ideas insurgentes?

UNA SEÑAL DE LEALTAD

El 14 de septiembre de 1810, el nuevo virrey Francisco Xavier Venegas entró a la capital de la Nueva España. Desde la noche del 15 de septiembre de 1808, la sociedad novohispana padecía una profunda crisis de autoridad debido a que un grupo de golpistas apresó al virrey José de Iturrigaray.⁹ En seguida se hicieron cargo del virreinato, de manera interina, Pedro de Garibay y el arzobispo Francisco Javier Lizana, quien no pudo continuar a partir de mayo de 1809; por este hecho la Audiencia se responsabilizó del gobierno por más de quince meses. A su llegada, Venegas estaba obligado a afrontar el relajamiento institucional, la inquietud política por la debacle de la monarquía y atender de manera urgente la enorme

7 Aristarco, se define como el censor o murmurador de los escritos ajenos. Véase *Diccionario de Autoridades*, <http://buscon.rae.es/nlle/SrvltGUIMenuNlle?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0>.

8 La prensa escrita era un medio de comunicación que circulaban en círculos pequeños de la sociedad, pero ayudaba a la propagación de noticias e incluso en aquellos sectores analfabetos. Con la libertad de imprenta se dio una difusión masiva de diversos medios impresos, pero pensamos que la prensa o los “papeles públicos” servían para filtrar las ideas generadas en otros ámbitos intelectuales y presentarlas en un lenguaje accesible a públicos más amplios. Hemos encontrado que este tipo de noticias se reproducían en otras latitudes de Hispanoamérica; sobre todo en aquellas que comulgaban con su manera de pensar. Los ejemplares se localizan en la Hemeroteca Nacional de España, en Madrid y no cuentan con fecha de publicación, solo se sabe que circularon en 1811.

9 López Cancelada, Juan, *Conducta del excelentísimo señor don José Iturrigaray durante su gobierno en Nueva España: se contesta a la vindicación que publicó don Facundo Lizarza: cuaderno tercero y segundo en la materia por...*, Cádiz, España, Imprenta del Estado Mayor General, 1812.

demanda de recursos que requería la metrópoli para solventar la guerra contra el ejército napoleónico.¹⁰ En aquellos días, los lectores de la *Gazeta de México* se mantenían informados sobre los sucesos de la guerra europea, la cual era más o menos semejante a la de los últimos años; pero se distinguía por la abatida situación en la que se encontraban “nuestros heroicos hermanos”, quienes padecían urgentes necesidades por las calamidades de la guerra contra los franceses.

En los puertos novohispanos, las fragatas y bergantines se abastecían con los escasos pertrechos de guerra que poseía el ejército, se sumaban los alimentos, prendas de vestir y sobre todo el dinero líquido producto de los donativos colectado por todo el virreinato. En general, las noticias insistían en hacer un llamado urgente para auxiliar a las tropas realistas y a la población en desgracia. Las noticias se tardaban en cruzar el mar mes y medio; las que llegaron en agosto y septiembre de 1810 fueron muy desalentadoras, aunque los editorialistas debían propiciar un ambiente distinto y alentaban a la población. Escribían que “la sagrada llama del entusiasmo, crece mucho más, y se reiteran los juramentos de vengar los insultos o morir en el campo de la gloria primero que ceder a la servidumbre más ignominiosa”.¹¹

Después de su arribo, el virrey Venegas se apresuró a entrevistarse con cada uno de los grupos de poder novohispano, acudió a rendir honores a la virgen de Guadalupe y a presentarse con las autoridades eclesiástica. Se entrevistó con el ayuntamiento, con el rector de la Universidad, los representantes de los tribunales de comercio y minería, el colegio de abogados, entre otros. En su equipaje traía dos encomiendas, primero otorgar premios a distintos personajes que se distinguieron por la “causa justa de la patria, el rey y de la religión”. Les otorgó títulos de Castilla, a otros les hizo un reconocimiento de “honores” y a algunos más les dieron el “tratamiento de señoría”.¹²

La segunda encomienda consistía en un plan de apoyo financiero para “defender” a España; en su exposición, el virrey dejó en claro que la lucha contra los franceses cumplía los objetivos siguientes: defender la religión, garantizar la libertad del rey y salvar a la patria. Era por ello necesario que todos los vasallos se unieran contra el enemigo común; la monarquía se encontraba desvalida y era apremiante iniciar una ofensiva heroica para expulsar al invasor; para cumplir este fin era indispensable contar con una fuerza armada de más de 100 mil hombres y para solventar este gasto se necesitaban 20 millones de pesos. A diferencia de los préstamos “forzosos” y “graciosos” de años atrás, Venegas explicó que se trataba de contraer “un adeudo real” por tan alta cifra; para lo cual se formó una “junta” presidida por el Consulado de comerciantes que emitirían bonos con el pago anual de un interés que iba del 6%, en el caso de dinero líquido y 8 %, en joyas y alhajas. El reembolso de este capital se garantizaba con la recaudación de impuestos extraordinarios tanto del comercio, como de la renta del tabaco. Era

10 Diego, Emilio de, España, *El infierno de Napoleón 1808-1814: una historia de la guerra de independencia*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2008.

11 *Gazeta del Gobierno de México*, tomo I, n° 73, 10 de agosto de 1810, p. 642

12 *Gazeta del Gobierno de México*, tomo I, n° 104, 21 de septiembre de 1810, p. 764.

apremiante el realizar una amplia campaña por todo el virreinato para recaudar el empréstito. Y, como escribieron los funcionarios de la Regencia, portavoces del Rey, desde la Isla de León:

“vuestro oro y vuestra plata son tan necesarios al Estado como la sangre y los brazos de los españoles; vuestro oro y vuestra plata se convierten luego que llegan en soldados que mantienen la libertad de la patria; preparan mi rescate, y defienden mi corona [...] Donde quiera que haya un español combatiendo con franceses, con él están mis derechos, con él mi trono, con él estoy yo ¡No me desamparéis!”¹³

La sociedad novohispana se rindió a los pies del nuevo virrey, tenía la esperanza de terminar con la inquietud y la zozobra que se respiraba. Respecto al apoyo económico, la *Gazeta del Gobierno de México* de manera habitual publicaba la lista de donantes y el nuevo préstamo fue un eslabón más de esa larga cadena de muestras de lealtad. Las fiestas de recibimiento se prolongaron por:

“tres días de plácemes y enhorabuenas, ha habido paseo público y sobresalientes funciones de teatro las tres noches, y en todo ha brillado el regocijo público, la opulencia de los trenes, la magnificencia de las galas, y particular aprecio con este fiel pueblo ha recibido a S. E, y tributarle su obediencia, sus respetos y su amor, como a origen y fuente de su justicia y felicidad”.¹⁴

Después del regocijo llegó la calamidad. Doce días después que el cura Miguel Hidalgo se levantara en la villa de Dolores, los lectores de la *Gazeta* se enteraron del “escandaloso atentado”. El virrey Venegas hizo publicar un bando donde condenó los acontecimientos, decía que era un hecho “inmoral” que interrumpió “la quietud pública” y atacó los bienes de los “vecinos” y los “claustros religiosos”. Pero a la vez era un acto sacrílego por haberse atrevido a utilizar como bandera la imagen de “N. S de Guadalupe, patrona y protectora de este reino”. Dejó muy en claro que los cabecillas eran los culpables. Con el fin de que los alcanzara “el brazo de la justicia”, autorizó que se cazaran en cualquier “paraje” y ofreció una recompensa de diez mil pesos. Hizo un llamado al ejército para que saliera de inmediato a sofocar la “asonada”, pidió que fuera una fuerza muy selecta, quienes demostraran “valor, pericia militar, fidelidad y patriotismo”. Sentenció que los “alborotadores” debieran de recibir un severo castigo por su atrevimiento y “perversas costumbres”. El virrey hizo énfasis en el hecho de que los “vecinos del pueblo” habían sido “seducidos” y muchos incautos se habían unido por haber sido deslumbrados por un tumulto de “apariencia religiosa”; los exculpaba y los exhortaba a que entregaran a los cabecillas y a cambio recibirían “el indulto”.¹⁵

Las manifestaciones de apoyo no se dejaron esperar, las diversas regiones del virreinato hicieron patente su lealtad al rey y aplaudieron las medidas tomadas por el virrey. Los vecinos del real minero de Angangueo levantaron la voz para protestar por la insurrección, a la cual la consideraban “ajena al

13 *Gazeta del Gobierno de México*, tomo I, n° 10, 21 de septiembre de 1810, p. 780.

14 *Gazeta del Gobierno de México*, t. I, n° 103, 18 de septiembre de 1810, p. 757.

15 *Gazeta del Gobierno de México*, t. I, n° 110, 28 de septiembre de 1810, p. 796-797.

carácter nacional” y sobre todo “diametralmente opuesta a las máximas de nuestra santa religión”. Las autoridades religiosas y civiles vislumbraban que corrían un enorme peligro si las turbas de insurgentes se acercaban a su pueblo. De manera vertiginosa organizaron la resistencia, iniciaron con el acopio de víveres, crearon un sistema de vigilancia permanente, reunieron todo aquellos instrumentos que pudieran ser utilizado como arma y se empeñaron en construir “artillería para baterías fijas y volantes”. Tenían el lema: “morir o vencer antes que convenir con las ideas perversas de los revolucionarios”.

En general, las comunidades fueron presa fácil del miedo que provocó “el populacho sin freno”, aquellos que habían quebrantado la lealtad al rey, a la religión y a la patria.¹⁶

La guerra involucró a toda la sociedad novohispana, al igual que el ejército se preparó para emprender las batallas; la jerarquía eclesiástica se encaminó a hacer lo propio. Antes de que terminara el mes de septiembre, el obispo electo de Valladolid, Manuel Abad Queipo, que se enteró ocho días después, elaboró un extenso documento con el objetivo de promover la unidad de todos los “habitantes” del virreinato, tenía la finalidad de que reinara la tranquilidad y regresara el “orden público”. Expuso el ejemplo de la “desgracia” ocasionada por la revolución francesa y su repercusión con la destrucción de la riqueza en la Isla de Santo Domingo, todo ello con el fin de evitar que esa desdicha cayera en suelo novohispano. Para contenerla, juzgó y condenó con la excomunión a los cabecillas por encender la “tea de la discordia y la anarquía” y, en términos religiosos haber cometido dos “sacrilegios gravísimos”, por una parte insultar a la religión y por otra a “nuestra Señora”.

De igual forma, tendió un cerco para cortar todo tipo de simpatía o apoyo por parte de la población. Al igual que otros, consideró que el pueblo había sido seducido, pero podían ser castigados con la excomunión, quienes auxiliaran o se afiliaran a los insurgentes. Aquellos que reconsideraran el camino y abandonaran a los sediciosos, tres días después de conocer el edicto, quedarían exonerados. De esta manera se pretendía asfixiar a la “sedición diabólica”.¹⁷

LA OFENSIVA DE LA PALABRA

El 5 de julio de 1811, Fermín Reygadas solicitó al virrey Venegas permiso para dar a conocer un “papel semanario de a pliego bajo el título *El Aristarco*”, que estaba dirigido a impugnar “las preposiciones sediciosas que el cura Hidalgo dio a la luz en el pueblo de Dolores”. En su escrito, Reygadas expuso que la pluma era un instrumento tan aniquilador como las armas, se debía atacar a los “rebeldes” con la crítica. Era imprescindible destruir las infamias, de igual forma se debía alentar a los eclesiásticos para que cumplieran con su deber, pues muchos de ellos habían “guardado silencio”, con lo cual demostraban

16 Existe una gran cantidad de manifestaciones de apoyo, pero con el fin de abreviar solo hemos retomado una de las primeras que aparecieron en la *Gazeta del Gobierno de México*, t. I, n° 116, 5 de octubre, p. 831-834.

17 *Gazeta extraordinaria del Gobierno de México*, t. I, n° 112, 28 de septiembre, p. 807-814.

estar en contra de la propia religión, el rey y la patria. Es posible que el principal motivo que llevó a tomar la pluma a Reygadas haya sido que su familia fue víctima del asalto en el real de minas de Temascaltepec, donde residía, pero de igual forma sentía la necesidad de expresar su opinión respecto a los problemas políticos de aquella época. En su solicitud pidió permiso para escribir un compendio de la “revolución”, con el fin de mostrar la barbarie de los hombres que la dirigían y para lo cual demandó algunos documentos para “organizar la obra”. Dejó en claro que no contaba con recursos suficientes y es posible que recibiera una ayuda oficial para llevar adelante su plan, pues en poco tiempo su “papel público” circuló.¹⁸

¿Quién era Fermín Reygadas? Son escasos los datos de archivo que se conservan sobre este personaje. Se sabe que desde 1787 residía en Nueva España, era originario de los reinos de Castilla y «náutico» de la Real Academia de Caballeros Guardias Marinas de la ciudad de Cádiz. En ese año presentó su examen de “perito facultativo” ante el profesor del Real Seminario de Minería, Francisco Antonio Bataller, quien certificó que el aspirante estaba muy bien instruido en las operaciones de la aritmética, los principios de la geometría y era «hábil, inteligente y práctico en las medidas, trabajos y beneficio de las minas». En su examen sorprendió por la maestría con que dibujó el corte transversal de una mina, el modo de trazar un tiro y la manera de comunicar con las labores interiores de una mina, figuras que reprodujo del *Traite de l'exploitation des mines*, traducido del alemán por M. Monet.¹⁹ Su carrera en la industria minera siguió dos rumbos paralelos, por una parte se dedicó a diversas actividades técnicas y por la otra escaló posiciones en la burocracia del Tribunal de Minería.²⁰ Al parecer era un hombre versado en la experimentación científica e intentó desarrollar diversos métodos con el fin de transformar a la industria minera.²¹ Estaba muy habituado a los debates teóricos novohispanos e incluso en algún momento dejó ver su arraigo a estas tierras y señaló que debía existir una “ciencia americana” alejada de la “europea”.²² Respecto a su obra escrita, se conserva la *Segunda parte del antidiario de Madrid*, 1808, donde hace una crítica al avance del ejército napoleónico; *El Aristarco* 1811 que aquí se analiza: *El Nuevo Aristarco de 1813*²³ y el Discurso en defensa de la sagrada autoridad de los reyes y en contra de un texto publicado en los diarios de México, titulado ¿Los Reyes son puestos por Dios en la tierra? (inédito).²⁴

18 AGNM, Indiferente Virreinal, Caja 596, exp. 22, 1811, 14 fjs.

19 Archivo Histórico del Palacio de Minería, (en adelante AHPM) Caja 30, doc. 6, (1787), “Fermín de Reygadas pretende se le examine de perito facultativo, medidor de minas y perito beneficiador”. Para que se le reconozca como perito, en AGNM, general de parte, vol. 67, exp. 476, 1789.

20 Fue diputado sustituto y propietario por Temascaltepec e intentó el cargo de diputado general del Tribunal de Minería en 1818. AHPM, Caja 70, doc. 2, 1794.

21 Como algunos otros intentó mejorar el sistema de beneficio de patio, para lo cual realizó diversos experimentos en las haciendas de Temascaltec. AGNM, Alcabalas, vol.45, exp. 29, 1808. Y en 1820 propuso un nuevo canal en la ciudad de México para evitar inundaciones, AGNM, Desagüe, vol. 44, exp. 8.

22 AGNM, Reales cédulas originales y duplicados, vol. 153, exp. 106, 1792.

23 Véase a Amaya Garritz, *Impresos Novohispanos*, Tomo. I, México, UNAM, 1990, pp. 53, 407.

24 AGNM, Indiferente Virreinal, Caja 6034, exp. 1, 1814, 15 fjs.

El Aristarco se convirtió en un arma realista en contra “el fanatismo de los rebeldes”. En el escenario de guerra la lucha ideológica tuvo una gran relevancia, eran mensajes dirigidos a la conciencia de los individuos, quienes debían tomar partido por alguna de las facciones que se disputaba el poder. Hemos seleccionado algunas ideas que conformaron el pensamiento conservador de Fermín Reygadas, los temas que nos parecen más relevantes son la verdad, la autoridad, la justicia, la violencia y los principales protagonistas.

En relación a la *veracidad*, Reygadas consideró que todos los “alzados” carecían de solvencia moral y “no se les debe de creer”. Los exhibe como unos mentirosos, que utilizaban el embuste para engañar; un arte que se empleaba para persuadir a los habitantes hacia el mal. Los insurgentes aparentaban que actuaban por el bien común, pero en realidad su intención era solo una “revolución criminal”.

Para el autor resultaba imprescindible mantener una “política conservadora de los derechos del hombre”; ya que los romanos y los griegos se alejaron de ella y desaparecieron de la faz de la tierra y, en el caso de los franceses, vivían sometidos por un tirano. El publicista pensaba que era imprescindible descalificar las ideas insurgentes para contener su expansión y había que rebatir cada uno de sus infundios. En el ambiente de guerra resultaba de vital importancia apropiarse de la verdad, mantener la superioridad y conseguir el desprestigio del enemigo. Y si Dios era sinónimo de razón, a partir del ser supremo se organizaba toda la vida y en consecuencia se poseía el monopolio de la verdad.²⁵

Reygadas, a semejanza de una teoría sobre el Estado,²⁶ insistía en que la autoridad emanaba de Dios y su representante en la tierra era el Rey, quien detentaba el poder soberano e impartía justicia. El reino se sustentaba por “el imperio de la ley” y cuando ésta se quebranta, desaparecía la seguridad para vivir y se abría la posibilidad de que “el más débil es oprimido por el más robusto: el más bisoño será víctima del más astuto: el más descuidado perecerá a manos del más ejecutivo”.²⁷ Para Reygadas, España había borrado la inequidad a través de leyes “suaves y santas”; por ello las protestas de los españoles americanos eran injustificables. En el caso de la autoridad real reconocía que la invasión francesa la había debilitado, pero que no era pretexto para aprovechar la desgracia de “la madre” y encaminarse a la independencia. Sentenció que al separarse de la “dominación española” existían las posibilidades de instituir un trono con un rey americano, crear un gobierno aristocrático o democrático. ¿Qué se podía esperar de esa nueva forma de gobierno? El “rey o gobernadores supremos” serían incapaces de mantener el orden social, conservar la fama, el honor y los caudales de los “súbditos”.²⁸ Advertía que un trono erigido con base en el delito sólo podía tener como destino la tiranía; por esta razón los americanos estarían lejos de gozar de una existencia feliz.

25 *El Aristarco*, nº 2, 1811, p. 11-12

26 Véase por ejemplo a Kelsel Hans, *Compendio de teoría general del estado*, México, Ediciones Gernika, 2009.

27 Con esta premonición, Reygadas acierta el futuro de nuestra historia política.

28 *El Aristarco*, nº 2, 1811, p. 9

Como al igual que otros autores, Reygadas utiliza la metáfora de la relación filial entre madre e hijo, para referirse a España y América.²⁹La monarquía tenía “el derecho de fuerza” sobre los americanos; entendiéndose por esto el poder de los padres sobre el hijo a diferencia de la situación familiar donde la patria potestad encontraba su desenlace con la muerte de los padres, el casamiento o la emancipación de los vástagos. El autor escribió que “los padres políticos” jamás perdían la patria potestad, ellos ostentaban la autoridad civil y religiosa, se encargaban del gobierno y con el fin de mantener el orden social del estado, los hijos tenían prohibida “la emancipación o fuga de la patria potestad”.³⁰Argumentaba que el padre que no corregía con severidad al hijo, se enfrentaría a Dios, quien le proporcionó el poder y la autoridad para disponer del hijo. A su vez, la monarquía recibía el apoyo de Dios, siempre y cuando se mantuviese fiel a su iglesia y tenía el poder de hacer uso de la fuerza por el ultraje cometido a su “deidad”.

Los americanos, como buenos hijos, debían callar y obedecer los mandatos reales, el desafiar a la autoridad los colocaba fuera de la ley, los hacía enemigos del reino aunque proclamaren ¡Viva Fernando VII! Según Reygadas, los “traidores” reclamaban libertad, pero entendían por este concepto el derecho de hacer el mal. Con el grito de libertad, “los sediciosos” pensaban en adueñarse de todos los pueblos por donde fueran pasando; pero su libertad había encontrado enormes obstáculos, los habitantes mantuvieron una férrea resistencia y cada día perdían más “adictos”.³¹Para ganar la guerra, la monarquía contaba con el apoyo del “omnipotente”, el ejército del rey, la iglesia y las “almas justas”.³² En cambio, Hidalgo lideraba un ejército de “vagabundos, jugadores, perdidos e ignorantes”.³³

Era imprescindible mostrar esa superioridad para quebrantar la confianza y golpear el ánimo del enemigo. En las batallas los “rebeldes” habían contado con una fuerza extraordinariamente superior a la del ejército realista, pero habían sido derrotados. Para el autor era un hecho irrefutable que una milicia multitudinaria no siempre se levantaba con la victoria;³⁴ los realistas eran una tropa pequeña, pero tenían entre sus filas a guerreros de “buena calidad” y contaban con “el favor del cielo”.

Reygadas reconocía que la impartición de justicia estaba lejos de hacerse de manera expedita, por el contrario se veía sometida a una serie de trámites dilatados, embarazosos y con recovecos que daban la posibilidad a los culpables de librarse del castigo. Según él, los jueces actuaban con “conciencia religiosa”, como algún día debían responderle a Dios, procedían con cautela para evitar castigar a los acusados inocentes.³⁵ “Los sublevados” que habían cometido una serie de delitos pretendían vivir de manera impune. Hasta ese entonces, los españoles habían procedido con toda “humanidad”,

29 *El Aristarco*, n° 4, 1811, p. 26

30 *El Aristarco*, n° 6, 1811, p. 41

31 *El Aristarco* n° 2, 1811, p. 10

32 *El Aristarco*, n° 8, 1811, p. 58.

33 *El Aristarco*, n° 8, 1811, p. 59.

34 *El Aristarco*, n° 5, 1811, p. 35.

35 *El Aristarco*, n° 2, 1811, p. 13.

estableciendo leyes equitativas en el orden social, el comercio y “demás ramos de industria”. Agregó que “todos son ciudadanos libres, nadie puede hacer mal a otro que no quede expuesto a sufrir la pena de su atrevimiento”. Para Reygadas la independencia no solo tenía un carácter político, sino que atentaba a la moral y destruía a la religión y, en consecuencia,³⁶ “los delincuentes” serían juzgados con las leyes penales [terrenales], pero en el caso de que las eludieran, serían juzgados por el creador con normas más severas y de ellas no escaparían.³⁷

¿Existía una causa que justificara que los americanos se independizaran? Para Reygadas era inconcebible. Desde la conquista, España había aportado grandes beneficios a los americanos, su interés no sólo se había centrado en las ricas minas de oro y plata, por el contrario, proporcionó “el imperio de la religión” y cultivó una nueva espiritualidad entre los “gentiles”.³⁸ Asimismo, aportó los conocimientos de la industria, las artes y la ciencia, reconocía que por ello se había logrado un intercambio fructífero entre los “hombres de letras” en ambas partes del mundo. No podían echar al padre de su tierra, puesto que la tierra la habían heredado de los europeos, de sus abuelos y de sus padres.³⁹

Escribió de manera enfática que “la llamáis vuestra patria, y decís bien, porque es vuestra para disfrutarla mientras viváis sujetos a las leyes del dueño a quien pertenece; pero en el momento en que rompáis aquella sujeción, ya no es vuestra; y en ella se os debe reputar como extranjeros y enemigos”.⁴⁰

Con el fin de desacreditar cualquier causa “justa” de la revuelta, Reygadas recurrió a la historia y ofreció una visión desde el punto de vista del conquistador. El descubrimiento de los territorios americanos se lo atribuyó a Dios, quien eligió a España para otorgarle el “dominio de estas preciosas regiones”.⁴¹ La conquista fue motivo de “un insulto del emperador mexicano” y los españoles recibieron una estrecha colaboración de la “nobleza Tlaxcalteca”.⁴² La guerra contra los mexicanos se volvió justa en el momento en que asesinaron a su “soberano” [dilatadaron a su emperador] y debido a las ofensas a la nación española. De hecho, con una tropa muy reducida se logró la conquista de miles de “naturales”; de manera paulatina, la religión fue venciendo a la idolatría e incluso contó con la ayuda de la aparición de la “imagen de Guadalupe”.⁴³ De este modo, a los españoles habría que agradecerles que hubieran destruido la tiranía y liberado de la esclavitud a los mexicanos. Por esta razón, los indígenas gozaban de libertad y abandonaron sus “deidades profanas”.⁴⁴

36 *El Aristarco*, n° 2, 1811, p. 9.

37 *El Aristarco*, n° 9, 1811, p. 68.

38 *El Aristarco*, n° 4, 1811, p. 31.

39 *El Aristarco*, n° 3, 1811, p. 19.

40 *El Aristarco*, n° 4, 1811, p. 26.

41 *El Aristarco*, n° 5, 1811, p. 35.

42 *El Aristarco*, n° 5, 1811, p. 32.

43 *El Aristarco*, n° 5, 1811, p. 35.

44 *El Aristarco*, n° 5, 1811, p. 36.

La violencia desatada, de la cual se culpó sólo a los insurgentes, fue uno de los sucesos más repudiados. Los “españoles inocentes” habían sido presa fácil de las amenazas, los robos, los crímenes. Las “insolentes turbas” se dedicaron a asesinar a los europeos con el fin de apropiarse de sus bienes, sin importar que las familias quedaran en la ruina.⁴⁵

Según Reygadas, los revoltosos actuaban por un interés personal, hombres sin honor que tenían una gran ambición de apropiarse de las riquezas ajenas.⁴⁶ Con esta campaña de pillaje, “su alteza serenísima y sus mentores” pretendían devastar a la patria. No obstante, las ofensas no se limitaban a los objetos materiales; eran hombres viciosos con instintitos muy bajos y con apetitos carnales que ponían en peligro a las “mujeres” y “hermosas hijas”.⁴⁷ Por estos hechos, la conducta de los revoltosos era considerada diabólica.⁴⁸ Señalaba que Jesucristo ordenó amar a los enemigos, pero los sediciosos, con su infernal odio, estaban “dispuestos a crucificarle de nuevo si se les presentaba como abogado de los europeos”.⁴⁹

¿Quiénes eran los revoltosos? Para Reygadas eran distintos grupos un tanto indefinidos, primero una masa amorfa ambiciosa, propensa al crimen, que anhelaba el patrimonio ajeno y sobre todo odiaba a “los gachupines”.

Pero que habían sido engañados y seducidos por la ambición, “individuos relajados que se han olvidado o atropellado sus obligaciones, y que creen establecer fortuna sobre las ruinas de la religión y la patria”.⁵⁰

El ejército se constituía de “indios”, que eran presa de una “espantosa ignorancia”, que les habían hecho creer que les darían posesión del “país”. Sin embargo, la muchedumbre era la que más sufría con la guerra, muy pocos de ellos eran “civilizados”, la mayoría eran “rudos y viciosos” dedicados a “vegetar” por falta de “ambición”.

Los indios sólo se dedicaban a sembrar y comer maíz, las mujeres tejían “toscos” vestidos, su comercio se limitaba a leña, carbón y “alguna otra corta industria”. En general llevaban una “vida ociosa”, pero tenían la arraigada costumbre de “apoderarse de las tierras de los vecinos”.⁵¹

45 *El Aristarco*, n° 2, 1811, p.15.

46 *El Aristarco*, n° 2, 1811, p.16.

47 *El Aristarco*, n° 8, 1811, p.58.

48 *El Aristarco*, n° 2, 1811, p.16.

49 *El Aristarco*, n° 8, 1811, p.62.

50 *El Aristarco*, n° 3, 1811, p. 20.

51 Véase a Galante, Mirian, *El Temor a las multitudes. La formación del pensamiento conservador en México. De la independencia a las Siete Leyes*, UNAM (en prensa).

Respecto a los indígenas, Reygadas dejó escapar el temor que existía entre la población de españoles, escribió que el carácter de los indígenas se distinguía por ser “poco agradecidos”, jamás “perdonan un agravio” y manifiestan considerable “agresividad” e “insolencia” en los momentos de “tumulto”.⁵²

De manera reiterativa, Reygadas insistirá que el engaño a la “muchedumbre” era producto de la obediencia hacia los curas; quienes propagaron la mentira de que los “españoles europeos eran herejes y judíos”. A los clérigos les suplicaba que pusieran fin a sus actividades sediciosas, ellos eran “ángeles de paz” y estaba seguro que no habían abandonado su religión y por tanto les recomendaba que fuera el momento de enmendar la senda.⁵³ Reygadas estaba seguro de que “si la gente idiota del reino no hubiera sido seducida por algunos indignos ambiciosos eclesiásticos, seguramente la revolución no hubiere tomado incremento”.⁵⁴

El mayor ataque fue en contra del cura Miguel Hidalgo⁵⁵, una fuerte campaña de rechazo y desprestigio por el atrevimiento de levantar al pueblo de Dolores. Reygadas escribió en contra de este hombre de “corazón cruel e inhumano”, sabiendo que ya lo habían apresado y fusilado.⁵⁶ Todo hace suponer que la figura de Hidalgo crecería de manera excesiva después de su muerte.⁵⁷

Reygadas lo consideró el líder más peligroso aún después de muerto y emprendió una lucha contra sus ideas, las cuales se encontraban esparcidas por todo el virreinato. Una de las comparaciones más frecuentes fue con el propio “Lucifer Bonaparte”, quien entre los novohispanos tenía la imagen de un despiadado criminal. El “indigno cura” había ofendido al rey, estimuló un infernal odio en contra de los europeos y renegó de la religión. El “apóstata del santuario” dejó de cumplir con sus obligaciones eclesiásticas y fue arrastrado por su ambición personal de sólo mandar. Hidalgo era culpable de haber inundado los campos de sangre, cuando cambió el evangelio por la espada.⁵⁸

Con el fin de confirmar a los lectores que él era un fiel devoto y que no guardaba rencor, escribió: “Yo deseo que él sea feliz en la eternidad aunque me hizo desgraciado: le perdono con todo mi corazón los ultrajes que padecí en la prisión, y los que padeció mi infeliz familia, para desembarazar de este

52 *El Aristarco*, n° 8, 1811, p. 65-66.

53 *El Aristarco*, n° 6, 1811, p. 47-48.

54 *El Aristarco*, n° 6, 1811, p. 47.

55 En realidad los lugartenientes son nombrados muy pocas veces, los de trata como traidores y no desarrolla una imagen muy acabada de ellos, solo se compadece del deshonor y desgracia de sus familias.

56 Existen en la historia diversos detractores de Hidalgo, véase entre otros a El Anti- Hidalgo [Ramón Casaus] Cartas de un doctor mexicano al Br. Don Miguel Hidalgo Costilla, excura de Dolores, exsacerdote de Cristo, excristiano, examericano, exhombre y generalísimo capataz de salteadores y asesinos, México, Mariano Zúñiga y Ontiveros, 1810 y Juan Hernández Luna, “Hidalgo pintado por los realistas”, *Historia Mexicana*, vol. IV, núm. 1, ¿(13), p. 1-19.

57 Hidalgo fue fusilado el 30 de julio de 1811.

58 *El Aristarco*, n° 7, 1811, p. 50.

obstáculo a su salvación; pero yo he de continuar batiendo sus proposiciones subversivas, para destruir el contagio que han derramado sobre la rebelde semilla que continua con los mismos principios que le inspiro”.⁵⁹

ALGUNAS REFLEXIONES

Los ejemplos anteriores nos permiten hacer una comparación entre la narrativa de los hechos históricos (*Gazeta*) y el discurso conservador (*Aristarco*) sobre el movimiento de independencia. En ambos “géneros” encontramos una intencionalidad propagandística que formaba parte de la guerra. Tenía como propósitos: legitimar a la monarquía, mantener la soberanía territorial, salvaguardar la jerarquización social, conservar los valores morales y proteger a la religión. A las facciones políticas les era prioritario establecer un principio de autoridad, con el fin de ganar a la opinión pública a través de su “verdad”. La defensa realista integró en un mismo discurso política-moral-religión, todo ello se convirtió en un arma ideológica de enorme importancia. Cuando recurría a la teoría del estado, apelaba al cumplimiento de la ley; cuando se trataba de conservar intactos los valores recurría a la ética y cuando se invocaba a lo sagrado se imponía la doctrina del ser supremo.

Las noticias, tanto emanadas de los insurgentes como de los realistas, propiciaban la creación de imágenes que nutrían el imaginario colectivo, entre otras cosas, se trataba de distinguir y separarse del “otro”, con el fin de marcar sus límites de sociabilidad y propiciar fuertes lazos de identidad. En cierta forma no se tenía que estar en los campos de batalla para participar de la violencia y verse inmiscuido con la presencia de los sucesos más espantosos, las noticias propiciaban su acercamiento. Cabe señalar que la sociedad novohispana nunca había vivido ese grado de violencia desde la conquista española. Los funcionarios reales se beneficiaron de la prensa escrita para hacer llegar ciertos mensajes a los súbditos, ya fuera en forma de narrativa, partes de guerra o documentos oficiales. Pero a la vez, estos medios sirvieron para ocultar ciertas ideas o hechos; solo por poner un ejemplo, diremos que la abolición de la esclavitud proclamada por Hidalgo, jamás formó parte de alguna de las noticias de la *Gazeta*, en más de una década.

Los sentimientos fueron otro de los factores que se manipularon con enorme habilidad; entre el miedo y el odio se creó un amplio espacio de sospecha e intriga hasta en los círculos más cercanos o en la propia familia. Por los adjetivos utilizados para caracterizar a los insurgentes, es bien claro que el gobierno virreinal fomentó un odio en contra de todos aquellos que consideraba sus enemigos. Los estudios más recientes muestran que la división tradicional entre “gachupines y criollos” es un ardid maniqueo, que en realidad los conflictos sociales fueron mucho más complejos, aunque el discurso tradicional y algunos historiadores insistan en reducir de esta manera la historia.

⁵⁹ *El Aristarco*, n° 8, 1811, p. 63

Con el fin de exterminar a los insurgentes se declaró una guerra santa, aunque ellos también cultivaran y defendieran el mismo dogma. Esta situación les restaba la oportunidad de conseguir adeptos, apoyos o cuando menos cierta simpatía. Esta campaña propició que se convirtieran en una amenaza latente, les impidió romper el aislamiento y mantener una tensión entre las regiones; es imposible sostener la idea repetida que de la noche a la mañana, todos los súbditos se convirtieron en insurgentes y que obtuvieran una victoria sobre lo religioso. Por último, es un hecho paradójico, que la gran cantidad de detractores del cura Miguel Hidalgo, de aquellas época así como de las siguientes, indujeron a que su imagen creciera tanto, como él mismo no hubiera imaginado, lo que lo ha mantenido vivo en la memoria colectiva y permanece como el líder máximo en el panteón de los héroes nacionales.



Pintor Ramiro Llona en una tregua a su a su apasionada entrega al arte plástico.

SECCIÓN CULTURALES



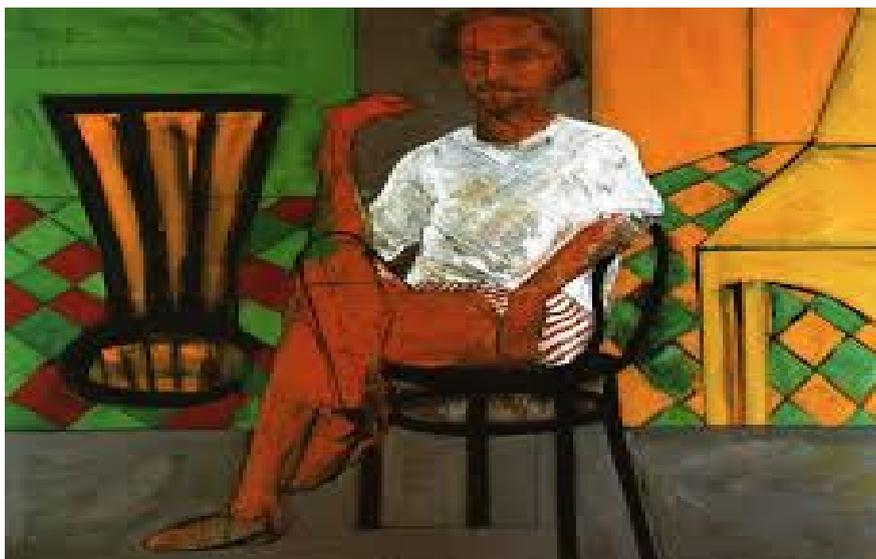
▪

DETRÁS DEL LIENZO

Entrevista de Jeremías Gamboa

Conversación en el taller de Ramiro Llona

Es muy difícil hablar de pintura. Tengo la sensación de que lo que es central en ella es justamente aquello de lo que no se puede hablar, de lo que es imposible trasladar al lenguaje verbal. Me doy cuenta de que, al intentar verbalizarla, hemos dado círculos y círculos alrededor de algo y que de pronto hemos sentido que nos acercamos pero que eso no nos alcanza.



En las artes existe una orden, una estructura. Todo ingresa, encaja en un engranaje para que el asunto “suceda”. La vida en cambio no es así, está llena de lugares comunes, de lagunas.

- **Esa libertad en el manejo plástico de tu pintura, esa “irresponsabilidad” que tienes a la hora de “acabar” los cuadros ha tenido resonancias claras en tu obra.**
- Creo o siento que esta nueva seguridad en el lenguaje, producto del oficio, y que a la vez se traduce en esa “irresponsabilidad” de la que hablas, está permitiendo el regreso de una nueva figuración que trae consigo un lado anecdótico o narrativo. Éste abre otra posible puerta de acceso a la significación de mi pintura. Ayer, por ejemplo, pinté y pinté y pinté de una manera absolutamente inconsciente, directa, “expresionista”. Pero de pronto, al retirarme unos pasos atrás de la tela, me encontré también con una historia, pero con una historia absolutamente sostenida por elementos pictóricos, por logros plásticos. Yo sí creo que esa reflexión frente al hecho visual que se ha dado en mí a lo largo de estos años me ha dado la seguridad para dar un salto.
- **En la pintura que hacías en años anteriores, a inicios de la década pasada, había más bien una utilización de ciertas formas del mundo real –mesas, paredes, puertas, platos– para enunciar la pintura, para lidiar con ella. Recuerdo esas escenografías domésticas y saturadas de color que no “contaban” nada en términos narrativos, pero que buscaban el logro plástico. Ahora lidias con la pintura para “enunciar” la historia, para “referirte” de alguna manera al mundo real.**
- Yo no sé si se trate de un camino de regreso o de un paso adelante. En todo caso, soy consciente de que en este proceso el asunto pasa por tomar todo lo que sabes del hecho pictórico, del “hacer” pintura, para plasmar sobre el lienzo, con la mayor libertad, asuntos que son centrales en tu biografía, pero a la vez con la certeza de que van a tener una validez primera desde el lado de la pintura, no desde la dimensión de lo anecdótico. En Cezanne, por ejemplo, da exactamente lo mismo si son manzanas o manteles aquello que aparece en la tela. Lo que importa es la construcción de lo plástico.
- **Tiziano señaló, para muchos, el camino de lo atmosférico, y luego vinieron aquéllos que, como Rembrandt y Caravaggio, se dice que pintaron el aire. ¿Qué pintores te emocionaban o mirabas detenidamente entonces?**
- Mira, no lo tengo claro, pero la gente que ha escrito de ese momento de mi trabajo se refirió justamente a la influencia de los minimalistas americanos. Sin embargo, yo veía que el tratamiento de su superficie era distinto del mío: era directo, violento, inmediato. Quizá Rothko sería ese pintor de lo atmosférico pero, fíjate tú, cuando yo realicé esas obras ya no estaba mirando a Rothko; a él lo vi atentamente a inicios de los ochenta. Ahora bien, ¿sabes qué es interesante? –y por eso la pregunta es difícil de responder–: que pese a que hay un asunto atmosférico como tú señalas, es justamente en esa época en la que tomé la decisión de crecer los bastidores, de darles profundidad y de pintar los bordes de las pinturas con la misma intensidad con la que pintaba la superficie. Con ello le di “fiscalidad” a los cuadros. Hay esa cosa atmosférica, ciertamente, pero también hay la negación de

lo atmosférico en el acto de convertir la pintura en un Objeto. Yo creo que eso, esas contradicciones de sentido, esas dicotomías, son las que finalmente le dan coherencia al proceso.

- **Cuando tu pintura empieza a ganar el espacio, a principios de los noventa, y regresan las escenografías, se podría advertir una nueva lectura –ya habías tenido otra en los setenta– de Francis Bacon. ¿Pensabas en él, lo mirabas?**
- No, es un pintor que no miraba en esa época, lo cual no significa que no esté absolutamente presente en mi trabajo. Lo que estás viendo en un momento no necesariamente debe ser la influencia de ese momento. Tú hablas de ese retorno a la figuración: no recuerdo haber estado viendo a Bacon en esos años. Tú me preguntas en qué se apoya eso que has llamado “regreso”, pues no lo sé muy bien. Pictóricamente creo que siempre será la vuelta a Cezanne, Matisse y Picasso. Pero en el fondo todo esto es un misterio...
- **Has insistido siempre en esas tres estaciones recurrentes. ¿Qué es lo que encuentras en ellos, empezando por Cezanne?**
- Yo creo que en Cezanne es central aquello de “pintar sobre el motivo”. Es el pintor para el cual aquello que está retratado no tiene ninguna importancia. En su trabajo es casi imposible generar una lectura que se detenga en el plano literario, en un registro histórico o en un personaje. El motivo es un simple pretexto para que la pintura “suceda”, para que el artista realice un arreglo de colores, genere una composición. Ahora sabemos, por ejemplo, que él organizaba esas naturalezas “muertas”, ponía objetos debajo de los manteles para que los platos estén ladeados de cierta manera. Cezanne independiza el asunto pictórico del objeto referencial: dispone las cosas a ser pintadas para arreglar colores, para dibujar líneas y contornos, generar tensiones.
- **Es factible considerar que la presencia de Matisse en tu trabajo, tu acercamiento a él, ha sido de un carácter más bien sensual. Hemos hablado, por ejemplo, de esa saturación de color... Él ha tenido una gran presencia en tu factura.**
- Quizá aparece más en mi trabajo porque si uno quiere ser un pintor contemporáneo –esto en términos de cómo pintas– el lenguaje de Matisse resulta más cercano. Hay un cuadro de él en el MOMA, que es una vista de Notre Dame, pero no te das cuenta de que lo es hasta que lees el rótulo. Es una pintura absolutamente abstracta, donde hay una mancha celeste organizada por un par de rayas negras. Cuando ves bien ese trabajo te das cuenta de que es un pedazo del malecón, un trozo del río Sena y que la mancha del fondo es la catedral. Hay un asunto de técnica, en el sentido de cómo haces eso que quieres decir. Ves una pintura libre sobre la tela, pero muy trabajada –raspada y vuelta a pintar y vuelta a raspar–, organizada por esas rayas negras. Yo he pasado muchas horas viendo ese trabajo y descubrí de pronto en él algo paradójico: la presencia de una libertad, ciertamente, pero de una

libertad construida. A mí, por ejemplo, me pasaba que “terminaba” demasiado los cuadros, tal como tú reseñaste hace un momento. De pronto me di cuenta de que en ese “terminar la obra” se perdía ese primer impulso pictórico que abría el proceso, esa libertad, ese aire, esa cosa viva de la urgencia pictórica, de la pintura. Desde el momento en que vi cómo Matisse terminaba sus obras “hacia lo espontáneo” me pegué a eso. Pero, ojo, se trata de lo espontáneo no entendido como lo que es fácil sino como el logro de una libertad construida, compleja. Yo ahora trabajo inmerso en esa suerte de ética.



“El asunto pasa por tomar todo lo que sabes del hecho pictórico para plasmar sobre el lienzo asuntos que son centrales en tu biografía, pero que van a tener una validez primera desde el lado de la pintura”.

- **Tu cercanía con Picasso parece obedecer a otro acercamiento. Parece que tu empatía con él pasa por una identificación con la forma en la cual interactuó con el gran lenguaje del arte. Este hombre resume con su obra angustias y tensiones, orillas estructurales y gestuales, el orden y el caos, la irracionalidad y la racionalidad extremas del hombre del siglo XX, lo contiene todo. Tu obra se instala en esas dicotomías, ha canibalizado esas orillas también. Tú has señalado hace unos momentos que últimamente puedes ser todo lo “expresionista” o “conceptual” que quieres en cada parada frente al lienzo.**
- Picasso es el gran apropiador, toma todas las manifestaciones de la historia del arte y hace con ellas una gran alquimia: lo convierte todo en su trabajo. Es quizás el más grande conversador, el hombre capaz de dialogar con los referentes de todas las épocas usando muchas veces citas específicas. Pero, además, es el gran rehacedor de la forma, es el tipo que destruye la mirada sobre la realidad para luego reconstruirla. Y eso me ha fascinado en forma de pregunta: ¿qué es lo que uno jala de su experiencia visual, de lo que ve en la calle, para construir una obra, un orden visual? Yo soy una persona que se interesa por todo cuanto mira. La realidad, creo, está organizada de una manera perfecta. Cualquier rincón del espacio que nos rodea “funciona” plásticamente; pero, a la hora de traducir eso a la tela, ya no; entonces ahí es donde aparece la pintura. Creo que Picasso es el gran maestro de ese proceso bajo el dominio de un absoluto sentido de la pertinencia. Cada trazo suyo tenía la intensidad, la necesidad, la urgencia, la densidad necesarias para quedarse ahí, para ser permanente. Es el maestro del “hecho” pictórico, el gran mago de la materia.
- **Algunas veces hemos hablado de un lado autorreferencial de tu obra, en el sentido de que tus cuadros no sólo contienen su propia biografía sino que la “dicen”, se cuentan a sí mismos. En formatos grandes, la cantidad de información que éstos portan es mayor, por cuanto el proceso plástico de gestación, en términos materiales, lo fue. Hablo como un espectador real, no prefigurado: en grandes telas es más dable detenerse en los esfuerzos que habrías realizado como pintor, tus pasos de un lado al otro del lienzo, tu trabajo subiéndote, bajándote del andamio...**
- Ahí hay una fisicalidad, una historia que tiene que ver con Miguel Ángel y la Capilla Sixtina, con el deseo de decirlo todo, la novela total. Es obvio que pintar un cuadro de diez metros implica una serie de esfuerzos y una motivación muy grande. Me interesa la idea de caminar, de dar cinco o seis pasos para pintar en el otro extremo de la tela y retroceder luego diez metros para ver el registro de ese gesto visual. Los formatos grandes son liberadores. No están restringidos por el mercado, ni por las casas de los coleccionistas. En los formatos de estas características hay algo de búsqueda de libertad frente a todo eso que no te nace desde adentro cuando pintas. Es en ellos que haces todo para ti. De algún modo, siempre es así, uno hace las cosas para poder verlas, porque es absolutamente necesario hacerlas. Porque, finalmente, eso te hace bien.

- **Hablas de lo que te “sucede” mientras pintas. ¿Qué te “sucede”? ¿Podrías verbalizarlo?**
- Partimos del hecho básico de que a mí lo que más me interesa de la pintura es hacerla. Cuando estás con el pincel en la mano frente al cuadro es cuando te “pasa” todo, cuando experimentas con todo tu ser, con toda tu existencia, con todo lo mental, lo emocional, lo físico que hay en ti. Es una manera de vivir por unas horas a todo volumen. Los diferentes planos de tu ser se conectan con lo que es central en ti, y desde ese centro se desencadena una “acción” sobre una tela. Pero lo maravilloso es que el hecho de pintar, de tratar con el asunto mismo de la pintura, implica hacerlo contigo mismo. Hay un permanente reacomodo y comprensión de tus asuntos más personales, más íntimos, más dolorosos o más desconocidos. Y éstos se organizan en relación con lo que te está sucediendo durante el “acto” creativo pero no en el mundo de las ideas, ¿me explico? Es un asunto mucho más vital, total. Algunos días al terminar el trabajo me invade una calma, se me organiza el rompecabezas, los fragmentos de mi existencia coinciden, se engranan...

- **Por lo que dices, no terminas cuadros sino experiencias frente a la pintura. ¿Cuándo dejas de intervenir una tela, lo que otros llaman “terminar” un cuadro? ¿Cuándo crees que ese soporte intervenido no te va a dar más para seguir “actuando” sobre él?**
- Simplemente pongo de lado la tela y empiezo a trabajar otra. Con ello arranca la dificultad de empezar todo cada mañana, hay un escollo inicial imprimando el lienzo, hay una desidia, un estado depresivo que tienes que vencer. Por eso, últimamente, me he acercado mucho a una frase de Hemingway: “Yo paro de trabajar cuando sé lo que voy a hacer al día siguiente”. Y eso me ocurre a mí. Entonces pintar es una apuesta, una fe. Por eso te planteas retos mayores que no sólo tienen que ver con el formato, como hemos hablado, sino con la manera en que colocas una pincelada o decides un color o dejas una zona libre o atiborras de óleo una especie de nudo en cierta sección del cuadro.

- **Tú has manifestado antes que quisieras vivir en la pintura, ser parte de ella, entrar caminando a la tela. El arte sería una construcción ideal para reemplazar este mundo fallido...**
- Es que en las artes existe una orden, una estructura. En una buena película nadie ni nada sobra, no hay lugar para lo rutinario, lo banal. Todo ingresa, encaja en un engranaje para que el asunto “suceda”. La vida en cambio no es así, está llena de lugares comunes, de lagunas,

- **Hemos hablado de tu lenguaje personal dentro del gran lenguaje. Yo te preguntaría si en alguna etapa de tu pintura te ubicaste dentro del lenguaje de la pintura peruana, si sentiste esa pertenencia específica...**
- Yo creo que sí. Si reafirmamos que hacer pintura es ver pintura, que el arte nace del arte, y tomamos en cuenta que yo hasta el año setenta y siete sólo vi pintura peruana, eso ocurrió, sin duda. Una de mis primeras emociones visuales se dio ante la pintura de Ángel Chávez. Me abrumaron los

colores que usaba, la pastosidad, la luminosidad de su trabajo. Herkowitz era un pintor que yo miraba mucho, también, y por supuesto, estaba De Szyszlo, que era mi maestro en la escuela. Creo que con él yo intuyo un intento verdadero que, a pesar de ese reclamo de lo precolombino, estaba conectado con las grandes corrientes de la pintura universal. Recuerdo que en la escuela había una especie de crítica, de conciencia juvenil izquierdosa contra la pintura de De Szyszlo, a quien se veía, grosso modo, como una suerte de “imperialista”. De pronto leyendo a Marta Traba, que estaba fuera del circuito de consumo local, me encontré con un discurso que lo ubicaba como un pintor que estaba planteando algo específico en oposición al arte que se producía en los centros de los países industrializados, era entendido como uno de los “pintores de la resistencia”. Eso fue muy importante para mí.

- **Hay un momento en que tu pintura se saca de encima las etiquetas. Cuando uno lee la crítica que se ha hecho de ella, nota que las categorías usadas para referirla –figurativismo, expresionismo, abstraccionismo, geometrismo– se fueron difuminando con el transcurso de la década pasada. Éste debe de ser un síntoma saludable. Te mueves en lo que, en lo verbal, es difícil de nombrar.**
- Eso sería muy optimista. Si uno lograra generar un espacio plástico para que se dé un lenguaje crítico que escape de categorizaciones preestablecidas, sería fabuloso. Por otro lado, el lenguaje de mucha de nuestra crítica actual se erige sobre la base de movimientos plásticos que ya no tienen vigencia. Y uno no puede seguir nombrando la pintura de hoy con los adjetivos, las categorías de hace dos o tres décadas. La crítica debe avanzar como avanza la pintura. En los setenta, por ejemplo, había una manera de tratar el tema pictórico que yo, desde un conocimiento muy intuitivo, rechazaba. Sentía que lo plástico era nombrado, calificado, desde códigos que no pertenecían a la pintura sino más bien a la vida cotidiana. Casi no se podía ser un buen pintor si no amanecías en La Parada en un estado deplorable. Si una pincelada era cargada de rojo entonces había una actitud desgarrada frente a la vida. Había una especie de imposición: había que vivir de cierta manera para pintar de cierta manera, y eso no lo suscribo. No hay mejores biografías para mejores pinturas. Entonces empecé a desarrollar una especie de militancia en contra de apoyarte en lo personal o lo anecdótico para justificar la pintura. Tú nunca vas a encontrar una entrevista en la que yo fundamente mi trabajo con hechos de mi historia personal. De repente ése es el inicio de lo que dices tú, de una independencia frente a la palabra.
- **En esa carrera entre lo visual y lo verbal, lo innombrable resultaría precisamente lo contemporáneo. El tan manoseado “expresionismo”, por ejemplo, fue en su origen algo inefable...**
- Por definición, el lenguaje que habla de la pintura viene después de ésta. Y resulta por ello terrible que ahora cierta crítica trate de imponer dictados, de abrir a la fuerza caminos. No puede pretender ocupar el lugar central del hecho plástico y, sin embargo, ahora leemos en las revistas de actualidad

- Entrevista de Jeremías Gamboa

semanal que los curadores son los protagonistas de las exposiciones. El lenguaje verbal que se refiere a la pintura es subsidiario a ésta, y quizá por ello nos encontramos acá tratando de darle vueltas a un asunto sin tocarlo. Es muy difícil hablar de pintura. Tengo la sensación de que lo que es central en ella es justamente aquello de lo que no se puede hablar, de lo que es imposible trasladar al lenguaje verbal. Me doy cuenta de que, al intentar verbalizarla, hemos dado círculos y círculos alrededor de algo y que de pronto hemos sentido que nos acercamos, pero que eso no nos alcanza.

CRÓNICA

LOS PRIMEROS RASTROS DE NUESTRA LENGUA

Por Domingo Varas Loli



Según Dámaso Alonso en uno de estos monasterios de La Rioja, fundado por un eremita de vida legendaria, la lengua española dio sus primeros vagidos.

Un monje copista del monasterio de Suso -en San Millán de la Cogolla, La Rioja (España) -harto de arcaísmos y cultismos que desconectaban al latín del habla popular comenzó a hacer anotaciones en los manuscritos que transcribía. Esto no hubiera pasado de una travesura lingüística si los vocablos y frases que este escriba anónimo insertaba en los márgenes e interlineados de los códices no hubieran sido calificados casi diez siglos después por Dámaso Alonso como los primeros vagidos de la lengua española. Las glosas emilianenses- tal como son conocidas estas anotaciones por filólogos y linguistas- representan una suerte de “asalto” de una lengua viva contra otra muerta. En este caso de una protolengua romance que derivaría en la lengua española contra el latín. Hace unas semanas peregrinamos a la denominada cuna del español atraídos por la leyenda de San Emiliano, el ascetismo de los monasterios y los primeros rastros de la lengua española.

DÍA 1

El autobús solo cubre el trayecto Madrid-Nájera. Para llegar a San Millán hay que realizar un trasbordo en Nájera y abordar un ómnibus que hace el trayecto de treinta minutos hasta el valle de la Cogolla. El servicio es limitado y algo irregular. Suele funcionar hasta las ocho de la noche. El hotel donde habíamos hecho una reserva nos había advertido que solo atendían hasta las nueve de la noche. Urgidos por la hora llamamos a un taxi que apareció con presteza.

La falta de luz en las casas abandonadas de San Millán nos disuadió de salir a dar un paseo de reconocimiento. No tuvimos mejor idea que descansar para estar en forma al día siguiente.



Una biblioteca bien provista de libros sobre la lengua española acoge a investigadores becados por la Fundación de San Millán de la Cogolla.

El monasterio de Suso está emplazado en el mismo lugar en el que en el siglo V San Millán (Berceo, 472-Monasterio de San Millán de Suso, 573), un joven lego de apenas 20 años, excavó en las estribaciones del valle y sentó sus reales en una cueva que más parecía el cubil de un animal semisalvaje. Allí vivió hasta los ciento y un años una vida dedicada al cultivo del espíritu y a obrar milagros que le granjearon fama de taumaturgo varios cientos de kilómetros a la redonda. Por eso se fue convirtiendo junto a Santiago el Apóstol en uno de los santos varones más importantes de España. La cueva en la que transcurrió la mayor parte de su vida hoy es el centro de atracción de decenas de turistas que proliferan en la minúscula localidad riojana.

La vida de este santón no estuvo exenta, sin embargo, de la fosforescente aureola del escándalo: se le acusó de malos manejos económicos en la diócesis y hasta de turbios asuntos sexuales.

DÍA 2

Al día siguiente, desde el alféizar de la ventana de un hotel rural, contemplaba la tímida aparición del sol en el firmamento y cómo la silueta de los monasterios de Yuso y de Suso adquirían sus contornos nítidos. Apenas abrieron las puertas de estos majestuosos edificios recorrí sus instalaciones guiado por mis propias intuiciones, al margen de los grupos de turistas que escuchaban las informaciones del guía. La ausencia de los códices originales anotados en la exposición estable del monasterio de Yuso me causó una cierta desazón. Estas joyas filológicas se encuentran en el museo de la Real Academia de Historia de Madrid. A buen recaudo, según un empleado del cenobio.

Por la tarde recorrí a pie los veinte kilómetros que separan a Millán de la Cogolla de Berceo. No lo hice por fervor religioso sino porque el servicio de transporte interurbano había cumplido sus dos trayectos diarios. Y, además, intrigado por este pueblo de una sola calle larga que a las seis de la tarde luce desértica, las persianas de las ventanas herméticamente cerradas y un mutismo sepulcral que eriza la piel. Leí algunos versos de Gonzalo de Berceo transcritos en un cartel adosado a un muro. Después opté por regresar abrumado por el laberinto de su soledad.

POSDATA

La vida de San Millán gira en torno a la actividad de sus monasterios, así que cuando termina el recorrido por ellos no queda más que guarecerse en el hotel. Ni siquiera un recorrido por sus escasas calles constituye motivo de solaz para el viajero. Lo único que queda es esperar la hora de la partida mientras se degusta una copa de vino. La Rioja goza de una bien ganada fama por la calidad de sus vinos. Cuando llegó el taxi a recogerme me percaté que en el comedor del hotel la recepcionista escuchaba las canciones de Pablo Milanés que acababa de fallecer en Madrid. “Este hombre me ha acompañado y

- Por Domingo Varas Loli

alegrado la vida”, dijo la mujer con un dejo argentino sirviéndose una copa de vino. “Vamos a brindar por él”, añadió alcanzándome otra copa. La voz de Milanés creó un clima de complicidad muy cálido y puso en evidencia que la lengua es el mayor vínculo que puede unir a las personas, más allá de las nacionalidades.

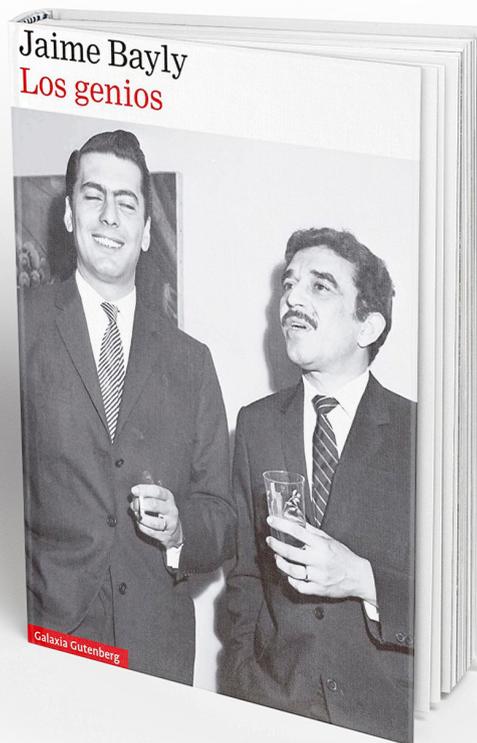
Un rato después a bordo del taxi, por los confines del pueblo, antes de perder de vista a este pueblo afantasmado eché una mirada retrospectiva: atrás quedaban los escasos peatones cuyas siluetas parecían a punto de disolverse de un momento a otro.

BRONCA DE GENIOS

Jaime Bayly. Los genios.
Galaxia Gutenberg, 2023. 240 pp.

José Carlos Yrigoyen

No tiene la menor intención de presentarnos a estos genios con rigor histórico, sino más bien desde la caricaturización que distingue sus últimas novelas y columnas.



Hay que remontarnos a “Los últimos días de La Prensa” (1996) para encontrar una novela tan divertida y convincente de Jaime Bayly (Lima, 1965) como la que acaba de publicar con apreciable revuelo mediático. “Los genios” es una ficción histórica centrada en el célebre puñetazo que Mario Vargas Llosa propinó a su hasta entonces gran amigo Gabriel García Márquez en enero de 1976. Este incidente, enigmático por la negativa de sus protagonistas a hablar sobre sus causas, exacerbó el morbo de lectores y biógrafos durante décadas; y es justamente el morbo la materia que Bayly trabaja con mejores resultados. Lo demuestran “No se lo digas a nadie”, desventada novela en clave donde uno puede identificar sin esfuerzo a periodistas, futbolistas y actores, o “Los últimos días...” que examina la decadencia de un periódico y de una clase social basándose en personajes y hechos reales reconocibles, apenas maquillados.

Asimilando las lecciones de Vargas Llosa, Bayly ha acometido una aplicada investigación para poder mentir con conocimiento de causa, y lo hace por medio de una ruda irreverencia que no respeta honras, prestigios ni trayectorias. No tiene la menor intención de presentarnos a estos genios con rigor histórico, sino más bien desde la caricaturización que distingue sus últimas novelas y columnas. Este recurso funciona de manera desigual, pero sin que el libro pierda la chirriante amenidad que lo atraviesa de principio a fin. En ciertos episodios, como el de las hemorroides que martirizan al autor de “La ciudad y los perros” o los preparativos para ese bodrio de excepción que fue la primera versión filmica de “Pantaleón y las visitadoras”, el trazo grueso es bastante eficaz y faculta a Bayly para alcanzar alturas humorísticas que hacía mucho tiempo no rozaba.

Por lo demás, el libro está escrito con más cuidado que sus entregas precedentes, en ocasiones heridas por descuidos propios de quien redacta a vuelapluma. Es notorio que Bayly ha sopesado el valor del tema que tenía entre manos y ha maniobrado su concreción formal con pulcritud, al margen de ciertas reiteraciones innecesarias que solo obstruyen el elocuente fluir de lo narrado.

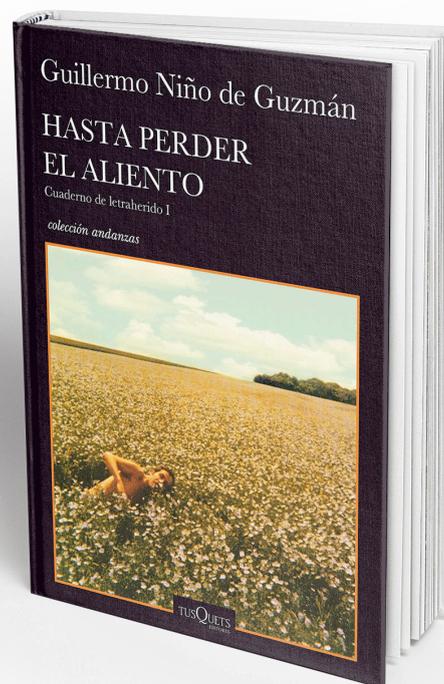
Dicho esto, el mayor defecto de la novela es la evidente disparidad entre los capítulos dedicados a Vargas Llosa y a García Márquez. Los del peruano exhiben aquella mirada que humaniza al ídolo, incluso arrastrándolo hacia los terrenos del ridículo y el escarnio (por ejemplo, lo pinta como un termocéfalo que resuelve toda controversia a puño limpio), pero a la vez insistiendo en su condición de fabricante de obras maestras, en su sobrehumana disciplina a la hora de asumir la tarea literaria. Los del colombiano, en cambio, carecen de esa cercanía y ahondamiento. El García Márquez de “Los genios” es un conjunto de resabidos tópicos: el hombre campechano, supersticioso, con la frase ingeniosa en la punta de la lengua, bailarín de vallenatos y dueño de una filosofía tropical que le permite (casi) siempre terminar bien parado. Nada que trascienda el lugar común ni que aporte algo original a la imagen que tenemos del fabulador de Aracataca.

Novela imperfecta, ligera, pero entretenida hasta el tuétano, “Los genios” resulta la prueba de lo que Bayly es capaz cuando encuentra el idóneo caldo de cultivo para desarrollar su desparpajo implacable y hundir su mordaz escarpelo. Lectores solemnes, abstenerse.

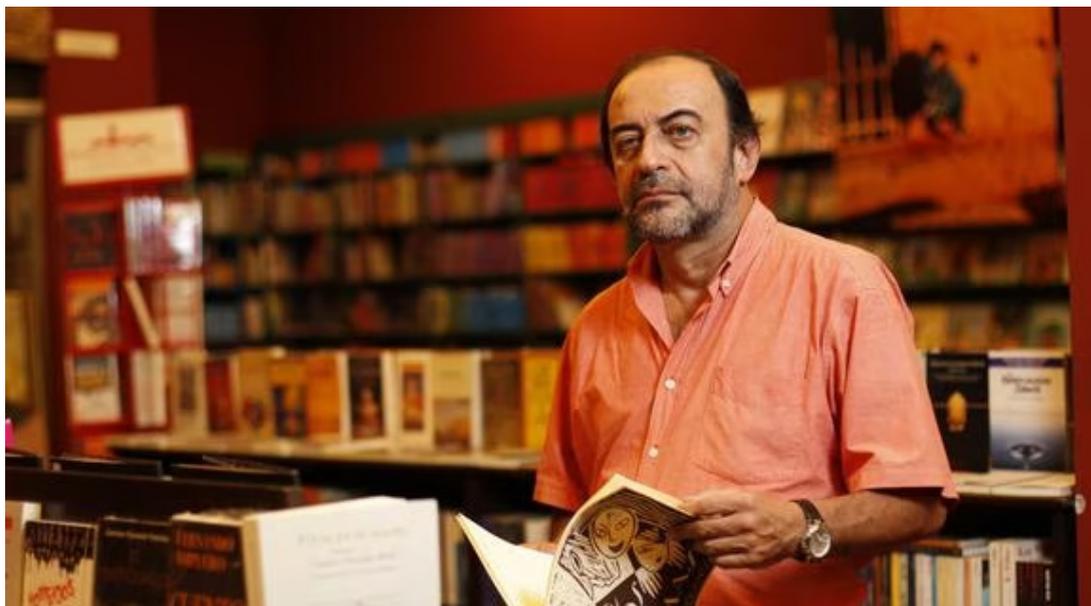
GUILLERMO NIÑO DE GUZMÁN

“LOS LIBROS SON UNA PASIÓN INCONMENSURABLE”

Pedro Escribano



Este es un verdadero cuaderno de bitácora de un lector hedonista.



“Vivo en función de la literatura. No me importa si no soy famoso, si no gano suficiente dineroescribir le da sentido a mi vida”.

Escritor de distancias cortas y maniático de la perfección, Guillermo Niño de Guzmán se toma su tiempo antes de publicar sus manuscritos. *Hasta perder el aliento. Cuaderno de letraherido I* (Editorial Tusquets), libro de anotaciones en el que recoge lecturas, curiosidades sobre libros y autores, citas que le gustan, poemas y fragmentos traducidos, no es la excepción. Hace 25 años lo vino escribiendo sin mayores pretensiones que dejar constancia de los secretos placeres de un lector hedonista.

“Eran anotaciones para mí, en ese sentido es el único libro que he escrito con placer. Como habrás leído en diversas entradas del libro, me quejo mucho de la dificultad que tengo para escribir”, asevera Guillermo Niño de Guzmán.

Este libro, en tanto los temas que abordas, que es el leer y escribir, ¿es una forma de darte aliento para la escritura?

Sí, es verdad, porque, desde muy joven, vivo en función de la literatura. No me importa si no soy famoso, si no gano suficiente dinero, porque lo que cuenta es que escribir le da sentido a mi vida. Mi única certeza es que he sido fiel a mi vocación. Yo siempre quise ser escritor, desde que era un adolescente y los libros se convirtieron en una pasión inconmensurable. De una u otra manera, me las he arreglado para sobrevivir en el mundo de las letras, ya sea haciendo periodismo o trabajos de traducción y edición.

Vives de la escritura, pero siempre has dicho que tienes dificultades para escribir. O sea, como dice Truman Capote, ¿escribir para ti es una autoflagelación?

Sí, es duro. A veces pienso que no tengo suficiente talento, entonces me tengo que exigir demasiado. Cuánto me gustaría ser como esos escritores que son gráfomanos y que escriben con fluidez y hasta con alegría y entusiasmo. Eso nunca me ha pasado. Me cuesta mucho poner una palabra después de otra. Soy muy crítico conmigo mismo y sufro mucho cuando atravieso estados de bloqueo creativo. En esos momentos, me cuestiono todo y pienso, como Truman Capote, que los dioses no me han concedido un don, sino que me han impuesto un yugo. Es algo que roza lo patológico, porque, a veces, creo que escribo para no tener remordimientos por no escribir.

Pero Clarice Lispector decía, y tú la citas, que cuando uno escribe con mucha facilidad y fluidez, hay que desconfiar...

Exactamente. El verdadero trabajo no está en la primera versión, sino en lo que viene después. Me demoro mucho para tener a punto un texto. No te miento si te digo que hay cuentos que sigo trabajando a lo largo de veinte años. El problema de trabajar de esa manera es que puedes excederte y llegar a la sobreescritura, a la sobrecorrección. En esos casos, puedes conseguir un relato que, aparentemente, está bien escrito, pero que, desgraciadamente, resulta frío, anodino. Como me dijo una vez el querido poeta **Javier Sologuren**, cada frase tiene que vibrar como si tuviera vida propia.

La misma Lispector decía puede haber vocación, pero no talento...

Ese es un problema serio para mí. Algo que a mí me molesta, pues yo soy un gran lector de novelas y no soy novelista, no tengo el aliento suficiente para correr un maratón, yo soy de distancias cortas, para hacer la analogía con el atletismo. Solo una vez he intentado algo más largo, pero fue por un encargo, una novela corta para jóvenes, *La conquista de los sueños*, sobre la historia del Perú, el enfrentamiento entre Pizarro y Atahualpa. La propuesta me la hizo el Fondo de Cultura Económica. Vino un editor de México y me contrató dándome mil dólares antes de que escribir una sola línea. Y, como soy responsable, no tuve más remedio que escribir la novela. Curiosamente, es el único libro que me ha dado algo de dinero. En México se hicieron dos ediciones que sumaron veinte mil ejemplares y aquí, en el Perú, debo haber vendido otros diez mil dentro del Plan Lector del Ministerio de Educación. En cualquier caso, fue una excepción. Por lo general, escribo piezas cortas, pero siempre, como dicen los españoles, pongo toda la carne en el asador: ya se trate de un cuento, un ensayo o un simple artículo, lo escribo como si se me fuera la vida en ello. Esa es la ventaja de ser freelance y poder escribir sobre lo que te da la gana y sin la amenaza de un cierre de edición. En una época, cuando trabajaba de planta, como periodista cultural, igual que tú, no me podía permitir ese lujo y tenía que escribir, sí o sí, contra el reloj y sobre todo, no solo acerca de libros sino artes plásticas, cine, teatro, música, fotografía, danza... La presión de cumplir con la hora de cierre me volvía loco, pero fue un aprendizaje clave que me hizo ganar cierta soltura con la escritura.

Por eso optaste ser independiente...

No me gustaba la presión, por eso opté ser independiente. Una experiencia poco agradable tuve cuando dejé la revista *Oiga* para irme con César Hildebrandt, a quien no conocía, pero me propuso ser uno de los editores generales de su nueva revista. Sí, junto con Tulio Mora. Para mí fue una sorpresa mayúscula que me llamara, no sé, habría visto en mí condiciones que ni siquiera yo sospechaba, pues yo estaba contento con ser periodista cultural. El hecho de que me ofreciera ser coeditor general de un semanario esencialmente político estaba fuera de mis expectativas. Era un reto y siempre he sido un tanto temerario, de modo que corrí el riesgo. Hasta ahora me da risa porque la única vez que Hildebrandt fue amable conmigo ocurrió cuando me contrató. Yo me resistía a abandonar la revista *Oiga*, donde trabajaba desde hacía varios años como editor de la sección cultural y estaba acostumbrado a hacer y deshacer a mi antojo. Sin embargo, ganaba muy poco. En ese aspecto, Hildebrandt me hizo una oferta digna del Padrino, una oferta que no se podía rechazar. Me preguntó cuál era mi sueldo y, cuando se lo dije, contraatacó de una manera inapelable: Yo te pago el triple (risas). De todos modos, consulté con Paco Igartua, el director de *Oiga*, con quien había trabado amistad, y me vaticinó que, dado que yo era algo temperamental, tarde o temprano iba a chocar con Hildebrandt. Y, como él no podía igualar su oferta económica, me dijo que aceptara la propuesta para “hacer caja” (risas). Luego, cuando me cansara de lidiar con mi nuevo director, podía volver. Dicho y hecho, a las tres semanas me peleé con Hildebrandt y regresé a *Oiga*. ¡Me habían guardado mi puesto! (risas).

Volviendo al tema literario. ¿Cuál es tu relación con la literatura? Onetti decía que algunos escritores tienen una relación de amante y otros de cónyuge con la literatura.

Coincido mucho con esa concepción, porque, así como sostiene mi admirada Clarice Lispector, la literatura es algo pasional. Yo siempre he respetado a los poetas y, como ellos, sí creo que existe la inspiración o el arrebató creativo. Mira, puedo darte un ejemplo: después de tantos años dedicados a la escritura, uno tiene cierto oficio y domina los recursos técnicos. Por tanto, a veces me he propuesto fríamente escribir un relato, como cualquier persona que encara un trabajo profesional y cuenta con la experiencia necesaria. No obstante, el resultado es decepcionante. Desde luego, a estas alturas, no puedo escribir mal. Sin embargo, una cosa es escribir correctamente y otra el verdadero arte. Cuando me he obligado a escribir algo que no nace de mis entrañas, lo único que obtengo es un texto mediocre, carente de fuego, de pasión. En el ámbito de la prosa de ficción, un cuento es lo más cercano a la poesía. De ahí que yo siga apostando por la fuerza que da la inspiración, que es la primera instancia de la creación. Yo solo puedo escribir cuando me siento poseído por ese extraño fuego interior. Parece una visión romántica, pero no lo es, ya que después de ese arrebató inicial, viene lo que yo considero el trabajo decisivo de un escritor: el proceso de la reescritura, donde uno pule su texto como un escultor que desbasta su bloque de mármol en pos de la forma esencial.

Entonces eres más amante que cónyuge. Amante fugaz, “ ama rápido”, dice José Watanabe...

¡Totalmente, soy más amante que esposo fiel! En literatura, pienso que el matrimonio conduce no solo a la rutina sino también a la debacle emocional. Recuerda que tanto Onetti y Cortázar tenían esa suerte de relación adúltera con las letras. Lispector también decía algo así como: “No soy escritora profesional, yo solo escribo cuando quiero”. Onetti y Cortázar no se sentaban a escribir si no se sentían poseídos por esos demonios creativos, como bien los denominó Vargas Llosa. Les parecía ridículo o tonto escribir por oficio, por obligación; eso estaba bien para hacer periodismo, para ganarse la vida, pero no para la creación, que es algo libre y voluntario. No obstante, aunque comparto esa visión, también aprecio el esfuerzo y la disciplina de escritores que, como es el caso de Vargas Llosa y García Márquez, tenían un horario para escribir y se desempeñaban como si fueran obreros de la literatura.

Otro tema de tu libro es qué escribir. Citas que Joyce decía que un escritor nunca debe escribir sobre lo extraordinario, que eso era bueno solo para los periodistas.

(Risas) Eso me encantó, aunque hay que tomarlo con pinzas. Yo respeto mucho el periodismo, si bien nunca lo pensé como vocación profesional. Llegué al periodismo por accidente, pero siempre lo he valorado. Me ayudó a aprender a escribir. El problema es, como decía Hemingway, para un escritor de ficción el periodismo puede ser muy útil, pero tienes que saber dejarlo a tiempo. Una cosa es tratar con la realidad, con los hechos, y otra es tratar con la imaginación. Es muy difícil encontrar escritores que a la vez son periodistas, como Gabo, que pueden cambiar el *chip* y pasar de un género a otro. Entre la literatura y el periodismo hay muchas coincidencias, pero, finalmente, hay un punto antagónico esencial: el periodista no puede dejar rienda suelta a su imaginación, pues tiene que someterse a los hechos.

Los escritores realistas dicen que hay que vivir para escribir. Tú rescatas al argentino Felisberto Hernández quien afirmaba “escribo sobre lo que sé y lo otro”. Eso es abrir otra puerta.

Descubrí tardíamente a Felisberto, quien me parece un genio. Lo descubrí porque le gustaba mucho a Cortázar. Creo que es un autor clave, originalísimo, que le da otra dimensión a lo fantástico. Yo, hasta entonces, era un escritor demasiado realista. Me parece muy bien que lo puntualices. Los escritores realistas escriben sobre lo que conocen, eso es elemental, ¿pero qué ocurre con “lo otro”, todo ese mundo que late bajo la apariencia de lo real? Está allí y, sin embargo, a menudo no somos capaces de percibirlo. En cambio, Felisberto sí lo veía. Todo el tiempo.

Has subrayado que los escritores contemporáneos desdeñan a los clásicos. En cambio, para ti, como lo anotas, leer un clásico es como descorchar un buen vino.

Literal. Mira, de cada cinco libros que leo, yo creo que solo uno es actual. No me dejo llevar por las novedades.

Reprochas, por ejemplo, que haya quienes ningunean a *Rayuela*, de Cortázar, por elevar a Bolaño.

Eso pasa con los escritores jóvenes, y lo entiendo hasta cierto punto. Es difícil asimilar a los clásicos, porque se trata de un universo muy lejano, incluso de un lenguaje con los usos de otros siglos y, naturalmente, a esa edad, uno está muy interesado en saber lo que pasa a su alrededor y busca una literatura que refleje ese mundo que está viviendo y que le preocupa mucho. Por eso uno tiende a dar mucha importancia a sus contemporáneos. Sin embargo, los jóvenes se olvidan de que esos autores contemporáneos provienen de los clásicos. Hay una tradición y esa tradición ha permitido, incluso, la ruptura de la misma y el surgimiento de escritores innovadores o desafiantes. Eso era algo que Borges, Cortázar y Bolaño lo tenían muy claro. Conocí a Bolaño en Barcelona y me dio la impresión de que había leído casi todo. Por ello, no admito que los escritores jóvenes adopten una actitud parricida y desdeñen a Borges o Cortázar para solamente abrazar a Bolaño. No tiene sentido. El mismo Bolaño se reiría de eso.

Tu libro está salpicado de poetas y también de poemas, incluso exprofesamente has traducido textos. ¿Alguna vez has tuviste la tentación de escribir poesía?

Cuando era joven, en mi época de formación, mis mejores amigos eran poetas. Curiosamente, casi no había narradores en mi generación y más tarde traté de rescatar a esos pocos escritores en mi antología *En el camino*. A mí me encanta la poesía, incluso una vez probé suerte, escribí un solo poema, pero mis amigos de La Sagrada Familia me dijeron, con mucho tino, “Mejor dedícate a la narración” (risas).

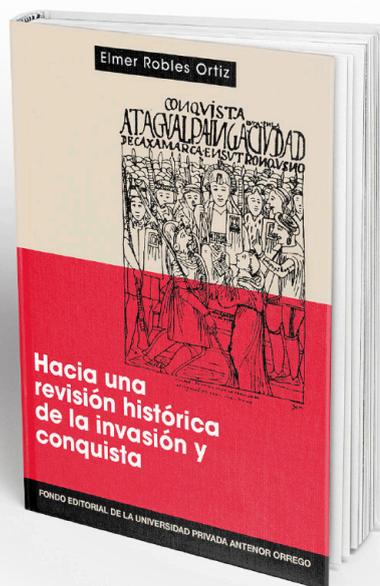
¿El jazz te acompaña en la escritura?

Bueno, sí, a veces. El problema es que puedo correr el riesgo de que me distraiga demasiado. Para mí, el arte de escribir tiene que ver mucho con la música, puede ser jazz o cualquier tipo de música, lo importante es la cadencia y la melodía que invaden tus frases. Eso aprendí de los poetas. Cuando escribo suelo repetir mis frases en voz alta para ver cómo suenan. Ese es, digamos, mi secreto creativo. Como alguien dijo, la prosa no es más que nostalgia de la poesía. Tengo dos aficiones, que son pasiones, de origen libresco: una es el jazz, con el que me familiaricé a partir de Cortázar y su cuento sobre Charlie Parker. Tuve una relación muy fuerte con esa música; incluso, cuando tenía 20 años, me compré una trompeta y quise aprender a tocarla, pero el malestar de mi profesor ante mis escasos avances y me dio tanta vergüenza que decidí no volver más a las clases. La otra afición, por Hemingway, es la tauromaquia. Había visto una sola corrida a los 10 años, al gran torero negro Rafael Santa Cruz, pero no sabía nada de toros. Cuando leí a Hemingway me fascinó su visión de la tauromaquia como una suerte de tragedia moderna y comencé a ir a Acho. No sospechaba que me iba a apasionar tanto, a tal punto que he ido dos veces a la fiesta de los Sanfermines en Pamplona.

Elmer Robles Ortiz LA HISTORIA REVISITADA

Reinaldo Rojas

Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia (Venezuela)



Esta obra es una invitación a la revisión crítica de la escritura y de la enseñanza de la historia del Perú, combinando un amplio conocimiento del autor sobre el proceso histórico sometido a una “revisión” con las herramientas metodológicas de la moderna ciencia histórica, de la antropología y la lingüística. Para Elmer Robles Ortiz, “la conciencia histórica no se forma solo con criterios marcadamente narrativos y memorísticos, es indispensable el análisis, la reflexión y el juicio crítico: avanzar en el campo interpretativo y decolonial, lejos de posturas reduccionistas.

No se puede abordar la historia de los países de América Latina y el Caribe omitiendo el análisis y comprensión del colonialismo de larga duración no sólo económico y político, sino también cultural. Con un pasado remoto y una historia prácticamente desconocida hasta el presente, los pueblos, culturas y civilizaciones que hacían vida en nuestro continente, antes de la llegada de los

conquistadores europeos a finales del siglo XV, vieron interrumpido aquel proceso histórico natural al incorporarse vía de la violencia y en condiciones de sometimiento a los dictados del colonizador y de sus instituciones de gobierno.

Por ello, es conveniente desde el punto de vista epistemológico definir la perspectiva desde la cual miramos aquella historia. Desde la posición del español y su relato del descubrimiento, conquista y colonización del continente que llamó América; o desde la posición de quienes habitaban estos territorios y un día vieron llegar a aquellos viajeros y expedicionarios que fatalmente transformaron aquel mutuo descubrimiento de pueblos y culturas en un fenómeno de dominación cuyas consecuencias se han extendido hasta el presente.

La tarea no es sólo de erudición, mucho menos ideológica y política; es una labor sistemática de reconstrucción de aquel pasado histórico, con el apoyo de todas las fuentes existentes, y con las herramientas de crítica histórica, con honestidad intelectual y sentido de humanidad, porque al final de todo, la enseñanza de la historia debe ser un camino para afianzar nuestra identidad como pueblo pero en su contexto universal, descubriendo a la América de falsedades y prejuicios, hundiéndonos en su intrahistoria.



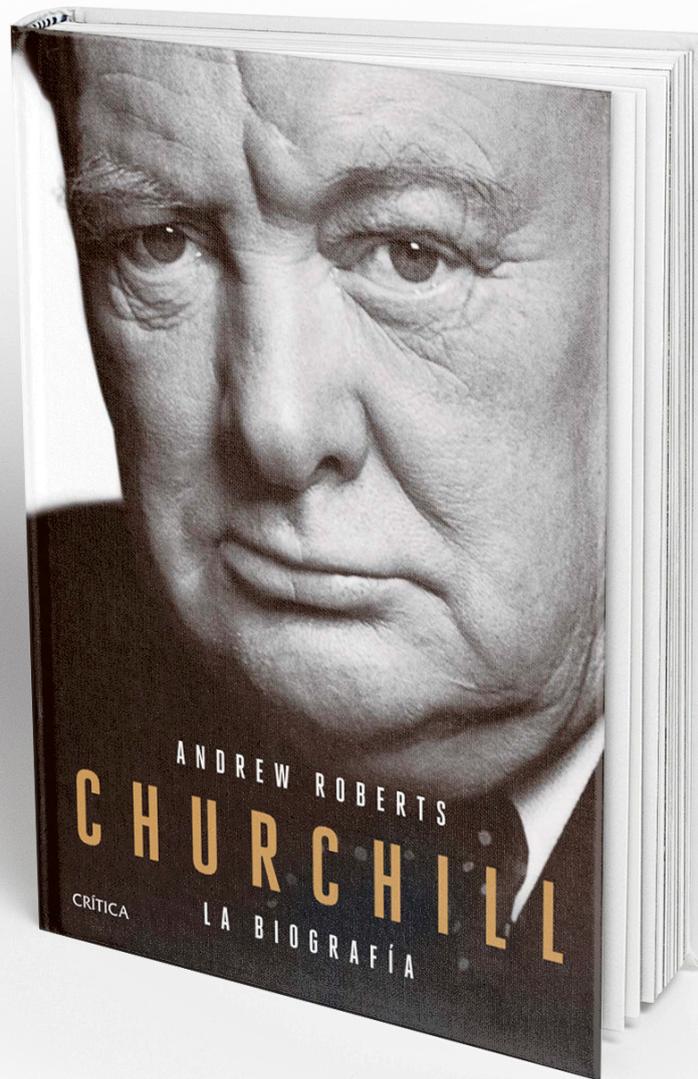


PÁGINAS LIBRES



- Andrew Roberts

<http://doi.org/10.22497/iura/81.8118>



CAPÍTULO 1

UN APELLIDO CÉLEBRE

Noviembre de 1874 - enero de 1895

Se dice que los hombres célebres suelen ser producto de una infancia desdichada. Se precisa a un tiempo de la rigurosa presión de las circunstancias, de las punzadas de la adversidad, del acicate de los desaires y los chascos de los primeros años, para alumbrar a un tiempo esa implacable firmeza de propósito, y ese tenaz buen juicio de las madres, sin el cual rara vez se alcanza a materializar una sola acción insigne.

Churchill, *Marlborough. Su vida y su tiempo.*

Winston Leonard Spencer-Churchill nació en una pequeña planta baja, en el dormitorio más próximo a la entrada principal del palacio de Blenheim, en Oxfordshire, a la una y media de la madrugada del lunes 30 de noviembre de 1874. El alumbramiento no estuvo exento de preocupaciones, dado que el chiquillo no solo era prematuro, sino que su madre, la bella estadounidense y mujer de la alta sociedad Jennie Jerome, había sufrido una caída pocos días antes. La víspera del nacimiento la había zarandeado además un carro tirado por un poni, y tras el susto habían comenzado los dolores de parto. Al final se comprobó que no había nada anómalo, y el padre del niño, lord Randolph Churchill, benjamín del séptimo duque de Marlborough, no tardaría en decir a quien quisiera escucharle que era «una verdadera monada» de «ojos y cabellos oscuros, perfectamente sano». (El pelo pronto se volvería de un rubio rojizo; de hecho, en la actualidad pueden verse grandes tirabuzones de la melena que lucía a los cinco años en la sala del palacio en la que nació. Andando el tiempo, Churchill sería claramente pelirrojo.)

El nombre de «Winston» se le puso en recuerdo tanto de sir Winston Churchill, el antepasado de la criatura que había luchado en favor del rey Carlos I en la revolución inglesa de 1642, y del hermano mayor de lord Randolph, que había fallecido a la corta edad de cuatro años. Con «Leonard» se honraba al abuelo materno del bebé, un financiero estadounidense acostumbrado a asumir riesgos y dueño de unos ferrocarriles, que para entonces ya había amasado y perdido dos grandes fortunas en Wall Street. El apellido «Spencer» llevaba unido al de «Churchill» desde 1817, como resultado del enlace matrimonial con la rica familia Spencer de Althorp, en Northamptonshire, que en la época de la boda lucía en su escudo de armas la titularidad del condado de Sunderland y que más tarde habría de convertirse en cepa de los condes Spencer. Orgullosos de su entronque con la rama de los Spencer, nuestro protagonista acostumbraría a rubricar sus documentos como Winston S. Churchill, y en 1942 le diría a un sindicalista estadounidense: «Por supuesto que mi verdadero nombre es Spencer-Churchill, y así es como debe escribirse —como ocurre, por ejemplo, en las circulares de la corte, cuando acudo a ver al rey»

El abuelo paterno del recién nacido era John Winston Spencer-Churchill, propietario del palacio de Blenheim —un edificio al que no solo se ha llamado el Versalles inglés sino también «el mayor monumento conmemorativo de orden bélico que jamás se haya construido»—. El inmueble recibía su nombre de una de las más gloriosas batallas de las que John Churchill, el primer duque de Marlborough, hubiera salido victorioso: la librada en 1704 en la guerra de sucesión española, y de hecho, tanto su magnífica arquitectura como sus tapices, sus bustos, sus cuadros y sus muebles obedecían a la vocación de fijar en la memoria la obtención del triunfo en un conflicto que había librado a Gran Bretaña de quedar sometida a la dominación de una superpotencia europea —en este caso la Francia de Luis XIV—, mensaje del que habría de empaparse a fondo el joven Winston. «No tenemos nada que pueda equipararse a esto», había admitido el rey Jorge III al visitar el palacio de Blenheim en 1786.

Más tarde, el propio Winston Churchill abundaría en la idea al asegurar que «somos nosotros quienes damos forma a nuestras mansiones, pero después son ellas las que nos moldean». Pese a que nunca residiera en Blenheim, el esplendor de los ciento cincuenta metros de fachada del palacio, sus más de veintiocho mil metros cuadrados de habitaciones, y las mil hectáreas de la finca, dejaron una profunda huella en Churchill. Se empapó de su magnificencia en los numerosos días festivos y fines de semana que pasó bajo sus techos, en compañía de sus primos. El palacio estaba, y sigue estando, saturado del espíritu del primer duque, el mayor soldado y estadista de la historia del Reino Unido: un hombre que había sido duque «en una época en que los duques eran duques», como habrá de afirmar Churchill al retratarle en la biografía que le dedicará más tarde.

A los ojos de sus últimos contemporáneos victorianos, el apellido del joven Winston Churchill evocaba dos imágenes: por un lado la del esplendor del renombre militar del primer duque (y el de su palacio, evidentemente), pero por otro también la de la intrépida carrera y peripecia personal de lord Randolph Churchill, el padre de la criatura. Lord Randolph había sido elegido miembro del parlamento nueve meses antes de que naciese Churchill, y estaba llamado a ser también uno de los principales líderes del Partido Conservador en cuanto el chiquillo alcanzara la edad de seis años. Se trataba de un hombre controvertido, voluble, oportunista, políticamente implacable, de brillante oratoria tanto en las tribunas públicas como en la Cámara de los Comunes, y señalado por todos como futuro primer ministro, al menos mientras su inherente tendencia a la irreflexión no le indujera a mostrar su peor cara. En materia política seguía los preceptos del dirigente conservador británico Benjamin Disraeli, que combinaba las ideas imperialistas en los asuntos exteriores con un programa progresista centrado en la materialización de reformas sociales en el ámbito interior. Lord Randolph dio el nombre de «Democracia Conservadora» a su versión de esta forma de entender el arte de gobernar, y Churchill se empaparía a fondo de sus principios. El eslogan que presidía estas convicciones —«Confía en la gente»— habría de emplearse muchas veces en la carrera profesional de su hijo.

Pese a que lord Randolph fuera hijo de un duque, él mismo carecía de una verdadera fortuna personal, al menos si comparamos su situación con la de la mayor parte de los de su misma clase. Como benjamín de una casa aristocrática en una era marcada por la primogenitura, no podía abrigar la esperanza de heredar

grandes cosas de su progenitor. Y a pesar de que el padre de Jennie Jerome, su esposa norteamericana, hubiera sido enormemente rico poco antes —hasta el punto de que en un tiempo le habían apodado «el rey de Nueva York»—, lo cierto es que el magnate había sufrido una serie de reveses tremendos como consecuencia del desplome bursátil vivido en 1873 en Estados Unidos. Sin embargo, Leonard Jerome seguía viviendo en una casa que ocupaba una manzana entera de la avenida Madison y la calle 26, y que mostraba orgullosa al exterior sus amplias caballerizas y un teatro en toda regla. El millonario había sido dueño de los terrenos que hoy ocupa el embalse de Jerome Park, fundador del American Jockey Club y copropietario del *New York Times*.

Sin embargo, en la época en la que se celebró la boda de Jennie, el año inmediatamente posterior al batacazo financiero, Jerome solo pudo asignar una renta de dos mil libras esterlinas anuales a su hermosa hija, aportando el duque de Marlborough otras mil doscientas libras al año para la manutención del joven Randolph. Unidas estas cantidades al alquiler —que tenían pagado por cortesía de Jerome— de una casa sita en el 48 de la calle Charles, en Mayfair, la situación económica de la pareja debería haber sido lo suficientemente holgada para poder vivir confortablemente, pero tanto Jennie como Randolph eran conocidos por su acusada propensión al despilfarro. «No éramos ricos», recordará su hijo durante la segunda guerra mundial. «Me parece que debíamos disponer de unas tres mil libras al año y que gastábamos seis mil.»

Lord Randolph había conocido a Jennie en la Regata Cowes, en la isla de Wight, en agosto de 1873. Apenas tres días después él le proponía matrimonio y ella le aceptaba. El 15 de abril de 1874 se casaban en la embajada británica en París, tras un compromiso de siete meses. Pese a que los Marlborough hubieran dado formalmente su bendición al enlace, no estuvieron presentes en la ceremonia, porque el duque (que había enviado agentes a Nueva York y a Washington para tratar de determinar la verdadera cuantía de la fortuna de Jerome) consideraba que se trataba de una *mésalliance* y que el padre de la novia era «un hombre vulgar» y «un mal tipo», perteneciente a «la clase de los especuladores».

Churchill estaba extremadamente satisfecho de que sus padres se hubieran casado por amor. En un escrito de 1937 en el que alude a una demanda por difamación que acababa de interponer contra un libro que le había tildado de «primicia del primer matrimonio famoso que se había realizado por dinero», Churchill le confesó a un amigo:

La referencia al matrimonio de mi madre y mi padre no solo me resulta muy dolorosa, sino que también carece de todo fundamento, como tú bien sabes. Si alguna vez ha habido una unión entre dos personas enamoradas ha sido esta, y desde luego los dos tenían muy poco dinero. De hecho, todo cuanto podían permitirse era vivir de la forma más modesta posible para la gente de la alta sociedad londinense. Si el matrimonio alcanzó fama más tarde fue debido a que mi padre, un vástago desconocido de la aristocracia, se hizo célebre, y también a que mi madre, como atestiguan todas sus fotografías, era una de las mujeres más bellas de su época, y en esto hay acuerdo general.

(Al final, el individuo que había publicado el libelo fue obligado a abonarle quinientas libras por daños y perjuicios, más otras doscientas cincuenta libras en concepto de costas. Sin embargo, Churchill no consiguió las disculpas que había esperado recibir.)

Winston Churchill nació en el seno de una casta que disponía de un inmenso poder político y económico en el mayor imperio que haya conocido la historia, un imperio que además todavía no había sido agusanado por la inseguridad y la falta de aplomo. Tanto la absoluta confianza en sí mismo que siempre caracterizó a Churchill como su extraordinaria independencia emanaban directamente de la serena tranquilidad que le hacía sentir instintivamente la conciencia de quién era y de dónde venía. Al redactar la nota necrológica de su primo Charles, alias «Sunny»,¹ noveno duque de Marlborough, Churchill señala que su nacimiento había tenido lugar en el seno de una de «las trescientas o cuatrocientas familias que durante trescientos o cuatrocientos años han guiado los destinos de la nación». Churchill sabía que provenía de la cúspide de la pirámide social, y en esa época, uno de los atributos clave de dicha clase consistía en poder permitirse el lujo de no preocuparse demasiado de lo que el resto de los mortales, situados en peldaños inferiores, pudiera pensar de ellos. Como habría de escribir a este respecto su mejor amigo, el abogado y parlamentario conservador Frederick Edwin Smith, que andando el tiempo ostentaría el título de lord Birkenhead, Churchill «poseía un escudo mental que le impedía desconfiar de sí mismo». Esta capacidad habría de revelarse inestimable en aquellos períodos —y fueron muy numerosos— en los que nadie más diera la impresión de fiarse realmente de él.

La vida social de las clases altas de las épocas victoriana y eduardiana consistía en parte en permanecer en las fincas campestres de amigos y conocidos durante un largo fin de semana, es decir, «de viernes a lunes», por emplear la expresión inglesa. En el transcurso de los años venideros, Churchill adquiriría la costumbre de quedarse con la familia Lytton de Knebworth; con sus primos, los Londonderry de Mount Stewart; con los Rothschild de Tring; con los Grenfell de Taplow y Panshanger; con los Rosebery de Dalmeny; con los Cecil de Hatfield; con el duque de Westminster, bien en Eaton Hall, bien en el yate ducal, el *Flying Cloud*; con sus primos lord y lady Wimborne, en Canford Manor; con los John Astor de Hever; y con los Waldorf Astor de Cliveden. También efectuaría frecuentes visitas a Blenheim y a otros muchos palacetes similares. Pese a que de vez en cuando se viera condenado al ostracismo como consecuencia de las medidas políticas que habría de adoptar a lo largo de su vida adulta, siempre contó con la posibilidad de recurrir a una extensa red de la más encumbrada sociedad. Este resguardado puerto de amistades y parientes, integrado en gran medida por aristócratas, estaba llamado a sostenerle en los malos tiempos que se avecinaban.

La aristocracia inglesa de la era victoriana formaba una tribu muy particular, provista de toda una serie de jerarquías, acentos, clubes, escuelas, facultades, carreras profesionales, vocabularios, códigos de honor, rituales amatorios, lealtades, tradiciones y deportes —todo ello coronado por un peculiarísimo sentido

1 El apodo se debe más a la denominación de su primer título de cortesía —que le señalaba como conde de Sunderland— que a un carácter particularmente alegre.

del humor—. Algunas de esas claves resultaban francamente enrevesadas, como arcanos prácticamente impenetrables para los no iniciados. En la época en la que, siendo un joven subalterno, hubo de entrar en contacto con el sistema de castas de la India, Churchill lo entendió al instante. Sus opiniones políticas brotaban en esencia del movimiento de la Joven Inglaterra, auspiciado por Disraeli en la década de 1840, cuya percepción de la idea de *noblesse oblige* presuponía una eterna superioridad de clase, pero abrazaba también, de manera instintiva, los deberes de los privilegiados para con los menos favorecidos. La interpretación que Churchill daba a los compromisos de la aristocracia se resumía en la noción de que tanto él como los de su clase tenían una honda responsabilidad hacia el país, que con toda legitimidad podía esperar de su persona una entrega vitalicia.

De cuando en cuando, podía tenerse la impresión de que las clases superiores británicas del último cuarto del siglo XIX se hallaban bastante distanciadas del resto de la sociedad. Lord Hartington, por ejemplo, heredero del ducado de Devonshire, confesaría en una ocasión que jamás había oído hablar de los serviliteros (debido a que daba por supuesto que la mantelería se lavaba después de cada comida); lord Curzon, el estadista, llevaba fama de no haber tomado un autobús más que una sola vez en toda su vida —y además se había sentido indignado al comprobar que el conductor se negaba a llevarle al lugar al que él le ordenaba dirigirse—. Algo parecido podría decirse del mismo Churchill, ya que no marcó un número de teléfono con sus propias manos hasta la edad de setenta y tres años.¹³ (Fue una llamada al servicio horario, y tras escuchar la locución dio amablemente las gracias a la cinta.) No tenía la sensación de depender casi totalmente de los criados domésticos. «Yo mismo me haré la comida», le dijo orgullosamente en una ocasión a su esposa, corriendo la década de 1950. «Sé cocer un huevo. He visto cómo se hace.»¹⁴ (Sin embargo, al final no tocó los fogones.) A los quince años, en la posdata de una de sus cartas, se lee: «Milbanke te escribe por mí estas líneas, puesto que yo me estoy dando un baño»² Dos años más tarde, se quejaría amargamente por haber tenido que viajar en un compartimento de segunda clase. Así lo explica en uno de sus escritos: «Por Júpiter que no volveré a viajar en segunda por nada del mundo». Ya en la madurez, era raro que se desplazara sin la compañía de un ayuda de cámara, y así lo haría incluso en los campos de batalla de la guerra de los bóeres y la segunda guerra mundial. Durante su estancia en prisión en Sudáfrica solicitó (y consiguió) que se llamara a un barbero para rasurarlo. En el Hotel Savoy pedía platos que no estaban en el menú, y, siendo ya primer ministro, si quería matar a una mosca, pedía a su secretario que mandara venir a su criado para que «le retorciera el pescuezo al maldito bicho». Desde luego, no puede decirse que Churchill fuera precisamente un perfecto representante de la inminente «Era del hombre común».³

Como buen aristócrata, no era en modo alguno esnob. Una de las cosas que deseaba preguntarle a Adolf Hitler respecto de los judíos era esta: «¿Qué sentido tiene oponerse a un hombre por la simple

2 Andando el tiempo, sir John Milbanke, alias «Jack», obtendría la Cruz Victoria en la guerra de los bóeres.

3 Expresión surgida con el séptimo presidente estadounidense Andrew Jackson (1767-1845), que propugnaba una mayor democracia para el hombre común, al que auguraba un futuro predominio. Fue un período marcado por la voluntad de terminar con el gobierno de las élites. (N.)

razón de su nacimiento?». Sus amigos más íntimos procedían de un amplio círculo social. De hecho, si de algún pie cojeaba era del que le inducía a mostrar una especie de debilidad por los advenedizos, como sus compañeros Brendan Bracken y Maxine Elliott. Una de sus amistades más próximas diría de él: «Está imbuido de un sentido de la tradición histórica, pero no le atan prácticamente nada los convencionalismos». Esto puede apreciarse en sus excéntricos gustos en materia de vestimenta, como el mono de trabajo y los zapatos de cremallera, así como en la estrafalaria irregularidad de sus horarios. Le gustaba hacer caso omiso de las reglas jerárquicas, lo que muchas veces encolerizaba a quienes le rodeaban. «Soy arrogante», diría en una ocasión de sí mismo, en un perspicaz ejemplo de autocrítica, «pero no engreído». En el mundo actual, todo aquel que dé muestras de creerse dotado de privilegios de naturaleza aristocrática resulta consideradamente reprehensible, pero Churchill rezumaba ese tipo de actitud, lo que afectaba al comportamiento que mantenía en todo. Ese carácter explica, por ejemplo, que estuviera dispuesto a gastar alegremente un dinero que no tenía. Vivió su existencia al estilo aristocrático a pesar de no poder permitírselo —pero eso mismo llevaba ya el sello de la aristocracia—. Pedía que le ampliaran el crédito, apostaba grandes sumas en los casinos, y tan pronto como se vio en una posición realmente boyante —lo que no le sucedería hasta cumplidos los setenta— se dedicó a comprar caballos de carreras.

Son muchos los testimonios que condenan a Churchill por la insensibilidad que manifestaba hacia otras personas y puntos de vista, pero todos esos recuerdos olvidan valorar una cosa: que esa piel de rinoceronte era, en realidad, un atributo esencial para alguien tan adicto a la polémica como él. «Usted es uno de los pocos individuos en los que reconozco la facultad de emitir juicios dignos de mi respeto», le escribió a lord Craigavon en diciembre de 1938, que había combatido en la guerra de los bóeres y era primer ministro de Irlanda del Norte —sabiendo que el aludido pasaba por uno de los peores momentos de su vida. Como también les ocurriera al marqués de Lansdowne, que había promovido la paz con Alemania durante la primera guerra mundial, o al de Tavistock, que de forma mucho más censurable habría de hacer otro tanto en la segunda gran con- tienda, el aristócrata que llevaba dentro animaba a Churchill a decir lo que pensaba con exactitud y sin ambages, con independencia de cuáles pudieran ser las consecuencias.

Churchill pasó sus primeros años en Dublín, ciudad en la que sus padres vivían en Little Lodge, cerca de Viceregal Lodge,⁴ en Phoenix Park, donde lord Randolph trabajaba como secretario particular de su padre. En enero de 1877, Disraeli había nombrado virrey y lord teniente de Irlanda al séptimo duque de Marlborough. Lord Randolph había tenido que abandonar Londres debido a que el príncipe de Gales le había relegado al ostracismo después de que hubiera in- tentado chantajearle infructuosamente a causa de un escándalo en el que se había visto implicado el hermano mayor de Randolph, el marqués de Blandford, y en el que habían desempeñado un especial papel unas cuantas cartas de amor comprometedoras y una antigua amante del príncipe, casada para más señas. Sería uno de los muchísimos aprietos poco edificantes en los que habría de acabar envuelto lord Randolph en su breve e inestable existencia, que sin

4 Edificio oficial que hoy recibe el nombre de Áras an Uachtaráin y en el que reside actual- mente el presidente de Irlanda.

embargo fue innegablemente emocionante. La elefantina memoria del príncipe perduró largo tiempo, así que a lord Randolph le resultó imposible regresar a Londres por espacio de tres años.

El más antiguo recuerdo de Churchill se remonta al año 1878 y presenta un oportuno sello marcial, dado que se asocia con la imagen de su abuelo en el trance de descubrir una estatua dedicada a lord Gough, el héroe imperial angloirlandés, en Phoenix Park. El duque pronunció para la ocasión un discurso redondeado con la frase «Y con una fulminante andanada quebró las líneas enemigas» — cuyo significado afirmaría haber entendido a la sazón Churchill, pese a que entonces solo tuviera tres años—. Dado que su abuelo actuaba en representación de la reina Victoria y que ejercía los deberes ceremoniales de la soberana en Irlanda, Churchill adquirió un profundo sentido reverencial de la institución monárquica, una percepción que habría de conservar durante el resto de su vida. Su siguiente evocación encontrará escenario el siguiente mes de marzo, en 1879, mientras paseaba a lomos de un burrito en el parque: topó de pronto con una situación que a su institutriz le llenó de temor, porque la consideró una manifestación de los republicanos irlandeses —aunque muy probablemente se tratara tan solo de una marcha de la Brigada de los Fusileros británicos—. «Me tiraron del burro y sufrí una conmoción cerebral», sostendrá más tarde Churchill.

«¡Ese fue mi primer contacto con la política irlandesa!» Su siguiente estremecimiento tendrá lugar en 1882, fecha en la que Thomas Burke, subsecretario de Irlanda —que había regalado a Churchill un tambor de hojalata—, recibió en Phoenix Park la mortal puñalada de unos terroristas del movimiento republicano irlandés (un atentado en el que fallecería también lord Frederick Cavendish, recién nombrado jefe de la secretaría de Irlanda), causando una honda conmoción popular.

Dos años antes, en febrero de 1880 había venido al mundo, y también de forma prematura, Jack, el hermano pequeño de Churchill, cuando la familia se encontraba todavía en Irlanda. Sin embargo, ese mes de abril, el exilio social de lord Randolph llegó a su fin, de modo que el matrimonio regresó y puso casa en el 29 de la plaza de Saint James de Londres. El siguiente recuerdo político de Churchill fue la muerte de Disraeli, sobrevenida en abril de 1881, a sus seis años.

«Seguí su enfermedad día a día y con gran angustia», comenta, «porque todo el mundo decía que iba a ser una gran pérdida para el país, ya que nadie más iba a ser capaz de impedir que el señor William Ewart Gladstone nos impusiera a todos su perversa voluntad». El liberal Gladstone había ganado las elecciones generales el mismo mes en que los Churchill regresaban a la capital británica, y tras la victoria había asumido por segunda vez el cargo de primer ministro. En 1883, lord Randolph fundó la Primrose League, una organización política conservadora de base popular, cuyo nombre era un homenaje a la supuesta flor favorita de Disraeli, la primula. La función del partido consistía fundamentalmente en promover la carrera del padre de Churchill y el programa político de la Democracia Conservadora —y de hecho, a los doce años, Winston se uniría a la rama de la asociación en Brighton.

«Querida mamá: espero que estés estupendamente», se lee en la carta de Churchill más antigua que ha llegado hasta nosotros, escrita desde el palacio de Blenheim en enero de 1882, tras haber celebrado sus

padres la Navidad lejos de la mansión. «Te agradezco muchísimo, muchísimo los hermosos regalos de esos Soldados y Banderas y el Castillo, son tan bonitos y ha sido un detalle que tú y mi querido papá os hayáis acordado... Os mando todo mi amor y un montón de besos. Vuestro querido Winston.» Muchos chicos tenían soldaditos en miniatura, pero uno de los primos de Churchill aseguraría más tarde que «en su cuarto de los juguetes había, de un extremo a otro, una plataforma hecha con tablones y apoyada en caballetes sobre la que se alineaban miles de soldaditos de plomo en formación de combate. Se dedicaba a organizar guerras. Maniobraba con los batallones de metal esmaltado y los hacía entrar en acción. Los guisantes y las piedrecillas provocaban terribles bajas; se tomaban fuertes al asalto, se lanzaban cargas de caballería y se destruían puentes...». Estas batallas «se escenificaban con un interés que nada tenía que ver con los juegos ordinarios de los chiquillos». El disfrute de ese vasto ejército de plomo nos habla de la generosidad con la que los padres trataban a un muchachito que por entonces no era más que «un pequeño y rubicundo bulldog malcriado», según la descripción de su abuela. Sin embargo, el hecho de que sus padres hubieran pasado las fiestas lejos de él nos indica el inicio de un persistente distanciamiento, tanto físico como emocional, que hoy juzgaríamos próximo al maltrato. Es muy posible que Peregrine, el hijo de su hermano Jack, estuviera en lo cierto al sostener que, a su juicio, los padres de su tío no le habían descuidado más de lo habitual en un niño de la clase alta victoriana de aquellos años, pero desde luego la sensibilidad natural de Churchill le induciría a rebelarse contra ese abandono bastante más de lo corriente.

Si lord Randolph Churchill y su esposa Jennie dedicaron relativamente poco tiempo a su hijo se debió tanto a la carrera política de él como a la activa vida social de ella. En una ocasión, lord Randolph pronunció un discurso en Brighton sin tomarse siquiera la molestia de ir a visitar a Winston, que estaba en un colegio situado a menos de tres kilómetros de distancia, en Hove. A finales de la década de 1930, después de una cena, Winston le diría a su hijo Randolph: «Esta tarde hemos charlado tú y yo juntos, sin interrupción, más tiempo del que jamás tuve ocasión de hablar yo mismo con mi padre en toda su vida». Jennie anotó en su diario cada una de las trece veces que vio a sus hijos en los primeros siete meses de 1882. Son entradas de este tipo: «He encontrado muy bien a los chicos»; o «He visto a los niños». También consta que fue de compras en once ocasiones, que se dedicó a pintar veinticinco veces, que comió o tomó el té con su amiga lady Blanche Hozier veintiséis, y que merendó diez con el parlamentario conservador Arthur Balfour. Salía tan a menudo por la noche que prefirió señalar las rarísimas circunstancias en que ocurre lo contrario: «No he ido a ninguna fiesta, estaba demasiado adormilada». Y cuando no hacía vida nocturna, iba de caza; pasaba los fines de semana en veladas domésticas en el campo; se dedicaba a «despellejar tremendamente» a todo el mundo con un célebre galán, el capitán Bay Middleton, durante la ceremonia del té, y a «las más frívolas diversiones» con sus amigos a la hora de comer; tocaba el piano, cenaba en el Café Royal, jugaba al billar, almorzaba en el palacio de Saint James, asistía a una representación teatral de Sarah Bernhardt y Lilly Langtry, permanecía «en la cama hasta las dos de la tarde», intercambiaba unos cuantos golpes de tenis y se zambullía habitualmente en la ajetreada vida de una belleza de la alta sociedad tan deseada como ella.

«He acudido a la fiesta que han dado los Salisbury» —se lee en una de las características anotaciones del diario de Jennie— «después del baile de Cornelia. El príncipe y la princesa eran de la partida. No puede decirse que haya sido divertidísimo, la verdad». Y dado que le habría resultado muy difícil juzgar «divertidísimo» al «pequeño Win» de siete años, al muchachito no le quedó más remedio que tomar posiciones en la larga cola de personas que se disputaban la atención y el afecto de su madre, puesto que Jennie estaba entregada en cuerpo y alma a la existencia socialmente colmada, aunque un tanto vacua, de todas las esposas de los aristócratas y políticos de la era victoriana. Solo en una ocasión tuvo el arranque de salir en compañía de Consuelo, la duquesa de Marlborough, «para dar mantas, etcétera» a los pobres, dos días después de haber «pasado toda la mañana de compras». Andando el tiempo, Winston haría famoso este comentario escrito, dedicado a su madre: «Tenía a mis ojos el brillo del Lucero vespertino. La quería con toda mi alma, pero a distancia».

Buena parte de la bien documentada mala conducta de Churchill en los distintos colegios a los que fue enviado parece brotar de un deseo de llamar la atención, dado que, a diferencia del arquetípico chico del período victoriano, el joven Winston estaba decidido a que se le viera y escuchara. No es habitual que nadie achique su inteligencia por debajo de la que realmente tiene al trazar su autorretrato, pero eso es justamente lo que hace Churchill en su autobiografía de 1930, titulada *Mi juventud*, que debe leerse más en el marco de un colorido proceso de construcción del propio mito que al modo de una historia estrictamente exacta. Los cuadernos de notas que obtiene como colegial desmienten por completo las afirmaciones en las que él mismo sostiene que fue un zoquete en el plano académico. Los resultados que logró en el transcurso de seis cuatrimestres sucesivos en la escuela preparatoria de Saint George, en Ascot, en la que ingresó justo antes de su octavo cumpleaños, en 1882, muestran que llegó a situarse entre el 50 % de los alumnos con mejores calificaciones y que, por regla general, se encontraba en el tercio más aventajado de la clase.

En Saint George, Churchill recibía golpes de forma habitual, pero no a causa de su rendimiento escolar —sus notas de Historia oscilaron siempre entre «Bueno», «Muy bueno» o «Extremadamente bueno»—, sino al hecho de que el director del centro, H. W. Sneyd-Kinnersley, era un sádico (al que un alumno califica de «sodomita inconsciente») que disfrutaba bajándoles los pantalones a los chicos jóvenes para propinarles azotes en las nalgas hasta hacerles sangre. Aparentemente, la razón de estas palizas quincenales se debía al mal comportamiento de Churchill, a quien se tacha de «muy desobediente» y se acusa de «seguir dando problemas», de «portarse de forma sumamente negativa» y «más que escandalosa», etcétera, etcétera. «No puede confiarse en que se conduzca de forma adecuada en ninguna parte», escribe Sneyd-Kinnersley en abril de 1884. Y sin embargo, justo a renglón seguido, añade: «Tiene grandísimas capacidades».

INSTRUCCIONES PARA PUBLICAR EN IURA

1. Los artículos son originales e inéditos, enviados por correo electrónico, escritos en tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en español con letras de color negro, en formato Word, tablas en Excel, tamaño A4, interlineado de 1.15.
2. La extensión máxima de los textos, incluyendo imágenes, tablas y bibliografía, es de veinticinco (25) páginas.
3. Los títulos no exceden de veinte palabras, en cada idioma. En caso necesario, los autores utilizan subtítulos, en forma tal que expliquen o amplíen la idea del título y que no se contabilizan dentro de ese límite.
4. Los artículos, después del título en español e inglés, nombre y apellidos del autor o autores, comprende, al menos, las siguientes partes: resumen y palabras clave, abstract y key words, introducción, material y métodos, resultados, discusión, conclusiones y referencias bibliográficas. Las palabras clave no exceden de cinco.
5. La tipología de textos es la siguiente:
 - a) Artículos de investigación científica: textos que presentan, de manera detallada, los resultados de una investigación cualitativa, cuantitativa o mixta, cuya estructura incluye: resumen y palabras clave, abstract y key words, introducción, metodología, resultados, discusión, conclusiones y referencias bibliográficas.
 - b) Artículos de revisión: textos sobre una investigación en los cuales se analizan, sistematizan e integran los resultados de otros trabajos de investigación sobre un determinado campo de la ciencia, tecnología o humanidades, con el propósito de dar cuenta del desarrollo de dichos campos.
 - c) Artículos de reflexión: textos que presentan resultados de una investigación sobre un tema específico desde una perspectiva analítica, interpretativa, crítica o reflexiva.
 - d) Ensayos: textos en los cuales el autor expone un tema en forma libre, según su manera personal de concebirlo; implica reflexión, opinión o criterios propios, propuesta y defensa de ideas; tienen carácter argumentativo. Por lo general, en ellos se distingue: resumen, introducción, desarrollo o cuerpo central y conclusión.

6. Según el tipo de investigación o naturaleza del tema, caben las adaptaciones en la estructura del artículo por parte de los autores. Se tiene en cuenta, por ejemplo, que material y métodos, resultados y discusión aluden al desarrollo de los contenidos del problema tratado, sobre todo cuando se utiliza alguna variante de la investigación cualitativa.
7. En nota de pie de la primera página del artículo, se indican los siguientes datos del autor: título profesional, grado o condición académica, filiación institucional, algún otro dato relevante y correo electrónico.
8. El resumen se presenta en trescientas palabras como máximo; en él se debe aludir al objetivo, la relevancia, la metodología y las conclusiones.
9. Para las citas y referencias bibliográficas, se utiliza el sistema APA.
10. Los títulos y subtítulos se escriben en negrita. Los resaltados se presentan en itálicas (cursivas), no en negrita ni en letras mayúsculas, tampoco subrayadas o en colores.
11. Los cuadros o tablas, gráficos y otras ilustraciones, con sus títulos y leyendas respectivos, son numerados correlativamente. En la leyenda se cita la fuente, incluso si la elaboración es del autor. Todas las imágenes, a colores o en blanco y negro, son enviadas en formato JPG de alta resolución, y ubicadas en el lugar que deben ocupar dentro del texto.
12. Las unidades de medida se escriben según el Sistema Internacional de Medidas; las cifras deben agruparse en tríos a la derecha e izquierda de la coma decimal y separadas entre sí por un espacio simple.
13. Cada texto es acompañado de una página previa en la cual el autor registra lo siguiente: nombre, lugar de trabajo, dirección, correo electrónico, teléfono, título profesional, principales publicaciones y resumen de su hoja de vida.
14. Los autores llenan y firman un formato mediante el cual autorizan la publicación de su artículo.
15. Presentado el texto para su publicación, no se envía, al mismo tiempo, a otras revistas.
16. Cada autor recibe tres ejemplares del número en el que aparece su artículo, si se trata de una versión impresa de la revista, y el libre acceso a tres ejemplares del artículo si se trata de una edición electrónica.
17. Los artículos expresan el pensamiento personal de sus autores, no de la institución.
18. Todos los textos remitidos son sometidos a evaluación, según lo estipulado en la sección sistema de arbitraje.



RAMIRO LLONA



UPAO

FONDO EDITORIAL